

Nr **37**



cena
50 zł
(w tym 8% VAT)

PRAWO i WIEŻ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK X NUMER 3 (37) JESIEŃ 2021 ROK
ISSN 2299-405X E-ISSN 2719-3594 <https://doi.org/10.36128/priv.vi37>



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

ZAMÓW PRENUMERATĘ I OSZCZĘDZAJ!



TYLKO dla stałych czytelników
ceny niższe niż
w kiosku nawet do

20%

ZAPŁAĆ MNIĘ ZA ROCZNĄ PRENUMERATĘ!

WIĘCEJ INFORMACJI

www.gb.pl/prenumerata

ZAMÓWIENIA PRENUMERATY MOŻNA SKŁADAĆ:

▶ przez internet: gb.pl/prenumerata ▶ telefonicznie: 22 616 36 00 ▶ e-mailem: prenumerata@fratria.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

Journal in Legal and Social Studies

ROK X NUMER 3 (37) JESIEŃ 2021

ISSN 2299-405X

E-ISSN 2719-3594

VOL. 10 NO. 3 (37) AUTUMN 2021

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37>

Law and Social Bonds is included in:

SCOPUS

**European Reference Index
for the Humanities and Social Sciences (ERIH+)**

**The Central European Journal
of Social Sciences and Humanities**

SPÓŁDZIELCZY  **INSTYTUT NAUKOWY**

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

ROK X NUMER 3 (37) JESIEŃ 2021

ISSN 2299-405X E-ISSN 2719-3594

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37>

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) – przewodniczący
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
prof. **Przemysław Dąbrowski** (AP w Słupsku)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
dr hab. **Jarosław Dobkowski** (prof. UWM)
ks. abp prof. **Andrzej Dziega** (KUL, SIN)
dr hab. **Marcin Glicz** (prof. AP w Słupsku)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michalski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr hab. **Justyn Piskorski** (prof. UAM)
dr hab. **Jadwiga Potrzyszcz** (prof. KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
prof. **Dariusz Szpoper** (AP w Słupsku)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (UKSW)

Rada międzynarodowa:

prof. **Arsen Akopian** (Federacja Rosyjska)
prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Irakli Burduli** (Gruzja)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
prof. **Carlos Kete** (Angola)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Pablo An Ping Chang Ibarra** (Ekwador)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

dr **Dominik Bierecki**, Spółdzielczy Instytut Naukowy w Sopotcie – redaktor naczelny
prof. **Adam Czarnota**, Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney – zastępca redaktora naczelnego
dr **Agata Czarnecka**, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu – zastępca redaktora naczelnego
Janusz Ossowski – redaktor prowadzący
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 200 zł,
cena za jeden zeszyt 50 zł (w tym 8 % VAT),
nakład 55 egz.

Konto Wydawcy: PKO BP
11 1020 1853 0000 9102 0290 1080

Okładka: Etienne Allegrain, *Krajobraz z rzeką*
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Publikacja współfinansowana przez Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie przy współredakcji dr. hab. Artura Kotowskiego, prof. UKSW

Liczba punktów do oceny parametrycznej jednostek naukowych – 40

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl

Adres do korespondencji:

Redakcja „Prawa i Więzi”
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

VOL. 10 NO. 3 (37) AUTUMN 2021

ISSN 2299-405X E-ISSN 2719-3594

<https://doi.org/10.36128/priv.vi37>

Editorial Board:

prof. **Cezary Mik** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw) – President

prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Kozminski University, Warsaw)

prof. **Zbigniew Cieślak** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

prof. **Przemysław Dąbrowski**, (Pomeranian University in Słupsk)

ks. prof. **Antoni Dębiński** (The John Paul II Catholic University of Lublin)

dr hab. **Jarosław Dobkowski**, prof. UWM (University of Warmia and Mazury in Olsztyn)

ks. abp prof. **Andrzej Dziega** (The John Paul II Catholic University of Lublin)

dr. hab. **Marcin Glicz**, prof. AP (Pomeranian University in Słupsk)

prof. **Tadeusz Jasudowicz** (Nicolaus Copernicus University, Toruń)

prof. **Jarosław Majewski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

prof. **Marek Michalski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (University of Warsaw)

dr. hab. **Justyn Piskorski**, prof. UAM (Adam Mickiewicz University in Poznań)

dr. hab. **Jadwiga Potrzebacz**, prof. KUL (The John Paul II Catholic University of Lublin)

prof. **Zbigniew Rau** (University of Lodz)

prof. **Dariusz Szpoper** (Pomeranian University in Słupsk)

dr. **Marcin Romanowski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

International Editorial Board:

prof. **Arsen Akopian** (Yelets State University)

prof. **Zenon Bankowski** (University of Edinburgh)

prof. **Irakli Burduli** (Tbilisi State University)

prof. **Christian Hillgruber** (University of Bonn)

prof. **Håkan Hydén** (Lund University)

dr. **Bogdan Iancu** (University of Bucharest)

prof. **Carlos Kete** (Agostinho Neto University)

dr. hab. **Zdeněk Koudelka** (Masaryk University)

prof. **Martin Krygier** (University of New South Wales)

prof. **Pablo An Ping Chang Ibarra** (University of the Americas)

prof. **Martin Rhonheimer** (Pontifical University of the Holy Cross)

prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (La Salle University)

prof. **Hideki Tarumoto** (Hokkaido University)

Published by:



SPÓŁDZIELCZY

INSTYTUT NAUKOWY

Addresses:

Publisher's office:

Spółdzielczy Instytut Naukowy G. Bierecki sp. j.

ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot, Poland

tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90

www.sin.edu.pl

Mailing address:

"Law and Social Bonds" editorial office

ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot, Poland

www.prawoiwiedz.edu.pl

e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl

Editorial Team:

dr. **Dominik Bierecki**, Cooperative Research

Institute in Sopot – Editor-in-Chief

prof. **Adam Czarnota**, University of New South

Wales, Sydney – Deputy Editor-in-Chief

dr. **Agata Czarnecka**, Nicolaus Copernicus

University, Toruń – Deputy Editor-in-Chief

Janusz Ossowski – Managing Editor

Michał J. Czarnecki – Proofreading

Andrzej Kozakowski – Layout Editor

Annual subscription: 200 PLN,
price per issue: 50 PLN (8 % VAT included),
printed circulation: 55 copies

Publisher's bank account: PKO BP
11 1020 1853 0000 9102 0290 1080

Journal cover: Etienne Allegrain, *River Landscape*

Source: Web Gallery of Art, Hungary
(www.wga.hu)

Publication co-financed by the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw and co-edited by dr. hab. Artur Kotowski, prof. UKSW

Parametric evaluation of scientific units
– 40 points

The original version is a paper version



Spis treści

ARTYKUŁY

Artur Kotowski

Zastosowanie teorii: analitycznej Herberta Harta i integralnej Ronalda Dworkina w kulturze prawa stanowionego 11

Aneta Jakubiak-Mirończuk

Nieodpłatne poradnictwo w świetle ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej 36

Mariusz Muszyński

The Emergence of the Polish State in 1918 in the Light of International Law 58

Cezary Mik

Środki restrykcyjne (sankcje) wobec ataków cyfrowych jako instrument prawny dyplomacji cyfrowej Unii Europejskiej 88

Marcin Kałduński, Tadeusz Wasilewski

Delimitacja obszarów morskich na przykładzie Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim 123

Arkadiusz Lach, Leszek Stępka

Cofnięcie pozwolenia na broń i odebranie broni palnej w świetle wyroku ETPC w sprawie Kotilainen i inni przeciwko Finlandii 145

Katarzyna Roszewska

Accessibility – One of the Human Rights or the Means of Their Implementation 158

Maria Szczepaniec

Charakter prawny postpenalnych środków zabezpieczających 177

Agata Ziółkowska

O potrzebie nowelizacji przepisu art. 115 § 17 k.k., tj. definicji normatywnej pojęcia „żołnierz” 190

Renata Badowiec

Terminy dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez oskarżonego na podstawie rozdziału 58 k.p.k. 205

Katarzyna Tomaszewska

Informatyzacja działalności podmiotów realizujących zadania publiczne na przykładzie elektronicznej rejestracji pojazdów..... 222

Tomasz Brzezicki, Wojciech Morawski, Jacek Wantoch-Rekowski

Janusowe oblicze Lasów Państwowych. Wybrane aspekty gospodarki finansowej w Lasach Państwowych 242

Jakub Plebański

Ocena nieuzasadnionych barier regulacyjnych i administracyjnych dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w Polsce..... 256

Piotr Burczaniuk

Problematyka tworzenia aktów ustawowych dotyczących służb specjalnych w Polsce..... 278

Katarzyna Święch-Kujawska

Szczególne rodzaje przywilejów podatkowych (uwagi na tle artykułu 22 Ordynacji podatkowej)..... 298

Ewa Milczarek

Ewolucja prawa do urlopu w Polsce..... 313

ks. Grzegorz Świst

Utrata urzędu kościelnego w świetle norm zawartych w Kodeksie prawa kanonicznego z 1983 roku..... 326

GLOSZY

Anna Haładyj, Wojciech Wytrząsek

Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt II SA/Lu 617/18 (orz. prawomocne) – glosa krytyczna..... 341

AUTORZY

Noty o autorach 355



Table of Contents

ARTICLES

Artur Kotowski

The Application of Analytical Theory by Herbert Hart and Law as Integrity Theory by Ronald Dworkin within the Continental Legal Culture..... 11

Aneta Jakubiak-Mironczuk

Free aid under the Act on Free Legal Aid, Free Citizens Advice and Legal Education..... 36

Mariusz Muszyński

The Emergence of the Polish State in 1918 in the Light of International Law 58

Cezary Mik

Restrictive Measures (Sanctions) against Cyber-Attacks as a Legal Instrument of the European Union Cyber Diplomacy..... 88

Marcin Kałduński, Tadeusz Wasilewski

The Delimitation of Maritime Zones in the Agreement between the Republic of Poland and the Kingdom of Denmark concerning the Delimitation of Maritime Zones in the Baltic Sea..... 123

Arkadiusz Lach, Leszek Stęпка

Revocation of Firearms Licence and Preventive Seizure of Firearms in the Light of the Judgment of ECtHR in the case of Kotilainen and Others v Finland..... 145

Katarzyna Roszewska

Accessibility – One of the Human Rights or the Means of Their Implementation..... 158

Maria Szczepaniec

The Legal Nature of the Post-Penal Protective Measures 177

Agata Ziółkowska

The Need to Amend the Provision of Art. 115 § 17 of the Penal Code. The Normative Definition of the Term “Soldier” 190

Renata Badowiec

Time Limits for Pursuing Civil Law Claims by the Accused under Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure 205

<i>Katarzyna Tomaszewska</i>	
Computerization of the Activities of Entities Performing Public Tasks. Example of the Electronic Vehicle Registration.....	222
<i>Tomasz Brzezicki, Wojciech Morawski, Jacek Wantoch-Rekowski</i>	
The Janus Face of the State Forests. Selected Aspects of Financial Management in the State Forests.....	242
<i>Jakub Plebański</i>	
Assessment of Unjustified Regulatory and Administrative Barriers to Long-Term Renewable Power Purchase Agreements in Poland	256
<i>Piotr Burczaniuk</i>	
Issues Related to the Creation of the Legal Framework Governing the Intelligence Services.....	278
<i>Katarzyna Święch-Kujawska</i>	
Unique Types of Tax Privileges (Article 22 of the Tax Ordinance Act, 1997)	298
<i>Ewa Milczarek</i>	
Evolution of the Right to Vacation in Poland	313
<i>ks. Grzegorz Świst</i>	
The Loss of the Church Position in the Light of the 1983 Code of the Canon Law.....	326

CASE LAW

<i>Anna Hatadyj, Wojciech Wytrzątek</i>	
Judgment of the Provincial Administrative Court in Lublin of November 15, 2018, reference number Act II SA / Lu 617/18 (final decision) – Critical Vote.....	341

AUTHORS

About the Authors.....	355
------------------------	-----



ARTYKUŁY

Zastosowanie teorii: analitycznej Herberta Harta i integralnej Ronalda Dworkina w kulturze prawa stanowionego

The Application of Analytical Theory by Herbert Hart and Law as Integrity Theory by Ronald Dworkin within the Continental Legal Culture

The author analyses the possibility of applying the analytical theory of law by Herbert Hart and the law as integrity theory by Ronald Dworkin to describe the law, including the process of its application, in legal systems based on a monocentric array of sources constituting the codified law. Before the main discussion, the author deals with the main concepts of both theories. As far as the analytical theory by Herbert Hart is concerned, he focuses on its chief methodological aspect and criticizing the theory of law as commands of a sovereign by John Austin. The author also discusses Hart's deliberations on the semiotic analysis of directive statements based on the theory of performative utterances, which are valuable from the perspective of continental jurisprudence. Thanks to Hart's using the pragmatic approach to analyze the language of the law, it was possible to describe various manifestations of this phenomenon in the continental legal culture, especially by allowing me to distinguish norms established via law-making vs. law-applying processes in a more precise way. Next, the author presents the main concepts of R. Dworkin's theory, focusing not only on the famous division of law as a rule and principle but also on less well-known Dworkin's approach to criticism, which concentrates on positivists' view entangled in „notional nominalism“. That law can be interpreted via semiotic analysis only referred to by Dworkin as „semantic sting“.

Both theories were established in legal interpretation within the culture of common law. They also aimed to adequately describe and explain the idea of precedents, when a judge from an English-speaking country could not make use of a codified law rule but had to make the law at their discretion (so-called complex cases). Both the concepts required recognition of this aspect and to adapt their assumptions to the continental legal culture specificity.

Artur Kotowski

*doktor habilitowany
profesor Uniwersytetu Kardynała Stefana
Wyszyńskiego*

ORCID – 0000-0001-8284-241X

Słowa kluczowe:
Filozofia prawa, teoria analityczna,
integralna teoria prawa, stosowanie
prawa, wykładnia prawa

Key words:
Philosophy of law, analytic theory, integral
theory of law, application of the law,
interpretation of the law

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.306>

1. Wprowadzenie

Herbert Hart i Ronald Dworkin to dwaj, główni przedstawiciele anglosaskiej filozofii prawa w XX wieku. Ich twórczość doczekała się niezliczonych opracowań tak naukowych, jak i popularyzatorskich oraz wielu interpretacji. Bogactwo myśli anglosaskiej kultury prawnej w dziedzinie filozofii prawa z istoty rzeczy nie mogło pozostać niedostrzeżone przez przedstawiciele nauk ogólnych prawoznawstwa w kulturze kontynentalnej. Tak też się stało, jednak o sile oddziaływania teorii Harta i Dworkina świadczy chociażby to, że nawiązania do ich

prac występują także w literaturze dogmatyczno-prawnej. Można więc przyjąć, że obu tym autorom – pomimo ich twórczości zogniskowanej przeciw do problemów filozoficzno-prawnych – udało się przezwyciężyć hermetyczność własnego obszaru zainteresowań i wypracować koncepcje, które przeniknęły nie tylko do nauk szczegółowych prawoznawstwa, ale zostały zaadoptowane w praktyce prawniczej.

Pomimo fundamentalnych różnic między teoriami zaprezentowanymi przez omawianych autorów (Hart jest wszakże pozytywistą – choć jego pozytywizm nazywany jest mianem wyrafinowanego, tak Dworkin zaliczany jest bezsprzecznie do niepozytywistycznego nurtu filozofii prawa), występują między nimi również pewne podobieństwa. Pierwsze, o charakterze wyjściowego założenia metodologicznego, sprowadza się do krytyki pierwotnej wersji anglosaskiej jurysprudencki analitycznej, tj. teorii prawa jako rozkazu autorstwa Johna Austina, będącej rozwinięciem jeszcze osiemnastowiecznych poglądów Jeremiego Bentham. Wprawdzie nie wszyscy są zgodni co do możliwości prostego przyrównania jurysprudencki analitycznej do kontynentalnego pozytywizmu prawniczego¹, to jednak spór ten rozstrzygnął w zasadzie sam Dworkin, wskazując na konstytutywne cechy pozytywizmu, które mają – według niego – również zastosowanie do jurysprudencki analitycznej². Drugą kwestią, która łączy obu tych autorów, jest skoncentrowanie prezentowanych teorii na precedensowym modelu stosowania prawa, zatem na orzekaniu przez sędziego w kulturze anglosaskiej. Co więcej, w głównej mierze przedmiotem opisu Hart i Dworkin nie czynią procesu orzeczniczego w stosunku do prawa stanowionego. W obu tych koncepcjach chodzi raczej o uchwycenie istoty działania sędziego anglosaskiego, wyjaśnienie specyfiki precedensowego modelu stosowania prawa, który opiera się na wypracowaniu wzorca do przyszłych zachowań (*model for future conduct*). Hart w *Pojęciu prawa* wyjaśnia to w ten sposób: „Z całą pewnością reguła uznania jest w mojej książce oparta na konwencjonalnej formie zwyczaju sędziowskiego. To, że tak jest, znajduje oczywiste potwierdzenie przynajmniej w prawie angielskim i amerykańskim, gdyż z pewnością racje angielskiego sędziego dla uznania legislacji Parlamentu (albo amerykańskiego sędziego dla uznania Konstytucji) jako źródła prawa nadrzędnego wobec innych źródeł obejmują fakt, że jego koleżdy sędziowie działają pod tym względem, tak samo jak ich poprzednicy”³. Istota precedensowego modelu stosowania prawa sprowadza się bowiem do

- 1 Kazimierz Opałek, Jerzy Wróblewski, *Prawo: metodologia, filozofia, teoria prawa* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1991), 75.
- 2 Ronald Dworkin, *Biorąc prawa poważnie* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998), 47-48.
- 3 Za: Tomasz Gizbert-Studnicki, Adam Dyrda, Andrzej Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 345.

wypracowania reguły odnoszącej się najpierw do postępowania z określonymi przypadkami faktycznymi na podstawie danego typu źródła prawa (prawa stanowionego albo *case law*), a dopiero wtórnie wypracowanie treści rozstrzygnięcia. Także Dworkin tworząc integralną teorię prawa odnosił się przede wszystkim do mechanizmu wypracowania rozstrzygnięcia przez sędziego anglosaskiego w tzw. trudnych przypadkach, zatem takich, w odniesieniu do których – parafrazując – nie jest możliwe wskazanie „żadnej ustawy ani żadnego istniejącego przepisu prawa”²⁴. Jednak fundamentalna wartość moralna jaką jest sprawiedliwość, domaga się niekiedy wykreowania prawa. Oczywiście taki mechanizm możliwy jest jedynie w kulturze anglosaskiej, w której w toku jej rozwoju wykształcono pozycję judykatury pozwalającą na kreację norm prawnych a poprzez ich wielokrotne stosowanie do przypadków analogicznych, wytworzenie owego „modelu przyszłych zachowań”, który – w ramach *case law* – przypomina normy generalno-abstrakcyjne znane prawu stanowionemu.

W kulturze kontynentalnej takie rozwiązanie trudnego przypadku nie jest możliwe. Nawet gdy domaga się tego sprawiedliwość (albo inna wartość uznawana za moralną), sędzia nie jest uprawniony do wydania rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy brak jest ku temu podstawy walidacyjnej, która ogranicza się wszakże tylko do normy prawa stanowionego. Również na odwrót – w sytuacji gdy istnieją przepisy prawa normujące określony przedmiot – sędzia nie jest uprawniony do uznania, że „prawo milczy, ciemne jest, albo niedostateczne”²⁵. To m.in. dlatego w kontynentalnej kulturze prawnej tak istotna jest problematyka wykładni prawa, która – jak zauważa Andrzej Korybski – pełni „podobną rolę” jak „doktryna precedensu” w kulturze *common law*⁶.

Niniejszy artykuł poświęcono temu drugiemu zagadnieniu, tj. możliwości zastosowania teorii Harta i Dworkina do opisu działania sędziego orzekającego w systemie kontynentalnym. To, że wyrafinowana jurejurisprudencja analityczna jak również integralna filozofia prawa stały się inspiracją dla prawnawstwa kultury prawa stanowionego jest powszechnie znane. Nas interesować będzie ocena tego, czy możliwa jest aplikacja – rzecz jasna po stosownej korekcie pojęciowej – obu wyżej wymienionych koncepcji do opisu i wyjaśnienia procesu sądowego stosowania prawa nie tylko w odniesieniu do źródeł prawa stanowionego, ale dodatkowo wzbogaciwszy założenia wyjściowe

4 Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, 59.

5 Art. 4 Kodeksu Napoleona; <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/3661/edition/6697/content>. [dostęp: 12.05.2021].

6 Andrzej Korybski, „Precedens a analogia legis,” [w:] *Precedens sądowy w polskim porządku prawnym*, red. Leszek Leszczyński, Bartosz Liżewski, Adam Szot (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2018), 219.

o uchwycenie specyfiki kultury kontynentalnej, z podstawowym dla niej podziałem na akty stanowienia i stosowania prawa.

2. Wyrafinowana jurysprudencja analityczna Herberta Harta – zarys koncepcji

Zanim przejdziemy do analizy adekwatności teorii tak Harta i Dworkina do opisu systemów prawnych oraz procesu stosowania prawa przez sędziego w kulturze kontynentalnej, wypada choćby syntetycznie omówić założenia obu tych koncepcji. Ów przegląd należy rozpocząć od wyrafinowanej jurysprudencji analitycznej Harta, bowiem Dworkin – jak sam przyznaje w jednym z najsłynniejszych cytatów dwudziestowiecznej filozofii prawa – buduje swą koncepcję najpierw przeprowadzając „frontalny atak na pozytywizm, używając jako tarczy strzelniczej wersji H. L. A. Harta”⁷. W pewien sposób nie sposób jest w pełni poznać (i zrozumieć) integralną teorię prawa Dworkina bez choćby podstawowego rozeznania co do koncepcji Harta.

Pozytywistyczna filozofia prawa pojawiła się w anglosaskiej kulturze prawnej co najmniej pół wieku przed swymi narodzinami w odmianie kontynentalnej⁸. Jak już sygnalizowano, nie ma zgodności co do tego, czy jurysprudencję analityczną można bezpośrednio przyrównywać do kontynentalnego pozytywizmu. Obie te filozofie prawa łączy – jak ezopowo rzecz nazywali Jerzy Wróblewski i Kazimierz Opałek – „programowa” niechęć do rozważań metafizycznych o prawie, sprzeciw wobec dokonywania refleksji nad aksjologią prawa i próba konstrukcji teorii pozbawionej wypowiedzi ewaluatywnych i prospektywnych (jak być powinno pod względem określonych wartości i ocen)⁹. Jurysprudencja analityczna – podobnie jak kontynentalny pozytywizm prawniczy – przedmiotem opisu i wyjaśnienia uczyniła jedynie prawo pozytywne, formułując oparty na empiryzmie i scjentyzmie program badawczy¹⁰. Pozytywizm prawniczy w wydaniu kontynentalnym wydaje się jednak być pod większym wpływem samej filozofii pozytywnej, w szczególności postulatów metodologicznych Augusta Comte’a. Prawo jest relacją społeczną, a winno być badane w duchu naturalistycznej wizji metodologii ogólnej, która zakłada wyższość nauk przyrodniczych i ścisłych oraz konieczność

7 Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, 56.

8 Powszechnie wskazuje się tu na połowę XIX wieku, czasem też za symboliczny początek refleksji pozytywistycznej uznaje się wykład Prokuratora berlińskiego Juliusa Hermana von Kirchmana z 7 maja 1847 r. skierowany przeciwko szkole historycznej; Jerzy Stelmach, „Pozytywistyczne mity metody prawniczej” *Forum prawnicze*, nr 3 (2012): 7.

9 Opałek, Wróblewski, *Prawo: metodologia, filozofia, teoria prawa*, 18.

10 Marek Zirk-Sadowski, „Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawoznawstwa. Aspekt behawioralny i intensjonalny” *Przegląd Prawa i Administracji*, CX (2017): 51.

wzorowania na nich metodologii wszystkich innych nauk. Zasługą pozytywizmu kontynentalnego jest wypracowanie podstawowych konstrukcji teoretycznych współczesnego myślenia o prawie: teorii stosowania prawa wraz z aplikacją rozumowania przez sylogizm kategoriowy, teorii wykładni prawa czy opisem podstawowych instytucji prawnych, w tym pojęć, które mogą być przejmowane przez dyscypliny szczegółowe. Specyfika anglosaskiej kultury prawnej, dualizm źródeł prawa a – jak się wydaje – przede wszystkim odmienność rozumowania prawniczego wyrażająca się w formule „od szczegółu do ogółu”, a nie kontynentalnego „od ogółu do szczegółu”, wiązały się z wystąpieniem szeregu różnic względem pozytywizmu właściwego kulturze prawa stanowionego.

Herbert Lionus Adolphus Hart (1907-1992) był jednym z najwybitniejszych a przez wielu uważany jest za najwybitniejszego przedstawiciela jurysprudencji analitycznej (analitycznej filozofii prawa) w anglosaskiej kulturze prawnej. Zaprezentowana przezeń koncepcja prawa odznacza się doskonałością metodologiczną oraz jest – jak można rzecz ocenić – szczytowym osiągnięciem pozytywistycznego uprawiania nauki prawa, co wypada rozumieć jako metakoncepcję prowadzenia badań jurydycznych w ogóle¹¹. Przedmiotem swych rozważań Hart uczynił wyłącznie prawo pozytywne, z jednej strony zachowując fundamentalne założenia metodologiczne anglosaskiej jurysprudencji analitycznej w wydaniu Jeremiego Benthama i Johna Austina, z drugiej poddał gruntowanej krytyce teorię prawa jako rozkazu, autorstwa tego drugiego. Co szczególnie cenne, polemika Harta z pierwotną jurysprudencją analityczną, co znajduje zastosowanie w drodze analogii do kontynentalnego, „twardego” pozytywizmu prawniczego, ma charakter wyłącznie metodologiczny i pozbawiona jest naleciałości ocenno-aksjologicznych, którą odznacza się ostatni etap twórczości Gustawa Radbrucha¹².

Hart studiował w Oxfordzie, po czym przez kilka lat praktykował prawo jako adwokat. W czasie wojny pracował dla wywiadu MI5 jako pracownik cywilny. Nie związał się nigdy szerzej z praktyką prawniczą, a po wojnie całą swoją aktywność zawodową ukierunkował na pracę w Oxfordzie w dziedzinie filozofii prawa, od wczesnych lat pięćdziesiątych XX wieku będąc tam zatrudniony do końca swego życia na stanowisku profesora jurysprudencji. Hart uczestniczył w pracach oksfordzkich lingwistów związanych z osobą Johna Austina (filozofia analityczna, żyjącego w latach 1911-1960),

11 Zbigniew Pulka, „Legitymizacja państwa w prawoznawstwie” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, 252 (1996): 103.

12 Brian Bix, Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis, 56 *Am. J. Juris.* 45 (2011), 56, http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/450. [dostęp: 12.05.2021].

którzy tworzyli tzw. szkołę analizy języka potocznego¹³. Byli to lingwiści, matematycy, ale także prawnicy – jak Hart, którzy rozwijali analityczne inklinacje jeszcze rodem z XVIII wieku, które polegały na poszukiwaniu rozumienia podstawowych pojęć, istotnych dla danej nauki lub zjawiska. Analityczność aplikowana jest w takim podejściu badawczym jako poszukiwanie podstawowych, istotnych części danego zjawiska, w tym przypadku – definiowanie określonych pojęć¹⁴. Dla jurysprudencji są nimi, m.in. uprawnienie, obowiązek, prawo podmiotowe, czy w końcu samo... pojęcie prawa. Oxfordzka szkoła języka potocznego kultywowała tzw. deskrypcjonizm językowy – kierunek badań nad językiem, w którym bazuje się na założeniach tych z jego badaczy z XIX wieku, czy tworzących jeszcze w początku XX wieku, którzy wskazywali, że język jest odbiciem struktury myśli. Tym samym instytucje społeczne wyrażane są w języku i do ich poznania wystarczy (co istotne) jedynie ich językowa analiza¹⁵. Takie postawienie sprawy otworzyło nauki społeczne na całe spektrum nowych pól badawczych¹⁶. Z metodologicznego punktu widzenia było natomiast istotne, bowiem umożliwiło odbicie argumentu naturalistów¹⁷ i empirystów o wyższości nauk przyrodniczych i ścisłych i dążenia do poznania zjawisk takimi, jakie one są, co z istoty rzeczy status analiz językowych czyni w nauce subsydiarnym. Również język zyskał status obiektu badań szczególnie wartego uwagi. Odwołano się w ten sposób do założenia, że poznanie języka i przede wszystkim opis rozumienia pojęć umożliwia analizę zjawisk, które nie mają natury przyrodniczej, ale społecznej. „Sędzia” jako zjawisko i funkcja społeczna ma wymiar językowy, który uzyskiwany jest – parafrazując – „za pomocą słów”, ale empirycznie to tylko człowiek ubrany w togę. Tym samym udowodniono – przyjmując takie

13 Andrzej Dąbrowski, „O filozofii analitycznej – zapewne nie po raz ostatni” *Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria*, nr 3 (2011): 177-178.

14 Gizbert-Studnicki, Dyrda, Grabowski, *Metodologiczne dychotomie*, 35.

15 Jak zauważa Marek Zirk-Sadowski „(...) analityczna filozofia prawa zaoferowała prawnikom metodyczne ugruntowanie uzasadnionej i pozbawionej ideologicznego zaangażowania nauki prawa. Dzięki naukowej racjonalności z zakresu nauki prawa zostaje usunięta metafizyka i doktrynalno-ideologiczny irracjonalizm [...]. Nauka prawa pozbywa się komponentu subiektywnego”. Marek Zirk-Sadowski, „Analityczna filozofia prawa”, [w:] *Filozofia prawa. Normy i fakty*, red. Jacek Hołówka, Bogdan Dziobkowski (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2020), 46.

16 Zirk-Sadowski, „Analityczna filozofia prawa”, 49.

17 Przy czym chodzi tu o naturalistów w sensie metodologicznym, a nie przedstawicieli naturalistycznej filozofii prawa.

paradygmaty metodologiczne, że do zjawisk społecznych naturalistyczny program badawczy jest mało przydatny a może nawet błędny.

Punktem wyjścia do charakterystyki teorii Harta można uczynić omówienie statusu samych teorii analitycznych w teorii prawa. Przypomnijmy, że teorie tego typu – jak wskazuje sama ich nazwa – posługują się zdaniami analitycznymi, które najogólniej rzecz ujmując definiuje się jako takie, których prawdziwość daje się stwierdzić za pomocą dyrektyw sensu danego języka, nie zaś w odniesieniu do doświadczenia lub jakiejś dodatkowej weryfikacji empirycznej¹⁸ (zdania syntetyczne właściwe są teoriom empirycznym, które wszakże mogą składać się także ze zdań analitycznych¹⁹). Teorie analityczne związane są przede wszystkim z wyszczególnianą w teorii prawa normatywną płaszczyzną badawczą, traktując prawo jako zjawisko językowe, a jeśli społeczne (faktycznie) to o charakterze instytucjonalnym. Wtórnie więc poznanie prawa można ograniczyć do zrozumienia sposobu jego rozumienia w określonym języku. Oczywiście głębsza charakterystyka nakazywałaby poczynić pewne różnice między pozytywizmem kontynentalnym a anglosaską jursprudencją analityczną. Pozytywiści kontynentalni wypracowali podział na analityczną i empiryczną teorię prawa, zwracając uwagę na prawo nie tylko jako instytucję społeczną, ale fakt kulturowy. Przejawy empiryzmu prawa w kulturze anglosaskiej znalazły ujście w realizmie prawniczym natomiast pozytywistyczna teoria prawa od samego początku miała charakter właśnie analityczny. Takiej charakterystyce w pełni odpowiada twórczość Harta.

Istotę teorii Harta oddaje już sam tytuł jego najbardziej znanej książki – *Pojęcie prawa*. Przedmiotem rozważań nie jest zatem prawo jako zjawisko (empiryczne, społeczne, naturalne itp.), ale pojęcie prawa, tak jak w dominujący sposób pojmowane jest ono przez prawników. Przy czym teoria ta nie jest socjologią języka ani jurslingwistyczną teorią typu empirycznego. Rozumienie prawa nie odbywa się u Harta w oparciu o empiryczne metody analizy, badania ankietowe, studia przypadku, statystykę lingwistyczną czy też empiryczne przejawy dyskursu prawniczego. Chodzi o ustalenie znaczenia pojęcia prawa bez „wychodzenia z za biurka”²⁰. Hart przyznaje, że pojęcie prawa jest wieloznaczne – choćby z uwagi na różne filozofie prawa, ale uznaje, że celem teorii prawa jest ustalenie jego dominującego znaczenia. Przy czym nie chodzi tu o semantykę prawa w dyskursie powszechnym, ale jego

-
- 18 Artur Kozak, *Myslenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej* (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2010), 71.
- 19 Gizbert-Studnicki, Dyrda, Grabowski, *Metodologiczne dychotomie*, 22-23.
- 20 Krzysztof Tomasz Konecki, „Przedmowa”, [w:] Barney G. Glaser, Anselm L. Strauss, *Odkrywanie teorii ugruntowanej* (Kraków: Wydawnictwo Nomos, 2009), xii.

rozumienie prawnicze. Teoria Harta jest przez to deskryptywna. Nie uznaje się w niej jak pojęcie prawa powinno być rozumiane albo czy odpowiada ono takim, a nie innym przekonaniom aksjologicznym. Hart wyraźnie unika sądów wartościujących odnośnie pojęcia prawa, choć w innych aspektach (np. co do interpretacji prawniczej czy praktyki orzeczniczej²¹) takowe formułuje. Opisowość teorii Harta wzmacnia ponadto spostrzeżenie, że chodzi w niej o tzw. *speaker's meaning* a nie *sentence meaning*. Ostatnia cecha natury podstawowej teorii Harta to rodzaj semantyki, którą tenże posługuje się dla ustalenia znaczenia pojęcia prawa. Teoria potocznego użycia nazwy prawo (ale przez prawników, a nie przeciętnego użytkownika języka) sprowadza się do zidentyfikowania wspólnych atrybutów desygnatów nazwy prawo. Jest to zatem koncepcja semantyki nazwana przez Carnapa intensjonalnością²². Pojęcie prawa Hart rekonstruuje w oparciu nie o definicyjną koncepcję semantyki, *in statu nascendii* formułując czym ono jest odwołując się do jakichś założeń wstępnych, ale jak ono jest rozumiane. Cel ten osiąga w sposób analityczny, poprzez zestawienie podstawowych, wspólnych cech desygnatów nazwy prawo. Takie postawienie sprawy wzbudziło skojarzenie z wyrafinowanym podejściem metodologicznym, które proponował oksfordzki filozof i tak też Hartowska koncepcja bywa najczęściej nazywana – jako wyrafinowany pozytywizm prawniczy w przeciwieństwie do „miękkiego” pozytywizmu w wydaniu kontynentalnym, gdzie Radbruch skupił się na formułowaniu kryteriów moralnej oceny prawa, która jedynie wyjątkowo może posłużyć do odmowy uznania obowiązywania danej normy prawnej. Kryterium to rzecz jasna sprowadza się do rażącej niesprawiedliwości w świetle jej porównania z podstawowymi wartościami moralnymi.

Swoje stanowisko teoretyczne Hart w pierwszej kolejności buduje na wykazaniu niedostatków posługiwania się koncepcją semantyki ekstensjonalnej w odniesieniu do pojęć prawniczych, w tym samej nazwy prawo. Hart czyni tak na przykładzie definicji prawa określonej przez Johna Austina, który ustalił ją jako rozkaz podparty przymusem. Posługując się kryterium logicznym Hart stosunkowo łatwo wykazuje zarówno na wadę tej definicji, jak i – jak się wydaje – właśnie ograniczeń wynikających z ustalania znaczenia jedynie w oparciu o zakres denotacyjny określonych wyrażań. By to uczynić, przedstawia metaforę (paradoks) bandyty, wskazując, że bez ustalenia intensjonalności nazwy prawo, a przede wszystkim uchwycenia jej aspektu pragmatycznego, nie jest możliwe poczynienie skutecznego rozróżnienia między zdaniem o tym samym brzmieniu, w postaci np.: musisz zapłacić 100\$ według kryterium jedynie semantycznego i syntaktycznego, tj. gdy wypowiada je bandyta grożąc pokrzywdzonemu rewolwerem a sytuacją, gdy takie jest

21 Herbert L. A. Hart, *Pojęcie prawa* (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2020), 101, 234-235

22 Zirk-Sadowski, „Analityczna filozofia prawa”, 50-51.

brzmienie normy prawnej (np. w ramach obowiązku podatkowego). Co więcej, proste kryterium zakresu nazwy może prowadzić do definicji fałszywej, a to jest już bardzo poważnym zarzutem metodologicznym pod adresem teorii Austina. Zaproponowana przezeń definicja prawa jako rozkazu podporządkowanego przymusem jest zatem wadliwa ekstensjonalnie, bowiem denotuje stany, które wiemy, że prawem nie są (odpowiada jej obowiązek zapłaty bandycie grożącemu bronią), a nie pozwala klasyfikować zjawisk, które prawnicy uznają, że prawem są (np. stany dobrowolnego, legalistycznego przestrzegania prawa). Hart wyraził to w ten sposób, że teoria Austina nie czyni rozróżnienia między obowiązkiem wynikającym z przymusu (który nie pochodzi od władzy publicznej, co prawem nie jest) a byciem prawnie zobowiązanym.

Rozwiązaniem tego dylematu jest odwołanie się do semiotycznego kryterium związanego z pragmatycznym aspektem języka. Przypomnijmy, że wg. najbardziej ogólnej definicji chodzi w nim o analizę sposobu wykorzystania języka, posługiwanie się językiem przez jego użytkowników czy społeczną jego funkcję. Jak już wspomniano Hart pozostawał pod silnym wpływem oksfordzkiej szkoły języka potocznego. Austin, jej najwybitniejszy przedstawiciel, wyłożył swoje ustalenia w fundamentalnym dla pragmatyki językowej drugiej połowy XX wieku dziele *Jak czynimy coś za pomocą słów*²³. Jego teoria aktów mowy skupia się na performatywnym charakterze języka. Austin nazwał performatywami takie wypowiedzi, które są konieczne, by wywołać określone stany instytucjonalne lub społeczne. Przykładowo, niemożliwe jest ustanowienie związku małżeńskiego bez wypowiedzenia słów przysięgi przed urzędnikiem stanu cywilnego. Stan faktyczny w postaci wspólnego pożycia czy sfera emocjonalna są tutaj nieistotne. Osiągnięcie skutku instytucjonalnego i społecznego w postaci uznanego prawnie i wspólnotowo związku możliwe jest zatem tylko poprzez wykonanie konwencjonalnej czynności, której istota dokonywana jest „za pomocą słów”²⁴. Austin rozbudował również podział semiotyczny. Aspekt konstrukcyjny wypowiedzi w postaci semantyki i syntaktyki zakwalifikował jako lokucyjny aspekt języka. Na tym poziomie nie jest możliwe rozróżnianie społecznej funkcji wypowiedzi i wyszczególnianie performatywów. By odróżnić to samo wyrażenie wypowiedziane przez bandytę grożącego bronią od społecznego bycia zobowiązanym do zapłaty określonej sumy pieniędzy konieczne jest sięgnięcie do kryterium pragmatycznego, w ramach którego Austin wyszczególnił funkcję illokucyjną i perlokucyjną języka. Pierwsza odpowiada za intencję wypowiedzi, druga za jej skutek. W przypadku obowiązku zapłaty 100\$ funkcja i skutek wyrażenia są zupełnie inne dla groźby bandyty a legalnego obowiązku uiszczenia zapłaty

23 John Austin, *How to do things with words* (Oxford: Clarendon press, 1962), https://pure.mpg.de/rest/items/item_2271128/component/file_2271430/content. [dostęp: 01.06.2021].

24 Zirk-Sadowski, „Analityczna filozofia prawa”, 54.

(np. w wyniku zobowiązania podatkowego, czy w ramach zawięzanej umowy). Dla Harta aspekt pragmatyczny języka wyrażeń prawno-normatywnych to ten, który może być poznany w ramach wewnętrznego punktu widzenia (*internal point of view*). Natomiast aspekt lokucyjny może być ustalony w oparciu o proste kryterium lokucyjne. Ustalenie znaczenia wyrażenia (semantyki wespół z regułami syntaktycznymi) nie pozwala jednak zrozumieć wyrażenia w oparciu o jego społeczną funkcję (intencję) i skutek. Tylko pragmatyczny aspekt języka umożliwi ustalenie tych elementów. By to osiągnąć, konieczne jest zatem poznanie przez użytkownika języka reguł pragmatycznych, które funkcjonują w danej wspólnocie. By to osiągnąć, wystarczy – według Harta – odwołanie się do wymienionej już odrębnej koncepcji semantyki, jaką jest nie jej funkcja denotacyjna, ale konotacyjna. Raz jeszcze przypomnijmy, że koncepcja Harta nie jest socjologią języka. By ustalić, pragmatyczny aspekt wyrażenia użytkownik języka może poprzestać na intensjonalnej analizie wyrażeń języka w aspekcie *langue*, a nie *parole* (dyskursu). Nie jest konieczne przeprowadzenie empirycznych badań nad praktyką komunikacyjną. Chodzi o statyczne uchwycenie cech charakterystycznych obiektów, które w języku oznacza się danym wyrażeniem po to, by precyzyjnie kwalifikować je do jej zakresu znaczenia (denotacji).

Aplikacja teorii aktów mowy pozwoliła zatem Hartowi poczynić rozróżnienie między stanami bycia pod przymusem, które jedynie z pozoru odpowiadają pozytywistycznej koncepcji prawa, a faktycznym byciem prawnie zobowiązanym. Pomimo pominięcia w teorii Harta kwestii relacji społecznej, prawo pozostaje nadal empirycznym obiektem badań, tyle że w sposób opisowo-analityczny, a nie opisowo-syntetyczny. Poczynienie takich ustaleń wyjściowych pozwoliło Hartowi sformułować kilka tez wyjaśniających poczynione obserwacje. Jego zdaniem prawo jest związkiem reguł (*union of rules*), wypowiedzi powinnościowych o ustalonej strukturze składniowej, nakazujących, zakazujących albo pozwalających jakiemuś podmiotowi na określone zachowanie w danych okolicznościach. Przestrzeganie prawa odbywa się nie tylko pod groźbą przymusu, ale wynika z krytyczno-refleksyjnej postawy względem tego związku (według terminologii kontynentalnej: systemu). Celem prawnika, w szczególności sędziego, jest analiza takich wypowiedzi (posłuchu) i według precedensowego modelu stosowania prawa wybór, które z nich obdarzyć przymiotem prawnego bycia zobowiązanym, a którym odmówić tego statusu. Sędzia anglosaski może to uczynić na podstawie utrwalonej praktyki precedensowej, w myśl zasady *stare decisis*, albo wypracować nową regułę w ramach tzw. trudnego przypadku. Wówczas jednak zdaniem Harta sędzia poszukuje rozwiązania poza związkiem reguł (*union of*

rules) i działa w istocie dyskrecjonalnie²⁵. Dla Harta przypadki takie są wadą systemu, bowiem nie jest możliwe obdarzenie danego wyrażenia przymiotem prawa na podstawie kluczowej w jego typologii reguły uznania. Przedmiotem swych rozważań Hart czyni zatem konkretnie specyfikę anglosaskiego systemu prawnego pod postacią precedensowego modelu stosowania prawa.

Idealem Harta jest zatem sprostanie pozytywistycznemu postulatowi pewności prawa i zachowania „konwencjonalnej formy zwyczaju sędziowskiego” w stosunku do analogicznych przypadków. Hart odwołuje się tutaj do „radykalizmu” anglosaskiej doktryny precedensu²⁶, która w założeniu ma polegać na tworzeniu modelu takiego samego działania sędziowskiego w stosunku do przypadków podobnych. Każde prawotwórstwo sędziowskie jest dla Harta przykładem aberracji związku reguł, które wymaga w istocie wyjścia poza system prawa i wprowadzenia reguły do systemu.

Mnogość nawiązań do specyfiki kultury anglosaskiej stawia więc liczne znaki zapytania w przedmiocie tego, w jaki sposób wyrafinowana jurysprudencja analityczna w wydaniu Harta może znaleźć zastosowanie do opisu i wyjaśnienia specyfiki wyłącznie prawa stanowionego, w którym stosowanie (w tym sądowe stosowanie prawa) odbywa się według modelu subsumcyjnego, a nie precedensowego. Kwestią tą zajmiemy się jednak po sprawozdaniu głównych założeń Ronalda Dworkina – kontynuatora Harta w oksfordzkiej Katedrze Jurysprudencji (od 1969 roku).

3. Główne założenia integralnej teorii prawa Ronalda Dworkina

Dworkin już za życia uznawany był za „osobowość”. Miał opinie jurysty o wielkiej charyzmie, dumnego, a jednocześnie wyposażonego w przenikliwy umysł i zadeklarowanego demokratę. Co interesujące, o ile w kulturze kontynentalnej (także w Polsce) traktowany jest przede wszystkim jako filozof prawa, o tyle w kulturze *common law*, a w szczególności w USA, za równie istotną uznawana jest jego twórczość w dziedzinie filozofii polityki. Dworkin, prócz ogromnego wkładu w jurysprudencję, wniósł także pewien powiew świeżości do konserwatywnej formuły uprawiania nauki prawa, czym z pewnością odznaczały się nauki ogólne prawoznawstwa. Dworkin dużą wagę przykładał także do popularyzacji wiedzy filozoficzno-prawnej; publikował felietony, zabierał głos w sprawach społecznie ważnych, deklarując się jako liberalny demokrat. Jego *credo* sprowadzało się do traktowania prawa jako neutralnego środka do godzenia różnorodnego, ponowoczesnego

25 Jerzy Zajadło, „Sędzia konstytucyjny – profil filozoficzno-prawny”, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki (Warszawa, LexisNexis, 2010), 23.

26 Herbert L. A. Hart, *Law, liberty and morality* (Stanford: Stanford University Press, 1963), 10.

społeczeństwa²⁷. Stosowanie prawa było dlań działaniem interpretacyjnym. Warto zauważyć, że sporo łączyło go z przedstawicielami teorii dyskursu prawniczego i argumentacji prawniczej. Najistotniejszym wkładem Dworkina w rozwój jurysprudencki jest jednak umiejętne pogodzenie dwóch wydałoby się nie do połączenia stanowisk – pozytywistycznego i niepozytywistycznego. Jego integralna teoria prawa, choć rzecz jasna jest przykładem niepozytywistycznej filozofii prawa i przeciwstawia się filozofii pozytywistycznej, umiejętnie łączy prawo pozytywne z koncepcją prawnonaturalną.

Znajomość wybranych faktów z życia Dworkina ułatwia zrozumienie niuansów jego teorii, ale także pozwala w pełniejszy sposób określić motywy, jakimi kierował się poddając krytyce koncepcję Harta. Dworkin pracował, choć krótko, dla słynnego sędziego Learneda Handa (Sąd Apelacyjny dla drugiego okręgu²⁸), który publicznie wypowiadał się o nim jako o najlepszym swoim asystencie. Warto zauważyć, że w systemie anglosaskim asystentura w sądzie (*law-clerk*) jest pracą prestiżową, dość dobrze płatną a przede wszystkim zapewnia gruntowne przygotowanie do pracy w sektorze usług prawniczych. Dworkin natomiast określał Handa jako swojego życiowego mentora. Ten epizod z praktyki sądowej z pewnością ukształtował Dworkina jako prawnika oraz pozwolił mu uznać, że teoria Harta – wówczas szybko zdobywająca popularność w świecie anglosaskim – jest wadliwa w kwestii opisu praktyki precedensowej. Sędziowie w systemie *common law* nie działają w taki sposób, w jaki opisywał ów proces w *Pojęciu prawa* Hart. Nieadekwatność twierdzeń opisowych jest zawsze poważnym zarzutem dla każdej teorii. Pod tym względem, co jest w pewien sposób paradoksalne, Dworkin uznał teorię Harta w podobny sposób wadliwą dla wyjaśnienia zjawiska prawa, w jaki sposób Hart poddał krytyce teorię rozkazu Austina. Dworkin zgodził się z Hartem co do zgłoszonych przezeń wadliwości koncepcji Austina, ale starał się wykazać wadliwość pozytywizmu jako teorii naukowej, głównie w aspekcie wyjaśnienia zjawiska prawa oraz związanych z nim funkcji i celów społecznych. Ten drugi element rozważań Dworkina jest wyraźnie aksjologiczny. Warto też zaznaczyć, że o ile Hart traktuje prawo jedynie jako konwencję pojęciową, o tyle Dworkin, również w tytule swojej najsłynniejszej książki (*Biorąc prawa poważnie*²⁹), ujawnia, że chodzi mu o realne („poważne”) podejście do prawa. Traktuje więc prawo jako zjawisko, a nie tylko pojęcie.

27 Marek Smolak, „Filozofia prawa Ronalda Dworkina”, [w:] *Filozofia prawa. Normy i fakty*, red. Jacek Hołówka, Bogdan Dziobkowski (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2020), 501-504.

28 Nowy Jork, Connecticut, Vermont.

29 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (Massachusetts: Harvard University Press, 1977).

Wymieniona powyżej uwaga wstępna odgrywa fundamentalną rolę w analizie teorii Dworkina, który wszystkich pozytywistów ocenia jako zwolenników nominalizmu – filozofii języka, w której zakłada się odmowę istnienia w rzeczywistości empirycznej desygnatów tzw. uniwersaliów, tj. pojęć ogólnych, abstrakcyjnych³⁰. W myśl tej koncepcji podstawowe pojęcia jurysprudencji jak obowiązek, uprawnienie, zobowiązane czy wreszcie samo prawo nie oznaczają realnych obiektów, które opisać można zdaniem syntetycznymi. Zamiast tego ich deskrypcja i wyjaśnienie zmusza jurystę do stworzenia analitycznej teorii prawa. Dworkin wyraźnie sprzeciwiał się takiemu podejściu, metaforycznie nazywając taką metodologię w budowie teorii prawa jako „ukąszenie semantyczne”³¹. W rzeczy samej Dworkin podawał w wątpliwość wyjaśniającą moc jurysprudencji analitycznej. To, co dla pozytywistów stanowi więc poważne osiągnięcie badawcze pod II wojnie światowej, czyli założenie, że zjawiska społeczne mogą być ubrane w ramy teorii analityczno-deskryptywnych, jest dla Dworkina niewystarczające.

Wypada przypomnieć, że opozycyjną dla nominalizmu filozofią języka jest realizm pojęciowy. Jego głównym przedstawicielem był oczywiście Platon z koncepcją wiecznych, niematerialnych idei. W filozofii wyszczególnia się realizm pojęciowy także w wersji umiarkowanej (począwszy od Arystotelesa), w którym przyjmuje się poszukiwanie formy (ucieleśnienia) pojęć ogólnych w obiektach empirycznych. Dworkin opowiada się za taką właśnie odmianą realizmu pojęciowego. W szczególności jego słynna typologia wypowiedzi normatywnych na normy-reguły (*rules*) i normy-zasady zdaje się aplikować taką wersję realizmu pojęciowego.

Dworkin przeciwstawia się także opisowi precedensowości zaprezentowanego przez Harta. Zupełnie sztuczną i pozbawioną racji empirycznych jest dlań koncepcja, w której wskazuje się, że sędzia anglosaski działa – jak

30 „Niektórzy prawnicy (możemy ich nazwać »nominalistami«) twierdzą, że w istocie rozwiązujemy te problemy ignorując je. Uważają oni, że pojęcia »obowiązku prawnego« i »prawa« są mitami wymyślonymi i podtrzymywanymi przez prawników, aby jakoś opisać ponurą gęstwinę świadomych i podświadomych motywów. Zagadkowość tych pojęć jest po prostu symptomem tego, że są one mitami. Są nierozwiązywalne, bo są nierealne, a przywiązanie do nich stanowi jeszcze jeden przykład naszego zniewolenia. Najlepszym wyjściem jest pozbycie się zagadek razem z pojęciami i dążenie do osiągnięcia celów społecznych bez tego zbędnego bagażu” – Ronald Dworkin, *Biorąc prawa poważnie* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998), 44.

31 Brian Butler, „Dworkin’s »Semantic Sting« and Behavioral Pragmatics”, [w:] *Further Advances in Pragmatics and Philosophy: Part 1 From Theory to Practice*, red. Alberto Voltolini & Richard Warner (Springer Verlag, 2018), 259-273.

gdyby – jedynie językowo, w dodatku na podstawie jedynie reguł. W sytuacjach zaś braku prawa stanowionego albo pierwotnego rozstrzygnięcia, w istocie zmuszony jest do wyjścia poza system prawa i pozytywizację wartości moralnej poprzez utworzenie reguły. Dworkin taki mechanizm uznawał za sztuczny i nieoddający istoty działania sędziego anglosaskiego. W dodatku Hart przedstawił swoją koncepcję bez żadnego, empirycznego jej uzasadnienia³². Analiza teorii Dworkina wskazuje, że ten precedensowy model stosowania prawa uznawał za taki, w którym sędzia w przypadkach trudnych, tj. takich, dla których rozstrzygnięcia brak jest prawa stanowionego albo pierwotnego orzeczenia, nie pozytywizuje wartości moralnych, ale traktuje je jako prawo już istniejące, na podstawie którego wypracowuje się konieczne rozstrzygnięcie³³.

Dworkin – za co był niejednokrotnie krytykowany – za najbardziej diagnostyczne elementy prawa anglosaskiego uznawał przypadki trudne. To na nich budował swoją integralną teorię prawa. Kluczowy jest w niej rzecz jasna powszechnie znany podział wypowiedzi normatywnych na: zasady, dzielące się na *principles* oraz *policies* oraz reguły. Te ostatnie działają binarnie, mogą albo być spełnione, albo nie (np. nakaz złożenia odpowiednich dokumentów celem zarejestrowania pojazdu). Integracyjność teorii Dworkina przejawia się natomiast na poziomie zasad, które mają charakter standardów. Nie działają na zasadzie „wszystko albo nic”, ale sytuują pewien zakres oceny, zgodnie z którą interpretowane albo tworzone (w przypadku *case law*) powinny być normy-reguły. O ile *policies* były dla Dworkina wymogami polityki, ekonomii itp. i dawały dość dużą swobodę suwerenowi politycznemu

32 „Oczywiście nominalistom wydaje się, że wiedzą, jak reszta z nas używa wspomnianych pojęć. Sadzą oni, że mówiąc »prawo«, mamy na myśli zbiór ponadczasowych reguł zgromadzonych w jakimś pojęciowym magazynie i czekających na to, aż je odkryją sędziowie, a kiedy mówimy o obowiązkach prawnych, mamy na myśli niewidzialne łańcuchy, jakimi krępują nas owe tajemnicze reguły. Teorię zakładającą istnienie takich reguł i łańcuchów nazywają oni »prawoznawstwem mechanicznym« i słusznie ośmieszają tych, którzy je wyznają”. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, 45.

33 „Mam zamiar przeprowadzić frontalny atak na pozytywizm, używając jako tarczy strzelniczej wersji H. L. A. Harta w momencie, gdy będzie potrzebny cel bardziej konkretny. Moja strategia zorganizowana będzie wokół faktu, że kiedy prawnicy rozumują na temat prawnych uprawnień i obowiązków, szczególnie w trudnych sprawach, w których nasze problemy z tymi pojęciami wydają się najbardziej wyraźne, wykorzystują oni normy, które nie funkcjonują jako reguły, lecz jako zasady, wymogi polityki prawnej i inne rodzaje norm”. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, 6.

w zakresie określania celów do realizacji (np. postulat dążenia przez władze publiczne do pełnego zatrudnienia), to *principles* są wartościami moralnymi, niezależnymi od swobodnej decyzji prawodawcy politycznego. Raz jeszcze podkreślmy, że tam, gdzie Hart poszukiwał podstawy do działania sędziego traktując tę sferę jako pozaprawną, tak Dworkin uznawał te wartości za konieczny element systemu prawa. Sztuczną była dlań konstrukcja, w której sędzia anglosaski odróżnia te dwie kwestie. Można podejrzewać, że obserwując we wczesnych latach swojej aktywności zawodowej praktykę orzecznictwa doszedł do wniosku, że teoria Harta rodzi sztuczną konstrukcję opisując precedensowość a przede wszystkim, że sędziowie anglosascy świadomi są tego, kiedy działają na podstawie i w granicach prawa pozytywnego, a kiedy wykraczają poza jego granice, by ustanowić (spozytywizować) wartości moralne i nadać im brzmienie reguł. Przeciwnie, Dworkin mógł zaobserwować, że dla sędziego w kulturze *common law* taki sposób myślenia jest obcy, bowiem judykatura traktuje pewne podstawowe wartości – choćby nie rodziły one dotychczasowo reguł prawa pozytywnego – jako prawne. Dworkin znacząco rozszerzył więc pojęcie prawa o elementy niepozytywistyczne, integrując prawo pozytywne z zasadami moralności, jak słuszność, sprawiedliwość, życie ludzkie, dobro, piękno itp. Pamiętajmy też o odróżnieniu tej koncepcji od miękkiego pozytywizmu Radbrucha. Ten ostatni dopuszcza jedynie moralną ocenę prawa, która w sytuacji ekstremalnej niesprawiedliwości pozwala uznać normę prawną za nieobowiązującą. Jednak formuły tej oceny poszukuje w prawie pozytywnym, odwołując się do aktów prawa pozytywnego z dziedziny praw człowieka³⁴. Nie uznaje zatem moralności za samodzielne źródło prawa. Podobnie jak Hart, wymaga od wartości moralnych uprzedniego ich spozytywizowania przez jakieś gremium. Jeden i drugi przywiązani byli do fundamentalnego dla pozytywizmu testu pochodzenia. Hart i Radbruch za prawo uznawali jedynie te reguły, które „mogą [...] być identyfikowane i wyróżniane dzięki specjalnym kryteriom, dzięki sprawdzianom dotyczącym nie ich zawartości, ale rodowodu [...]”³⁵.

Wypada jednak zauważyć, że teoria Dworkina jeszcze mocniej niż koncepcja Harta powiązana jest ze specyfiką anglosaskiej kultury prawnej. Ten pierwszy za najbardziej diagnostyczne przypadki celem ukazania fenomenu prawa uznał elementy precedensowego modelu stosowania prawa w postaci trudnych przypadków i to je poddał gruntownej analizie. Zdaniem Dworkina rozwiązując sytuacje braku reguły prawa stanowionego albo deficytu *case law* sędzia anglosaski odwołuje się bezpośrednio do wartości moralnych, które *in statu nascendi* traktuje jako prawo, a nie rekonstruuje reguły

34 Gustaw Radbruch, „Pięć minut filozofii prawa”, [w:] Gustaw Radbruch, *Filozofia prawa* (Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2009), 243.

35 Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, 47.

na zasadzie uznaniowości. Nietrudno zauważyć, że taka teoria opisowo przystaje jedynie do specyfiki orzeczniczej systemów *common law*. W kulturze kontynentalnej, w której sądy orzekają w oparciu o monocentryczny katalog źródeł prawa, sędzia nie może samodzielnie wprowadzać do systemu żadnej podstawy walidacyjnej. Kwestie oceny reguł odbywają się jedynie na etapie argumentacji prawniczej a dyskrejonalnie mają znaczenie w ramach wykładni prawa. Przybierają postać ocen, które stoją u podstaw wyborów interpretacyjnych.

W teorii Dworkina pewnym elementem wspólnym z pozytywistyczną metodologią uprawiania prawoznawstwa jest na swój sposób koncepcja sędziego Herkulesa. Dworkin stronił od relatywizmu. Zamiast tego przedstawił metaforę sędziego Herkulesa, czyli takiego, który zna wszystkie wartości i wszystkie reguły. Tym samym każdy trudny przypadek jest w stanie rozwiązać poprzez jedno, poprawne rozstrzygnięcie, gdyż reguła, na podstawie której sędzia wydaje orzeczenie, jest zawsze koherentna z właściwymi jej zasadami prawa. Takie założenie odwołuje się do realizacji wartości pewności prawa oraz wtórnie jego stałości i przewidywalności. Dla pozytywistów takie założenia były również istotne, gdyż metodologia pozytywistycznej wizji uprawiania nauki prawa miała służyć realizacji wymogów nauk przyrodniczych i ścisłych, w szczególności co do replikacji badań oraz wypracowania takiego oprzyrządowania metodologicznego, które umożliwiłoby różnym prawnikom uzyskiwanie takiej samej semantyki prawa na potrzeby podobnych stanów faktycznych będących przedmiotem oceny w ramach wykładni lub stosowania prawa.

Podsumowując, w teorii Dworkina rozwiązanie trudnego przypadku nie jest problemem walidacyjnym (jak w koncepcjach pozytywistycznych, w tym w teorii Harta), ile zawsze interpretacyjnym. Dworkin nie tyle nie różni wyboru źródła prawa od jego interpretacji, ile uważa, że w przypadku precedensowego modelu stosowania prawa dla sędziego kwestia ta nie ma znaczenia w sytuacji, gdy brak jest prawa pozytywnego jako podstawy rozstrzygnięcia. Sądy prawnicze w integralnej teorii prawa legitymowane są dialektycznie, w oparciu o oceny i wartości przyjmowane w danej wspólnocie interpretatorów, ale – jak już wskazywano – wynik tej interpretacji nie może być dowolny. Nie jest też właściwe rozważanie równorzędnych efektów działań interpretacyjnych i dokonywanie ich wyboru na podstawie swobodnego uznania. Koherencja zasad prawa i reguł wymaga bowiem opowiedzenia się za koncepcją tzw. jednego, słusznego rozstrzygnięcia. Legitymowane jest ono jednak nie według kryterium prawdy albo fałszu, ale najsilniejszej (najbardziej słusznej) argumentacji w świetle wartości podstawowych dla danego porządku prawnego (*legal order*).

4. Zastosowanie teorii analitycznej (Hart) i integralnej (Dworkin) w kulturze prawa stanowionego

Hart bronił się przed krytyką Dworkina podnosząc, że nigdy nie sprzeciwiał się sensowi wyszczególniania zasad wśród wypowiedzi normatywnych oraz że jego teoria nie przeczy możliwości dokonania takiej dyferencji³⁶. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, że wówczas przybierają one postać zawsze wyrażen normatywnych, zatem wypowiedzi o tej samej strukturze syntaktycznej, ale których różnicy można doszukiwać się przede wszystkim w aspekcie pragmatycznym (na poziomie semantycznym różnica występuje z istoty rzeczy i wynika z przedmiotu, do którego dana wypowiedź normatywna ma być stosowana). Na tym poziomie analizy semiotycznej dyferencja sprowadza się do celu i funkcji posługiwania się wypowiedzią normatywną o charakterze zasady albo reguły. I to przy zachowaniu niemal pełnej ich charakterystyki wskazanej przez Dworkina. Niemal, gdyż na poziomie *principles* na gruncie teorii Harta należy przyjąć, że mamy do czynienia nie z autonomiczną podstawą walidacyjną w postaci wartości moralnej, lecz jedynie wypowiedzią normatywną, w dodatku taką, która staje się częścią systemu prawa (albo zespołu wypowiedzi normatywnych) po uprzednim jej, w jakiś sposób spożytywizowaniu. Temu właśnie sprzeciwiał się Dworkin. Natomiast Hart – jako pozytywista – nie mógł odrzucić warunku testu pochodzenia i – wtórnie – sformułowania jakichś kryteriów konstytuowania wypowiedzi normatywnych za prawne, gdyż wówczas odrzuceniu musiałyby podlegać fundamentalne założenia pozytywizmu, które tak celnie wypunktował Dworkin³⁷. Temu ma służyć Hartowska reguła uznania. Jednak przyjęcie, że jej odpowiednikiem w kulturze prawa stanowionego jest zasada prawa stanowionego byłoby konstatacją banalną.

Paradoksalnie, to, co rodzi trudności w ocenie adekwatności teorii Harta i Dworkina dla opisu mechanizmu precedensowości jest łatwiejsze do zastosowania do tych systemów prawnych, które ograniczają się do monocentrycznego katalogu źródeł prawa w postaci zbioru aktów normatywnych, poddanych określonej hierarchii. Zdaniem Dworkina w przypadku teorii Harta kwestią problemową jest zignorowanie walidacyjnego pochodzenia zasad, które w modelu precedensowym traktowane jest jako samoistne źródło prawa oraz sprowadzenie „prawa” jedynie do aspektu pojęciowego, w myśl wyjściowego założenia opartego na nominalizmie. Natomiast krytycy Dworkina podnoszą, że zbudował on swój model precedensowości i wtórnie teorię prawa na podstawie przypadków trudnych. Tym samym z anomalii wywodził prawidłowości ogólne. Natomiast stosowanie prawa składa się w głównej mierze z przypadków łatwych (*easy cases*), a nie trudnych. Dworkin nigdy nie przedstawił przekonujących argumentów, dlaczego uznać właśnie je za

36 Hart, *Pojęcie prawa*, 389-395.

37 Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, 47-48.

reprezentatywne i estymować takie rozważania w stosunku do całej populacji orzeczeń precedensowych.

Wróćmy jednak do sygnalizowanej kwestii oceny obu powyższych elementów opisywanych teorii, które rodzą mniejsze trudności w razie ich adaptacji do opisu mechanizmów kultury prawa stanowionego. W przypadku teorii Harta uznanie kryterium pragmatycznego, za takie które umożliwia wyszczególnienie zasad i reguł jest całkowicie trafne w przypadku monocentrycznego katalogu źródeł prawa. Dominacja lingwistycznej koncepcji normy prawnej w kulturze kontynentalnej wiąże się z traktowaniem jej jako wypowiedzi językowej. Norma jest zatem poznawana w języku, aczkolwiek przy odrzuceniu nominalistycznego radykalizmu. W kulturze kontynentalnej dylemat ten znalazł rozwiązanie w ramach podziału teorii prawa na analityczną i empiryczną oraz aprobachie stanowiska o złożonej strukturze ontologicznej zjawiska prawa. Poznawane jest ono jednak w dominujący sposób na płaszczyźnie normatywnej (językowej). Przyjęcie, że norma jest wyrażeniem językowym, które pragmatycznie można podzielić na zasady oraz właściwe normy wysławiające nie standardy, ale konkretne działania w formie nakazu, zakazu albo dozwoleń (choć w formie abstrakcyjnej) spełnia wymogi adekwatności opisu takiej teorii do specyfiki kultury kontynentalnej, która opiera się na podziale aktów stanowienia i stosowania prawa. Te z kolei powstają w oparciu o procesy decyzyjne organów stanowienia i stosowania prawa. Najbardziej fundamentalne jest jednak rozróżnienie w ramach prawa stanowionego rodzajów wypowiedzi normatywnych, które powstają w wyniku procesów decyzyjnych, odpowiednio: stanowienia od stosowania prawa. Na element ten nie zawsze zwraca się należyta uwaga. W procesach stanowienia prawa powstają normy generalno-abstrakcyjne i tylko na tym poziomie możliwe i właściwe jest wprowadzenie Dworkinowskiej typologii na zasady – reguły. Kryterium pragmatyczne z kolei, do którego tak znaczną rolę przykładął Hart, uzasadnia natomiast jeszcze dobitniej podział na normy konkretno-indywidualne, będące efektami procesów aplikacji norm generalnych i abstrakcyjnych przez organy stosujące prawo od tych wypowiedzi normatywnych, które są efektami procesów stanowienia prawa. Są to po prostu różne wypowiedzi normatywne, między którymi różnica pojawia się w aspekcie illokucyjnym (intencji) i perlokucyjnym (skutku wypowiedzi). Skutkiem normy konkretno-indywidualnej w kulturze kontynentalnej nigdy nie jest jej następcze stosowanie i możliwość przekształcenia w regułę generalno-abstrakcyjną z uwagi na subsumcyjny, a nie precedensowy model stosowania prawa. W kulturze prawa stanowionego znajduje więc zastosowanie ten element teorii Dworkina, który zgodnie z uwagami Harta wiąże się z traktowaniem zasad i reguł wyłącznie w kategoriach analitycznych. W tej kwestii, do opisu stosowania prawa w kulturze kontynentalnej, na swój sposób znajdują zastosowanie obie teorie: analityczna Harta i integracyjna Dworkina.

W książce *Biorąc prawa poważnie* Dworkin bardzo wyraźnie czyni za przedmiot opisu i wyjaśnienia wyłącznie fenomen prawa w *common law*³⁸. Pomimo tego, dla prawników w kulturze kontynentalnej silną inspiracją była również ogólna wymowa koncepcji tego filozofa prawa, która odgrywa szczególną rolę w ramach wykładni dokonywanej w procesach stosowania prawa. Otóż Dworkin bardzo silnie podkreślał interpretacyjny charakter prawa. Było ono dlań nie jak chcieli pozytywiści faktem społecznym poznawanym przez język i w gruncie rzeczy do języka ograniczonym, ale zjawiskiem argumentacyjnym. Istota prawa tkwi w podstawowych wartościach moralnych, które spajają daną wspólnotę i są aplikowane w szczegółowy sposób do postaci reguł³⁹. Część z nich pozytywizuje prawodawca, jednak podstawowy trzon prawa od organów władzy publicznej (zatem zarówno parlamentu, jak i sędziów) istnieje niezależnie od woli zarówno suwerena politycznego, jak i sądów. Jedni i drudzy odkrywają wartości moralne, dodatkowo zaś sądy poszukują jednego słusznego rozstrzygnięcia danego problemu prawnego. Wypada jednak rozumieć to szerzej, szczególnie mając na względzie problem postawiony w tytule opracowania. Założenie jednego poprawnego rozstrzygnięcia nie sprowadza się jedynie do stosowania prawa, ale winno być odnoszone do problematyki wykładni: zarówno operatywnej, jak i doktrynalnej. Tak odebrana, integralna teoria prawa stanowiła silny asumpt do przeformułowania podstawowych paradygmatów interpretacji prawniczej w kulturze prawa stanowionego. Wprawdzie interpretator nie jest uprawniony do kreacji znaczenia normatywnego, to jednak winien go poszukiwać poprzez koherencję z podstawowymi zasadami systemu prawa. Także sędzia w ramach stosowania prawa. Postulat tzw. wykładni holistycznej – podnoszony także w polskiej teorii wykładni prawa – inspirowany jest bardzo mocno Dworkinowską koncepcją prawa. Poszukiwanie przez interpretatora koherencji przedmiotu interpretacji, jakim jest ustalenie znaczenia wyrażenia i ewentualnie – w razie potrzeby – rekonstrukcja elementów normy postępowania, powinno odbywać się z uwzględnieniem postulatów wykładni realizujących powyższe założenie. Są nimi wyszczególniane zwykle dyrektywy bądź wskazówki interpretacyjne: równorzędne traktowanie metod wykładni, określenie jedynie temporalnego statusu reguły preferencji w postaci pierwszeństwa wykładni językowej, skłonność do wykładni dynamicznej i traktowanie intencji prawodawcy jako dyrektywy wykładni celowościowej, a nie ogólny paradygmat prowadzenia działań interpretacyjnych. W obszarze sądowej wykładni operatywnej podkreśla się natomiast zerwanie z pozycją sądu jako „ust ustawy” i brak zgody na traktowanie własnej aktywności w myśl „mechanicznej jurysprudencji”

38 Co przyznawał także w innych publikacjach; Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), 102.

39 Maciej Dybowski, „Ronalda Dworkina koncepcja zasad prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 3 (2001): 99-100.

(co krytykował także Hart, ale w takiej formie, że błędem jest – według niego – przyjmowanie założenia, że możliwe jest uznanie, że „każdy krok sądu jest objęty jakąś regułą nadającą z góry prawo do jego podjęcia”⁴⁰). Zamiast tego postuluje się wzmocnienie pozycji judykatury poprzez odwołanie się do założeń aktywizmu interpretacyjnego⁴¹.

Integralna teoria prawa wymaga zatem mocnego dostosowania swoich założeń, by spełnić postulat jej adekwatności do specyfiki kontynentalnych systemów prawnych. Zgodność twierdzeń opisowych i aplikowalność jest podstawową cechą każdej teorii (deskryptywnej)⁴². Teoria nieadekwatna nie spełnia postulatu deskryptywności i przydatności danego zbioru twierdzeń. W konsekwencji może prowadzić do fałszywego opisu danego zjawiska i wtórnie błędnych tez eksplanacyjnych. Teoria Dworkina wydaje się także w ograniczony sposób sprostać wymogom komplementarności twierdzeń, ale zarzut ten jest aktualny tylko z perspektywy wspomnianej już specyfiki kontynentalnej kultury prawnej. Rzecz dotyczy sygnalizowanego już problemu tej koncepcji, który związany jest z dedukcją o prawie na podstawie jednostkowych, szczególnego rodzaju przypadków, jakimi są *hard cases*. Wypada także koniecznie zauważyć, że tzw. przypadki trudne inaczej pojmowane są w teorii Dworkina (i szerzej: w anglosaskiej kulturze prawnej) a inne jest powszechne rozumienie tego pojęcia w dyskursie prawniczym, w systemach kontynentalnych, w tym także w Polsce. Dworkin za takowe uznawał sprawy, których sprawiedliwość lub słuszność domaga się rozstrzygnięcia, a sędzia anglosaski nie posiada możliwości powołania się na prawo stanowione, ewentualnie bezpośrednio na pierwotne orzeczenie, na zasadzie precedensowości. Innymi słowy, w stosunku do jakiegoś stanu faktycznego, w dodatku o jakichś racjach moralnych, wymagane jest wykreowanie reguły prawa pozytywnego. Nietrudno zauważyć, że w kulturze prawa stanowionego takie sytuacje tworzą stany prawnie indyferentne. Gdy prawo milczy, sędzia nie może wprowadzić do systemu nowej reguły. Może jedynie próbować uzyskać rozstrzygnięcie poprzez działania z dziedziny wykładni prawa, np. odwołując się do tzw. interpretacji rozszerzającej⁴³. Mimo wszystko musi jednak dysponować jakąś podstawą walidacyjną. Trudne przypadki definiowane są w kulturze kontynentalnej najczęściej jako sytuacje wieloznaczności znaczeniowej interpretowanego wyrażenia – sytuacje wykładni, których nie da się rozwikłać w oparciu o reguły wykładni językowej, ewentualnie gdy wybór

40 Hart, *Pojęcie prawa*, 245.

41 Dawid Bunikowski, „Teoria deklaratoryjna i konstytutywna wykładni (Aktywizm i pasywizm prawniczy)”, *Państwo i Prawo*, z. 11 (2005): 57-59.

42 Gizbert-Studnicki, Dyrda, Grabowski, *Metodologiczne dychotomie*, 268.

43 Jerzy Wróblewski, „Interpretatio extensiva” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 1 (1965): 111-132.

znaczenia językowego może zawierać pewne oceny moralne. Od takich sytuacji należy natomiast koniecznie rozróżnić sprawy trudne w aspekcie ustalenia stanu faktycznego, tj. gdy przepis jest jasny a trudność dla sędziego wynika ze skomplikowania sprawy w jej aspekcie dowodowym. Takie przypadki nie są odpowiednikiem anglosaskiego *hard cases*, chociaż czasem – błędnie – są za tak określane.

Teoria Harta może się wydawać taką, która do opisu prawa w kulturze kontynentalnej nie wymaga zaadaptowania jej założeń w takim stopniu jak koncepcja Dworkina, co nie oznacza, że może być ona aplikowana bezpośrednio w całej rozciągłości. Cenna jest metodologiczna krytyka pierwotnego pozytywizmu prawniczego, którą tak skrupulatnie Hart przedstawił na kartach *Pojęcia prawa*⁴⁴. Jak już sygnalizowano, o ile bowiem Radbruch w swoich ostatnich za życia tekstach skupił się na analizowaniu przykładów ustawowego bezprawia, to zaprezentowane przez niego rozwiązanie wiąże się z wypracowaniem formuły, która umożliwia (zresztą w niezbyt precyzyjny sposób) derogację z systemu prawa norm rażąco sprzecznych z podstawowymi wartościami moralnymi. W żadnym razie nie dotyka jednak teoretycznych założeń pierwotnego pozytywizmu prawniczego. Radbruch nie przedstawiał, tak jak Hart, wszechstronnej analizy ułomności pozytywistycznej definicji prawa, która także w ramach pozytywizmu niemieckiego (kontynentalnego) sprowadzała się do wiązania go ze społeczną relacją bezwarunkowego posłuchu („prawo było dla nas rozkazem”; „współczesny język ustaw jest językiem wojskowych rozkazów”⁴⁵). Tymczasem podstawą analitycznej teorii prawa Harta jest precyzyjna krytyka założeń pierwotnego pozytywizmu, przeprowadzona w ramach analizy semiotycznej. Wprawdzie Hart za przedmiot swych rozważań uczynił jurysprudence analityczną Austina, to jednak zaprezentowany przez niego tok rozumowania znajduje bezpośrednie zastosowanie do podważenia założeń także kontynentalnego pozytywizmu z doby drugiej połowy XIX i pierwszej XX wieku, jako teorii naukowej. Hart, prezentując paradoks bandyty, uwypuklił wady definicji prawa jako relacji społecznej bezwarunkowego podporządkowania, wskazując na jej ułomności w aspekcie tak zakresowym (denotacyjnym, ekstensjonalnym), jak i atrybutywnym (konotacyjnym). Dla jurysprudence kontynentalnej koncepcja Harta jest o tyle cenna, że precyzyjnie, metodologicznie wymienia defekty pierwotnego pozytywizmu jako teorii naukowej. Nie spełnia ona bowiem podstawowych wymagań stawianych takim zbiorom tez. Jest wadliwa opisowo i prowadzi do fałszywego wyjaśnienia istoty zjawiska prawa. Wtórnie pozwala wyprowadzić niebezpieczne (tu już w sukurs przychodzi argumentacja Radbrucha) postulaty aksjologiczne, które sprowadzają się do „programowego” wyłączenia rozważań

44 Hart, *Pojęcie prawa*, 111-112, 149-157.

45 Gustaw Radbruch, *Wstęp do prawoznawstwa* (Warszawa: Trzaski, Evert & Michalski, 1924), 37.

zarówno metafizycznych, jak i moralnych w stosunku do sposobu uprawiania nauki prawa.

Kolejnym elementem rozważań Harta, który jest cenny dla prawników kontynentalnych, jest zaprezentowanie zaawansowanego zbioru tez metodologicznych, które umożliwiają językową analizę prawa. Nawet jeżeli odrzuci się założenia nominalizmu, teoria Harta znajduje zastosowanie do badań prowadzonych nad prawem stanowionym w ramach jego normatywnej płaszczyzny analizy. Tak też zwykle jest traktowana. Jak już było wspomniane, również w aspekcie semiotyczno-pragmatycznym możliwe jest wprowadzenie Dworkinowskiej typologii wśród wypowiedzi normatywnych na normy-zasady i normy-reguły. Jest to istotne, chcąc właściwie opisać semiotyczny status wyrażen normatywnych, które powstają wskutek decyzji stanowienia prawa. Pod tym względem teoria Dworkina uznawana jest za pionierską względem teorii zasad prawa Roberta Alexego⁴⁶. Nadużyciem byłoby jednak uznanie, że rozważania tego drugiego o statusie norm-zasad i norm-reguł są bezpośrednim rozwinięciem koncepcji Dworkina. Teoria Alexego jest pod tym względem autonomiczna, szczególnie że ten w wielu punktach polemizuje z ustaleniami Dworkina, jednak nie w aspekcie poprawności sformułowanych tez, ale raczej w kwestii adekwatności teorii zasad skoncentrowanej na systemach prawa stanowionego⁴⁷.

Podsumowując, wprawdzie obie omawiane koncepcje powstały w ramach kultury *common law* i za przedmiot swojego opisu ich autorzy uczynili precedensowy mechanizm orzekania sędziego anglosaskiego, po stosownym dostosowaniu ich założeń konstytutywnych obie znajdują zastosowanie w ramach teorii prawa konstruowanej tylko wobec prawa stanowionego, dodatkowo przy założeniu istnienia monocentrycznego katalogu źródeł prawa. Analityczna teoria Harta odgrywa dla prawników kontynentalnych istotną rolę w aspekcie metodologicznym, natomiast koncepcja integracyjności prawa Dworkina inspiruje po dzisiejszy dzień zarówno naukowców, jak i praktyków swymi postulatami w kwestii właściwej interpretacji prawniczej, tak by zachować ducha prawa i zgodność z minimalnym standardem prawa natury w prawie pozytywnym. Ten ostatni, choć sprecyzowany przez Harta, jest także cenny dla prawników kontynentalnych nie tylko z etycznego, ale także opisowego punktu widzenia. Po drugiej wojnie światowej nastąpił w całej euroatlantyckiej kulturze prawnej kierunek legislacyjny, okreśłany mianem pozytywizacji prawa natury. Jak zauważa Alexy, wszystkie rozwinięte systemy prawne zawierają w swych normach prawno-pozytywnych treściowe

46 Marzena Kordela, „Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexego” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 2 (2007): 11.

47 Milena Korycka, „Teoria zasad prawnych Roberta Alexy’ego” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, z. 1 (2010): 52.

komponenty moralne⁴⁸. W tym znaczeniu, już bez wikłania się w spory ontologiczne o status takich wypowiedzi i istotę tych wartości, spór między pozytywistami a niepozytywistami może obecnie wydać się jałowy czy jedynie akademicki. Obie omawiane koncepcje, choć przez lata konkurencyjne wobec siebie, znajdują równorzędne zastosowanie do budowy teorii prawa w ramach kultury kontynentalnej. Natomiast warto mieć na uwadze, że bezpośrednio ich zastosowanie do opisu subsumcyjnego procesu stosowania prawa nie jest możliwe, z uwagi na ich skoncentrowanie się na precedensowości. Pod tym względem obie, omawiane w niniejszym opracowaniu teorie są jedynie inspiracją dla prawników kontynentalnych. W przypadku teorii Harta jej przydatność wynika z przyjętej w niej analitycznej metodologii, natomiast teoria Dworkina – jak już sygnalizowano – postrzegana jest jako asumpt do przeformułowania paradygmatów interpretacji prawniczej, której celem powinno być ustalenie znaczenia prawa z uwzględnieniem wzajemnej koherencji powiązanych z nim zasad prawa.

Bibliografia

- Alexy Robert, „W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa” *Państwo i Prawo*, z. 11-12 (1993): 34-49.
- Austin John, *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1962. https://pure.mpg.de/rest/items/item_2271128/component/file_2271430/content.
- Bix Brian, „Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis” *American Journal of Jurisprudence*, 45 (2011): 45-57. http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/450.
- Brian Butler, „Dworkin’s »Semantic Sting« and Behavioral Pragmatics”, [w:] *Further Advances in Pragmatics and Philosophy: Part 1 From Theory to Practice*, red. Alberto Voltolini, Richard Warner. 259-273, Springer Verlag, 2018.
- Bunikowski Dawid, „Teoria deklaratoryjna i konstytucyjna wykładni (Aktywizm i pasytywizm prawniczy)” *Państwo i Prawo*, z. 11 (2005): 47-61.
- Dąbrowski Andrzej, „O filozofii analitycznej – zapewne nie po raz ostatni” *Przegląd Filozoficzny – Nowa Seria*, nr 3 (2011): 173-191.
- Dworkin Ronald, *Biorąc prawa poważnie*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998.
- Dworkin Ronald, *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin Ronald, *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

48 Robert Alexy, „W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa” *Państwo i Prawo*, z. 11-12 (1993): 36-37.

- Dybowski Maciej, „Ronalda Dworkina koncepcja zasad prawa” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 3 (2001): 99-115.
- Gizbert-Studnicki Tomasz, Adam Dyrda, Andrzej Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Gustaw Radbruch, „Pięć minut filozofii prawa”, [w:] Gustaw Radbruch, *Filozofia prawa*. 241-244, Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2009.
- Hart Herbert L. A., *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.
- Hart Herbert L. A., *Pojęcie prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2020.
- Kodeks Napoleona. <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/3661/edition/6697/content>.
- Konecki Krzysztof Tomasz, „Przedmowa”, [w:] Barney G. Glaser, Anselm L. Strauss, *Odkrywanie teorii ugruntowanej*, Kraków: Wydawnictwo Nomos, 2009.
- Kordela Marzena, „Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexego” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z. 2 (2007): 11-28.
- Korybski Andrzej, „Precedens a analogia legis”, [w:] *Precedens sądowy w polskim porządku prawnym*, red. Leszek Leszczyński, Bartosz Liżewski, Adam Szot. 209-226. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2018.
- Korycka Milena, „Teoria zasad prawnych Roberta Alexy’ego” *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, z. 1 (2010): 48-63.
- Kozak Artur, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2010.
- Opalek Kazimierz, Jerzy Wróblewski, *Prawo: metodologia, filozofia, teoria prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1991.
- Pulka Zbigniew, „Legitymizacja państwa w prawoznawstwie” *Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo*, 252 (1996).
- Radbruch Gustaw, *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa: Trzaski, Evert & Michalski, 1924.
- Smolak Marek, „Filozofia prawa Ronalda Dworkina”, [w:] *Filozofia prawa. Normy i fakty*, red. Jacek Hołówka, Bogdan Dziobkowski. 500-513. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2020.
- Stelmach Jerzy, „Pozytywistyczne mity metody prawniczej” *Forum prawnicze*, nr 3 (2012): 7-14.
- Wróblewski Jerzy, „Interpretatio extensiva” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, z.1 (1965): 111-132.
- Zajadło Jerzy, „Sędzia konstytucyjny – profil filozoficznoprawny”, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki. 15-33. Warszawa, Lexis Nexis, 2010.

Zirk-Sadowski Marek, „Analityczna filozofia prawa”, [w:] *Filozofia prawa. Normy i fakty*, red. Jacek Hołowka, Bogdan Dziobkowski. 43-61. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2020.

Zirk-Sadowski Marek, „Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawoznawstwa. Aspekt behawioralny i intensjonalny” *Przegląd Prawa i Administracji*, CX (2017): 51-62.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Nieodpłatne poradnictwo w świetle ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej

Free aid under the Act on Free Legal Aid, Free Citizens Advice and Legal Education

The article presents the issues of free legal aid and citizens advice in the light of applicable law, taking into account the results of public discussion and the evolution of legislative solutions. The system of free legal aid financed from the state budget has been operating in Poland since 2015. The enactment of the act was preceded by a broad discussion which was attended by both legal circles and representatives of non-governmental organizations. However, the adopted solutions did not meet the hopes, and their critical assessment resulted in the commencement of further legislative works. In connection with the amendment of legal provisions, the nature and scope of the concept of citizens advice and its role in relation to free legal aid should be clarified.

Aneta Jakubiak-Mirończuk

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego*

ORCID – 0000-0001-5258-9839

Słowa kluczowe:
nieodpłatna pomoc prawna, poradnictwo obywatelskie, mediacja

Key words:
legal aid, citizens advice, mediation

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.261>

1. Wprowadzenie

Problematyka systemowego rozwiązania poradnictwa, w szczególności poradnictwa prawnego w Polsce była przedmiotem ponad dziesięcioletniej debaty i wielu opracowań. Jej celem było wypracowanie rozwiązań legislacyjnych pozwalających stworzenie systemu nieodpłatnego poradnictwa prawnego¹. Podobnie jak w innych krajach, jak również na forum międzynarodowym, jest ona przedmiotem refleksji

1 Magdalena Olczyk, „Organizacja poradnictwa prawnego i obywatelskiego”, [w:] *System nieodpłatnego poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce – propozycje rozwiązań*

w ramach różnorodnej problematyki, w szczególności w obszarze dostępu do wymiaru sprawiedliwości (*access to justice*²), rozwoju społeczeństwa obywatelskiego lub poradownictwa. Dwa pierwsze nurty traktują instytucje poradnictwa jako jeden z wielu kontekstów. Przedmiotem poradownictwa jest refleksja nad praktyką zorientowaną na optymalizację społecznego funkcjonowania jednostek oraz w tym kontekście funkcjonowania procesów życia społecznego. Poradnictwo jako praktyka społeczna może być zarówno rozumiane jako usługa, jak i strategia o transwersalnym charakterze. W ujęciu historycznym określana jest również jako postawa człowieka wobec człowieka, nacechowana empatią i altruizmem, bądź też jako zinstytucjonalizowana działalność o takim charakterze³. Współczesne definicje dodatkowo podkreślają wymiar profesjonalnych relacji i celowość poradnictwa⁴. W polskiej naukowej literaturze podkreślane są cztery główne aspekty poradnictwa rozumianego jako: działanie społeczne, interakcja międzysobowa, działalność zorganizowana i forma pomocy społecznej⁵.

Debata publiczna w Polsce wokół projektów legislacyjnych rozpoczęła się w Polsce w 2004 r⁶. Jej najważniejsze wątki koncentrowały się wokół modelu nieodpłatnego poradnictwa w zakresie jego rodzaju, podmiotów uprawnionych do świadczenia go oraz podmiotów uprawnionych do korzystania

modelowych i założeń polityki państwa, red. Maria Janina Skrodzka, (Warszawa 2013), 17-27

- 2 Np. <https://www.oecd.org/gov/access-to-justice.htm>.
- 3 Por.: Alicja Kargulowa, „Nurt krytyczny w poradownictwie”, [w:] *Wybrane aspekty doradztwa zawodowego na przestrzeni życia człowieka*, red. Bernd-Joachim Ertelt, Joanna Górna, Daniel Kukła (Częstochowa 2016), 73-74; Alicja Kargulowa, „W kwestii akademickiego statusu poradownictwa”, [w:] *Poradownictwo. Kontynuacja dyskursu*, red. Alicja Kargulowa (Warszawa 2009), 15-16
- 4 Więcej: Anna Bilon, „Poradownictwo wobec ogólnej refleksji nad poradnictwem” *Edukacja Dorosłych*, nr 1 (2010): 58.
- 5 Alicja Kargulowa, *O teorii i praktyce poradnictwa* (Warszawa Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007).
- 6 Szczegółowa analiza uwarunkowań poradnictwa był przedmiotem projektu współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego – *Opracowanie kompleksowych i trwałych mechanizmów wsparcia dla poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce*, realizowanego przez Instytut Prawa i Społeczeństwa. Katarzyna Furman-Łajszczak, „Historia poradnictwa prawnego i obywatelskiego”, [w:] *Badania poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce. Wybrane wyniki, wnioski i rekomendacje*, red. Tomasz Schimanek (Warszawa 2013), 10-13

z niego. Niemniej również intensywnie poszukiwano modelu organizacyjnego oraz ekonomicznego, w szczególności w odniesieniu potrzeb społecznych i aspektów budżetowych⁷. Rozważany krąg podmiotów uprawnionych do świadczenia pomocy obejmował: adwokatów i radców prawnych, ale w również proponowano jednostki samorządu terytorialnego, uniwersytety, szkoły wyższe i osoby z wyższym wykształceniem prawniczym oraz organizacje pozarządowe. Co do zakresu przedmiotowego nieodpłatnego poradnictwa zaproponowano podział na: informację prawną, poradnictwo prawne, kwalifikowaną pomoc prawną obejmującą sporządzenie pierwszego pisma w sprawie. Pojawiła się również propozycja reprezentacji osób fizycznych w postępowaniach przed organami administracji państwowej lub samorządowej⁸.

W efekcie dyskusji podjęto również prace nad definicją poradnictwa, które obejmowałyby usługi podstawowe: informację prawną, poradę prawną i poradę obywatelską. Informacja prawna polega na udzielaniu informacji o obowiązujących regulacjach prawnych odnoszących się do sytuacji beneficjenta. Porada prawna polega na opracowaniu i przekazaniu rzetelnych, skonkretyzowanych i zindywidualizowanych zestawów informacji, odnoszących się do przedstawionego problemu prawnego oraz udzielaniu pomocy w jego rozwiązaniu do momentu wkroczenia sprawy na etap sądowy. Porada obywatelska polega na opracowaniu i przekazaniu rzetelnych, skonkretyzowanych i zindywidualizowanych zestawów informacji o różnych możliwościach rozwiązania problemu i o związanych z nimi konsekwencjach oraz na wspieraniu beneficjentów – z uwzględnieniem ich samodzielności w podejmowaniu decyzji – w wyborze rozwiązania oraz wspólnym sporządzeniu planu działania, jak również udzieleniu pomocy w jego realizowaniu. Poradnictwo może też obejmować usługi dodatkowe, np. mediację, edukację i rzecznictwo⁹.

Istotny wątek dyskusji publicznej, w tym parlamentarnej, dotyczył właściwego sposobu organizacji udzielania pomocy, w tym wypracowania odpowiedniej do założonych celów struktury systemu. Pierwszy projekt zakładał stworzenie od podstaw sieci biur pomocy prawnej na poziomie okręgów sądowych świadczących podstawową i kwalifikowaną pomoc prawną. System pomocy miał istnieć równolegle do pomocy prawnej z urzędu przydzielanej przez sądy. Przyznawanie pomocy prawnej miało być procedurą administracyjną z wielostopniową procedurą odwoławczą. Zadania koordynacji i zarządzania oraz funkcję odwoławczą miało wykonywać Krajowe Centrum Pomocy Prawnej. W kolejnym projekcie zrezygnowano z budowy nowej

7 Zob.: Grzegorz Wiaderek, Michał Araszkiewicz, Łukasz Bojarski, Waldemar Florczak, Jan Winczorek, *Poradnictwo obywatelskie – system, koszty, innowacje* (Warszawa 2013), 12-20

8 Wiaderek, Araszkiewicz, Bojarski, Florczak, Winczorek, *Poradnictwo obywatelskie*, 12-13.

9 Ibidem, 9.

struktury biur na rzecz przyniesienie pomocy przedsądowej na poziom powiatów poprzez stworzenie dedykowanych punktów. Pojawiła się również propozycja ukonstytuowania podstawowej przedsądowej pomocy prawnej w zakresie konsultacje, porady i pisanie pism, jako zadanie własne gminy finansowanego w ramach dotacji z budżetu państwa. Rozważano również przyznanie bonu na poradę wraz z możliwością wyboru doradcy. W tym ujęciu pomoc byłaby przeznaczona dla beneficjentów, spełniającym kryterium materialne weryfikowane przez samorząd powiatowy. Dyskutowano utworzenie centrum pomocy prawnej oraz ośrodków działających jako jego oddziały, do których miało należeć tylko udzielanie informacji prawnej. Większość projektów przewidywała utworzenie Rada Pomocy Prawnej, której zadaniem miało być zarówno ustalenie i ewaluacja standardów świadczenia pomocy, jak również ocena działania systemu¹⁰.

Kolejnym kluczowym zagadnieniem dla organizacji nieodpłatnej pomocy prawnej jest krąg osób uprawnionych do otrzymania pomocy. Co do zasady są nimi osoby fizyczne, klasyfikowane według różnych kryteriów zaможności oraz – w ograniczonym zakresie – przedsiębiorcy. Analizowane przy projektowaniu systemu w polskich warunkach warianty to: powszechny dostęp do porad prawnych i informacji prawnej lub tylko do informacji prawnej, uzależnienie dostępu od spełnienia kryteriów przedmiotowych lub kryteriów przedmiotowo-podmiotowych. Określenie kręgu adresatów jest zasadniczą kwestią dla skuteczności systemów nieodpłatnej pomocy i jest jednocześnie ograniczone możliwościami budżetowymi państwa. Ponadto, nieodpłatne poradnictwo prawne stanowi interwencję ustawodawcy w rynek usług prawnych oraz, w przypadku, gdy beneficjentami są przedsiębiorcy, może być również kwalifikowana jako pomoc publiczna. Krąg uprawnionych beneficjentów powinien być adekwatny do celów nieodpłatnego poradnictwa. Cele te są definiowane na płaszczyźnie społecznej, dotyczą zapobiegania wykluczeniu społecznemu poprzez łagodzenie i zapobieganie pogłębianiu problemów jednostek. W efekcie system nieodpłatnego poradnictwa powinien pozytywnie wpływać na ograniczenie wydatków na pomoc socjalną oraz jednocześnie realizować postulaty równego dostępu do prawa¹¹.

Zapotrzebowanie na nieodpłatną pomoc nie jest możliwe do określenia za pomocą sytuacji ekonomicznej potencjalnych beneficjentów. Popyt na usługi poradnictwa, w tym poradnictwa prawnego, jest determinowany również przez czynniki kulturowe, geograficzne czy charakter i sposób funkcjonowania instytucji publicznych i społecznych¹². Ponadto, wnioski z analiz

10 Ibidem, 19 – 20.

11 Por.: Jan Winczorek, *Przegląd literatury na temat dostępności i korzystania z pomocy prawnej* (Warszawa 2012), 10.

12 Wiaderek, Araszkiwicz, Bojarski, Florczak, Winczorek, *Poradnictwo obywatelskie*, 21-22.

dokonywanych z perspektywy ustawodawcy w oparciu o obiektywne takie przesłanki jak poziom dochodów, czy szerzej, poziom ubóstwa powinny być uzupełnione o istotny czynnik (będący jednocześnie barierą) braku świadomości przyszłych beneficjentów co do rodzaju zarówno ich problemów życiowych, jak i ich klasyfikacji jako problemów prawnych¹³. Stanowi to oczywisty paradoks, że część osób pozostających w wymagającej interwencji sytuacji, nie dysponuje wiedzą i kompetencjami poszukiwania pomocy¹⁴. Kolejną istotną kwestią jest decyzja ustawodawcy w zakresie celu nieodpłatnej pomocy – czy jest nią wsparcie beneficjentów w poprawie sytuacji życiowej, czy również przeciwdziałanie pogorszeniu się sytuacji życiowej. Pierwszy cel jest oczywisty, w zakresie drugiego rozstrzygnięcie uwarunkowane jest również możliwościami finansowymi państwa. Z perspektywy możliwości ograniczenia kosztów indywidualnych i społecznych jest uzasadnione oferowanie pomocy również osobom zagrożonym ubóstwem czy niezamożnym. Jednak w sytuacji zidentyfikowanych barier wiąże się ono z sytuacją, w której w praktyce pomoc będzie świadczona w przeważającej mierze bardziej zaradnym życiowo osobom niezamożnym, które będą umieć o nią się zwrócić.

2. Debata publiczna i prace legislacyjne

W 2010 roku Kancelaria Prezydenta zorganizowała forum debaty publicznej – nieodpłatna pomoc prawna. W wyniku debat i seminariów podjęto wysiłek określenia kosztów zorganizowania nieodpłatnej pomocy prawnej oraz powstała Zielona Księga zatytułowana *Dostęp do nieodpłatnej i pozasądowej pomocy prawnej dla potrzebujących*. W treści sformułowano rekomendacje w zakresie: organizacji pomocy prawnej na poziomie powiatu, w tym powołania powiatowego rzecznika pomocy prawnej; zapewnienia finansowania tego zadania; możliwości współfinansowania pomocy przez beneficjenta; wyłaniania podmiotów udzielających porad w trybie przetargu dostępnego dla kancelarii, klinik prawa i organizacji pozarządowych; zastrzeżenia udzielania kwalifikowanej pomocy prawnej dla adwokatów i radców prawnych; powołania centralnego organu (Krajowej Rady Pomocy Prawnej) wyznaczającego standardy oraz dokonującego oceny funkcjonowania systemu; obowiąz-

13 Por.: Adriana S. Bartnik, Katarzyna Julia Kowalska, „Poradnictwo prawne i obywatelskie w kontekście świadomości prawnej i potrzeby edukacji prawnej Polaków. Wybrane problemy” *Studia Iuridica*, t. XXVIII (2018): 44.

14 Np.: Lisa Wintersteiger, *Legal Needs, Legal Capability and the Role of Public Legal Education. A Report by Law for Life: the Foundation for Public Legal Education*, Law for Life: the Foundation for Public Legal Education 2015, 13-14. https://research.thelegaleducationfoundation.org/wp-content/uploads/2018/03/LNCPLE_report.pdf. [dostęp: 25.01.2021].

kowego ubezpieczenia świadczenia pomocy od odpowiedzialności cywilnej¹⁵.

W 2015 roku przyjęto przepisy wprowadzające system nieodpłatnej pomocy prawnej (Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej, Dz. U. 2015, poz. 1255). Zaproponowany system pomocy prawnej został zaprojektowany w oparciu o zasadę subsydiarności jako sieć punktów profesjonalnej pomocy prawnej zorganizowanych na poziomie powiatów. Bezpłatna pomoc prawna została udostępniona jako usługa niekolidująca z uprawnieniami obywateli do uzyskania pomocy na podstawie innych przepisów ani nie ogranicza działalności w zakresie nieodpłatnego poradnictwa prawnego. Oferowany zakres usług dotyczył udzielenia informacji prawnej oraz porady prawnej, w tym udzielenie pomocy w sporządzeniu projektu pisma w sprawach z wyłączeniem pism procesowych w toczącym się postępowaniu przygotowawczym lub sądowym i pism w toczącym się postępowaniu sądownoadministracyjnym oraz sporządzenie projektu pisma o zwolnienie od kosztów sądowych lub ustanowienie pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowym lub ustanowienie adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub rzecznika patentowego w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Z zakresu nieodpłatnej pomocy prawnej wyłączono sprawy podatkowe związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, sprawy z zakresu prawa celnego, dewizowego i handlowego oraz sprawy związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, z wyjątkiem przygotowania do rozpoczęcia tej działalności.

Co do zasady prawo udzielania nieodpłatnej pomocy prawnej zarezerwowano dla adwokatów i radców prawnych, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, na podstawie upoważnienia, dla aplikantów adwokackich i radcowskich oraz doradcom podatkowym – w zakresie prawa podatkowego, z wyłączeniem spraw podatkowych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Przewidziano możliwość prowadzenia nie więcej niż połowy punktów w powiecie przez wyłonione w drodze konkursu organizacje prowadzące działalność pożytku publicznego, pod warunkiem spełnienia kryteriów dwuletniego doświadczenia, dysponowania umowami lub promesami z osobami uprawnionymi do udzielania pomocy oraz gwarancji rzetelnego i profesjonalnego świadczenia pomocy. Wprowadzono kartę pomocy jako dokument potwierdzający jej udzielenie oraz ustalono obowiązki sprawozdawcze. Powołano również Radę Nieodpłatnej Pomocy Prawnej i Edukacji Prawnej, w której zagwarantowano udział kandydatom wskazanych przez stronę samorządową Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego, przedstawicielom Naczelnej Rady Adwokackiej i Krajowej Radzie Radców Prawnych,

15 Zob.: <https://www.prezydent.pl/archiwum-bronislawa-komorowskiego/fdp/sprawne-i-sluzebne-panstwo/aktualnosci/art,28,zielona-ksiega-dostep-do-nieodplatnej-pozasadowej-pomocy-prawnej-dla-potrzebujacych.html>. [dostęp: 25.01.2021].

przedstawicielom organizacji pozarządowych działających na rzecz dostępu obywateli do nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej oraz przedstawicielom Ministra Sprawiedliwości oraz ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego i ministra właściwego do spraw administracji publicznej i ministra właściwego do spraw finansów publicznych.

Ratio legis przepisów było zapewnienie równego dostępu do wymiaru sprawiedliwości osobom ubogim, w art. 4 ustawy szczegółowo określono katalog osób uprawnionych¹⁶. Adresatami pomocy były: osoby poniżej 26 i powyżej 65 roku życia, ci, którym zostało przyznane świadczenie z pomocy społecznej w okresie 12 miesięcy od chwili zwrócenia się o pomoc, osoby posiadające ważną Kartę Dużej Rodziny, kombatancki i ofiary represji wojennych i okresu powojennego oraz weterani, osoby w sytuacji zagrożenia lub poszkodowane w wyniku wystąpienia klęski żywiołowej, katastrofy naturalnej lub awarii technicznej. Warunkiem uzyskania pomocy było przedłożenie odpowiednich dokumentów, w tym legitymacji lub, w przypadku braku możliwości złożenia dokumentów, złożenie oświadczeń opatrzonych klauzulą o świadomości odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. Przyjęte rozwiązania były przedmiotem szerokiej krytyki nie tylko ze strony otoczenia regulacyjnego, ale również – w zakresie sposobu ich funkcjonowania – Najwyższej Izby Kontroli¹⁷.

W 2018 roku ustawa o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej została istotnie znowelizowana w zakresie zarówno znacznego poszerzenia kręgu adresatów, jak i w odniesieniu do rodzaju oferowanej pomocy i poszerzenia zakresu nieodpłatnego poradnictwa prawnego¹⁸. W związku z powyższym zmiana uległa również nazwa ustawy, w której dodano słowa „poradnictwo obywatelskie”. Kolejna nowelizacja była wynikiem konieczności dostosowania systemu nieodpłatnej pomocy do funkcjonowania w czasie pandemii. Na podstawie art. 29 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. z 2020 r. poz. 875) wprowadzono zmiany w ustawie z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej,

16 Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnej informacji prawnej oraz edukacji prawnej społeczeństwa. druk nr 3338. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3338>. [dostęp: 25.01.2021].

17 *Informacja o wynikach kontroli. Funkcjonowanie systemu nieodpłatnej pomocy prawnej*. Raport Najwyższej Izby Kontroli, Nr ew. 4/2018/P/17/090/LOP. <https://www.nik.gov.pl/plik/id,16874,vp,19432.pdf>. [dostęp 04.02.2021].

18 Zob.: Ustawa z dnia 15 czerwca 2018 r. o zmianie ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018 poz. 1467).

nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej (Dz. U. z 2020 r. poz. 294). Główną zmianą było kolejne poszerzenie kręgu beneficjentów o osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą oraz wprowadzenie przepisów ułatwiających świadczenie nieodpłatnej pomocy i funkcjonowanie systemu w czasie epidemii, w tym możliwość świadczenia pomocy za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość. Ostatnią zmianą ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej dotyczyła dostosowania wzorów oświadczeń stanowiących załącznik do ustawy – art. 60 ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. *o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19* (Dz. U. z 2020 r., poz. 1086).

3. Usługi nieodpłatnej pomocy prawnej na gruncie obowiązujących przepisów prawa

W obecnym stanie prawnym system nieodpłatnej pomocy, czyli pomocy finansowanej z budżetu państwa, obejmuje pomoc prawną, poradnictwo obywatelskie i edukację prawną – Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2232, zwana dalej ustawą. Niemniej, zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 3a ustawy, pomoc prawna polega również na nieodpłatnej mediacji oraz zgodnie z art. 3a ust. 2 ustawy, nieodpłatne poradnictwo obywatelskie obejmuje nieodpłatną mediację¹⁹. Na mocy nowelizacji z 2018 r. istotnie zmieniono przepisy określające osoby uprawnione do uzyskania nieodpłatnej pomocy poprzez znaczące poszerzenie dostępu oraz poszerzenie zakresu nieodpłatnych usług. Przedmiotowa zmiana wynikała z analizy funkcjonowania systemu, co do którego stwierdzono niedostateczne wykorzystanie oferowanej pomocy²⁰. Zrezygnowano z określenia osób uprawnionych poprzez wyliczenie kategorii, na rzecz otwarcia systemu dla osób, które nie są w stanie ponieść kosztów odpłatnej pomocy prawnej oraz złożą wymagane oświadczenie w tym zakresie. W kolejnej nowelizacji dodatkowo za uprawnione zostały osoby fizyczne prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą, niezatrudniające innych osób w ciągu ostatniego

19 Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2232.

20 Zob. Uzasadnienie przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej oraz niektórych innych ustaw – druk 1868. <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1868>. [dostęp: 25.01.2021].

roku. Objęcie pomocą tzw. osób samozatrudnionych wynikało z konieczności wsparcia tych osób w sytuacji epidemii, w szczególności w sytuacji oferowanej przez państwo pomocy w sytuacji utraty dochodów.

Co do zasady, osoby uprawnione przed uzyskaniem nieodpłatnej pomocy prawnej lub nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego są zobowiązane do złożenia pisemnego oświadczenia, że nie są w stanie ponieść kosztów odpłatnej pomocy prawnej. Osoba korzystająca z nieodpłatnej pomocy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej dodatkowo składa oświadczenie o niezatrudnianiu innych osób w ciągu ostatniego roku. Oświadczenie składane jest osobie udzielającej nieodpłatnej pomocy prawnej lub świadczącej nieodpłatne poradnictwo obywatelskie. Powyższe zmiany bezsprzecznie wpisują się w zasadę zaufania państwa do obywateli, a w związku z tym wiążą się z ryzykiem nadużycia uprawnienia poprzez daleko idące odformalizowanie weryfikacji kryterium dostępu. Jednocześnie takie rozwiązanie wyraźnie usuwa bariery wynikające z konieczności dostarczenia dokumentów wymaganych na gruncie przepisów ustawy uchwalonej w 2015 roku.

Na mocy art. 28a w czasie zagrożenia epidemicznego, w okresie stanu epidemii albo stanu nadzwyczajnego udzielanie nieodpłatnej pomocy prawnej lub świadczenie nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego może odbywać się za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość oraz poza lokalem punktu, oraz nie stosuje się przepisu art. 4 ust. 2. To oznacza, że w czasie epidemii beneficjent nie jest zobowiązany do złożenia pisemnego oświadczenia, że nie jest w stanie ponieść kosztów odpłatnej pomocy prawnej, a osoba fizyczna – przedsiębiorca – nie musi składać oświadczenia o niezatrudnianiu innych osób w ciągu ostatniego roku.

Ponadto przepisy art. 8 ust 8 ustawy przewidują szczególnie sposób świadczenia pomocy poza punktem oraz dla osób ze znacząco niepełnosprawnością ruchową, które nie mogą stawić się w punkcie osobiście, oraz osobom doświadczającym trudności w komunikowaniu się. Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 oraz art. 10-12 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o języku migowym i innych środkach komunikowania się (Dz. U. z 2017 r. poz. 1824) organ administracji publicznej ma obowiązek zapewnić osobom doświadczającym trwale lub okresowo trudności w komunikowaniu się możliwość korzystania z pomocy wybranego tłumacza języka migowego lub tłumacza-przewodnika.

Obecnie zakres przedmiotowy ustawy obejmuje usługi nieodpłatnej pomocy prawnej, poradnictwa obywatelskiego i mediacji oraz edukację prawną. Art. 3. 1. ustawy określa, że nieodpłatna pomoc prawna obejmuje: poinformowanie osoby fizycznej o obowiązującym stanie prawnym oraz przysługujących jej uprawnieniach lub spoczywających na niej obowiązkach, w tym w związku z toczącym się postępowaniem przygotowawczym, administracyjnym, sądowym lub sądownoadministracyjnym; sporządzenie projektu pisma z wyłączeniem pism procesowych w toczącym się postępowaniu przygotowawczym lub sądowym i pism w toczącym się postępowaniu

sądowoadministracyjnym; wskazanie sposobu rozwiązania jej problemu prawnego; sporządzenie projektu pisma o zwolnienie od kosztów sądowych lub ustanowienie pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowym lub ustanowienie adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub rzeczownika patentowego w postępowaniu sądowoadministracyjnym oraz poinformowanie o kosztach postępowania i ryzyku finansowym związanym ze skierowaniem sprawy na drogę sądową²¹. Ponadto w ramach usługi nieodpłatnej pomocy prawnej oferowana jest nieodpłatna mediacja.

Nieodpłatne poradnictwo obywatelskie obejmuje (art. 3a ust. 1 ustawy) działania dostosowane do indywidualnej sytuacji osoby uprawnionej zmierzające do podniesienia świadomości tej osoby o przysługujących jej uprawnieniach lub spoczywających na niej obowiązkach oraz wsparcia w samodzielnym rozwiązywaniu problemu w tym, w razie potrzeby, sporządzenie wspólnie z osobą uprawnioną planu działania i pomoc w jego realizacji. Zgodnie z treścią przepisów nieodpłatne poradnictwo obywatelskie obejmuje w szczególności porady dla osób zadłużonych i porady z zakresu spraw mieszkaniowych oraz zabezpieczenia społecznego. Użyty zwrot w „w szczególności” wskazuje na katalog otwarty, a – co jest zgodne ze specjalistycznym rozumieniem tego pojęcia – wymienione trzy rodzaje porad stanowią jego istotny zakres. Nieodpłatne poradnictwo obywatelskie obejmuje również nieodpłatną mediację.

Wprowadzenie do systemu nieodpłatnej pomocy poradnictwa obywatelskiego wiąże się z koniecznością określenia jego definicji, w szczególności pozwalającej na jednoznaczne odróżnienie go od pomocy prawnej. W zakresie obu usług jest udzielenie informacji prawnej, czyli poinformowanie osoby uprawnionej o obowiązującym stanie prawnym lub spoczywających na niej obowiązkach oraz jako działanie na rzecz świadomości tej osoby o przysługujących jej uprawnieniach lub spoczywających na niej obowiązkach. W przypadku przyjęcia, że zarówno porada prawna, jak i porada obywatelska polegają na podjęciu następujących po sobie czynności, udzielenie informacji prawnej w zakresie określonym przez ustawę jest pierwszym etatem obu usług. Kolejne etapy różnią się od siebie zasadniczo. Porad prawna wymaga oceny stanu faktycznego przedstawionego przez osobę uprawnioną, analizy stanu prawnego w tym pod kątem możliwych działań w celu wskazanie sposobu rozwiązania problemu prawnego oraz sporządzenia pisma umożliwiającego uprawnionemu skuteczne działanie. Jest poradą wymagającą wiedzy specjalistycznej. Za treść porady, w tym treść sporządzonego pisma, odpowiedzialność

21 W 2018 została uchylona treść art. 3 ust. 2 ustawy zawierająca katalog spraw nieobjętych pomocą, czyli spraw podatkowych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej; z zakresu prawa celnego, dewizowego i handlowego; związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, z wyjątkiem przygotowania do rozpoczęcia tej działalności.

ponosi wyłącznie prawnik, który jej udziela. W ramach porady obywatelskiej w odniesieniu do indywidualnej sytuacji osoby uprawnionej doradca oferuje wsparcie w samodzielnym rozwiązywaniu problemu, co zgodnie z metodologią poradnictwa obywatelskiego oznacza pomoc w stworzeniu przez beneficjenta planu działania oraz udzieleniu pomocy w jego realizacji.

Odnosząc te dwa typy pomocy do siebie w literaturze wskazuje się, że porada obywatelska ma szerszy zakres niż porada prawna. Porada obywatelska oprócz aspektów prawnych obejmuje wszelkie aspekty, w tym społeczne czy finansowe, które są istotne dla konkretnego przypadku. W skutecznym doradztwie istotna jest również wiedza o procedurach załatwiania spraw i funkcjonowaniu instytucji wsparcia socjalnego czy placówek leczniczych. W przeprowadzonych badaniach respondenci wskazywali, że porada obywatelska jest pierwszym etapem działania na rzecz rozwiązania problemu, a porada prawna, inna porada specjalistyczna lub mediacja, powinna być kolejnym krokiem²². W tej perspektywie porada obywatelska z założenia ma szerszy zakres przedmiotowy niż porada prawna oraz charakteryzuje się wieloaspektowością. Udzielenie jej wymaga od doradcy wiedzy z wielu dziedzin oraz posługiwania się nią w sposób wskazujący na kompetencję, którą można określić jako zaradność życiowa. Jednocześnie doradca obywatelski przede wszystkim wspiera swoją wiedzą i doświadczeniem beneficjenta pomocy, tak aby w efekcie uświadomił on sobie zarówno przyczyny, jak i możliwe sposoby rozwiązania swojego problemu oraz aby sporządził realny plan działania. Udzielenie pomocy w jego realizacji zależy zarówno od indywidualnej sytuacji osoby, której pomoc jest udzielana oraz od możliwości doradcy²³. W idealnej sytuacji porada obywatelska powinna pozwolić na uzyskanie przez beneficjenta umiejętności samodzielnego radzenia sobie problemami życiowymi oraz wykształcenie postawy odpowiedzialności za własne decyzje. Porada prawna ma na celu umożliwienie beneficjentowi podjęcie skutecznych działań w zakresie wywiązania się z obowiązków lub realizacji uprawnień, które nie byłby możliwe bez udzielania profesjonalnego wsparcia.

Efektywne systemy pomocowe to systemy, które przewidują integrację dostępnych usług dostępnych²⁴. Rozwiązanie przyjęte w przepisach

22 Łucja Krzyżanowska, „Poradnictwo prawne i obywatelskie – raport z badania”, [w:] *Czym jest poradnictwo prawne i obywatelskie* (Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2011), 13-14. <http://www.obywateliprawo.isp.org.pl/files/cke/Poradnictwoprawneraportzbadania.pdf>. [dostęp: 01.02.2021].

23 Zob. Standardy jakości pracy i świadczonych usług Związku Biur Porad Obywatelskich. <https://zbpo.org.pl/o-bpo/standardy-i-zasady/>. [dostęp: 01.02.2021].

24 Np.: Mirosław Grewiński, Jolanta Lizut, „Zintegrowane usługi społeczne w Polsce”, [w:] *Innowacje dla bezpiecznego i zintegrowanego*

ustawy nawiązuje do tej idei poprzez nałożenie obowiązku informacyjnego instytucję list jednostek nieodpłatnego poradnictwa, dostępnego dla mieszkańców powiatu. Adwokaci i radcowie prawni mają obowiązek poinformować osobę uprawnioną o możliwościach uzyskania innej stosownej pomocy w jednostkach nieodpłatnego poradnictwa w przypadku, gdy problem nie może być rozwiązany w całości albo części poprzez udzielenie nieodpłatnej pomocy prawnej, w szczególności stwierdzenia, że problem nie ma wyłącznie charakteru prawnego. Jednocześnie na podstawie art. 8a ustawy starostowie mają obowiązek prowadzenia i publikowania listy jednostek nieodpłatnego poradnictwa, obejmującej w szczególności poradnictwo: rodzinne, psychologiczne, pedagogiczne, z zakresu pomocy społecznej, w sprawie rozwiązywania problemów alkoholowych i innych uzależnień, w sprawie przeciwdziałania przemocy w rodzinie, w ramach interwencji kryzysowej, dla bezrobotnych, dla osób pokrzywdzonych przestępstwem, a także z zakresu praw konsumentów, praw dziecka, praw pacjenta, ubezpieczeń społecznych, prawa pracy, prawa podatkowego, dla osób w sporze z podmiotami rynku finansowego.

Usługa nieodpłatnej mediacji została przewidziana zarówno jako część lub kontynuacja pomocy prawnej, jak i porady obywatelskiej. To oznacza, że w systemie nieodpłatnej pomocy może być oferowana z uwzględnieniem ograniczeń podmiotowych i przedmiotowych wynikających z ustawy, w tym stroną inicjującą przeprowadzenie nieodpłatnej mediacji może być wyłącznie osoba uprawniona do uzyskania nieodpłatnej porady prawnej lub nieodpłatnej porady obywatelskiej. Nieodpłatna mediacja może być prowadzona pomiędzy stronami dążącymi do polubownego rozwiązania sporu, co w praktyce oznacza zachowanie zasady dobrowolności mediacji. Podobnie jak pozostałe usługi nieodpłatna mediacja ma charakter przedsądowy. Zgodnie z treścią art. 4a ustawy nieopłatna mediacja obejmuje: poinformowanie osoby uprawnionej o możliwościach skorzystania z polubownych metod rozwiązywania sporów i korzyściach z nich wynikających; przygotowanie projektu umowy o mediację lub wniosku o przeprowadzenie mediacji; przygotowanie projektu wniosku o przeprowadzenie postępowania mediacyjnego w sprawie karnej; przeprowadzenie mediacji; udzielenie pomocy w sporządzeniu do sądu wniosku o zatwierdzenie ugody zawartej przed mediatorem. Mediator odmówi przeprowadzenia mediacji w sprawach, w których sąd lub inny organ wydał postanowienie o skierowaniu sprawy do mediacji lub postępowania mediacyjnego oraz zachodzi uzasadnione podejrzenie, że w relacji stron występuje przemoc. W sprawach nieuregulowanych ustawą do nieodpłatnej mediacji stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575 i 1578) o mediacji. W szczególności zastosowanie będą miały przepisy

rozwoju: Kapitał, gospodarka, zarządzanie bezpieczeństwem, t. II, red. Tomasz Jarocki (Kielce, 2016), 188.

dotyczące zasad prowadzenia mediacji – dobrowolności i poufności mediacji oraz bezstronności mediatora.

Zgodnie z zasadą profesjonalizmu każda z usług może być świadczona wyłącznie przez uprawnione pomioty. Nieodpłatnej pomocy prawnej co do zasady udziela osobiście adwokat lub radca prawny, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach z ich upoważnienia aplikant adwokacki lub aplikant radcowski. Adwokat lub radca prawny udziela nieodpłatnej pomocy prawnej na podstawie umowy zawartej z powiatem lub z organizacją pozarządową, której zostało powierzone prowadzenie punktu. Adwokat lub radca prawny może z ważnych powodów odmówić udzielenia nieodpłatnej pomocy prawnej. Jednocześnie jest zobowiązany do przekazania informacji o innych punktach, w których udzielana jest nieodpłatna pomoc prawna, na obszarze powiatu. Dodatkowo nieodpłatnej pomocy prawnej w punktach prowadzonych przez organizację pozarządową może udzielać: w zakresie prawa podatkowego doradca podatkowy i osoba, które ukończyła wyższe studia prawnicze i uzyskała tytuł magistra lub zagraniczne studia prawnicze uznane w Rzeczypospolitej Polskiej pod warunkiem posiadania co najmniej trzyletniego doświadczenia w wykonywaniu wymagających wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związanych ze świadczeniem pomocy prawnej, korzystania z pełni praw publicznych, niekaralności za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe oraz ma pełną zdolność do czynności prawnych. W przypadku, gdy porady prawnej udziela osoba niebędąca adwokatem, radcą prawnym albo doradcą podatkowym, zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 beneficjent, przed uzyskaniem nieodpłatnej pomocy prawnej, składa pisemne oświadczenie, że jest świadom tego faktu.

W świetle przepisów art. 11 ust. 3a. uprawnienie do świadczenia nieodpłatnego poradnictwo obywatelskiego posiada osoba z wyższym wykształceniem, która korzysta z pełni praw publicznych oraz ma pełną zdolność do czynności prawnych, nie była karana za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe, oraz ukończyła z oceną pozytywną szkolenie z zakresu świadczenia poradnictwa obywatelskiego albo posiada doświadczenie w świadczeniu poradnictwa obywatelskiego i uzyskała zaświadczenie potwierdzające posiadanie wiedzy i umiejętności w tym zakresie oraz w przewidzianym terminie zaświadczenie o ukończeniu kursu doszkalającego. Zaświadczenia są wydawane przez podmiot uprawniony do prowadzenia szkoleń, o którym mowa w art. 11b ustawy. Doradca ma obowiązek uczestniczyć w kursie doszkalającym co najmniej raz w roku, począwszy od roku następnego po roku, w którym ukończył szkolenie albo uzyskał zaświadczenie.

Nieodpłatną mediację może prowadzić mediator, który legitymuje się wpisem na listę stałych mediatorów prowadzoną przez prezesa sądu okręgowego, o której mowa w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 365, 288, 875 i 1086) lub

jest wpisany na listę mediatorów prowadzoną przez organizację pozarządową w zakresie swoich zadań statutowych lub uczelnię, o której mowa w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. W związku z realizacją zasady bezstronności nieodpłatnej mediacji nie może prowadzić osoba, która posiadając uprawnienia mediatora jednocześnie w sprawie którejkolwiek ze stron zgłoszonych do mediacji uprzednio świadczyła pomoc prawną lub poradnictwo obywatelskie, była świadkiem, wydawała opinię, sporządzała wywiad środowiskowy, prowadziła terapię lub co do której zachodzą inne uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności. Okolicznością, która jest wyłączone z warunków naruszenia bezstronności jest poinformowanie osoby uprawnionej o możliwościach skorzystania z polubownych metod rozwiązywania sporów, w szczególności mediacji oraz korzyściach z tego wynikających. Mediator, który odmawia przeprowadzenia nieodpłatnej mediacji ma obowiązek poinformować osobę uprawnioną o możliwości skorzystania z nieodpłatnej mediacji prowadzonej przez innego mediatora w tym samym punkcie lub innych punktach, w których udzielana jest nieodpłatna pomoc prawna lub świadczone nieodpłatne poradnictwo obywatelskie. Zgodnie z art. 4a ust 8 nieodpłatną mediację, w zakresie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1–3 i 5, a w zakresie, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, z uwzględnieniem ust. 6 i 7, może również prowadzić osoba udzielająca nieodpłatnej pomocy prawnej lub świadcząca nieodpłatne poradnictwo obywatelskie. Z treści przepisu wynika, że osoba udzielająca nieodpłatnej pomocy prawnej lub świadcząca nieodpłatne poradnictwo obywatelskie może udzielić informacji o mediacji i przygotować projekt umowy o mediację, wniosek o przeprowadzenie mediacji, projekt wniosku o przeprowadzenie postępowania mediacyjnego w sprawie karnej, udzielić pomocy w sporządzeniu do sądu wniosku o zatwierdzenie ugody zawartej przed mediatorem, a jeżeli dodatkowo posiada uprawnienie mediatora i jest wpisana na wyżej wymienione listy oraz nie zachodzą przesłanki wyłączające ją ze względu na bezstronność – może również przeprowadzić mediację.

Edukacja prawna jest usługą odmiennego rodzaju ze względu na jej powszechny charakter i adekwatny dla niej cel, jakim jest poprawa świadomości prawnej społeczeństwa w zakresie prawa. Zawarte w art. 3b ust. 1 wyliczenie działań informacyjnych ma charakter przykładowy i obejmuje upowszechnianie wiedzy o: prawach i obowiązkach obywatelskich; działalności krajowych i międzynarodowych organów ochrony prawnej; mediacji oraz sposobach polubownego rozwiązywania sporów; możliwościach udziału obywateli w konsultacjach publicznych oraz procesie stanowienia prawa; dostępie do nieodpłatnej pomocy prawnej i nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego. Przewidziane przez ustawę formy również są określone przez przykładowe wyliczenie, które do tego rodzaju działań zalicza opracowanie informatorów i poradników, prowadzenie otwartych wykładów i warsztatów oraz rozpowszechnianie informacji pośrednictwem środków masowego przekazu

i innych zwyczajowo przyjętych form komunikacji oraz prowadzenie kampanii społecznych. Ustawodawca pozostawił uprawnionym organom administracji szeroką swobodę co do wyboru właściwego sposobu działania, w tym zgodnie z art. 15 ustawy zadania te mogą być zlecone i realizowane również przez podmioty wymienione w art. 3 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie – czyli organizacje pozarządowe, a także uczelnie prowadzące studia wyższe na kierunku prawo oraz samorządy zawodowe adwokatów, radców prawnych, notariuszy, komorników sądowych oraz doradców podatkowych²⁵. Do zlecenia zadań publicznych w zakresie edukacji prawnej stosuje się przepisy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie w zakresie obowiązku i właściwego trybu ogłoszenia otwartego konkursu ofert.

4. Ocena systemu nieodpłatnej pomocy prawnej i poradnictwa obywatelskiego

Dokonanie oceny wymaga określenia jej kryteriów, a te powinny wynikać z założonego celu działania legislacyjnego. Argumentacja powoływana w dyskursie publicznym poprzedzającym działania legislacyjne odwoływała się do konieczności działań na rzecz równości wobec prawa, zmniejszenia obciążenia sądów, zwiększenia skuteczności polityki prawa, a przede wszystkim polityki społecznej²⁶. Oferowanie usług pomocy prawnej finansowanej przez państwo w wymiarze indywidualnym ukierunkowane jest optymalizacją społecznego funkcjonowania jednostek, w skali społecznej – przeciwdziałaniu wykluczeniu i jego skutkom, w tym poprawie dostępu do wymiaru sprawiedliwości. W odniesieniu do poszerzenia dostępu do wymiaru sprawiedliwości nieodpłatna pomoc prawna jest oczywiście jednym z wielu dedykowanych działań w tym zakresie.

Rozwiązania przyjęte w Polsce, w szczególności na skutek nowelizacji ustawy w 2018 roku w zakresie przedsądowej pomocy, wpisują się w zasadę szerokiego dostępu do systemu nieodpłatnej pomocy prawnej i doradztwa obywatelskiego opartego na zasadzie zaufania do obywateli. Przesłanką do skorzystania z pomocy jest zaistnienie sytuacji, którą beneficjent ocenia jako brak możliwości z skorzystania z pomocy odpłatnej. Tak określony warunek dostępu do systemu obejmuje zarówno sytuacje trwałego ubóstwa, jak i również incydentalną sytuację kryzysu skutkującą w chwili zwrócenia się po poradę brakiem możliwości z skorzystania z pomocy odpłatnej. W efekcie pomoc dedykowana jest nie tylko osobom ubogim, ale również osobom niezamożnym, które co do zasady nie są uprawnione do pomocy społecznej oraz

25 Zob. Zbiór Dobrych Praktyk – Edukacja Prawna. <https://np.ms.gov.pl/edukacja-prawna/dobrepraktyki>, 27. [dostęp: 02.02.2021].

26 Winczorek, *Dostęp do prawa*, 255.

wykazują się zaradnością życiową w zaspokajaniu podstawowych potrzeb życiowych. Niemniej, w przypadku zaistnienia uwarunkowań uniemożliwiających im lub związanym z ryzykiem utraty możliwości zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, mają możliwości skorzystania z usług nieodpłatnej pomocy. To rozwiązanie ma charakter prewencyjny wynikający z założenia, że umożliwienie beneficjentowi uzyskania pomocy w sytuacji kryzysowej będzie dla niego szansą na podjęcie skutecznych działań na rzecz poprawy indywidualnej sytuacji. W efekcie zostaje zminimalizowane ryzyko eskalacji trudnej sytuacji życiowej, w tym popadnięcie w ubóstwo lub wykluczenie społeczne. Dodatkowo zasada szerokiego dostępu jest realizowana poprzez możliwość skorzystania z porady przez osobę uprawnioną w dowolnie wybranym punkcie na terenie kraju bez względu na miejsce zamieszkania.

W kontekście centralizacji lub rozproszenia punktów udzielania pomocy usytuowanie ich na poziomie powiatu oraz pozostawienie starostom decyzji, gdzie punkty będą funkcjonować, wpisuje się w realizację zasady subsydiarności²⁷. Samo zadanie zostało określone w art. 8 ust. 1 ustawy jako zadanie administracji rządowej, które na podstawie ustawy realizowane przez powiat w porozumieniu z gminami albo samodzielnie. Na podstawie przepisów art. 11d ustawy wojewoda prowadzi listę organizacji pozarządowych, uprawnionych do prowadzenia punktów na obszarze województwa, wydaje decyzje w przedmiocie wpisu, odmowy wpisu i skreślenia z listy. Ponadto wojewoda, na podstawie recenzji, o których mowa w art. 11d ust. 11 ustawy, dokonuje oceny porad udzielonych w ramach świadczenia nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego. Pośredniczy w przekazaniu Ministrowi sprawiedliwości przez starostów zbiorczej informacji o wykonaniu zadań. Może wspierać organizację szkoleń oraz kursów doszkalających dla doradców obywatelskich.

Minister Sprawiedliwości organizuje to zadanie na szczeblu centralnym, ponadto na podstawie delegacji ustawowej w drodze rozporządzenia określa sposób udzielania nieodpłatnej pomocy prawnej i świadczenia nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego, w tym wymogi dotyczące lokalu, w którym będzie usytuowany punkt, wzór karty informacyjnej poradnictwa, wzór karty pomocy, sposób gromadzenia i przekazywania opinii osób uprawnionych o udzielonej pomocy, sposób dokonywania oceny wybranych porad obywatelskich, zakres i sposób przekazywania zbiorczej informacji o wykonaniu zadań przez wojewodę. Wydaje również decyzję w przedmiocie uznania podmiotu spełniającego wymogi ustawowe za podmiot uprawniony prowadzenia szkolenia oraz kursu doszkalającego dla doradców obywatelskich. Powołuje Radę Nieodpłatnej Pomocy Prawnej, Nieodpłatnego Poradnictwa

27 W innych porządkach prawnych funkcjonują zarówno systemy zcentralizowane, zdecentralizowane czy rozproszone – zob.: Winczorek, *Dostęp do prawa*, 215-234

Obywatelskiego oraz Edukacji Prawnego oraz jego urząd zapewnia obsługę administracyjno-techniczną Rady. Dokonuje corocznej oceny wykonywania zadań w skali kraju z zakresu tego zadania. Minister Sprawiedliwości jest administratorem danych osobowych, odpowiada za analizę i udostępnianie informacji, prowadzi centralny system teleinformatyczny. Minister Sprawiedliwości w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw budżetu corocznie określa, w drodze rozporządzenia, wysokość kwoty bazowej, mając na względzie limity wydatków oraz potrzebę zapewnienia właściwej organizacji systemu nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego i edukacji prawnej.

Kolejną zasadą realizowaną przez obecną regulację usług jest zasada profesjonalizmu. W tym zakresie należy odnieść się zarówno do wymogów wobec osób uprawnionych do świadczenia pomocy, które są zróżnicowane adekwatnie do każdej z oferowanych form, jak również do przepisów mających na celu zapewnienie jakości porad. Świadczenie pomocy prawnej zostało co do zasady zarezerwowane dla adwokatów i radców prawnych, z zastrzeżeniem wyjątków w odniesieniu do doradców podatkowych w zakresie prawa podatkowego, magistrów prawa spełniających m.in. wymóg posiadania doświadczenia oraz mediatorów w zakresie przeprowadzenia mediacji. Uprawnienie do udzielania porad obywatelskich w systemie nieodpłatnej pomocy mają doradcy obywatelscy, którzy co do zasady posiadają zaświadczenie o ukończeniu siedemdziesięciu godzin kursu, o którym mowa w art. 11a ust.1, ale również zaświadczenie o uczestnictwie w kursie doszkalającym. Doradca ma obowiązek uczestniczenia w kursie doszkalającym co najmniej raz w roku, co jest równoznaczne z obowiązkiem kształcenia ustawicznego. Zgodnie z art. 11b ust. 2 uprawniony – na mocy decyzji wydawanej przez Ministra Sprawiedliwości – do prowadzenia kursów jest podmiot, który zrzecza co najmniej siedem organizacji pozarządowych świadczących poradnictwo obywatelskie nieprzerwanie w okresie co najmniej siedmiu lat bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku o uznanie za podmiot uprawniony do prowadzenia szkolenia oraz kursu doszkalającego.

W związku z faktem, że zarówno wymogi wobec podmiotu uprawnionego do prowadzenia szkoleń, jak i wydawania zaświadczeń dla doradców obywatelskich oraz usługa poradnictwa obywatelskiego zostały wprowadzone do systemu nieodpłatnej pomocy w 2018 roku, powstały wątpliwości interpretacyjne w kontekście zwrotu „udzielanie nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego” zawartego w art. 11b ust. 2. Niemniej pojęcie to znajduje się również w ustawie z dnia 7 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1057). W art. 4 ust. 1 w pkt. 22a) ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie ustawodawca udzielenie nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego zaliczył do zadań sfery publicznej. W zakresie tej ustawy zgodnie z art. 5 ust. 1 zadanie to jest realizowane we współpracy z organizacjami pozarządowymi wymienionymi

w art. 3 ust. 3 oraz prowadzącymi działalność pożytku publicznego. Prowadzi to do wniosku, że nieodpłatne poradnictwo obywatelskie jest i było wyodrębnioną kategorią zadań publicznych, które przed wejściem w życie przepisów nowelizujących ustawę o nieodpłatnej pomocy prawnej w 2018 roku mogły być realizowane przez organy administracji publicznej we współpracy m.in. z organizacjami pozarządowymi.

Odnosząc się do rozwiązań na rzecz zapewnienia jakości udzielanych porad w przedmiotowej regulacji należy odnieść się do postulatu podnoszonego w dyskusji publicznej ewaluacji porad w oparciu o metodę *peer review*, czyli recenzowania zanonimizowanej dokumentacji spraw zawierającej informację o sprawie i udzielonej poradzie przez anonimowych recenzentów przy wykorzystaniu zestandaryzowanych narzędzi ewaluacyjnych²⁸. Przepisy wprowadzone w 2015 roku przewidywały jedynie obowiązek adwokatów i radców prawnych dokumentowania w karcie nieodpłatnej pomocy prawnej przypadków udzielenia nieodpłatnej pomocy prawnej przez podanie informacji dotyczących czasu trwania i formy oraz dziedziny prawa, której dotyczyła ta pomoc.

W obecnym stanie prawnym przyjęto dalej idące rozwiązania z uwzględnieniem odmiennego charakteru pomocy prawnej i poradnictwa obywatelskiego. Przede wszystkim poszerzano zakres informacji dotyczących sprawy dokumentowanych w karcie pomocy. Zobowiązano doradców do podania w szczególności informacji dotyczących zgłoszonej sprawy i udzielonej pomocy, dziedziny prawa, której dotyczyła ta pomoc, kategorii sprawy, formy udzielonej pomocy, czasu poświęconego na jej udzielenie i liczby wizyt osoby uprawnionej w tej samej sprawie, ogólnych informacji o osobie uprawnionej dotyczących w szczególności wieku, płci, wykształcenia, dochodu, gospodarstwa domowego i miejsca zamieszkania oraz danych dotyczących punktu, osoby udzielającej pomocy i daty jej udzielenia. Karta pomocy zawiera dodatkową część obejmującą opinię osoby uprawnionej o udzielonej pomocy oraz jej numer telefonu, jeżeli zgadza się na kontakt w celu zasięgnięcia dalszej opinii o poradzie. Zachowanie anonimowości wynika z zakazu podania danych osobowych osoby uprawnionej, które mogą bezsprzecznie identyfikować osobę. Karta pomocy jest dokumentowana drogą elektroniczną za pośrednictwem systemu teleinformatycznego.

Stanowi ona dokumentację, która może być podstawą oceny pracy adwokata i rady prawnego dokonywanej przez organy korporacyjne właściwego samorządu zawodowego. W przypadku doradztwa obywatelskiego stanowi podstawę recenzji porady, która jest podstawą oceny w trybie art. 11b ust. 11 ustawy. Przede wszystkim zagregowane w systemie teleinformatycznym dane są uwzględnione w obowiązkowej ocenie funkcjonowania systemu

28 Wiaderek, Araszkiewicz, Bojarski, Florczak, Winczorek, *Poradnictwo obywatelskie – system, koszty, innowacje* (Warszawa 2013), 81.

nieodpłatnej pomocy prawnej i poradnictwa obywatelskiego, która jest dokonywana corocznie przez Ministra Sprawiedliwości. Ta ocena jest oparta na analizie danych ilościowych wprowadzonych do systemu teleinformatycznego w związku z obowiązkiem, wynikającym z art. 7 ustawy, dokumentacji udzielenia porady w karcie pomocy oraz danych pochodzących z ankiet, w których beneficjent pomocy może przekazać opinię o udzielonej pomocy. Ocena ministra zawiera również informacje w zakresie realizacji zadań przez wojewodów, w tym wyników przeprowadzanych przez nich kontroli²⁹.

Powszechnym argumentem przeciwko publicznym usługom pomocy prawnej jest zarzut wysokich kosztów i braku efektywności³⁰. Zasadnym jest rozdzielenie tych dwóch kwestii. Organizacja i świadczenie usług w punktach nieodpłatnej pomocy w Polsce jest finansowana z budżetu państwa w formie dotacji z określoną kwotą bazową z limitem ustalonym w art. 28 ustawy – limit na rok 2021 to – 105 833 441 zł. W 2021 roku kwota bazowa stanowiąca podstawę ustalenia wysokości dotacji na finansowanie zadań polegających na udzielaniu nieodpłatnej pomocy prawnej, świadczeniu nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego oraz edukacji prawnej wynosi 5 500 zł³¹. Przedstawione koszty zapewniają funkcjonowanie 1653 punktom na terenie całego kraju, co odpowiada zapewnieniu powszechnej dostępności usług³². Odrębną kwestią jest faktyczne wykorzystanie potencjału oferowanej pomocy przez beneficjentów. W roku 2018 udzielono 453 584 porady, w 2019 – 401 485³³. Jednocześnie pogłębiona analiza wskazuje, że ilość udzielanych porad znacząco różni się w zależności od miejsca działania punktów, a istotną tendencją jest

29 Zob.: Ocena Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego oraz edukacji prawnej za rok 2019. <https://darmowapomocprawna.ms.gov.pl/pl/aktualnosci/news,14919,ocena-ministra-sprawiedliwosci-z-realizacji-zadan.html>. [dostęp: 02.02.2021].

30 Np. Winczorek, *Dostęp do prawa*, 65 i literatura tam powołana.

31 § 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 sierpnia 2020r. w sprawie wysokości kwoty bazowej w 2021r. (Dz.U. 2020.1501).

32 Dane Ministerstwa Sprawiedliwości. <https://np.ms.gov.pl/raporty>. [dostęp: 04.02.2021].

33 Ocena Ministra Sprawiedliwości, 4. file:///C:/Users/User/Downloads/ocena-ms-wykonania-zadan-z-zakresu-npp-npo-oraz-ep-za-rok-2019%20(4).pdf. [dostęp: 4.02.2021]. W związku z tym, że wypełnianie karty pomocy w systemie teleinformatycznym jest obowiązkowe od 16.05.2020r. to w zakresie danych za 2020r. są dostępne dane częściowe w przybliżeniu, w okresie pandemii, w II kwartale 2020r. udzielono 184 106 porad – źródło danych: <https://np.ms.gov.pl/raporty>. [dostęp 04.02.2021].

znacznie większe zapełnienie dyżurów w dużych miastach niż w mniejszych miejscowościach.

Odmienne od powyższego rozumienie efektywności jest prezentowane w badaniach socjologicznych. Odnosząc się do porady *in concreto*, gdzie w przewidzianych prawnie i organizacyjnie warunkach spotkania klienta i doradcy pojęcie efektywnej porady prawnej odnosi się do cech: zrozumiałości, jakości przekazu (informacja dobrze wytłumaczona), skuteczności (posłużenie się nią pozwala osiągnąć założony cel), adekwatności użytego języka do możliwości poznawczych klienta (porada wytłumaczona prostym językiem) oraz operatywności (porada zawierająca wskazówki, jak postępować w danej sprawie, wskazująca wyjście z trudnej sytuacji, ułatwiająca podjęcie decyzji, wyjaśniająca konkretne pisma, zawarta w formie pisemnej)³⁴. W tym samym badaniu doradcy jako bariery identyfikowane w obszarze kompetencji klientów wskazywali: problemy z ustaleniem stanu faktycznego w tym bark współpracy klientów w tym zakresie; zbyt późne zgłaszanie się klientów; niski poziom kultury osobistej klientów; ich irracjonalność, pieniactwo, brak szacunku czy zaburzenia psychiczne³⁵. Powyższy stan rzeczy w pewnym zakresie wpisuje się w uwarunkowania społeczne i cel stworzenia systemu nieodpłatnej pomocy prawnej. Udzielanie porad dedykowanym osobom w trudnej sytuacji życiowej, które jednocześnie nie są w stanie ponieść kosztów pomocy odpłatnej wymaga od doradców szczególnych kompetencji interpersonalnych. O ile obecny system kształcenia doradców obywatelskich uwzględnia te potrzeby, to bez wątpienia nie są one przedmiotem tradycyjnej ścieżki kształcenia prawników ani doradców podatkowych.

Bibliografia

- Badania poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce. Wybrane wyniki, wnioski i rekomendacje*, red. Tomasz Schimanek. Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2013.
- Bartnik Adriana S., Katarzyna J. Kowalska, *Nieodpłatna pomoc prawna*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Bartnik Adriana S., Katarzyna J., *Kowalska*, „Poradnictwo prawne i obywatelskie w kontekście świadomości prawnej i potrzeby edukacji prawnej Polaków. Wybrane problemy”, *Studia Iuridica*, t. 78 (2018): 40-60.
- Bilon Anna, „Poradzoznawstwo wobec ogólnej refleksji nad poradnictwem” *Edukacja Dorosłych*, nr 1 (2010): 55-75.

34 Adriana S. Bartnik, Katarzyna J. Kowalska, *Nieodpłatna pomoc prawna* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 29.

35 Ibidem, 89-102.

- Bojarski Łukasz, „Dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej – propozycje zmian”, [w:] *Obywatel i prawo III*, red. Agata Winiarska. 34-67. Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2008.
- Bojarski Łukasz, Grzegorz Wiaderek, „Starania o ustawową regulację dostępu do nieodpłatnej pomocy prawnej – historia i stan obecny. *Wybrane problemy i rekomendacje*”, [w:] *Obywatel i Prawo VI*, red. Agata Winiarska. 13-39. Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2009.
- Grewiński Mirosław, Jolanta Lizut, „Zintegrowane usługi społeczne w Polsce”, [w:] *Innowacje dla bezpiecznego i zintegrowanego rozwoju: Kapitał, gospodarka, zarządzanie bezpieczeństwem*, t. II, red. Tomasz Jarczycki. Kielce: Wydawnictwo Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach, 2016.
- Henning Izabela, Anna Rozkosz, *Poradnik dla doradczyń i doradców poradnictwa prawnego i obywatelskiego*, Warszawa: Oficyna Wydawniczo-Reklamowa SAGALARA, 2014.
- Kargulowa Alicja, „Nurt krytyczny w poradownictwie”, [w:] *Wybrane aspekty doradztwa zawodowego na przestrzeni życia człowieka*, red. Bernd-Joachim Ertelt, Joanna Górna, Daniel Kukła. 73-94. Częstochowa: Wydawnictwo im. Stanisława Podobińskiego Akademii im. Jana Długosza, 2016.
- Kargulowa Alicja, *O teorii i praktyce poradnictwa*. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.
- Kazimierczak Tomasz, „Poradnictwo obywatelskie. O brytyjskim pomysśle służby społecznej i jej polskiej wersji”, *Pryzmat, Trzeci Sektor*, numer specjalny (2014): 12-23.
- Krzyżanowska Łucja, „Poradnictwo prawne i obywatelskie – raport z badania”, [w:] *Czym jest poradnictwo prawne i obywatelskie*. 11-25. Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2011.
- Parlicki Mariusz, „Poradnictwo obywatelskie jako aktywizacyjna forma pomocy oferowana jednostkom i rodzinom” *Państwo i Społeczeństwo*, nr 4 (2012), 113-132.
- Poradownictwo. Kontynuacja dyskursu*, red. Alicja Kargulowa. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2009.
- Schimanek Tomasz, „Czym jest prawne i obywatelskie poradnictwo specjalistyczne prowadzone przez organizacje pozarządowe?”, [w:] *Wybrane problemy i rekomendacje. Obywatel i Prawo VI*, red. Agata Winiarska. 55-67. Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2012.
- Stefaniuk Małgorzata, „Społeczna potrzeba nieodpłatnej pomocy prawnej – beneficjenci regulacji ustawowej” *Studia Iuridica Lublinensia*, t. III (2016): 867-880.
- System nieodpłatnego poradnictwa prawnego i obywatelskiego w Polsce – propozycje rozwiązań modelowych i założeń polityki państwa*, red. Maria J. Skrodzka. Warszawa: Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 2013.

- Wiaderek Grzegorz, Michał Araszkiewicz, Łukasz Bojarski, Waldemar Florczak, Jan Winczorek, *Poradnictwo obywatelskie – system, koszty, innowacje*. Warszawa 2013. https://bip.konin.eu/tmpl/sesje_rady/sesja_152_05_01_1424075168.pdf.
- Wiaderek Grzegorz, *Starania o racjonalną regulację problemu opodatkowania pracy pro bono prawników*, [w:] *Obywatel i Prawo VI*, red. Agata Wiñniarska. 31-37. Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2012.
- Winczorek Jan, *Przegląd literatury na temat dostępności i korzystania z pomocy prawnej*. Warszawa 2012. http://www.inpris.pl/fileadmin/user_upload/documents/pomoc_prawna/Przepl%C4%85d_literatury_na_temat_dost%C4%99pno%C5%9Bci_i_korzystania_z_pomocy_prawnej.pdf.
- Wintersteiger Lisa, *Legal Needs, Legal Capability and the Role of Public Legal Education. A Report by Law for Life: the Foundation for Public Legal Education*, Law for Life: the Foundation for Public Legal Education 2015.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

The Emergence of the Polish State in 1918 in the Light of International Law

The author presents the issue of the rebirth of Poland in 1918 from the perspective of international law. It was quite an important subject of legal studies conducted 100 years ago. Today this matter has been forgotten and, therefore, it is worth reminding of it from a new temporal perspective.

The subject-matter, on which this article is based is provided by the most significant analyses performed by the representatives of the Polish scholarship of the interwar period, including in particular the works of the following professors: C. Berezowski, S. Hubert, Z. Cybichowski, W. Komarnicki, S. Bukowiecki, and documents of that period and stances and opinions of some leading foreign international jurists.

While it would be easy to present the views expressed by authors, it is difficult to discuss the subject itself because the stances taken by the representatives of scholarship about it are not uniform. One may even say that they are confrontational. The said contradiction also follows from the incoherent international practice and the internal practice of the authorities of the Second Republic of Poland.

The article not only collects and presents those contradictions but also indicates their significance and practical results. On the other hand, it aims at reconciling them, though perhaps not at the legal level, which is impossible in principle, but rather at the political level, which considers an additional aim that appeared after 100 years. It is – as stressed in summary – the need to promote Polish history (the State's image) abroad. Hence, the text was written in English.

The article discusses the following matters: the historical and legal background of the reconstructed Polish statehood; the conception of the emergence of Poland as a new State; the conception of the continuity of the statehood that had existed before the partitions (the end of occupation); the approach of the domestic judiciary to the issue of the Polish statehood; the stance taken by the allied forces: recognition and treaty solutions; the issue of Polish borders; the succession of debts incurred by the partitioners; the succession of nationality. Thus, as far as possible – within limits imposed by editorial requirements – the text constitutes a complete analysis of the issue.

Mariusz Muszyński

associate professor

Cardinal Stefan Wyszyński University

ORCID – 0000-0002-3499-2437

Key words:

Polish State; Polish State Emergence of State; Emergence of State International Law; International Law Succession; Succession Continuity; Continuity 1919; 1919 I. World War; I. World War

<https://doi.org/10.36128/prw.vi37.267>

1. Introduction

To present the issue of the rebirth of the Polish State in 1918 from the perspective of international law is both easy and difficult. It is easy, as there exist numerous scholarly papers published as early as the interwar period. The said matter was discussed not only by the representatives of the Polish legal doctrine but also by some leading experts on international law from other states, including distinguished jurists such as *inter alia* Georg Scelle (1878-1961) or Robert Redslob (1882-1962). In particular, German scholars authored numerous analyses, and such professors studied the matter under

discussion as Erich Kaufmann (1880-1972), Walter Recke (1887-1962), Walter Schaezel (1890-1961)¹.

It is, however difficult for a different reason. Namely, scholars did not speak with one voice. Even in Poland, they disagreed about the fundamental issues, which led to the development of two key currents. As represented by Professor Cezary Berezowski and his students, if only to mention Professor Wojciech Góralczyk, the first one recognised that the Polish State was new. They thus rejected the continuity of the statehood of the First Republic from before the partitions and confirmed the collapse of the State in 1795 as a result of actions taken by Russia, Austria, and Prussia. The second current, as represented by Professor Ludwik Ehrlich and his students, including Professor Stanisław Hubert, rejected the collapse of Poland in the eighteenth century. This meant that in 1795-1918 Poland was occupied by three neighbouring powers, and in the sense of statehood, the Second Republic of Poland was the same State as the First Republic of Poland.

The practice of States did not facilitate the unification of the aforementioned stance either. The behaviour of victorious allies and the conduct of the States neighbouring Poland, and even of the Polish authorities themselves, were so diverse or even contradictory that even today, after a lapse of hundred years, the said task has not become easier.

At this point, it is also noteworthy that, from the point of view of international law, the title itself may suggest that one advocates Professor Berezowski's conception, given that it contains the phrase 'the emergence of the Polish State'. For an international jurist, this unambiguously means building a new State and severing the institutional, systemic and axiological continuity with the predecessor (the First Republic of Poland) – even if there exists actual continuity of the national identity of the State's builders as well as territorial continuity.

Under those circumstances, and so to speak contrary to the titular suggestion, I will attempt to present the whole context, that is to say, to clarify both main theoretical concepts and describe the State practice in the light of those concepts.

To begin with, I would like to emphasise why it is so important to argue for one of the said concepts. That importance follows from the fact that the emergence of a State is related to certain legal consequences or the lack thereof². The former case occurs when a State emerges secondarily because of

1 For studies concerning the collapse and emergence of the Polish State in German literature, see: Waław Komarnicki, „Upadek i wskrzeszenie państw polskiego w literaturze niemieckiej” *Rocznik Prawniczy Wileński*, Vol. II (1929): 241 et seq.

2 Waław Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2008), 9 (reprint of the position of 1922).

the collapse or dismemberment of another State. Also, the process of rebuilding statehood after a period of occupation has its specificity³. Differences in that regard concern not only external or interstate relations, thereby determining at the very beginning in an individualised manner a certain framework for the nascent statehood and the situation and legal position of people resident in such States. What is concerned here are *inter alia* matters of boundaries, State property, international treaties, nationality, State debts, but also pensions and allowances, private property, including such important aspects as the issue of property confiscated by partitioning States, etc.

The subject mentioned above matter has been forgotten by the present-day study and teaching of international law. Hence, it is worth reminding of it and at the same time reviving the publications of the representatives of the doctrine of the interwar period, in particular papers written by Polish professors: C. Berezowski, S. Hubert, Z. Cybichowski, W. Komarnicki, S. Bukowiecki.

2. The historical and legal background of the issue of the reconstructed Polish statehood

In this chapter, I will present legal actions taken by Russia, Prussia, and Austria, which was to provoke the collapse of Poland's statehood. A short description of the said actions is based on related (political and military) actions falling outside the legal framework, which undoubtedly affect their assessment. It is on purpose that I do not apply here terms and phrases that are unambiguous for international law, such as, e.g. 'the collapse of a State', as they convey the legal assessment of the results of those actions. And that is related to the stance concerning the legal formula of the State's rebirth in 1918.

The treaty of 8 June 1762 concluded by Russia and Prussia is considered to be founding the entire process of conquering Poland's territory and establishing a bilateral political alliance. In a secret article concerning Poland, the parties to the treaty provided that their interests required that the principle of the free election of kings and the elimination of hereditary succession to the Polish throne be the foundation of Poland's constitutional system. The importance of that interest was emphasised not only by classifying the said provision as 'secret' but also by assuming a mutual obligation that, if necessary, the Russian tsar and the Prussian king would resort to the use of force to

3 Zygmunt Cybichowski, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego* (Warszawa: Wydawnictwo Seminarium Prawa Publicznego Uniwersytetu Warszawskiego, 1933), 175 et seq.

provoke such development. Thus, the said treaty created the basis for interference with Poland's internal affairs⁴.

In turn, on the part of Austria, the act determining the relation to Poland, and as a result of a series of actions was the declaration of 16 March 1764 issued by Empress Maria Theresa. Although the empress confirmed the recognition of Poland's sovereignty, she made a proviso that the principle of the free election of kings may not be limited. Only a ruler elected in this way would be recognised by her. She also announced the possibility of intervention.

The occupation of Poland's territory took place in three stages, called by historians the Partitions of Poland. From the perspective of international law, this was a gradual conquest of territory.

The legal basis for the First Partition of Poland was provided by three treaties having the same content concluded by Russia with Prussia, Russia with Austria, and Austria with Prussia. This took place on 25 July 1772. Under those treaties, each of the aforementioned States was entitled to annex to its territory certain parts of the territory of the Kingdom of Poland. Notably, Poland was not a party to those agreements, so we do not deal here with territorial cession. Those were simply written arrangements concerning the division of Polish territory. As a result, Polish authority, that is to say, the ability to exercise territorial sovereignty, was removed from territories embraced by actual military action.

Military action was also justified by the Austrian empress and the Prussian king under unilateral declarations. Maria Theresa's declaration was issued on 11 September 1772. The empress declared that she exercised her rights arising from the treaties of 25 July 1772 and occupied certain territories. The king of Prussia issued a similar declaration on 13 September 1772.

The partitioning powers also committed themselves in the treaties of 25 July 1772 to collaboration forcing Poland to conclude with them agreements confirming their enforced territorial acquisition. The need for such a regulation was also confirmed by both aforementioned unilateral declarations of the rulers of Austria and Prussia. As a result of this, on 18 September 1773, Poland concluded with Russia, Austria, and Prussia relevant treaties. Their subject matter was above all related to the cession of specific parts of the territory.

Out of the latter group of treaties, the treaty concluded with Russia is particularly noteworthy. It namely indicated the key constitutional elements of the Polish State, as well as the obligation to consult the ministers of the

4 See: Cezary Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2008), 79 (reprint of the edition of 1934).

three powers while formulating the content of the Polish constitution. The tsaritsa of Russia herself was the guarantor thereof.

Such a formula, called diplomatic intervention, clearly limiting Poland's political sovereignty, was subsequently strengthened by the provisions of the treaty of August 1791 concluded in Paris between Austria, Russia, Prussia, and Spain. Prussia and Russia committed themselves to acquire further territories of Poland, to dethrone the Polish king by forcing him to abdicate, and to submit the remaining territory under the rule of the Saxon elector.

As a result of the arrangements made in Paris, Russia launched military action (18 May 1792) by declaring war on Poland. The king of Prussia joined the war, who – which is noteworthy – should have helped Poland, because as of 29 March 1790 Poland and Prussia were parties to a treaty of alliance. The Prussian king breached it by declaring that he entered an alliance with Russia. In turn, on 14 July 1792, Austria and Russia signed a treaty of alliance, which also confirmed the validity of their bilateral agreement of 25 July 1772.

Actions taken by Russia and Prussia, known as the Second Partition of Poland, were legalised in treaties concluded with Poland. The treaty with Russia was concluded on 13 July 1793, and with Prussia on 25 September 1793. In both of them, Poland ceded further parts of her territory. However, the two powers relinquished any claims to the remaining part of the Polish State's territory and concluded 'perpetual peace' with Poland.

On 16 October 1793, Poland concluded a subsequent treaty with Russia. Its subject embraced a political alliance, though in reality, this was a further limitation of Poland's sovereignty. Limitations concerned the freedom to shape the constitutional system and to conclude international agreements (with the consent of Russia). The treaty also provided for the possibility to locate the Russian army on Poland's territory.

The resulting legal situation faced social opposition, the effect of which was an insurrection led by Kościuszko (1794). Although it was formally a revolution for Poland's independence and faced opposition on the part of the king and the Permanent Council, the proof of which was the royal proclamation of 2 April 1794, it spread across territories taken over by the partitioning States. Consequently, the three powers launched a battle against insurgents.

And again, as a consequence of those actions Russia, Prussia and Austria concluded relevant agreements. In the treaty of 3 January 1795, Russia and Austria committed themselves to confirm their territorial acquisitions and to offer the rest of Polish territory to Prussia in exchange for the guarantee of their own acquisitions. A relevant treaty between Prussia and Russia was concluded on 24 October 1795.

Thus, the territory of Poland disappeared, and when King Stanisław August Poniatowski renounced the crown on 25 November 1795, the highest authority exercising Polish sovereignty disappeared⁵. Did the State collapse in this way? Both main legal concepts lead to contradictory conclusions.

3. The concept of the emergence of Poland as a new State

The first concept concerning the emergence of the Polish State, that is to say, in the political sense the emergence of Poland as a new State, is an analysis based on three research methods: historical legal, comparative and dogmatic. It may be summarised in the following way: the Polish State collapsed in 1795 due to actions taken by Russia, Prussia, and Austria. The said collapse followed the norms of the law of nations. Aside from historical injustice and harm were done to the Polish nation, the question arises whether or not the collapse at issue conformed to international law. In the light of the standards which emerged in international law in the twentieth century, the said violation may have occurred. Still, in reference to the rules in force at the end of the eighteenth century in international relations among the States participating in the partitions – there was no such violation⁶.

Which institutions of international law were applied then and led to the collapse of Poland? Per that concept, those were: international intervention and territorial conquest.

The notion of ‘intervention’ in international law means that one State influences the actions of another State in the sphere of actions not regulated in international law. What is concerned is influencing the powers of a State arising from the essence of statehood, that is to say from sovereignty. The said institution is also known today and has a negative context. Hence, we find a prohibition on intervention in the Charter of the United Nations.

In the eighteenth century, an international intervention was, however an element of the canon of international law. Following the conclusion of the treaties of Westphalia, it constituted an instrument for maintaining the political principle of equilibrium as the basis of the European international order⁷. That principle had a mathematical character. It came down to establishing an equal division of property among States, which was to guarantee peace. Based on that principle, States demanded an increase in their capacity

5 See: Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*, 83.

6 See: Cezary Berezowski, [in:] Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*, 83.

7 Wsiewłód Durdieniewski, Siergiej Kryłow, *Podręcznik do prawa międzynarodowego* (Warszawa Spółdzielnia Wydawniczo-Handlowa Książka i Wiedza, 1950), 62.

once such an increase occurred in a rival State. Austria was a case when she demanded part of Turkey once Russia took over part of Poland in 1792⁸.

The said principle justified preventive wars and even became their natural justification⁹. One of the representatives of the then-doctrine, Johann Gottlob, perceived the principle of equilibrium and intervention in such an orthodox manner that he claimed that States should oppose such actions of other States, which at the stage of internal reforms lead to the strengthening of their power in an unjustified manner. Gottlob's thoughts were specified even more by Friedrich von Genz, whose concepts were put into practice by Prince Klemens Lothar Wenzel von Metternich. Genz wrote that the principle of equilibrium was comparable with a federative system, where one needs to balance the power of individual members and subordinate their interests to those of the whole¹⁰.

The States of that period defined the principle of political equilibrium using three points:¹¹

- firstly, single interests had to be subordinated to the prosperity of the community of the States of Europe, as any excessive claims made by powers could violate that;
- secondly, for the sake of equilibrium, it might be demanded from a State to disregard its own interests;
- thirdly, in exceptional situations, in order to enforce demands put forward by the whole, military intervention was possible¹².

While the first two issues were related to politics, the third one constituted a legal construct.

In this way, the construct of intervention in the seventeenth and eighteenth centuries was one of the kinds of wars, formally justified and legitimised by the alleged interest of the community, though in practice, it was almost completely particularised and abused. It, therefore, constituted an act of the State's action, allowed by law, directed at another State, aiming at the

8 Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, (Noordlingen: Beck, 1878), 102.

9 Lassa Oppenheim, *International Law*, ed. H. Lauterpacht (London-New York-Toronto: Longmans-Green, 1948), 278. Erich Rebstain, „Das 'Europäische Öffentliche Recht' 1648-1815". Ein institutionengeschichtlicher Überblick. *Archiv des Völkerrechts*, Vol. VIII (1960): 401.

10 Wilhelm Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft 1984), 395.

11 Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 394.

12 Emer Vattel, *Prawo narodów*, transl. Bohdan Winiarski, Vol. I (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1958), 90.

execution of certain behaviour about the specific matter¹³. One may say that it was a distorted understanding of international solidarity. In the practice of that period, the majority of wars over territory were officially recognised as interventions¹⁴. Even President Jefferson used intervention aimed at protecting equilibrium as an excuse for the occupation of New Orleans by the USA.¹⁵

Intervention, and essentially even the principle of equilibrium, *reductio ad absurdum*, also served as one of the elements legitimising actions taken by Russia, Prussia, and Austria in relation to Poland and was to justify the cause for her partition.

Thus, we did not deal with the violation of international law, but at most with the abuse or instrumentalization thereof.

Hence, after the First World War, the Polish State re-emerged. The said re-emergence was a process, that is to say, a series of factual and political events, the result of which achieved a legal level – the international personality of the Polish statehood. Thanks to them, what took place was the shaping of territory, the emerging of the highest authority, and nationality of the State.

The act of 5 November 1916 is considered the moment initiating Poland's emergence – appeals to residents issued on behalf of the German emperor and the Austrian emperor by governors-general (of Warsaw and Lublin)¹⁶. Their content announced an agreement reached by both emperors regarding the establishment of an autonomous Polish State in the form of a constitutional monarchy. Such Polish Kingdom was to remain allied with both empires, and its organisation and exercise of authority were to be regulated by a treaty. Precise boundaries were to be determined in the future¹⁷.

From the perspective of international law, the said appeal was merely an expression of the will of the monarchs, a declaration without any legal consequences¹⁸. It however triggered a political and legal process. That

13 Percy Winfield, „The History of Intervention in International Law” *British Yearbook of International Law*, Vol. III (1922-1923): 130.

14 For the content of the treaty, see: Wilhelm Grewe, *Fontes Historiae Iuris Gentium*. Vol. II (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1995), 406-410.

15 Erich Reibstein, „Das »Europäische Öffentliche Recht« 1648-1815” *Archiv des Völkerrechts*, Vol. VIII (1960): 401.

16 Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*, 26-27. Cybichowski, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*, 188.

17 For a catalogue and an analysis of the legal acts of the partitioning powers related to Poland, see also: Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*, 12 et seq.

18 Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*, 37.

process embraced both external activity of international subjects and activities on the part of the Polish nation called emancipatory activity.

By the way, a more significant role is attributed at this point to emancipatory activities. They aim at the political and legal effectiveness of the existence and the functioning of a nation as a State. From the perspective of international law, this is a rejection of Kelsen's concepts in favour of the views represented by A. Verdross and J. L. Kunz.

All three scholars representing the German school agreed as to one aspect – it does not suffice to merely formally announce the existence of new statehood in the form of a political declaration or even in the form of a legal act. A State must become a real fact; that is to say, it must be a subject capable of real, effective authoritative (legal) action within a specified territory. The difference between their stances was, in turn related to the direction of this principle. Verdross and Kunz indicate the internal arena of the State. This is where effective highest authority is to function. According to them, this follows from the fact that the introduction into international law of norms defining standards of statehood reduced the significance of 'recognition' by other States as a factor creating statehood. If a socio-political organisation satisfies the requirements of international law, it automatically becomes a State.¹⁹ Even if it is not recognised and does not maintain legal dialogue with other States, it does not lose its statehood, as the exercise of a State's rights refers solely to legal relations and not to its essence²⁰.

In turn, Kelsen emphasises that it is not possible to consider statehood from the point of view of the legal order of a given State. Solely an order of a higher rank, that of international law may indicate the criteria for the emergence of a State. And only in the light of international legal order should statehood be examined. A State is for him the ought-order (*Sollenordnung*), and it is only international law that creates legal order (*Rechtsordnung*) out of that order. Hence, it is not a State that is sovereign – it is the international order, which should establish its own rule for shaping a lower order – that of

19 Those requirements are as follows: the existence of a legal order (reality); the said order may only be subordinated to the international order; the manner of the establishment of that order and its content are determined independently by that legal order, as this area is submitted to that order by international law (sovereignty). Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*, 65.

20 For their concepts, see: Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Vienna-Berlin: Julius Sprigner, 1926). Josef Kunz, *Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht* (Stuttgart: W. Kohlhammer, 1928).

a State. Therefore, the emergence of a State is a legal fact, to which international law attaches legal consequences²¹.

Berezowski emphasises that international practice defied Kelsen's concept. International law had not created any norm pertaining to the fact of the emergence of a State. According to him, Kelsen rather described a further stage – the constitutionalisation of a State and not its emergence. It is a reality that is the decisive attribute, and the reality is the permanence of a State's legal order²². We may call it today effectiveness in the internal dimension. It is, namely a manifestation of its sovereignty. Therefore, we may recognise the first manifestation of this kind as the moment of the emergence of a State.

A logical consequence of such perception is the confirming, but not the constitutive role of later boundary agreements. They do not affect the very fact of the emergence of a State but merely indicate its frontier line.²³ Hence, States function so often without a formal delimitation of territory, and no one questions their statehood.

Often the date of the emergence of a State is easy to establish, as it is indicated by an act of internal law directly stating the establishment of statehood. After the First World War, this was done so e.g., by Finland (a resolution of the Parliament of 6 December 1917), Estonia (the constitution enacted by the National Council on 20 November 1918), or Latvia (the declaration of independence of the Parliamentary Assembly of 27 May 1918).

However, it is sometimes complicated. Such an unambiguous date is missing in the concept of the emergence of the Polish State. Poland did not authoritatively define the said date²⁴.

Why is that date so important? It indicates the moment of taking over responsibility for international obligations of the territory, that is to say, the moment of the so-called succession. In this case, the moment of universal succession. But that is a different issue.

Returning to the main topic of our considerations, that is, to the process of the emergence of the Polish State, one thing comes to mind – it was easy to indicate the moment initiating the said process, but it is difficult to indicate further stages, as well as the finale. It is noteworthy that in this

21 See: Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 2nd ed. (Berlin: Springer, 1925).

22 Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*, 66-67.

23 Ibidem, 67.

24 The date of the emergence of the Polish State was considered at an international level on the forum of the Permanent Court of International Justice in the case concerning certain German interests in Upper Silesia. See the ruling: http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_06/16_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Compotence_Arret.pdf. [accessed: 19.07.2018].

package only actions taken by foreign States may have factual and legal character. Emancipatory activities of a nation are a real activity falling outside the legal framework. They enter into the sphere of international law only after the emergence of a State.

Those activities, constituting an element of the process of the emergence of the Polish statehood, embrace, according to Professor Berezowski and the proponents of that concept, the following:

- the Russian declaration of 30 March 1917;
- the appointment of the Regency Council on 12 September 1917 or the actual establishment thereof on 27 October 1917;
- the appeal of the Regency Council of 7 October 1918;
- the removal of occupying powers on 10 November 1918;
- granting support to the coalition of the Allied States by the Polish armed forces on 4 November 1917;
- the recognition of the Polish armed forces on 28 September 1918;
- the actual assumption of authority by ending occupation on 11 November 1918;
- recognising sovereignty by allowing the Polish party to participate in the peace conference of 15 January 1919;
- the Treaty of Brest, in which Russia relinquished her rights to the Kingdom of Poland, by which her sovereignty to those territories *de iure* disappeared;
- the appointment of the Polish government by the Chief-of-State²⁵.

One needs to remember that this is not a complete catalogue.

4. The concept of the continuity of statehood from before the partitions (the end of occupation)

The said concept derives from adopting the concept of *ius postliminii*, coined in Ancient Rome, in reference to the functioning of a State in international law²⁶. In Rome, its essence was re-emergence as a subject of rights and obligations in specific legal situations related most often to war and captivity by fulfilling necessary formal requirements.

The institution of the so-called *postliminium* appeared in international law, just as many other institutions of Roman law, as early as the seventeenth century. Emer de Vattel analysed it one hundred years later in his work entitled *The Law of Nations*²⁷. In the subsequent years, it was called the

25 Berezowski, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*, 50-51.

26 Stanisław Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego* (Lviv: Piller-Neumann, 1937), 3.

27 Vattel, *Prawo narodów*, p. 217 (Book III *Of War*, Chapter XIV *Of the Right of Postliminium*).

institution of the restitution of statehood, and its legal requirements were established. Those are²⁸:

- a nation (State) must be occupied by way of conquest (military force) to have the right to return to the primary legal situation;
- the authority of the conquering State must be all the time based on force;
- the rebuilding of a State must be founded on the same legal bases on which it had been founded before.

The first requirement means that such a nation could not express legal consent to end its statehood. There may not exist treaties related to that, e.g., referring to the unification, incorporation, or any other form of the loss of sovereignty. In the case of the second requirement, the existence of the expressions of a permanent objection is concerned. A nation concerned must express the said objection unambiguously and permanently to manifest the existence of national (State) awareness. The third requirement means recognizing a State as a rebuilt construction, not as a new one. Such will must be expressed in both the international and internal dimensions²⁹.

In other words, one distinguishes at this point between two constructs of international law: occupation and conquest. Occupation is a temporary deprivation of the sovereign of the exercise of sovereign rights in his territory. But the sovereign himself does exist. Until he gives consent to the cessation of sovereignty, we merely deal with occupation and not with an effective conquest of territory. Consent to transfer sovereignty may only be granted in a form envisaged by law, i.e., under a treaty of peace concluded in accordance with the rules of international law (in good faith, without constraint)³⁰.

Thus, the term „annexation” is inherent to conquest. The mere fact of conquest is sole of a *de facto* character. Only a treaty of peace concluded after ending a war, and as of the nineteenth century, even a peace conference could transfer a legal title to the territory (territorial sovereignty). The said process was called annexation. Often not only interested States expressed their opinion in that regard, but also neighbouring countries having important

28 Quoted in: Stanisław Hubert, *Odbudowa Państwa Polskiego jako problem prawa narodów*, odbitka z „Drogi”, Warszawa 1934, 6. Cf. Vattel, *Prawo narodów*, 218. Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej*, 17 et seq.

29 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 202. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*, 36 et seq.

30 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 43 et seq.

interests in the region³¹. Hence, one may find in English literature the term *voluntary annexation* as opposed to *forceful annexation* or *annexation imposed by force*³².

In the light of such rules, with the lack of annexation, *postliminium* should function automatically, immediately after the removal of the occupying powers³³. The interwar doctrine of international law is familiar with and recalls examples of the institution's contemporary (the nineteenth century) application³⁴.

While applying those principles to the Polish case, the proponents of the concept of restitution³⁵ indicate several issues.

The first issue embraces constraints related to the conclusion of partition treaties and the fact that the said treaties were in breach of the previous agreements guaranteeing territorial inviolability of the Polish State³⁶. The said constraint was manifested by real pressure exerted on State organs and Polish citizens. One indicates here pressure exerted by a Russian envoy on the Polish king, who under his influence summoned the Council of the Senate, and it summoned 31 members instead of 132. In the same way, under threat of confiscation of the property of persons dissolving regional legislative assemblies (*sejmiki*), and despite the noblemen boycotting those assemblies, a session of the Sejm was convened by force. The negotiating delegation was forced to accept the conditions presented by the other party, and the rebelling ones were threatened with exile to Siberia. In the case of the Second Partition, Grodno – the seat of the king and the place where sessions of the Sejm were held – was surrounded by the army, and cannons were directed at the debating members of the Sejm. They were held captive in this way until a delegation of negotiators had been sent. The last partition was even regulated in treaties concluded directly between the partitioning powers, constituting *res inter alios acta*.

31 Friedrich von der Heydte, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates* (Regensburg: Josef Habel, 1952), 427, 428; John Bassett Moore, *Digest of International Law*, Vol. I (Washington: Government Printing Office, 1906), 290.

32 Stephan Verosta, „Gebietshoheit und Gebietserwerb im Völkerrecht” *Österreichische Juristen-Zeitung*, (1954): 242.

33 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 9.

34 Ibidem, 20 et seq.

35 Cybichowski, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*, 187.

36 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 60 et seq.

Secondly, the fulfilment of the following requirement is emphasised. The Polish society never made peace with the conquest of the State. Despite a lapse of 123 years, that is to say, during the period of five generations, there was no acceptance of the collapse of the State. One cherished the language, memory, culture, and history. The Polish nation never ceased to form a unity³⁷.

Thirdly, the authority of the partitioning powers had to be founded on force, which eliminated the legality of such authority. It suffices to mention the key dates of rebellions and uprisings, beginning with the battles led by Dąbrowski's legions and ending with those led by Piłsudski's legions in 1830, 1846, 1848, 1863, 1905³⁸. And also the substitute and provisional forms of the Polish statehood in the nineteenth century³⁹.

At those moments, aside from battles, also political will to retain statehood was visible. The outbreaks of uprisings instantly provoked the appointment of State institutions and the execution of the law.

Also, the rebuilding of statehood after the First World War was based on the assessment that it took place independently and in accordance with the nation's will. The constructive elements described above, which had an external political element, were rejected. The starting point for that concept is the assumption of power by Józef Piłsudski⁴⁰. This took place on 11-14 November 1918. Authority was complete – civil and military. It was also self-born⁴¹. That element of the national will is legally founded by virtue of decrees issued by the Chief-of-State⁴². This was expressed in the resolution of the Sejm of 20 February 1919, in which the Sejm noted the transfer of power to it from the Chief-of-State and entrusted him with the continued exercise of power until the establishment of constitutional organs⁴³.

37 Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*, 10.

38 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 153 et seq.

39 Hubert, *Odbudowa Państwa Polskiego jako problem prawa narodów*, 9. Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 97 et seq.

40 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 204-205.

41 Hubert, *Odbudowa Państwa Polskiego jako problem prawa narodów*, 10.

42 What is particularly concerned here is the decree concerning the elections to the Sejm, which as a representative organ continued the building of statehood together with Piłsudski.

43 Journal of Laws, Dz. P.P.P. 1919, no. 19, item 226. Cf. Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*,

In this way, in accordance with that concept, the Polish State had established itself before the conclusion of the Treaty of Versailles, to which it was a party⁴⁴. Thus, the said treaty could not constitute the foundation of its existence. Poland had already been functioning as a State, satisfying the standards of internal and external sovereignty: it had territory, population aware of its political dimension, the highest authority, and it protected its property by participating in international dialogue. The Treaty of Versailles could merely confirm this fact, as in 1919, Poland could only be deprived by force of her regained sovereignty.

What reflects this concept in international law is the note issued by Józef Piłsudski directed at the President of the USA and the governments of England, France, Italy, Japan, Germany, and other battling and neutral States, in which he notified of the existence of the Polish State reborn out of the will of the nation in the territories of united Poland⁴⁵. From that perspective, an invitation to participate in a peace conference seems like implicit recognition.

In this way, the Polish State was the continuation of the statehood from before the year 1794. This was expressed in legal acts, which involved the first decree issued on 14 November 1918, in which the Chief-of-State announced the establishment of provisional authority representing the Republic of Poland until the constitution of the legislative Sejm embracing three partitions⁴⁶. In turn, the decree on electoral law announced elections in districts indicated therein, which covered all partitions⁴⁷. Thus, those lands were recognised as Polish. Finally, also the Preamble to the March Constitution emphasised that: „We, the Polish

224. Cybichowski, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*, 205.

44 Cf.: Stanisław Bukowiecki, „Rola czynników wewnętrznych w utworzeniu nowej państwowości polskiej”, *Niepodległość* t. I (1930): 4.

45 For the content of the note, see: Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 233-234.

46 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 210.

47 In practice, elections were held in the Russian Partition and in a part of the Austrian one. As for the remaining part of the Austrian Partition, which was at war, the former members of the former House of Deputies of the Imperial Council of the Austrian Empire were delegated to the Sejm. A similar situation took place in the territories of the Prussian Partition. Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 215. Cybichowski, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*, 207.

Nation, grateful to Providence for setting us free from a servitude of a century and a half; remembering gratefully the courage and perseverance of the self-sacrificing struggle of generations which have unceasingly devoted their best efforts to the cause of independence (...) do enact and establish in the Legislative Sejm of the Republic of Poland this constitutional law⁴⁸.

What is also exposed in this concept are elements indicating the will to continue the Polish statehood from before the partitions as expressed in international relations of that period. One indicates here both the area of dialogue related to the building of the post-war international reality as well as Poland's bilateral relations.

The first sphere concerns historical and legal arguments used in negotiations. On that basis, Poland's boundaries embraced the district of Piła, although the majority of its residents were German. It was namely recognised that this was a result of the colonising policy. One also referred to the political will of the Polish nation to 'restore independence', and not to gain it, as expressed during the conference of Versailles. Finally, one of the significant examples was the proposal by President Wilson, constituting a compromise in the issue of Poland's boundaries. Wilson proposed to establish them at the Prussian-Polish frontier of 1772.

The historical factor was also decisive in the process of conferring the status to the Free City of Danzig or in constructing the enclave of East Prussia.

The context of continuity is also visible in bilateral agreements. The Polish-Turkish treaty of 1923 mentions the „restoration” of diplomatic relations. In turn, the Treaty of Riga of 1921 refers to the relinquishment of mutual claims to territories situated outside the indicated boundary. This means indirect recognition of the previously existing rights of Poland to the territories situated to the east of the new frontier⁴⁹.

What poses problems in this concept is the determination of a specific moment of the rebirth of statehood. Some representatives of the doctrine incline towards the date of 11 November 1918, which was the first day after partitioning powers were driven out of Warsaw, and it symbolised the recreation of the Polish authority. There are proponents of the day of 14 November 1918 as the final process of taking over authority by Józef Piłsudski from the Regency Council and the day of the issuance of the decree on the provisional government and the future Legislative Sejm, or finally, of the decree of 22 November 1918 on the assumption of authority by the Intermediary

48 Journal of Laws, Dz. U. RP 1921 no. 44, item 267.

49 Hubert, *Odbudowa Państwa Polskiego jako problem prawa narodów*, 15.

Chief-of-State, constituting the first Polish constitution of the period following the partitions, though personally connected with the person of Piłsudski⁵⁰.

5. The approach of the national judiciary to the issue of Polish statehood

The Polish judiciary advocated the concept of the continuity of the Polish State, though not unequivocally.

In the ruling of the Second (Criminal) Chamber of the Supreme Court of 17 October 1919 concerning the activity of an agent of the German secret police in 1915, the court considered whether the Polish State existed in that period. It then concluded that the State separateness of the Kingdom of Poland had never died out in the perception of the nation, nor under international law. The Supreme Court emphasised that since 1815 the Polish State had also existed – the Kingdom of Poland – though in a union with Russia but possessing its own statehood in the light of international law⁵¹.

In turn, in the ruling of 29/30 September 1922, the Second (Criminal) Chamber of the Supreme Court held that the recognition of the collapse of the Polish statehood after the Third Partition and the treatment of Poland as a new State as of 1918 had been a legal error. The collapse of the highest authority or the conquest of territory does not yet determine the collapse of the State. States collapse when the population loses the sense of identity – the sense of separateness in the face of a foreign invasion, when it gives consent to the new order, tradition, and the permanent will to pursue desires, beliefs, forms of life, language, etc. disappears⁵².

In turn, the First (Civil) Chamber of the Supreme Court in the ruling of 11 May 1928 concerning the confiscation of the property of insurgents assessed that the actions of the Russian authorities had been based on violence (force) on the part of victorious Russia in the battle against the Polish party. Hence, upon the regaining of independence, relations of private law created illegally had collapsed, and the rights and titles of the legal owners had been

50 Hubert, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*, 213. Cybichowski, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*, 206.

51 See: the ruling of the Second Chamber of the Supreme Court of 17 October 1919, [in:] *Collection of the Rulings of the Supreme Court, the rulings of the Second (Criminal) Chamber the year 1919*, (Warszawa) 132-143.

52 See: the ruling of the Second Chamber of the Supreme Court of 29 and 30 September 1922, [in:] *Collection of the Rulings of the Supreme Court, the rulings of the Second (Criminal) Chamber the year 1922* (Warszawa), 628-634.

revived, provided that they had not lost them as a result of the newly enacted law in the free Polish State⁵³.

The Supreme Court ruled similarly way on 14 February 1930, emphasising that the limitations period of claims could not run over the whole period of partitions⁵⁴.

In the ruling of 9 January 1931, the First (Civil) Chamber of the Supreme Court confirmed the previous rulings, thus explaining that this did not apply to situations when the current owner might refer to the title acquired in good faith (the property had not come directly from Russian confiscation)⁵⁵.

A certain discrepancy is visible in those rulings. While the Second (Criminal) Chamber of the Supreme Court argues for the continuity of Polish statehood, the First (Civil) Chamber softens that stance. It namely allows for the possibility of the loss of property under the new legal order.

However, the role of civil jurisprudence decreased upon the entry into force of the Act of 18 March 1932 on a confiscated property by the former governments of the partitioning States from the participants in battles for independence (Journal of Laws – Dz. U. RP no. 24, item 189), which set out the requirements for and the scope of restitution.

6. The stance of the Allied Powers: recognition and treaty solutions

Also, international recognition is important for the process of the constitution of a State. This is an institution of international law, which was indeed known in the international reality, though in the history of States it was not widely applied⁵⁶. This followed from their monarchical essence. Hereditary succession to the throne did not require recognition. The ruler namely had divine legitimisation. In States with elective rulers, the issue of exercising authority was an internal matter. The need for recognition appeared in the area of authority only along with the change of the form of authority or

-
- 53 See: the ruling of the First Chamber of the Supreme Court of 11 and 12 May 1928, [in:] *Collection of the Rulings of the Supreme Court, the Rulings of the First (Civil) Chamber the year 1928 (the first term)* (Warszawa), 153-158.
- 54 See: the ruling of 14 February-4 March 1930, [in:] *Collection of the Rulings of the Supreme Court, the Rulings of the First (Civil) Chamber, the year 1930* (Warszawa), 81-83.
- 55 See: the ruling of 9-20 January 1931 r., [in:] *Collection of the Rulings of the Supreme Court, the Rulings of the First (Civil) Chamber, the year 1931* (Warszawa), 18-19.
- 56 The period of the 15th-17th centuries was familiar with three precedent cases. Those were: gaining independence by the Netherlands (1648), Portugal becoming independent from Spain (1658), separating of the Swiss Confederation from the German Empire (1648).

of the ruler's title, which could not be inferred from the essence of that State's sovereignty⁵⁷. A different case was the change of the form of statehood from a kingdom into a republic. Recognition was then required for the new State formula rather than for the acceptance of authority⁵⁸.

Recognition became rooted in international law as a result of France's foreign policy, which was first to recognise the declaration of independence of thirteen English colonies in North America and supported them in their fight for independence. It took place in an unambiguous way. And it was reciprocated. When the US ambassador to Paris, who asked for instructions when the revolution was spreading and taking over power in the capital and in provinces, he received a letter from Jefferson, the then Secretary of State, in which the latter wrote: „It accords with our principles to acknowledge any Government to be rightful which is formed by the will of the nation, substantially declared”⁵⁹. Consequently, when on 17 February 1793 the French minister plenipotentiary in Philadelphia notified Jefferson that the French nation established a republic, the note was accepted⁶⁰.

In the nineteenth century, the process of the strengthening of the institution of the recognition of States began. This was since the process of establishing States ceased to be an incidental event, though the said events took place in colonies. Europe functioning to the rhythm of the so-called „concert of the superpowers” wanted to be in control of those processes; hence, recognition received a constitutive meaning. A State did not exist without the recognition of other States.

Such a solution did not stand the test of time. And at the beginning of the twentieth century, it became a declarative formula. It was ambivalent for the establishment of a State. It merely indicated the attitude of external subjects, including their obligation to apply international law concerning the new State.

In this light, from the perspective of the institution of recognition, the attitude of the Allied Powers towards Poland needs to be recognised as ambiguous, or maybe even contradictory. Initially, the very act of 5 November 1916 led to actions unfavourable to Poland. In Poland's perception, the Allies acted rather in the interest of their ally – Russia. A certain turn was

57 Jochen Abraham Frowein, „Die Entwicklung der Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht” *Der Staat*, No. 11 (1972), 156.

58 Frowein, *Die Entwicklung der Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht*, 157. See also: Moore, *Digest of International Law*, Vol. I, 41-45. Moore describes it however as a *de facto* recognition of the government.

59 Moore, *Digest of International Law*, 120.

60 Ibidem, 121.

brought about by President Wilson's peace note of 18 December 1916, in response to which the Allied Powers indicated as the requirement for the future peace also the reorganisation of Europe based on a system respecting the rights of all nations and on the fundamental right of free economic development of all peoples. They also noted the necessity to liberate Slavs from foreign rule.

Such enigmatic nature of treatment prevailed practically until the Russian March Revolution. Only London accepted the statehood of future Poland (with Polish territory having access to the sea), whereas France gave Russia a free hand, concluding with her the treaty of 11 March 1917, where she received for that concession Russian support for the acquisition of Lorraine and Alsace.

In turn, the United States of America recognised the right of the Polish nation to self-determination. The representatives of the doctrine assess that stage as indirect recognition. Only after joining the war did the United States take a clear stance in the Polish cause. The USA confirmed the necessity of establishing an independent Polish State, the guarantees of territorial inviolability, and access to the sea. This was formally expressed in the famous point 13 of President Wilson's address to Congress. This was of great significance for the genesis of the State, as making peace by America depended on that.

The new reality, including the adoption of a treaty of peace of 3 March 1918 concluded between Germany, Austria-Hungary, and their allies and Soviet Russia (the so-called Treaty of Brest), prompted a change of the policy pursued by London and Paris⁶¹. At the conference in Versailles on 3 June 1918 the Prime Ministers of France, England, and Italy advocated the establishment of an independent Polish State with access to the sea as one of the requirements for just peace in Europe. By the way, the Polish State had already existed at that time, at least *de facto*.

Recognition in international law has two formulas: explicit and implicit. In a manner envisaged by international law, the former consists of submitting a declaration on recognition (e.g., a public declaration of a State representative, a diplomatic note, a provision in a treaty). The latter consists in entering into collaboration with such a State in a manner envisaged for the collaboration of States (the exchange of ambassadors, the conclusion of a treaty). From this perspective, one sees the contradictions mentioned above.

Firstly, during the preparations of the activities of the peace conference, there existed three groups of States: allied States, enemy States, and newly established States (at different stages of establishment). Out of the different ideas concerning the shape of the conference, the concept proposed by France won (considering the American memorandum), assuming that, aside from

61 Cf. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*, 16 et seq.

allied and enemy States, also neutral, newly established, and nascent States should be allowed to participate in sessions. Allowing Poland to participate in sessions, which constituted implicit recognition, took place on 23 January 1919. Therefore, the concept is right that at the peace conference, Poland was represented by two delegates: Paderewski and Dmowski. Their activity focused on the territorial shaping of the State, and not on the formal constitution thereof.

Secondly, the war with Germany was ended with the Peace Treaty of Versailles. It is noteworthy that Poland is a party to that treaty as one of the Allied States. This means implicit recognition by all parties to the treaty. The very formula of the treaty suggests even the previous existence of the State because as a State-signatory of peace, it had to be in a state of war with Germany.

Thirdly, in Article 87 of the Treaty of Peace, Germany fully recognised the independence of Poland⁶². The literature on the subject perceives it as formal, explicit recognition of the State⁶³. This is confirmed by jurisprudence⁶⁴.

We will not come across such recognition in other treaties. We rather deal with silent recognition. In the case of Russia – the exchange of diplomatic representatives.

The above overlaps with quite a peculiar further practice. Namely, notes on recognition appeared. Accordingly, France recognised Poland in the note of the French Minister of Foreign Affairs of 23 February 1919. In turn, the note of the British Mission in Warsaw of 25 February 1919 concerns the recognition by the HRH government of the Polish government and expresses content with Poland joining the circle of the nations of the world. Likewise, the Italian note of 27 February 1919. In turn, Japan, by the note of 22 March 1919, notified the recognition by the imperial government of Poland as an independent State.

The said practice is perfectly summarised by the provision of the introduction to the so-called Little Treaty of Versailles, concluded for the

62 „Germany, in conformity with the action already taken by the Allied and Associated Powers, recognises the complete independence of Poland (...)”. For the content, see: Journal of Laws – Dz. U. 1920 no. 35 item 200. http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19200350200/O/D19200200_PL.pdf. [accessed: 19.07.2018].

63 Stanisław Kutrzeba, *Polskie prawo polityczne według traktatów*, Vol. I, *Traktaty – Suwerenność – Terytorjum – Ludność – Ograniczenia (Mniejszości – Wolności handlowe)* (Kraków: Gebethner i Wolff, 1923), 32.

64 The judgment of the Prussian Tribunal for Disputes over Powers of 10 March 1928.

implementation of the provisions of Article 93 of the Peace Treaty of Versailles, in which we read that the Allied Powers restore to the Polish nation independence of which it had been unjustly deprived⁶⁵. This is related to the content of a letter to Paderewski, in which Poland is asked to sign the treaty at issue *on the occasion of the confirmation of her recognition as an independent State*⁶⁶.

7. The issue of State boundaries

The issue of Polish boundaries was a subject of the Versailles Conference⁶⁷. Stances taken by the Principal Powers were different, in particular as regards Danzig, the land of Teschen, and the extent of the west boundary. Article 87 of the Treaty of Versailles sorted out the said matters. It defined only a certain part of the boundary by indicating respective territories. Subparagraph 3 provided, however that „the boundaries of Poland not laid down in the present Treaty will be subsequently determined by the Principal Allied and Associated Powers”⁶⁸. For that purpose, the subsequent subparagraph announced the constitution of a commission composed of seven members (the Council of Ambassadors). The said provision is criticised because boundaries should be indicated by the State concerned. The other States may only recognise them.

In the East, the territory of Poland was at first formally recognised to the West from the Curzon line.⁶⁹ On the remaining territory, feuds and fights

65 Treaty of Peace between the United States of America, the British Empire, France, Italy and Japan and Poland. We read there: „(...) Allied Powers have by the success of their arms restored to the Polish nation independence of which it had been unjustly deprived”. <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1919/TS0008.pdf>. [accessed: 19.07.2018] See also: Zygmunt Cybichowski, *Encyklopedia prawa publicznego (konstytucyjnego, administracyjnego i międzynarodowego)*, Vol. II (Warszawa: Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, 1926), 626, (entry Poland).

66 <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1919/TS0008.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

67 Cf. Wacław Komarnicki, „Geneza terytorium państwowego Polski ze stanowiska prawa narodów” *Rocznik Prawniczy Wileński*, Vol. I (1925), 255.

68 See also: Journal of Laws, Dz. U. 1920 no. 35 item 200. http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19200350200/O/D19200200_PL.pdf. [accessed: 19.07.2018].

69 The line determined by the Council of Ambassadors embraced the eastern boundary of the Kingdom of Poland with Białystok, excluding the Suwałki Governorate. It was not accepted by Poland. See also: Cf.

with Ukrainians and Russians went on. The commission of powers also interfered with those matters.

In turn, the aforementioned Treaty of Brest concluded between the Central States and Russia contained in its Article III the provision that the territories to the west of the line determined in it would not be subject to Russian authority. In turn, the central powers made a proviso that they would decide on the status of those lands after consultations with the people residing in those territories. The treaty at issue was ratified on 16 March and entered into force on 29 March 1918. However, in the Treaty of Versailles, the Treaty of Trianon, and the Treaty of St. Germain, Austria, Germany, and Hungary relinquished their rights arising from the Treaty of Brest⁷⁰.

In the end, the said territory was subject to Polish debellation. The following treaties legally indicated boundaries: (1) the Preliminary Peace Treaty between Poland and Russia and the Ukrainian Socialist Republic of 12 October 1920, which entered into force on 2 November 1920; (2) an armistice agreement signed at the same time. The former indicated in Article I State boundaries, and the latter announced the retreat of armed forces in accordance with those boundaries. Only on 18 March 1921 was a proper peace treaty concluded in Riga, and in Article 2 thereof the boundary was indicated, and subsequently through the protocol of 31 July 1924, its final indication took place. It is noteworthy that, on that basis, the boundaries of Poland also embraced Central Lithuania, which the Republic of Lithuania did not recognise⁷¹.

As regards the south-eastern boundaries of Poland, the treaty concluded with Austria in Saint Germain was important. It envisaged in Article 91 that Austria renounced territories in favour of the Principal Allied and Associated Powers situated outside the new frontier of Austria so far as they had not been assigned to any State⁷². Although this did not conform to the Treaty of Riga but the latter, because it had been concluded sooner, excluded the effectiveness of those last provisions concerning the territory of Poland. Anyway, Poland ratified the Treaty of Saint Germain as late as 5 November 1924.

Komarnicki, *Geneza terytorium państwowego Polski ze stanowiska prawa narodów*, 258 et seq. Waclaw Komarnicki, „Odbudowa państwowości polskiej na ziemiach wschodnich” *Rocznik Prawniczy Wileński*, Vol. III (1929): XXIV

70 As a result of the Treaty of Brest, the Council of People's Commissars cancelled 13 agreements concluded by the Russian tsar in relations to the partitions of Poland.

71 On determining the boundary with Lithuania, see: Komarnicki, *Odbudowa państwowości polskiej na ziemiach wschodnich*, XXXVI et seq.

72 For the content see: <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1919/TS0011.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

The question of the boundary with Czechoslovakia in the region of Teschen Silesia, Orawa, and Spisz was to be regulated by way of a plebiscite. It, however did not take place; therefore, following the investigation of the League of Nations into the matter, the said issue was settled by the decision of the Council of Ambassadors. It was legally solved by the bilateral protocol of 6 May 1924⁷³.

The matter of the boundary in East Prussia and Silesia was based on plebiscites. The legal basis for holding the said plebiscites was provided by Article 88 (Silesia) and Articles 94-97 (East Prussia) of the Treaty of Versailles. Following the plebiscite and Silesian uprisings, the Allied Powers divided Upper Silesia by the decision of the Council of Ambassadors of 20 October 1921. In turn, under the influence of England and the United States, Danzig was excluded from Polish territory, establishing by virtue of Article 102 of the Treaty of Versailles the Free City of Danzig „placed under the protection of the League of Nations”⁷⁴.

Eastern territory subject to the authority of the Polish State was formally recognised by virtue of the decision of the Council of Ambassadors of 15 March 1923 as the implementation of the disposition provided by Article 87 of the Treaty of Versailles⁷⁵. In this way, also the provisions of the aforementioned Article 91 of the Peace Treaty of St. Germain were implemented. This was necessary, as the treaty of 10 August 1919 signed at Sevres, indicating the boundaries between Poland, Romania, Czechoslovakia, and the Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes, did not enter into force⁷⁶.

It is however noteworthy that for the existence of a State, the issue of a specific indication of boundaries is of no significance⁷⁷.

73 Journal of Laws – Dz. U. 1925 no. 133, items 950, 951, 952. For the content see: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19251330952/O/D19250952.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

74 For the content see: Journal of Laws - Dz. U. 1920 no. 35 item 200. http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19200350200/O/D19200200_PL.pdf. [accessed: 19.07.2018].

75 Komarnicki, *Odbudowa państwowości polskiej na ziemiach wschodnich*, XXV.

76 Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Poland, Romania, the Serb-Croat-Slovene State and the Czech-Slovak State related to Certain Frontiers of those States. <http://treaties.fco.gov.uk/treaties/treatyrecord.htm?tid=1855>. [accessed: 19.07.2018].

77 Cf.: Komarnicki, *Geneza terytorium państwowego Polski ze stanowiska prawa narodów*, 255 et seq.

8. The succession of debts of the partitioning States

It was assumed during peace conferences that the succession of a part of debts of the partitioning States was to be regulated by way of a treaty. But this was not the case. Despite that, Poland finally managed not to assume responsibility for parts of German, Austrian and Russian debts.

Accordingly, the issue of the succession of German debts was regulated by Articles 92 and 254 of the Treaty of Versailles. Since during negotiations, the concept of the so-called odious debts⁷⁸ was applied, which by Article 92 embraced the costs of the German colonization, one managed to limit them⁷⁹. The whole issue was resolved in bilateral relations by issuing mutual bills (compensation).

Austrian debts were regulated by Article 203 of the Peace Treaty of Saint Germain concluded with Austria⁸⁰. Based on Article, each State arising from the dismemberment of the Austro-Hungarian Monarchy assumed responsibility for a portion of the debt that was in existence on 28 June 1914. The details of proceedings, including the issue of war debts, were regulated in the subsequent articles. The matter was finally resolved according to the Hague Agreements of 1930.

The issue of Russian debts was resolved by the Treaty of Peace between Poland, Russia, and Ukraine of 18 March 1921 (the Treaty of Riga), in which Article XIX Russia and Ukraine released the Polish party from *debts and all obligations of the former Russian Empire*⁸¹.

9. The succession of nationality

The establishment of a State is also related to the issue of determining the relation between individuals residing in the State territory and between the State organisation. The said relation is called nationality.

78 To put it simply, one may say that the concept of odious debts is related to the rejection of responsibility for debts incurred by the regimes for purposes morally unacceptable. It emerged in the 1920s and survived until now. Such debts embrace *inter alia* debts incurred by the regime to fight insurgents who may refuse to pay them off after they assume power in the State.

79 For the content see: Journal of Laws – Dz. U. 1920 no. 35 item 200: http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19200350200/O/D19200200_PL.pdf. [accessed: 19.07.2018].

80 For the content, see: <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1919/TS0011.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

81 For the content see: Journal of Laws – Dz. U. RP 1921, no. 49, item 300. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19210490300/O/D19210300.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

There exists a principle in international law that issues concerning the acquisition or loss of nationality are determined by the State itself in acts of its internal law. This was confirmed by the Advisory Opinion of the Permanent Court of International Justice of 7 February 1923 concerning nationality decrees issued in Tunis and Morocco. International law merely requires the conformity of such provisions to the objective principles arising from the international order.

However, this kind of solution is not satisfactory for the process of the establishment of a State on a part of territories of other States, as was the case with Poland. This would lead to a situation where between the establishment of a State and the issuance of a proper legal act, persons residing in the territory of that State would be either foreigners or even stateless persons. Hence, international law introduces two constructs, which are to solve real problems of this kind. Those are the principle of automatism and option.

The principle of automatism consists in granting the nationality of a nascent State to every person residing in its territory. Potential collisions of the new nationality with the previous one are solved in international agreements.

The option, in turn consists in making a choice. It has a future effect. It means that the person interested may withdraw the effect of the acquisition of the nationality of the new State by a declaration filed in accordance with the procedure and deadline specified by law.

As for international legal solutions, the issue of Polish nationality is regulated at a level of an agreement by the treaty of 28 June 1919 concluded between the Principal Allied Powers and Poland (the so-called Little Treaty of Versailles). Persons of German, Austrian, Hungarian, or Russian nationality, residing in the Polish territory on 10 January 1920, were recognised as Polish nationals. Also, their children, even those who were not residents in Polish territory, were recognised as Polish nationals. Finally, persons who were not nationals of any State, resident in Polish territory, were recognised as Polish nationals.

The solution, however contained provisos related to the Treaty of Peace with Germany (Article 91) or Austria (Article 70), where not only was the principle of the acquisition of nationality *ipso facto* based on residing in the territory granted to nascent Poland was adopted, but also the possibility of option was envisaged for persons over eighteen years of age within two years after the coming into force of the Treaty [Article 91(3)]⁸².

The option was also made possible by Article 3 of the Little Treaty of Versailles. It also granted Polish nationality to German, Austrian, Hungarian,

82 For the content see: Journal of Laws – *Dz. U.* 1920 no. 35 item 200. http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19200350200/O/D19200200_PL.pdf. [accessed: 19.07.2018].

and Russian nationals resident in Polish territory on the day of its entry into force. It, however allowed persons who were over eighteen years of age to opt for any other nationality which might be open to them. In turn, it placed an obligation on the persons who have exercised the right to opt to transfer their place of residence to the State for which they have opted⁸³.

In turn, the issues of nationality in territories acquired as a result of plebiscites or debellation were regulated by separate peaceful solutions. Accordingly, regulations concerning the nationality of the residents of Teschen, Spisz, and Orawa were contained in the decision of 28 July 1920 adopted by the Conference of Ambassadors regarding the status of those territories. It was related to possessing domicile or indigenisation at the critical date (1 January 1914 and 1 January 1908). Interested parties also concluded proper agreements. In turn, in eastern territories, adequate international norms were contained in the Preliminary Peace Agreement signed at Riga on 12 October 1920⁸⁴ and in the Treaty of Peace of 18 March 1921⁸⁵.

And accordingly, the Preliminary Treaty placed an obligation on the parties to provide in the treaty of peace for provisions concerning option (Article III). In turn, the treaty of peace determined a specific scope of that option (Article VI). It distinguished between persons entitled to the right of option as regards Russian or Ukrainian nationality and persons who were not entitled to option. Moreover, it assigned some other nationality to those who did not exercise the right of option. This complicated construct allowed to adjudicate solely by means of interpretation who possessed Polish nationality in the light thereof. Those were persons who had not exercised the right of option and fulfilled the treaty criteria: were over eighteen years of age, resided in Polish territory at the critical date (the day of ratification – 30 April 1921), were Russian nationals on 1 August 1914, were registered in the census of the former Kingdom of Poland or were entitled be registered in that way, or were registered in town or rural communes⁸⁶.

International solutions were complemented by the Polish Citizenship Act of 31 January 1920.

10. Summary

As is usually the case with international law, it is difficult to unequivocally assess the legal and structural issues concerning factual events after such a long time. Also, international practice proves that despite the existence

83 For the content see: <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1919/TS0008.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

84 For the content see: *Journal of Laws – Dz. U. RP* 1921 no. 28 item 161.

85 For the content see: *Journal of Laws – Dz. U. RP* 1921, no. 49, item 300.

86 For the content see: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19210490300/O/D19210300.pdf>. [accessed: 19.07.2018].

of diverse patterns and standards of conduct, political reality mixes them, and the conduct of States is based on choosing solutions and pursuing their interests.

Also, the evolution of international law, including the introduction of several legal standards of a peremptory character, that is to say, in this case, strengthening the existing statehood, including a prohibition on annexation, is not conducive to an unequivocal settlement of the issue under discussion.

This also overlaps with the specificity of the process of the emergence of a State. At the beginning of the twentieth century, the establishment of statehood was not treated yet as a legal process regulated by international law. It was defined as a historical event in the political life of a nation. It was considered that political forces, freedom, the will and power of peoples, tribes, and nations were more active in the said process. And those are rather intra-state factors⁸⁷. Only after the emergence of a State did the existing rules of order become binding upon it. And it was international law that determined on what conditions and in what shape a State would join the developing international community⁸⁸. The institution of recognition served that purpose, which was defined as a guarantee given to a State that it would be treated as a politically independent organism within the community of nations. Indeed, the rights and attributes of sovereignty belong to a State regardless of recognition, but only through recognition can they be exercised. Regular international relations may only exist if States are mutually recognised⁸⁹.

Also, the very practice of political centres, both Polish and foreign ones, is not unequivocal as regards the legal aspects.

This leads to the conclusion that one should describe the said process – which as a historical process deserves to be cherished in the memory of the Polish nation – thus exposing its legal nuances and curiosities, especially in foreign languages and abroad, but at the present stage, one does not need to make unequivocal assessments.

87 Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 72. Likewise, see e.g.: Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*, p. 8.

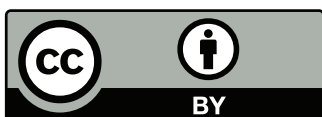
88 Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p.72.

89 Moore, *Digest of International Law*, p. 72. See also diplomatic documents contained therein.

Bibliography

- Berezowski Cezary, *Powstanie Państwa Polskiego w świetle prawa narodów*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2008.
- Bluntschli Johann Caspar, *Das moderne Völkerrecht der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*. Noordlingen: Beck, 1878.
- Bukowiecki Stanisław, „Rola czynników wewnętrznych w utworzeniu nowej państwowości polskiej” *Niepodległość*, t. I (1930): 1-33.
- Cybuchowski Zygmunt, *Encyklopedia prawa publicznego (konstytucyjnego, administracyjnego i międzynarodowego)*, Vol. II. Warszawa: Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, 1926.
- Cybuchowski Zygmunt, *Polskie prawo państwowe na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*. Warszawa: Wydawnictwo Seminarium Prawa Publicznego Uniwersytetu Warszawskiego, 1933.
- Durdieniewski Wsiewłod, Siergiej Kryłow, *Podręcznik do prawa międzynarodowego*. Warszawa: Spółdzielnia Wydawniczo-Handlowa Książka i Wiedza, 1950.
- Frowein Jochen, Abraham, Die Entwicklung der Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht, *Der Staat*, No. 11 (1972): 145-159.
- Grewe Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1984.
- Heydte Friedrich von der, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*. Regensburg: Josef Habel, 1952.
- Hubert Stanisław, *Odbudowa Państwa Polskiego jako problem prawa narodów*, odbitka z „Drogi”, Warszawa 1934.
- Hubert Stanisław, *Rozbiory i odrodzenie Rzeczypospolitej. Zagadnienia prawa międzynarodowego*. Lviv: Piller-Neumann, 1937.
- Kelsen Hans, *Allgemeine Staatslehre*, 2nd ed. Berlin: Springer, 1925.
- Komarnicki Waław, „Odbudowa państwowości polskiej na ziemiach wschodnich” *Rocznik Prawniczy Wileński*, Vol. III (1929): v-l.
- Komarnicki Waław, „Upadek i wskrzeszenie państw polskiego w literaturze niemieckiej” *Rocznik Prawniczy Wileński*, Vol. II (1929): 241-269.
- Komarnicki Waław, *Polskie prawo polityczne (Geneza i system)*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2008.
- Komarnicki, Waław, „Geneza terytorium państwowego Polski ze stanowiska prawa narodów” *Rocznik Prawniczy Wileński*, Vol. I (1925): 252-265.
- Kunz Josef, *Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1928.
- Kutrzeba Stanisław, *Polskie prawo polityczne według traktatów*, Vol. I, *Traktaty – Suwerenność – Terytorjum – Ludność – Ograniczenia (Mniejszości – Wolności handlowe)*. Kraków: Gebethner i Wolff, 1923.
- Moore John, Bassett, *Digest of International Law*, Vol. I. Washington: Government Printing Office, 1906.

- Oppenheim Lassa, *International Law*, ed. H. Lauterpacht. London-New York-Toronto Longman-Green, 1948.
- Reibstein Erich, „Das »Europäische Öffentliche Recht« 1648-1815“. Ein institutionengeschichtlicher Überblick. *Archiv des Völkerrechts*, Vol. VIII (1960): 385-420.
- Vattel Emer, *Prawo narodów*, transl. Bohdan Winiarski. Vol. I. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1958.
- Verdross Alfred, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Berlin-Vienna: Julius Sprigner, 1926.
- Winfield Percy, „The History of Intervention in International Law” *British Yearbook of International Law*, Vol. III (1922-1923): 130-149.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Środki restrykcyjne (sankcje) wobec ataków cyfrowych jako instrument prawny dyplomacji cyfrowej Unii Europejskiej

Restrictive Measures (Sanctions) against Cyber-Attacks as a Legal Instrument of the European Union Cyber Diplomacy

European Union sanctions (restrictive measures) against cyber-attacks as a legal instrument of cyber diplomacy constitute a new legal solution created in 2019. The Union used it for the first time in 2020 against China, Russia, and the DPRK cyber-attacks. These sanctions are adopted basing on the provisions of the EU Treaty (Common Foreign and Security Policy, Art. 29) and Art. 215 of the Treaty on the Functioning of the EU. They are a part of a broader political concept for the Union, established in 2015, known as cyber diplomacy. The author explains, in the context of the general assumptions of the application of restrictive measures by the Union and its attitude to cyberspace, how cyber-attacks are understood as a premise for sanctions, what sanctions are envisaged in the event of cyber-attacks, and what are the rules and procedure for their adoption and implementation. EU regulations concerning restrictive measures in response to cyber-attacks are not an entirely satisfactory legal solution. The author concludes the article with their evaluation.

Cezary Mik

profesor nauk prawnych
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

ORCID – 0000-0002-6758-1909

Słowa kluczowe:

ataki cyfrowe, ataki cyfrowe dyplomacja cyfrowa, dyplomacja cyfrowa środki restrykcyjne, środki restrykcyjne sankcje, sankcje prawo Unii Europejskiej, prawo Unii Europejskiej wspólna polityka zagraniczna i bezpieczeństwo, wspólna polityka zagraniczna i bezpieczeństwa

Key words:

Cyber-attacks, Cyber-attacks cyber diplomacy, cyber diplomacy restrictive measures, restrictive measures sanctions, sanctions European Union law, European Union law common foreign and security policy, common foreign and security policy

<https://doi.org/10.36128/priv.vi37.299>

1. Wprowadzenie

W 2020 roku Unia Europejska, po raz pierwszy w swojej historii, podjęła decyzje dotyczące nałożenia środków restrykcyjnych (sankcji) w odpowiedzi na doznane ataki cyfrowe spoza Unii¹. Ramowymi podstawami prawnymi ich zastosowania stały się decyzja Rady (WPZiB) 2019/797 z 17 maja 2019 r. w sprawie środków ograniczających w celu zwalczania ataków cyfrowych

1 EU imposes the first ever sanctions against cyber-attacks, Council of the EU, Press release, 30 July 2020; <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/07/30/eu-imposes-the-first-ever-sanctions-against-cyber-attacks/>. [dostęp: 3.9.2021].

zagrożających Unii lub jej państwom członkowskim (dalej: decyzja z 2019 r. lub decyzja o środkach restrykcyjnych/sankcjach)² oraz powiązane z nią rozporządzenie Rady (UE) 2019/796 z 17 maja 2019 r. w sprawie środków ograniczających w celu zwalczania ataków cyfrowych zagrożających Unii lub jej państwom członkowskim (dalej: rozporządzenie z 2019 r. lub rozporządzenie o środkach restrykcyjnych/sankcjach)³. Sankcje nałożono na podstawie decyzji Rady (WPZB) 2020/1127 z 30 lipca 2020 r., zmieniająca decyzję 2020/797⁴ oraz rozporządzenia wykonawczego Rady (UE) 2020/1125 z 30.7.2020 r. (dalej odpowiednio: decyzja zmieniająca z 2020 r. i rozporządzenie wykonawcze z 2020 r.)⁵.

Stosowanie środków restrykcyjnych przez Unię Europejską nie jest niczym nowym ani nadzwyczajnym. Niemniej ich użycie w przypadku ataków cyfrowych stanowi pewną nowość. Tego typu środki restrykcyjne stanowią bowiem obecnie *pars pro toto* tzw. dyplomacji cyfrowej Unii Europejskiej będącej jej odpowiedzią na wyzwania i zagrożenia wynikające z powstania globalnej przestrzeni cyfrowej, a zwłaszcza ze szkodliwej działalności cyfrowej podejmowanej w tej przestrzeni. Mając to na uwadze, warto poświęcić uwagę środkom restrykcyjnym Unii Europejskiej jako odpowiedzi na zewnętrzne ataki cyfrowe podejmowanej w ramach dyplomacji cyfrowej Unii. Kwestią interesującą jest zwłaszcza to, czym są ataki cyfrowe, czy sankcje stosowane wobec nich wykazują specyfikę w stosunku do środków ogólnie stosowanych, a także jaką pozycję posiadają w całokształcie instrumentów dyplomacji cyfrowej Unii.

-
- 2 Dz. Urz. UE z 17.5.2019 r., L 129I, s. 13.
 - 3 Dz. Urz. UE z 17.5.2019 r., L 129I, s. 1. Zgodnie z art. 18, rozporządzenie stosuje się: a) na terytorium Unii, w tym w granicach jej przestrzeni powietrznej; b) na pokładach statków powietrznych lub wodnych podlegających jurysdykcji państw członkowskich; c) do każdej osoby fizycznej będącej obywatelem państwa członkowskiego i przebywającej na terytorium Unii lub poza nim; d) do każdej osoby prawnej, podmiotu lub organu, na terytorium Unii lub poza nim, zarejestrowanych lub utworzonych na mocy prawa państwa członkowskiego; e) do osób prawnych, podmiotów lub organów w odniesieniu do dowolnej działalności gospodarczej prowadzonej, w całości lub częściowo, na terytorium Unii.
 - 4 Dz. Urz. UE z 30.7.2020 r., L 246, s. 12. Zob. też Sprostowanie do decyzji Rady (WPZiB) 2019/797 z 17.5.2019 r. w sprawie środków ograniczających w celu zwalczania cyberataków zagrożających Unii lub jej państwom członkowskim, Dz. Urz. UE z 17.7.2020 r., L 230, s. 36.
 - 5 Dz. Urz. UE z 30.7.2020 r., L 246, s. 4.

Uwzględniając te zadania badawcze, rozważania należy rozpocząć od wyjaśnienia pojęcia środków restrykcyjnych, ustalenia traktatowych podstaw prawnych i kompetencji Unii Europejskiej do ich stosowania oraz zasad stosowania środków restrykcyjnych przez Unię. Następnie trzeba przedstawić ogólnie stosunek Unii Europejskiej do działalności w przestrzeni cyfrowej. Będzie to tłem do omówienia miejsca środków restrykcyjnych w zestawie narzędzi dyplomacji cyfrowej Unii oraz analizy pojęcia ataków cyfrowych. Ostatnia część opracowania będzie poświęcona określeniu środków restrykcyjnych stosowanych przez Unię Europejską wobec ataków cyfrowych oraz zasadom, mechanizmowi stosowania i kontroli użycia sankcji wobec ataków cyfrowych.

2. Środki restrykcyjne w prawie i polityce Unii Europejskiej

2.1. Prawne aspekty stosowania środków restrykcyjnych przez Unię Europejską

W toku procesu integracyjnego Wspólnoty Europejskiej (od 1970 do 1993 roku wraz z Europejską Współpracą Polityczną), a następnie Unia Europejska zdołała ukształtować obraz organizacji jako aktora, który nie tylko ma zadania i kompetencje w sferze integracji między państwami członkowskimi, ale także w odniesieniu do świata zewnętrznego. Współcześnie Unia stała się, zwłaszcza w sferze pozawojkowej, aktorem globalnym⁶. W wyniku Traktatu z Lizbony zdołano ujednoczyć podejście Unii we wszystkich materiałach mających aspekty zewnętrzne. Powstała dziedzina integracji określona mianem działania zewnętrznego Unii, scalona wspólnymi zasadami i celami oraz do pewnego stopnia instytucjonalnie (art. 3 ust. 5, art. 21 i 22 Traktatu o Unii Europejskiej, TUE)⁷.

6 Zob. np. Anna Antczak, *Role międzynarodowe Unii Europejskiej. Aspekty teoretyczne* (Warszawa: WizjaPress and IT, 2012); *Dyplomacja czy siła? Unia Europejska w stosunkach międzynarodowych*, red. Stanisław Parzymies (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2009).

7 Zob. zwłaszcza Simon Duke, *Consistency, coherence and European Union external action: the path to Lisbon and beyond* oraz Marise Cremona, „Coherence in the European Union foreign relations law”, [w:] *European Foreign Policy. Legal and Political Perspectives*, red. Panos Koutrakos (Cheltenham-Northampton: E. Elgar Publ., 2011), 15 i n., 55 i n. Zob. też *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej. Prawo i praktyka*, red. Jan Galster, Anna Szczerba-Zawada (Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo, 2016); *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, red. Anne-Sophie Lamblin-Gourdin, Eric Mondielli (Éditions É. Bruylant, Bruxelles 2013); Piet Eeckhout, *EU External Relations Law* (Oxford: OUP 2011).

W ramach działania zewnętrznego zachowano wszakże znaczącą odrębność w zakresie wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (WPZB; art. 23 i n.), która wyraża się w istnieniu specyficznych rozwiązań kompetencyjnych (równoległość kompetencji Unii i państw członkowskich, a nie ich transfer na rzecz Unii, własna zasada lojalności – art. 24 ust. 1 i 3 TUE oraz deklaracje nr 13 i 14 włączone do Aktu końcowego Konferencji międzyrządowej z 2007 r. dotyczące WPZB, art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 2 TUE w związku z deklaracją nr 18 dotyczącą rozgraniczenia kompetencji), instytucjonalnych (kluczowe znaczenie organów międzyrządowych – Rady Europejskiej i Rady, ograniczenie roli Parlamentu Europejskiego i Komisji, Wysoki Przedstawiciel ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa, Komitet Polityczny i Bezpieczeństwa, Europejska Służba Działania Zewnętrznego – art. 26, 27, 38 TUE, organy wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony – art. 45 TUE) oraz prawnych (swoiste instrumenty działania i tryb ich przyjmowania wraz z zakazem uchwalania aktów legislacyjnych – art. 24, 25, 28, 29, 31 TUE, co do zasady wykluczenie kontroli Trybunału Sprawiedliwości – art. 275 Traktatu funkcjonowaniu o Unii Europejskiej, TfUE)⁸.

W toku procesu integracyjnego ukształtowały się też różnorodne sposoby odpowiadania Unii na zewnętrzne zagrożenia lub działania o charakterze nieprzyjawnym czy też przynoszące jej, jej państwom członkowskim czy podmiotom do nich przynależnym szkodę. Ponadto, w związku z dążeniem do odgrywania roli aktora globalnego, Unia włączyła się w szersze działania, podejmowane głównie w ramach ONZ, w zakresie utrzymania i przywracania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (wcześniej jako Europejska Współpraca Polityczna w powiązaniu z EWG/Wspólnotą Europejską). W konsekwencji podejmuje ona działania jednostronne o charakterze autonomicznym i nieautonomicznym (zwłaszcza wykonywanie rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ)⁹, prewencyjnym i represyjnym. Środki te można określić mianem środków jednostronnych *sensu largo*. Zaliczyć do nich można zwłaszcza środki przyjmowane w ramach wspólnej polityki handlowej (np. środki obrony handlowej, cła antydumpingowe czy opłaty wyrównawcze), a także różnego typu środki restrykcyjne przyjmowane poza tą polityką.

8 Zob. też Jean-Claude Piris, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis* (Cambridge: CUP 2010), 238 i n.

9 Florian Aumond, „La participation de l’Union Européenne à la préservation de la paix et de la sécurité internationales par l’adoption de mesures restrictives”, [w:] *Le droit des relations extérieures*, 365 i n.

Koncepcja środków restrykcyjnych w procesie integracyjnym ewoluowała¹⁰. Ewolucja ta doprowadziła z jednej strony do odseparowania środków handlowych i środków kapitałowych od środków restrykcyjnych w ścisłym znaczeniu i autonomizacji tych ostatnich¹¹, a z drugiej do jednoznacznego politycznego i prawnego podporządkowania instrumentów sankcyjnych podejmowanych na podstawie Traktatu funkcjonowaniu o Unii Europejskiej (wcześniej ustanawiającego Wspólnotę Europejską) środkom przyjmowanym w ramach WPZB. Podporządkowanie to oznacza, że żadne środki restrykcyjne w ścisłym znaczeniu nie mogą być podejmowane wyłącznie na podstawie Traktatu funkcjonowaniu o Unii Europejskiej.

W aktualnym stanie prawnym podstawami prawnymi stosowania sankcji przez Unię Europejską są art. 29 TUE i art. 215 TfUE. Art. 29 TUE upoważnia Radę do przyjmowania decyzji (jednomyślnie, zgodnie z art. 31 ust. 1 TUE) określających „podejście Unii do danego problemu o charakterze geograficznym lub przedmiotowym”. W świetle art. 25 TUE są to decyzje ustalające „stanowiska Unii”, co mogłoby sugerować ich bardziej polityczny niż operacyjny charakter¹². Art. 29 nie odnosi się też wyraźnie do środków restrykcyjnych. Niemniej, jako „sukcesor” art. 15 TUE (wspólne stanowiska Unii)¹³, jest on wykorzystywany jako podstawa stosowania sankcji¹⁴. Art. 29 ma bardzo ogólny zakres zastosowania. Interpretowany w powiązaniu z art. 24 ust. 1 TUE, pozwala na „przyjmowanie” różnorodnych stanowisk. W rezultacie art. 29 może być podstawą dla każdego środka restrykcyjnego, w tym także ograniczającego ruch osobowy, nakładającego restrykcje gospodarcze

-
- 10 Eeckhout, *EU External Relations Law*, 503-506; Joanna Ryszka, *Sankcje gospodarcze wobec podmiotów zewnętrznych w prawie i praktyce Unii Europejskiej* (Toruń: TNOiK, 2008), 119 i n. Zob. też komentarz ogólny C. Mika do tytułu V TUE w jego wersji sprzed Traktatu z Lizbony [w:] Cezary Mik, Władysław Czapliński, *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz* (Warszawa: Wydawnictwo ABC, 2005), 105 i n.
- 11 Zob. np. Monika Niedźwiedź, „komentarz do art. 215”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, red. Andrzej Wróbel, t. II (art. 90-222), red. Krystyna Kowalik-Bańczyk, Monika Szwarc-Kuczer (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 1544.
- 12 Por. art. 28 TUE, który dotyczy działań operacyjnych. Postanowienie to jest jednak wykorzystywane przede wszystkim do uruchamiania misji Unii.
- 13 Cezary Mik, „komentarz do art. 15”, [w:] Mik, Czapliński, *Traktat o Unii Europejskiej*, 155 i n.
- 14 Rudolf Geiger, „komentarz do art. 29 TUE”, [w:] *European Union Treaties. A Commentary*, red. Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (München-Oxford: C. H. Beck-Hart, 2015), 135-136.

lub finansowe czy embargo na broń. Chociaż art. 29 TUE milczy w tej sprawie, decyzje sankcyjne mogą być wykonywane w ramach WPZB. Wówczas przyjmowane są przez Radę większością kwalifikowaną głosów, chyba że ze względu na żywotne powody polityki krajowej którykolwiek z jej członków zgłosi weto (art. 31 ust. 2 TUE).

Decyzje sankcyjne oparte na art. 29 TUE są wprowadzane podejmowane przez Radę, ale w ramach specyficznych kompetencji Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 TUE, kompetencje Unii Europejskiej obejmują wszelkie dziedziny z zakresu polityki zagranicznej i wszelkie kwestie dotyczące bezpieczeństwa Unii. Nie jest wszakże jasne, czy ich podstawą jest transfer kompetencji dokonany przez państwa członkowskie. Takiej interpretacji sprzeciwiają się zasada kompetencji przyznanych (art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 2 TUE) w powiązaniu z brakiem WPZB w wykazie kompetencji ustalonym w art. 3-6 TfUE (w art. 2 ust. 4 potwierdza jedynie, że Unia ma kompetencje¹⁵). Przeczą jej również deklaracje nr 13 i 14 zawarte w Akcie końcowym Konferencji międzyrządowej z 2007 r., zgodnie z którymi państwa członkowskie zachowują własne kompetencje w zakresie kształtowania i prowadzenia polityki zagranicznej, a także zakaz stosowania aktów legislacyjnych¹⁶. WPZB ma charakter międzyrządowy, czego skutkiem jest konieczność uzgadniania stanowisk i podejmowania decyzji w sposób jednomyślny. Jednocześnie równoległość kompetencyjna państw członkowskich nie oznacza, że nie są zobowiązane do przestrzegania i wykonania decyzji Rady dotyczących środków restrykcyjnych. Są one bowiem zobowiązane do zapewnienia zgodności swych polityk krajowych ze stanowiskami Unii (art. 29 zd. 2 TUE).

Sankcje podejmowane w ramach WPZB mogą wkraczać w sferę gospodarczą i finansową, nie mogą one być w pełni samodzielnie wykonywane przez państwa członkowskie. Te ostatnie dokonały bowiem pewnych

-
- 15 Markus Kotzur w komentarzu do art. 2 TfUE (*European Union Treaties, European Union Treaties. A Commentary*, 205), zauważa: „This competence is of a declaratory nature only and refers to the specific norms regulating the Common foreign and security policy (CFSP). It clarifies that acts concluded within the framework of the CFSP are not governed by the usual canon of competences but are of an inherently independent nature. [...] There is a strong interest of clarification in this respect”.
- 16 Zob. Piet Eeckhout, „The EU’s Common Foreign and Security Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism”, [w:] *EU Law After Lisbon*, red. Andrea Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley (Oxford: OUP, 2012), 266-268. Autor zauważa, że chociaż w literaturze kompetencje Unii w dziedzinie WPZB były charakteryzowane jako dzielone, to jednak nie zostało to przyjęte w rewizji lizbońskiej.

transferów kompetencyjnych na rzecz Unii. Do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony implementacji wspólnotowej dokonywano na podstawie art. 301 i 60 TWE. W tabeli korelacji załączonej do TUE i TfUE uznano te postanowienia za równoważne art. 215 i 75 TfUE. Powstaje zatem pytanie, czy sankcje mogą być nakładane na obu podstawach prawnych. Art. 215 TfUE stanowi:

1. Jeżeli decyzja, przyjęta zgodnie z tytułem V rozdział 2 Traktatu o Unii Europejskiej, przewiduje zerwanie lub ograniczenie w całości lub w części stosunków gospodarczych i finansowych z jednym lub z większą liczbą państw trzecich, Rada przyjmuje niezbędne środki, stanowiąc większością kwalifikowaną na podstawie wspólnego projektu wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa oraz Komisji. Rada informuje o tym Parlament Europejski.
2. Jeżeli przewiduje to decyzja przyjęta zgodnie z tytułem V rozdział 2 Traktatu o Unii Europejskiej, Rada może przyjąć środki restrykcyjne wobec osób fizycznych lub prawnych, grup lub podmiotów innych niż państwa, zgodnie z procedurą, o której mowa w ustępie 1.
3. Akty, o których mowa w niniejszym artykule, zawierają niezbędne przepisy w zakresie gwarancji prawnych.

Z kolei art. 75 TfUE stwierdza:

Jeżeli wymaga tego realizacja celów, o których mowa w artykule 67 [ustanowienie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, a w jej ramach m.in. wysokiego poziomu bezpieczeństwa – C.M.], w odniesieniu do zapobiegania terroryzmowi i działalności powiązanej oraz zwalczania tych zjawisk, Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, określają ramy środków administracyjnych dotyczących przepływu kapitału i płatności, takich jak zamrożenie funduszy, aktywów finansowych lub zysków z działalności gospodarczej, które należą do osób fizycznych lub prawnych, grup lub innych podmiotów innych niż państwa, są w ich posiadaniu lub dyspozycji.

Rada, na wniosek Komisji, przyjmuje środki w celu wdrożenia ram, o których mowa w akapicie pierwszym.

Akty, o których mowa w niniejszym artykule, zawierają niezbędne przepisy w zakresie gwarancji prawnych.

Do obu postanowień, których treść ustalono w Traktacie z Lizbony, dodano deklarację nr 25. Zgodnie z nią, gwarancje prawne, o których mowa w art. 215 i 75 TfUE oznaczają konieczność poszanowania podstawowych praw i wolności. W szczególności należy zwracać dostateczną uwagę na ochronę i poszanowanie prawa osób fizycznych lub podmiotów objętych sankcjami do korzystania z gwarancji ustawowych (ang. *due process*). W tym celu oraz w celu zagwarantowania ścisłej kontroli sądowej decyzji

nakładających sankcje muszą być oparte na jasnych i wyraźnych kryteriach, dostosowanych do specyfiki każdego środka restrykcyjnego.

Nie ulega wątpliwości, że podstawą stosowania środków restrykcyjnych jest art. 215 TfUE¹⁷. Jego użycie jest wszakże uzależnione od uprzedniego wydania decyzji sankcyjnej na podstawie postanowień rozdz. 2 tytułu V TUE, a zatem postanowień WPZB. Oznacza to, że nie może być on wykorzystywany samodzielnie, a jego obowiązywanie zależy od obowiązywania decyzji z zakresu WPZB¹⁸. Co więcej, środki restrykcyjne przyjmowane na mocy art. 215 muszą być ograniczone do „stosunków gospodarczych i finansowych”. Nie mogą obejmować środków innego rodzaju, np. embarga na broń czy środków ograniczających przepływ osób¹⁹.

Na podstawie art. 215 TfUE, w specyficznym trybie (wspólny projekt Wysokiego Przedstawiciela ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa i Komisji) Rada może przyjąć niezbędne środki. Przyjmuje je większością kwalifikowaną głosów, jedynie po poinformowaniu Parlamentu Europejskiego. Ma tu pewną swobodę co do formy prawnej środków. W praktyce używa się rozporządzeń. Sankcje są zasadniczo kierowane przeciwko państwom trzecim (ewentualnie ich ugrupowaniom). Jeśli jednak tak wynika z decyzji Rady przyjętej w ramach WPZB, Rada może skierować sankcje przeciwko osobom fizycznym, prawnym lub innym jeszcze podmiotom niż państwa. W ostatniej sytuacji mogą to być środki samodzielne (nie muszą być stosowane jednocześnie wobec państw trzecich). Akty nakładające środki restrykcyjne na podmioty inne niż państwa muszą zawierać gwarancje prawne (muszą chronić ich prawa i wolności, szanować uprawnienia proceduralne; sankcje muszą być oparte na wyraźnych i jasnych kryteriach, dostosowanych do specyfiki każdego przypadku, aby mogły być przedmiotem kontroli sądowej).

17 Zob. Monika Niedźwiedz, komentarz do art. 215 TfUE, s. 1542 i n.

18 Monika Niedźwiedz, komentarz do art. 215 TfUE, s. 1549-1550. Uzależnienie to jest jednokierunkowe, tzn. nieważność całości lub części rozporządzenia uchwalonego na mocy art. 215 nie powoduje skutków prawnych dla decyzji wydanej na podstawie art. 29 TUE.

19 Podkreśla to m.in. Eeckhout, *The EU's Common Foreign and Security Policy*, 506. Jednak mniej kategorycznie Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Bank Refah Kargaran v. Rada UE* z 6.10.2020 r., C-134/19 P, ECLI:EU:C:2020:793, stwierdził, że „decyzje WPZiB i rozporządzenia oparte na art. 215 TFUE, które je wykonują, mogą nie być identyczne pod względem merytorycznym. W szczególności, co się tyczy osób fizycznych, ograniczenia wjazdu na terytorium państw członkowskich mogą być zawarte w decyzjach WPZiB, bez konieczności ich powielania w rozporządzeniach opartych na art. 215 TFUE” (pkt 41).

Kompetencje Unii Europejskiej w odniesieniu do stosowania środków restrykcyjnych w rozumieniu art. 215 TfUE nie są sprecyzowane. W szczególności tej materii nie wymienia się w art. 3-6 TfUE. Nie ulega jednak wątpliwości, że państwa członkowskie przekazały kompetencje do ich przyjmowania przez Unię. Jedynie sankcje inne niż finansowe i gospodarcze mogą być wykonywane bezpośrednio przez państwa członkowskie.

Decyzje podejmowane na podstawie art. 29 TUE nie podlegają skarżeniu. Natomiast zgodnie z art. 275 akapit 2 TfUE, Trybunał może kontrolować przestrzeganie art. 40 TUE (w uproszczeniu rozgraniczenie materii między wspólną polityką zagraniczną i bezpieczeństwa a materiałami regulowanymi w TfUE) oraz orzekać w sprawie skarg wniesionych na podstawie art. 263 akapit czwarty TfUE (kontrola legalności decyzji sankcyjnych wobec osób fizycznych lub prawnych²⁰ przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE). Ponadto możliwe jest dochodzenie odszkodowania od Unii Europejskiej za szkody powstałe wskutek wydania nieważnego rozporządzenia z art. 215 TfUE²¹.

Gdy chodzi o art. 75 TfUE, pozwala on na podejmowanie środków autonomicznych w związku z ustanowieniem przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Chodzi jednak tutaj o środki specyficzne, zmierzające wyłącznie do zapobiegania terroryzmowi, działalności z nim związanej oraz ich zwalczania. Tryb działania odbiega od tego z art. 215, gdyż akty w formie rozporządzeń uchwała w zwykłym trybie prawodawczym Parlament Europejski i Rada, a projektodawcą jest tylko Komisja. Środków tych nie określa się zresztą mianem restrykcyjnych. Są to środki administracyjne, mimo że stanowią podstawę ograniczenia przepływu kapitału i płatności (m.in. zamrożenie funduszy, aktywów finansowych lub zysków z działalności gospodarczej), należących do „osób fizycznych lub prawnych, grup lub innych podmiotów innych niż państwa, są w ich posiadaniu lub dyspozycji”.

20 Nie jest jasne, czy w świetle art. 215 akapit 2 TfUE istotnie skarga jest ograniczona tylko do tego kręgu osób (nie korzystałyby z niej inne podmioty objęte sankcjami).

21 Wyrok w sprawie *Bank Refah Kargaran v. Rada UE* z 6.10.2020 r., C-134/19 P, ECLI:EU:C:2020:793, pkt 30, 37, 39. W punkcie 40 stwierdza się: „zasada skutecznej ochrony sądowej osób lub podmiotów, do których skierowane są środki ograniczające, wymaga, w celu zapewnienia pełnej ochrony, aby Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej mógł orzekać w przedmiocie skargi o odszkodowanie i zadośćuczynienie wniesionej przez takie osoby lub podmioty mającej na celu uzyskanie odszkodowania za szkody i krzywdy spowodowane przez środki ograniczające przewidziane w decyzjach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa”.

W tym wypadku także konieczne jest zapewnienie gwarancji prawnych adresatom tych środków.

Relacje zakresowe między art. 215 a art. 75 TfUE nie są w pełni jasne²². Niewątpliwie tylko pierwszy z nich ogólny charakter i jednoznacznie służy do stosowania środków restrykcyjnych. Drugi dotyczy jedynie środków o charakterze kapitałowym. Są to restrykcyjne środki administracyjne, które mogą być przyjmowane wyłącznie w zakresie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Tylko środki restrykcyjne mogą być skierowane przeciwko państwom trzecim. Środki z art. 75 mogą być stosowane wyłącznie wobec aktorów niepaństwowych i tylko w związku z terroryzmem i działalnością z nim związaną²³. Oba postanowienia zasadniczo różnią się procedurami przyjmowania aktów i znaczeniem decyzji WPZB dla wydania każdego z nich. Wspólne dla aktów jest natomiast to, że muszą obejmować gwarancje dla adresatów i mogą być wykonane przez Radę²⁴. Niemniej, różnice między obu postanowieniami są na tyle fundamentalne, że nie mogą być jednocześnie podstawą jednego rozporządzenia²⁵. W rezultacie jedynie art. 215 TfUE należy uznać za podstawę stosowania środków restrykcyjnych w ścisłym znaczeniu.

-
- 22 Zob. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Parlament Europejski v. Rada UE z 19.7.2012 r., C-130/10, pkty 50-54, ECLI:EU:C:2012:472.
- 23 Jednak Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Parlament Europejski v. Rada Unii Europejskiej z 19.7.2012 r., C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, pkt 63, uznał, że „Jako że terroryzm stanowi zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego, zwalczanie tego zjawiska może stanowić cel działań, które Unia prowadzi w ramach WPZiB, a także środków podejmowanych w celu realizacji tej polityki w ramach działań zewnętrznych Unii, w szczególności zaś środków ograniczających w rozumieniu art. 215 ust. 2 TFUE”. Rozróżnienie zakresów art. 215 i 75 odbywa się zatem na poziomie dziedzin (pkt 65). W konsekwencji, według Trybunału, art. 75 stanowi *lex specialis* wobec art. 215 TfUE, co jest jednak dyskusyjne. Środki te powinny bowiem mieć charakter skorelowany z przestrzenią wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, a zatem karno-administracyjny. Zob. też podobnie Markus Kotzur, „komentarz do art. 75 TfUE”, 420; Agnieszka Grzelak, „komentarz do art. 75 TfUE”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, red. Andrzej Wróbel, t. I (art. 1-89), red. Dawid Miąsik, Nina Półtorak (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 1109-1110.
- 24 Zob. też trafne spostrzeżenia Monika Niedźwiedź, komentarz do art. 215 TfUE, s. 1543-1544.
- 25 Wyrok w sprawie Parlament Europejski v. Rada UE z 19.7.2012 r., C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, pkt 49.

2.2. Polityczne aspekty stosowania środków restrykcyjnych przez Unię Europejską

Stosowanie środków restrykcyjnych przez Unię Europejską jest jednym z elementów jej działania zewnętrznego. W tych ramach Unia zdołała ukształtować własną politykę podejmowania decyzji w sprawie sankcji. Pierwsze Wytyczne dotyczące sankcji Rada zatwierdziła 3 grudnia 2003 roku²⁶. Niebawem (7 czerwca 2004 roku) Rada uchwaliła też Podstawowe zasady dotyczące korzystania ze środków restrykcyjnych (sankcji)²⁷. Najnowszą wersję Wytycznych Rada przyjęła 4 maja 2018 roku²⁸. Tego dnia zaakceptowała również zaktualizowaną wersję Najlepszych praktyk UE dotyczących efektywnej implementacji środków restrykcyjnych²⁹.

Spośród wymienionych dokumentów podstawowe znaczenie mają obecnie Wytyczne z 2018 roku. Służą one standaryzacji korzystania z sankcji. Według nich środki restrykcyjne mają być zgodne z art. 21 TUE, precyzować cele działania zewnętrznego Unii. W zakresie wykonywania rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ mają być zgodne także z nimi (Unia może jednak stosować środki bardziej restrykcyjne). Gdy przyjmuje autonomiczne środki jednostronne, Unia powinna poszukiwać dla nich szerszego wsparcia we wspólnocie międzynarodowej. Wytyczne stanowią, że celem sankcji jest doprowadzenie do „zmiany polityki lub działań kraju docelowego, części kraju, rządu, podmiotów lub osób fizycznych, zgodnie z celami określonymi w decyzji Rady”. Ponadto, o ile to możliwe i zgodne ze strategią Unii wobec państwa trzeciego, środki restrykcyjne mogą zachęcać do zmiany polityki lub działalności. Cel każdego środka musi być wyraźnie sprecyzowany i zgodny ze strategią Unii w danej dziedzinie (należy to odzwierciedlić w preambule aktu Rady). Środki restrykcyjne nie powinny mieć motywacji gospodarczej.

Uznaje się też, że środki restrykcyjne określone w decyzji Rady z art. 29 TUE należy wykonać na szczeblu Unii lub krajowym. Embargo na broń i ograniczenia w przepływie osób powinny być wykonywane bezpośrednio przez państwa członkowskie, podczas gdy środki gospodarcze i finansowe powinny być implementowane przez rozporządzenia wydane w trybie art. 215 TfUE. Sankcje mogą zawierać odwołania do rezolucji Rady Bezpieczeństwa

26 Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy, doc. 15579/03. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15579-2003-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

27 Doc. 10198/1/04 REV 1. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10198-2004-REV-1/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

28 Sanctions Guidelines, doc. 5664/18. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

29 Doc. 8519/18. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8519-2018-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

i innych zasad prawa międzynarodowego. Ich wykonanie musi być zgodne z prawem międzynarodowym, zwłaszcza z zobowiązaniami międzynarodowymi Unii (np. w zakresie WTO). Muszą one szanować prawa człowieka i podstawowe wolności, a zwłaszcza reguły *due process* i prawa do skutecznego środka odwoławczego. Środki muszą być proporcjonalne do ich celu. Środki celowane (*targeted measures*) uznaje się za bardziej skuteczne niż środki niedyskryminacyjne. Minimalizują one skutki w odniesieniu do osób nieponoszących odpowiedzialności za określone polityki czy działania. Do tego typu środków zalicza się m.in. „zamrożenie funduszy i zasobów gospodarczych, ograniczenia wjazdu, embargo na broń, embargo na sprzęt, który może być użyty do represji wewnętrznych, inne ograniczenia eksportowe, ograniczenia importowe i zakazy lotów”, a ponadto „odstąpienie od świadczenia usług finansowych, w tym w związku z zakazami eksportu niektórych produktów, a także zakazami inwestycji” oraz „zakazy sektorowe lub środki zapobiegające niewłaściwemu wykorzystaniu sprzętu, technologii lub oprogramowania do monitorowania oraz przechwytywanie Internetu lub innych form komunikacji”.

Rada przywiązuje dużą wagę do identyfikacji aktorów, wobec których należy zastosować środki restrykcyjne, i ich odróżnienia od tych, którzy takimi środkami nie powinni być dotknięci. Listy takie muszą respektować standardy ustalone przez Trybunał Sprawiedliwości (zwłaszcza prawo obrony i zasada efektywnej ochrony sądowej) i być należycie uzasadnione. Należy zapewnić możliwość wykreślenia z listy. W przypadku decyzji z art. 29 TUE dotyczących osób fizycznych mogą one obejmować także członków rodziny, lecz nie dzieci poniżej 18 roku życia. W Wytycznych wskazuje się też, że akty prawne Rady nakładające środki restrykcyjne powinny zawierać „zwolnienia uwzględniające w szczególności podstawowe potrzeby osób, których dotyczy cel, opłaty prawne, wydatki nadzwyczajne lub, w stosownych przypadkach, potrzeby humanitarne lub zobowiązania międzynarodowe, w tym jako państwa przyjmujące organizacje międzynarodowe lub OBWE, w odniesieniu do różnych podjętych środków ograniczających”.

Akty prawne dotyczące sankcji powinny podlegać regularnemu przeglądowi. Osiągnięcie zakładanych celów powinno też prowadzić do wygaśnięcia środków, chyba że Rada postanowi inaczej. Rada wypracowała też standardowe rozwiązania, jakie powinny być zawarte w sankcyjnych instrumentach prawnych (dotyczą one definicji, ale także poszczególnych rodzajów sankcji).

W Wytycznych Rada określiła także sposób postępowania w przypadku negocjowania w ONZ rezolucji sankcyjnych i ich wykonania za pośrednictwem sankcji unijnych. Uznała przy tym, że sankcje należy stosować tylko do sytuacji powiązanych z Unią Europejską (terytorium Unii, statki i samoloty państw członkowskich, przynależni państw członkowskich, biznes w części lub całości prowadzony w Unii). Rada podkreśliła, że Unia powinna

powstrzymać się od przyjmowania instrumentów legislacyjnych stosowanych poza terytorium Unii z naruszeniem prawa międzynarodowego. Sprecyzowała też liczne wskazówki dotyczące tego, jak państwa członkowskie mają zapewnić zgodność z przyjętymi środkami restrykcyjnymi (zwłaszcza co do zachowań aktorów niepaństwowych, na których nałożono sankcje). Ponadto w załączniku I Rada sformułowała zalecenia dotyczące stosowania sankcji autonomicznych. Zdaniem Rady powinny to być środki prewencyjne, niepunitive. Co do zasady powinny one respektować podobne kryteria oraz środki wykonujące rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ.

3. Przestrzeń cyfrowa z perspektywy Unii Europejskiej

3.1. Ogólna charakterystyka przestrzeni cyfrowej

Przestrzeń cyfrowa jest tworem względnie nowym. Jej powstanie kojarzy się z ustanowieniem światowej sieci internetowej³⁰. W literaturze prawniczej nie jest jednak jasne, co obejmuje przestrzeń cyfrowa i jaki jest jej stosunek do internetu. Tak np. Nicholas Tsagourias (za L. Tobansky'm) wyróżnia trzy poziomy przestrzeni cyfrowej: 1) infrastrukturę komputerową, łącznie z urządzeniami i środkami służącymi do jej wewnętrznego powiązania i komunikacji; 2) oprogramowanie; 3) pakiety danych i elektronikę³¹. Z kolei Kristen Eichenseher (odwołując się do Y. Benklera) wywodzi, że internet, a nie przestrzeń cyfrowa, obejmuje trzy poziomy: 1) fizyczny (hardware; infrastruktura fizyczna – komputery i serwery, okablowanie itp.); 2) logiczny

30 Radosław Grabowski, „Geneza i ewolucja sieci globalnej”, [w:] *Wpływ internetu na ewolucję państwa i prawa*, red. Radosław Grabowski (Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, 2008), 40 i n. Internet stanowił początkowo technologię wojskową (ARPAnet), następnie był stopniowo otwierany na wybrane uczelnie wyższe, potem został był wykorzystywany przez ograniczoną liczbę podmiotów (zarządzała nim Narodowa Fundacja Naukowa USA; NSFnet, 1986 r.). W 1991 r. zniesiono ograniczenia w dostępie do sieci i uchylono zakaz jej wykorzystywania do celów handlowych (42-43). Początkowo sieć wirtualna działała w oparciu o jeden komputer centralny. Obecnie ma charakter rozproszony (istnieją komputery węzłowe, których liczba rośnie). Wrażliwym miejscem sieci są jednak główne serwery przechowujące nazwy domen, określane jako DNS (Domain Name System). Zob. też Karol Dobrzeniecki, *Lex informatica* (Toruń: TNOiK, 2008), 31 i n. Autor podkreśla, że momentem przełomowym w rozwoju internetu było powstanie WWW oraz prywatyzacja sieci szkieletowej (41).

31 Nicholas Tsagourias, „The legal status of cyberspace”, [w:] *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, red. Nicholas Tsagourias, Russell Buchan (Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015), 15 (za L. Tobansky'm).

(software; oprogramowanie); 3) treściowy (content; zawartość merytoryczna). Nie kojarzy jednak przestrzeni cyfrowej z elementem fizycznym czy konkretnym miejscem³². Z kolei w komentarzu do reg. 1 (suwerenność w przestrzeni cyfrowej) Tallińskiego podręcznika dotyczącego stosowania prawa międzynarodowego do operacji cyfrowych, opracowanego przez dużą grupę ekspertów pod auspicjami NATO, uznaje się, że przestrzeń cyfrowa składa się z trzech warstw: 1) fizycznej (fizyczne składniki sieci, jak oprzyrządowanie i inna infrastruktura, jak kable, routery, serwery, komputery); 2) logicznej (połączenia istniejące między urządzeniami sieciowymi, w tym aplikacje, dane, protokoły, umożliwiające wymianę danych w ramach płaszczyzny fizycznej); 3) społecznej (jednostki i grupy zaangażowane w działalność cyfrową)³³.

Bez wnikania w szczegóły można przyjąć, że przestrzeń cyfrowa ma charakter wirtualny, lecz opiera się na istniejącej fizycznie i dającej się terytorialnie zlokalizować infrastrukturze i działa dzięki niej i specjalistycznemu oprogramowaniu. Przestrzeń cyfrowa nie jest nierzeczywista. Ma charakter w pełni realny. Zarazem jest przestrzenią nieterytorialną (nie jest związana z konkretnym terytorium państwowym, przenika granice państw, działa w strefach niepodlegających suwerenności czy jurysdykcji państwa; może zostać jednak wyłączona z przestrzeni globalnej i ograniczona do określonego terytorium), zdecentralizowaną (nie ma jednego regulatora zarządzającego przestrzenią i jednego centralnego serwera) oraz globalny (sieć teoretycznie rozciąga się na cały świat; jednak działa o tyle, o ile istnieje infrastruktura internetowa oraz zasięg i dostęp do internetu).

3.2. Stosunek Unii Europejskiej do przestrzeni cyfrowej

Unia Europejska dostrzega globalny wymiar sieci i przestrzeni, a także jej wielopłaszczyznowość i zaangażowanie wielu aktorów na różnych szczeblach (Unia akceptuje w tej sprawie tzw. *multistakeholder approach*, które przyjmuje również ONZ oraz państwa Ameryki Północnej i Europy oraz ich koalicjanci). Według Unii w przestrzeni cyfrowej powinna panować wolność. Nikt nie powinien być wykluczony z dostępu do internetu i korzyści wynikających z przestrzeni cyfrowej. Każdy powinien czuć się bezpieczny w sieci.

Unia Europejska stara się kształtować swój stosunek do internetu i przestrzeni cyfrowej od wczesnych lat dziewięćdziesiątych XX wieku (początkowo w ramach koncepcji społeczeństwa informacyjnego)³⁴. Dostrzega korzyści i niebezpieczeństwa związane z aktywnością w przestrzeni cyfrowej,

32 Zob. Kristen E. Eichenseher, „The Cyber-Law of Nations” *The Georgetown Law Journal*, nr 2 (2015): 322-325.

33 *Talinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, red. Michael N. Schmitt (Cambridge: CUP, 2017), 12.

34 Cezary Mik, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym* (Toruń: TNOiK, 1999), 63-71.

wewnętrzne i międzynarodowe aspekty działalności cyfrowej³⁵. Stara się formułować ogólne podejście do internetu i przestrzeni cyfrowej. Znalazło to wyraz m.in. w komunikatach pt. Polityka internetowa i rola zarządzania Europą w kształtowaniu przyszłego zarządzania internetowego z 12 lutego 2014 roku³⁶ czy Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy z lutego 2020 roku³⁷

Unia uznaje w szczególności znaczenie internetu i przestrzeni cyfrowej dla rynku wewnętrznego. W związku z tym opracowała m.in. Strategię jednolitego rynku cyfrowego dla Europy z 6 maja 2015 roku³⁸, a także przyjęła lub proponuje liczne akty prawne uwzględniające aspekty cyfrowe w różnych dziedzinach integracji (np. ochrona danych, ochrona praw własności intelektualnej, internet rzeczy, łączność elektroniczna, sztuczna inteligencja, usługi cyfrowe).

Jednocześnie fundamentalną sprawą staje się zagadnienie bezpieczeństwa cyfrowego, które staje się częścią ogólniejszej strategii bezpieczeństwa Unii Europejskiej³⁹. Wyrazem troski o bezpieczeństwo cyfrowe stała się Strategia bezpieczeństwa cyfrowego Unii Europejskiej: otwarta, bezpieczna i chroniona przestrzeń cyfrowa z 7 lutego 2013 roku⁴⁰, a obecnie Strategia UE w zakresie bezpieczeństwa cyfrowego na dekadę cyfrową z 16 grudnia 2020 roku⁴¹ Istotne staje się bezpieczeństwo Unii, jej członków i obywateli, a z innej perspektywy bezpieczeństwo sieci i systemów informatycznych, bezpieczeństwo infrastruktury krytycznej. Pojawiają się regulacje przewidujące konieczność ustanowienia ochrony przed szkodliwą działalnością cyfrową (atakami cyfrowymi) oraz reakcje administracyjne i karne (przestępczość cyfrowa). Warto w tym miejscu wspomnieć m.in. o dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z 12 sierpnia 2013 roku dotyczącej ataków na systemy informatyczne i zastępującej decyzję ramową Rady 2005/222/

35 Zob. m.in. Ramses A. Wessel, „Towards EU cybersecurity law: Regulating a new policy field”, [w:] *Research Handbook*, 403 i n.; Joanna Worona, *Cyberprzestrzeń a prawo międzynarodowe* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 177 i n.

36 COM (2014)72 final.

37 Tekst: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf. [dostęp: 3.9.2021].

38 COM (2015)192 final, {SWD(2015)100 final}.

39 Zob. Strategię bezpieczeństwa Unii Europejskiej z 24.7.2020 r., COM(2020) 605 final.

40 Wspólny komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela do spraw Zagranicznej i Polityki Bezpieczeństwa, JOIN (2013) 1 final.

41 Wspólny komunikat Komisji Europejskiej i Wysokiego Przedstawiciela do spraw Zagranicznej i Polityki Bezpieczeństwa do Parlamentu Europejskiego i Rady, JOIN (2020)18 final.

WSiSW⁴² i dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/1148 z 6 lipca 2016 roku w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii⁴³.

W Unii ustanowiono Agencję ds. Bezpieczeństwa Cyfrowego (ENISA)⁴⁴, a także Wspólne Przedsięwzięcie w dziedzinie Europejskich Obliczeń Wielkiej Skali⁴⁵. W 2013 roku Europol stworzył Europejskie Centrum Przystępczości Cyfrowej⁴⁶. W 2020 roku stworzono również Centrum Kompetencji Bezpieczeństwa Cyfrowego.

Oprócz harmonizacji przepisów krajowych dotyczących bezpieczeństwa cyfrowego i rozwiązań instytucjonalnych Unia Europejska zdołała również wypracować stanowisko i ustalić standardy dotyczące zapewnienia zewnętrznego bezpieczeństwa cyfrowego, w tym ochrony przed szkodliwą działalnością cyfrową pochodzącą spoza Unii, łącznie z atakami cyfrowymi. Zostały one ulokowane w ramach działania zewnętrznego Unii (art. 21 i n. TUE) i przyjęły postać dyplomacji cyfrowej.

42 Dz. Urz. UE z 14.8.2013 r., L 218, s. 8.

43 Dz. Urz. UE z 19.7.2016 r., L 194, s. 1. W 2020 r. Komisja przyjęła projekt nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa cyfrowego na terytorium Unii, uchylającej dyrektywę (UE) 2016/1148, COM (2020) 823 final z 16.12.2020 r.

44 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z 17.4.2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Bezpieczeństwa Cyfrowego) oraz certyfikacji bezpieczeństwa cyfrowego w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o bezpieczeństwie cyfrowym), Dz. Urz. UE z 7.6.2019 r., L 151, s. 15.

45 Rozporządzenie Rady (UE) 2018/1488 z 28.9.2018 r. w sprawie ustanowienia Wspólnego Przedsięwzięcia w dziedzinie Europejskich Obliczeń Wielkiej Skali, Dz. Urz. UE z 8.10.2018 r., L 252, s. 1.

46 Zob. <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>. [dostęp: 3.9.2021].

4. Miejsce środków restrykcyjnych w ramach dyplomacji cyfrowej Unii Europejskiej

Dyplomacja cyfrowa jest tworem XXI w.⁴⁷. Jest ona formułowana i wykorzystywana w działalności państw⁴⁸, a także niektórych organizacji międzynarodowych, w tym Unii Europejskiej. Koncepcja dyplomacji cyfrowej Unii została ustalona najpierw w Konkluzjach na temat dyplomacji cyfrowej z 11 lutego 2015 roku⁴⁹. Poruszono tu w szczególności kwestie promocji i poszanowania praw człowieka w przestrzeni cyfrowej, norm zachowania państw i stosowania istniejącego prawa międzynarodowego w sferze bezpieczeństwa międzynarodowego, zarządzania internetem, umocnienia konkurencyjności i pomyślności UE, budowy zdolności cyfrowej i rozwoju, strategicznego zaangażowania z kluczowymi partnerami i organizacjami międzynarodowymi.

Celem dyplomacji cyfrowej stało się m.in. przyczynienie się do zmniejszenia zagrożeń cyfrowych, zapobiegania konfliktom i większej stabilności w stosunkach międzynarodowych przez wykorzystanie instrumentów dyplomatycznych i prawnych. W Konkluzjach Rada wezwała Unię i jej członków do stawiania czoła rosnącym zagrożeniom i wyzwaniom cyfrowym przez zwiększenie odporności krytycznej infrastruktury informacyjnej i umocnienie ścisłej współpracy i koordynacji między interesariuszami międzynarodowymi (*international stakeholders*) przez inicjatywy dotyczące rozwoju budowy zaufania, wspólnych standardów, międzynarodowych ćwiczeń cyfrowych, wzrost świadomości, szkolenia, badania i edukację, mechanizmy odpowiadania na incydenty.

Dla ukształtowania dyplomacji cyfrowej podstawowe znaczenie mają jednak Konkluzje w sprawie Ram wspólnej odpowiedzi dyplomatycznej Unii Europejskiej na szkodliwą działalność cyfrową z 19 czerwca 2017

47 Zob. np. ogólnie Katharina Ziolkowski, „E-Diplomacy and Diplomatic Law in the Internet Era”, [w:] *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International relations and Diplomacy*, red. Katharina Ziolkowski (Talinn: NATO CCD COE Publ., 2013), 393 i n.; <https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/PeacetimeRegime.pdf>. [dostęp: 3.9.2021], 135 i n., a w stosunku do UE: B. Piskorska, „Dyplomacja cyfrowa: instrument miękkiej siły Unii Europejskiej w stosunkach międzynarodowych”, [w:] *Dyplomacja cyfrowa jako instrument polityki zagranicznej XXI wieku*, red. Marcin Kosienkowski, Beata Piskorska (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014), 105 i n., zwł. 134-139.

48 Zob. np. ustawę Stanów Zjednoczonych wspierającą międzynarodową dyplomację cyfrową USA i inne cele z 18.1.2018 r.

49 Council Conclusions on Cyber Diplomacy, doc. 6122/15. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6122-2015-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

roku⁵⁰ a także Wytyczne wykonawcze do Ram wspólnej odpowiedzi dyplomatycznej Unii Europejskiej na szkodliwą działalność cyfrową z 9 października 2017 roku⁵¹. W pierwszym z dokumentów Rada ustaliła, że przestrzeń cyfrowa „oferuje znaczne możliwości, ale stwarza również stale zmieniające się wyzwania dla polityk zewnętrznych UE, w tym dla WPZB”. Potwierdziła też „rosnącą potrzebę ochrony integralności i bezpieczeństwa UE, jej państw członkowskich i ich obywateli przed zagrożeniami cybernetycznymi i szkodliwymi działaniami cyfrowymi”. Rada wyraziła zaniepokojenie „zwiększoną zdolnością i chęcią podmiotów państwowych i niepaństwowych do realizacji swoich celów przez podejmowanie szkodliwych działań cyfrowych o różnym zakresie, skali, czasie trwania, intensywności, złożoności, wyrafinowaniu i wpływie”. Działania tego rodzaju mogą stanowić czyny międzynarodowo bezprawne. Rada podkreśliła też, że państwa nie powinny prowadzić ani świadomie wspierać działalności przy wykorzystaniu technologii informacyjno-komunikacyjnych sprzecznej z ich zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego. W następstwie raportem Grupy Ekspertów Rządowych ONZ z 2015 roku (GGE), Rada przyjęła, że państwa nie powinny też świadomie zezwalać na wykorzystywanie ich terytorium do czynów międzynarodowo bezprawnych popełnianych z wykorzystaniem technologii informacyjno-komunikacyjnych. W kontekście raportów GGE z lat 2010, 2013 i 2015 Rada stwierdziła, że prawo międzynarodowe ma zastosowanie do przestrzeni cyfrowej.

Rada wyraziła przekonanie, że Unia i jej członkowie są zdecydowani „aktywnie wspierać opracowywanie dobrowolnych, niewiążących norm odpowiedzialnego zachowania państwa w przestrzeni cyfrowej oraz regionalnych środków budowy zaufania uzgodnionych przez OBWE w celu zmniejszenia ryzyka konfliktów wynikających z wykorzystywania technologii informacyjno-komunikacyjnych”. Dodała, że Unia pragnie angażować się w pokojowe rozstrzygnięcie sporów międzynarodowych w przestrzeni cyfrowej, jak również że „wszystkie wysiłki dyplomatyczne UE powinny mieć na celu w pierwszym rzędzie promowanie bezpieczeństwa i stabilności w przestrzeni cyfrowej przez zacieśnienie współpracy międzynarodowej, a także zmniejszenie ryzyka, błędnego postrzegania, eskalacji i konfliktu, które mogą wynikać z incydentów związanych z użyciem technologii informacyjno-komunikacyjnych”.

50 Council Conclusions on a Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities (“Cyber Diplomacy Toolbox”), doc. 10474/17. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10474-2017-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

51 Doc. 13007/17. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13007-2017-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

Rada przyjęła również, że „wyraźne sygnalizowanie prawdopodobnych konsekwencji wspólnej reakcji dyplomatycznej UE na takie szkodliwą działalność cyfrową wpływa na zachowanie potencjalnych agresorów w przestrzeni cyfrowej, wzmacniając tym samym bezpieczeństwo UE i jej państw członkowskich”. Jednocześnie Unia wskazała, że „przypisanie odpowiedzialności państwu lub podmiotowi niepaństwowemu pozostaje suwerenną decyzją polityczną opartą na danych wywiadowczych pochodzących ze wszystkich źródeł i powinno być ustalane zgodnie z prawem międzynarodowym dotyczącym odpowiedzialności państwa”. W tym kontekście podkreślono, że „nie wszystkie środki wspólnej reakcji dyplomatycznej UE na złośliwe działania w przestrzeni cyfrowej wymagają przypisania odpowiedzialności państwu lub aktorowi niepaństwowemu”.

Na tym tle Rada stwierdziła, że środki podejmowane w ramach WPZB, w tym sankcje, mieszczą się w ramach wspólnej reakcji dyplomatycznej Unii na szkodliwe działania cyfrowe. Powinny one „zachęcać do współpracy, ułatwiać zmniejszanie bezpośrednich i długoterminowych zagrożeń oraz wpływać na zachowanie potencjalnych agresorów w dłuższej perspektywie”.

Rada postanowiła, że należy kontynuować prace nad reakcją Unii wobec szkodliwej działalności cyfrowej. Uwzględnić przy tym trzeba zasady: 1) reakcja ma służyć ochronie integralności i bezpieczeństwa UE, jej państw członkowskich i ich obywateli oraz uwzględniać szerszy kontekst stosunków zewnętrznych UE z danym państwem; 2) reakcja ma zapewnić osiągnięcie celów WPZB określonych w TUE oraz odpowiednich procedur przewidzianych do ich osiągnięcia; 3) reakcja ma opierać się na wspólnej świadomości sytuacyjnej uzgodnionej przez państwa członkowskie i odpowiadającej potrzebom konkretnej sytuacji; 4) reakcja Unii ma być proporcjonalna do zakresu, skali, czasu trwania, intensywności, złożoności, stopnia zaawansowania i wpływu działalności cyfrowej; 5) należy przestrzegać obowiązującego prawa międzynarodowego, nie wolno też naruszać podstawowych praw i wolności jednostki.

W wykonaniu konkluzji czerwcowych Rada przyjęła Wytyczne wykonawcze. Przypomniano tu, że działalność szkodliwa może pochodzić od podmiotów państwowych, niepaństwowych, a także może mieć charakter hybrydowy. Może ona polegać na działaniach przeciwko infrastrukturze, szpiegostwie cyfrowym, kradzieży własności intelektualnej, przestępczości cyfrowej lub konfliktach cyfrowych i dezinformacji przy użyciu środków cyfrowych. Rada uznała, że taka działalność wymaga podjęcia środków wykraczających poza dotychczasową politykę komunikacji i bezpieczeństwa cyfrowego. Zauważyła, że szkodliwą działalność cyfrową należy postrzegać również w kontekście prac nad odpornością (zdolnością do wytrzymywania stresu i wstrząsów, przystosowania się do nich i szybkiego powrotu do zdrowia). Rada wskazała na szereg dokumentów i rozwiązań instytucjonalnych

mających znaczenie, w tym także na współpracę Unii z NATO, zastrzegając, że współpraca ta ma odbywać się zgodnie z zasadami inkluzywności, wzajemności i autonomii procesu decyzyjnego Unii oraz zgodnie z Konkluzjami Rady wykonującymi Wspólną deklarację przewodniczącego Rady Europejskiej, Komisji Europejskiej i Sekretarza Generalnego NATO z 6 grudnia 2016 roku⁵²

Rada podkreśliła też, że Ramy wspólnej odpowiedzi dyplomatycznej Unii Europejskiej powinny stanowić uzupełnienie dotychczasowych działań Unii w zakresie dyplomacji cyfrowej. Nadal mają być podejmowane wysiłki dyplomatyczne i działania operacyjne polegające na wspieraniu „szerszej zgodności (*compliance*) z istniejącym prawem międzynarodowym, w tym z Kartą Narodów Zjednoczonych” (w szczególności o przestrzeganie art. 2 pkt 4 – zakaz użycia siły, art. 33 – pokojowe rozstrzygnięcie sporów i art. 51 – prawo do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony w odpowiedzi na atak zbrojny), z międzynarodowym prawem humanitarnym, czy takimi instrumentami prawnymi, jak Konwencja budapeszteńska w sprawie cyberprzestępczości, jak również ustalane wspólne stanowiska na forach międzynarodowych. Rada zapowiedziała także aktywne wspieranie GGE ONZ.

W Wytocznych wykonawczych Rada ukształtowała koncepcję środków unijnych skierowanych przeciwko szkodliwej działalności cyfrowej. Przywołano tutaj zasady określające reakcje Unii sformułowane przez Radę w Ramach wspólnej odpowiedzi dyplomatycznej. Rada przyjęła, że Ramy mają obejmować środki, które są odpowiednie do natychmiastowej reakcji na incydenty, a także „elementy, które powinny być wykorzystywane do zachęcania do współpracy, ułatwiania łagodzenia bezpośrednich i długoterminowych zagrożeń oraz wpływania na zachowanie potencjalnych agresorów w perspektywie długoterminowej”. Z uwagi na zasadę równoległych kompetencji Unii i państw członkowskich w sferze WPZB środki wchodzące w zakres tej polityki, należy traktować jako „opcje do rozważenia”. Nie wykluczają one działań, jakie mogą być podejmowane przez poszczególne państwa członkowskie ani działań koordynowanych między państwami członkowskimi.

Środki będące odpowiedzią Unii na szkodliwą działalność cyfrową bądź jej groźbę, które nie osiągają poziomu czynów międzynarodowo bezprawnych, ale są uznawane za działania nieprzyjazne, obejmują działania dyplomatyczne, polityczne oraz gospodarcze. Mogą być one stosowane wobec państwa lub aktora niepaństwowego bądź wobec działań pozostających w tranzyście przez terytorium państwa, jeżeli państwo to świadomie zezwala na wykorzystywanie swojego terytorium do takiej działalności lub świadomie ją wspiera.

52 Tekst: <https://www.consilium.europa.eu/media/21481/nato-eu-declaration-8-july-en-final.pdf>. [dostęp: 03.09.2021].

Unia i jej państwa członkowskie mogą wykorzystywać pełny zestaw środków zawartych w Ramach, w tym środki restrykcyjne, w przypadku, gdy szkodliwa działalność cyfrowa jest prowadzona przez państwo, a także wówczas, gdy państwo jest uważane za odpowiedzialne za działania aktora niepaństwowego działającego pod jego kierownictwem lub kontrolą, lub jeżeli państwo to uznaje i przyjmuje zachowanie aktora niepaństwowego za własne. W przypadku państwa, które świadomie zezwala na wykorzystanie swojego terytorium do szkodliwej działalności cyfrowej, w tym czynów międzynarodowo bezprawnych z wykorzystaniem technologii informacyjno-komunikacyjnych, przeciwko państwu członkowskiemu lub Unii, środki zawarte w Ramach mogą zostać wykorzystane w celu skłonienia takiego państwa do zapewnienia, że jego terytorium nie jest wykorzystywane do takiej działalności. Przepisy dyrektywy w sprawie ataków na systemy informatyczne (2013/40/UE), w tym kary, miałyby zastosowanie również w przypadku przestępców nieposiadających znaczących powiązań ze sponsorem państwowym.

W Ramach ustalono, że Unia Europejska będzie odpowiadała na szkodliwą działalność cyfrową przy użyciu: 1) środków zapobiegawczych; 2) środków współpracy; 3) środków stabilności; 4) środków restrykcyjnych; 5) możliwego wsparcia Unii dla legalnych odpowiedzi państw członkowskich. Środki te mogą być stosowane niezależnie, sekwencyjnie lub równoległe jako część spójnego podejścia strategicznego na poziomie UE, zaprojektowanego i wdrożonego w celu wywarcia wpływu na konkretnego uczestnika, i powinny uwzględniać szerszy kontekst stosunków zewnętrznych UE oraz szersze podejście UE, które ma na celu wniesienie wkładu łagodzenia zagrożeń cyfrowych, zapobiegania konfliktom i większej stabilności w stosunkach międzynarodowych.

W odniesieniu do środków restrykcyjnych Rada stwierdziła, że Unia może je nałożyć na państwa trzecie, podmioty lub osoby fizyczne na podstawie decyzji Rady przyjętej na mocy art. 29 TUE w połączeniu z rozporządzeniem Rady uchwalonym na podstawie art. 215 TfUE. Rada zwróciła uwagę, że nałożenie sankcji ma odbywać się „zgodnie z odpowiednimi procedurami uzgodnionymi przez państwa członkowskie, określonymi w wytycznych w sprawie wdrażania i oceny środków restrykcyjnych (sankcji) w ramach WPZB”. Przypomniała też, że sankcje „mają na celu spowodowanie zmiany polityki lub działań danego kraju docelowego, rządu, podmiotu lub danej osoby, zgodnie z celami określonymi w decyzji Rady”. Mogą one obejmować np. zakazy podróżowania, embargo na broń, zamrożenie funduszy lub zasobów gospodarczych.

5. Ataki cyfrowe jako przesłanka stosowania sankcji Unii Europejskiej

Z punktu widzenia reagowania na ataki cyfrowe podstawowe znaczenie ma wyjaśnienie, czym one są. Tymczasem ani w analizowanych postanowieniach traktatowych dotyczących środków restrykcyjnych, ani

w dokumentach politycznych określających koncepcję dyplomacji cyfrowej nie sprecyzowano źródła cyfrowego (przyczyny) zastosowania sankcji. Uczyniła to dopiero Rada w decyzji o środkach restrykcyjnych z 2019 roku oraz tożsamym z nią w tym zakresie rozporządzeniu o sankcjach (art. 1 obu aktów). Tym niemniej w aktach tych nie definiuje się ataków cyfrowych jako takich, lecz tylko te, które powodują zastosowanie środków restrykcyjnych.

Art. 1 ust. 1 decyzji i rozporządzenia stanowią, że w polu ich działania znajdują się tylko takie ataki cyfrowe, które stanowią zewnętrzne zagrożenie dla Unii Europejskiej lub jej państw członkowskich oraz wywołują poważne skutki. Warunkowo (jeśli Rada tak postanowi) wchodzi w grę także ataki cyfrowe na państwa trzecie lub nawet organizacje międzynarodowe. Wchodzi w grę nie tylko czyny popełnione (ataki dokonane), ale także usiłowania popełnienia ataków cyfrowych. Zarazem nie są one tożsame z zagrożeniem atakami cyfrowymi.

Atakami cyfrowymi są tylko takie działania, które obejmują przynajmniej jedno z zachowań wymienionych w art. 1 ust. 3 w związku z art. 2 lit. b-d. Są to: 1) dostęp do systemów informacyjnych⁵³; 2) ingerencja w systemy informacyjne („utrudnienie lub przerwanie funkcjonowania systemu informacyjnego przez wprowadzenie danych cyfrowych, przekazanie takich danych, ich uszkodzenie, usunięcie, pogorszenie ich jakości, ich zmianę lub wyeliminowanie bądź przez uczynienie ich niedostępnymi”); 3) ingerencja w dane („usunięcie, uszkodzenie, pogorszenie jakości, zmianę lub wyeliminowanie danych cyfrowych w systemie informacyjnym, bądź uczynienie ich niedostępnymi; obejmuje ona również kradzież danych, środków finansowych, zasobów gospodarczych lub praw własności intelektualnej”); 4) przechwytywanie danych („przechwycenie, za pomocą środków technicznych, niepublicznych przekazów danych cyfrowych do systemu informacyjnego, z systemu informacyjnego lub w ramach takiego systemu, w tym emisji elektromagnetycznych z systemu informacyjnego zawierających takie dane cyfrowe”). Są to zatem działania, a nie zaniechania działania (nie wchodzi w grę również przyzwolenie na działanie). W tym znaczeniu są to działania szkodliwe. Ponadto według art. 1 ust. 3 brane są pod uwagę tylko takie działania szkodliwe, które nie są prowadzone na podstawie należytego upoważnienia wydanego przez właściciela lub inny podmiot mający prawa do systemu lub

53 Według art. 2 lit. a), „systemy informacyjne” oznaczają urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub powiązanych ze sobą urządzeń, z których przynajmniej jedno, zgodnie z programem, dokonuje automatycznego przetwarzania danych cyfrowych, jak również danych cyfrowych przechowywanych, przetwarzanych, wyszukiwanych lub przekazywanych przez to urządzenie lub tę grupę urządzeń, w celach eksploatacji, użycia, ochrony lub utrzymania tego urządzenia lub tej grupy urządzeń.

danych lub ich części lub nie są dozwolone na mocy prawa Unii lub danego państwa członkowskiego.

Chodzi więc jedynie o nielegalne działania szkodliwe.

W obu aktach wyjaśnia się też (ust. 2), że atakami stanowiącymi zagrożenie zewnętrzne są ataki, które:

- a) zostały przygotowane poza terytorium Unii lub są przeprowadzane spoza terytorium Unii;
- b) wykorzystują infrastrukturę znajdującą się poza terytorium Unii;
- c) są przeprowadzane przez osobę fizyczną lub prawną, podmiot lub organ, które mają siedzibę lub prowadzą działalność poza terytorium Unii; lub
- d) są przeprowadzane przy wsparciu, na zlecenie lub pod kontrolą osoby fizycznej lub prawnej, podmiotu lub organu, które prowadzą działalność poza terytorium Unii.

Przypadki te należy traktować alternatywnie, a nie kumulatywnie.

Definiując ataki cyfrowe jako przesłankę uruchomienia sankcji, decyzja i rozporządzenie rozróżniają ataki na państwa członkowskie i na Unię Europejską (ust. 4 i 5). Atak nie musi być przeprowadzany na wszystkie państwa członkowskie czy też każdy składnik struktury organizacyjnej Unii. Zarazem atakami stanowiącymi zagrożenie dla państw członkowskich są ataki na systemy informacyjne związane, między innymi, z infrastrukturą krytyczną (łącznie z kablami podmorskimi oraz obiektami wystrzelonymi w przestrzeń kosmiczną) niezbędnymi do „utrzymania podstawowych funkcji społecznych lub zdrowia, bezpieczeństwa, ochrony i dobrobytu materialnego lub społecznego ludności”, usługami należącymi do sektorów, które są niezbędne do utrzymania podstawowej działalności społecznej lub gospodarczej państwa (wymienia się tutaj energetykę, transport, bankowość, infrastrukturę rynków finansowych oraz zdrowia, zaopatrzenia w wodę pitną i jej dystrybucję, infrastrukturę cyfrową), bądź mają podstawowe znaczenie dla danego państwa, krytycznymi funkcjami państwa (dotyczy to zwłaszcza obrony, zarządzania instytucjami i ich funkcjonowania, procedury głosowania, funkcjonowania infrastruktury gospodarczej i cywilnej oraz bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego, w tym za pośrednictwem misji dyplomatycznych), przechowywaniem lub przetwarzaniem informacji niejawnych oraz rządowymi zespołami reagowania kryzysowego. Ataki stanowiące zagrożenie dla Unii Europejskiej pojmuje się jako ataki „przeciwko jej instytucjom, organom i jednostkom organizacyjnym, jej delegaturom w państwach trzecich lub w organizacjach międzynarodowych, jej operacjom i misjom w dziedzinie wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony (WPBiO) oraz jej specjalnym przedstawicielom”.

Aby ataki cyfrowe spowodowały nałożenie sankcji muszą powodować poważne skutki. Decyzja i rozporządzenie nie wyjaśniają, o jakie skutki dokładnie chodzi, lecz dostarczają narzędzi, jak określić powagę skutków.

Art. 3 wymienia w tym zakresie siedem kryteriów, które należy traktować jako alternatywę nierozłączną. Wymienia on:

- a) zakres, skalę, wpływ lub stopień spowodowanych zakłóceń m.in. działalności gospodarczej i społecznej, usług kluczowych, krytycznych funkcji państwa, porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego;
- b) liczbę osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów, których dotyczy atak cyfrowy;
- c) liczbę państw członkowskich, których dotyczy atak cyfrowy;
- d) wielkość poniesionych strat gospodarczych, na przykład w wyniku zakrojonej na szeroką skalę kradzieży środków finansowych, zasobów gospodarczych lub praw własności intelektualnej;
- e) korzyść ekonomiczną odniesioną przez sprawcę dla siebie lub dla innych osób;
- f) ilość lub charakter ukradzionych danych lub skalę naruszenia ochrony danych; lub
- g) charakter poufnych danych handlowych, do których uzyskano dostęp.

Z wyliczenia tego można wywnioskować, że, podając kryteria określania powagi skutków ataku cyfrowego, legislator unijny przyjął zasadniczo cztery wskazówki odnoszące się do: 1) wyrządzenia szkód majątkowych lub gospodarczych/uzyskania korzyści gospodarczych; 2) skali i stopnia oddziaływania czynu; 3) liczby poszkodowanych; 4) wagi i charakteru dóbr chronionych.

6. Środki restrykcyjne jako instrument Unii Europejskiej ataki cyfrowe

Środki restrykcyjne są instrumentami służącymi zapobieganiu lub odstraszeniu ataków cyfrowych pochodzących spoza Unii Europejskiej (zewnątrzne ataki cyfrowe) skierowanych przeciwko Unii lub jej państwom członkowskim oraz reagowaniu na takie ataki. Mogą mieć zatem działanie prewencyjne i/lub represyjne.

Decyzja i rozporządzenie ustanawiające środki restrykcyjne określają też rodzaje sankcji, jakie mogą być zastosowane w razie ataku cyfrowego. Jednak inaczej niż w przypadku pojmowania ataków cyfrowych, nie są one w tym zakresie regulacją jednolitą. Decyzja obejmuje bowiem w art. 4 i 5 sankcje związane z przepływem osób fizycznych (wjazd, tranzyt przez terytoria państw członkowskich), sankcje finansowe i gospodarcze (zamrożenie środków finansowych/funduszy [ang./fr. *funds, fonds*] i zasobów gospodarczych). Tymczasem rozporządzenie, jako akt oparty na art. 215 TfUE, dotyczy jedynie stosowanie sankcji finansowych i gospodarczych (art. 3). Ani decyzja, ani rozporządzenie nie przewidują środków restrykcyjnych wobec państw. Regulują zatem jedynie środki celowane. W obydwu aktach, zgodnie z polityką unijną, przewiduje się różnorodne wyłączenia spod działania

sankcji. Ujęcie to nie odbiega zatem od sankcji stosowanych również w innych przypadkach niż ataki cyfrowe.

Środki restrykcyjne dotyczące wjazdu i tranzytu dotyczą jedynie osób fizycznych, w zasadzie cudzoziemców i bezpaństwowców (art. 4 ust. 2 stanowi, że nie ma obowiązku odmowy wjazdu w stosunku do własnych obywateli; rozwiązanie to może jednak budzić wątpliwości z perspektywy zakazu banicji przewidzianego w prawie międzynarodowym praw człowieka). Mają to być osoby odpowiedzialne za przeprowadzenie lub usiłowanie przeprowadzenia ataków cyfrowych oraz osoby, które „zapewniają finansowe, techniczne lub materialne wsparcie dla ataków cyfrowych lub usiłowania przeprowadzenia ataków cyfrowych, bądź też w inny sposób angażują się w takie ataki, w tym przez ich planowanie, przygotowywanie, uczestnictwo w nich, kierowanie nimi, pomoc w nich lub zachęcanie do takich ataków lub ułatwianie ich poprzez działanie lub zaniechanie”, jak również osoby z nimi związane. Z sankcji tych wyłączone są jednak osoby, które korzystają z ochrony wynikającej z zobowiązań międzynarodowych państwa członkowskiego (m.in. w związku z goszczeniem organizacji międzynarodowej i OBWE, organizowaniem konferencji międzynarodowej, korzystające z międzynarodowych przywilejów i immunitetów – ust. 3 i 4; wyłączenia *ex lege*). Ponadto, państwa członkowskie mogą przyznawać wyłączenia spod działania sankcji w niektórych przypadkach (podróż uzasadniona pilną potrzebą humanitarną lub udziałem „w posiedzeniach międzyrządowych lub popieranym przez Unię lub których gospodarzem jest Unia lub dane państwo członkowskie sprawujące przewodnictwo w OBWE, gdzie prowadzony jest dialog polityczny bezpośrednio propagujący polityczne cele środków ograniczających, w tym zapewnienie bezpieczeństwa i stabilności przestrzeni cyfrowej” bądź w związku z udziałem w postępowaniu sądowym – ust. 6 i 7, wyłączenia fakultatywne⁵⁴). W razie zastosowania wyłączenia, wjazd lub przejazd przez terytorium państwa członkowskie są ściśle ograniczone do celu ich przyznania i do osób, których dotyczą (ust. 9).

Sankcje finansowe i gospodarcze mogą być skierowane przeciwko osobom fizycznym, prawnym, jednostkom lub ciałom (ang./fr. *entities or bodies/ entités ou organismes*), które: 1) są odpowiedzialne za przeprowadzenie lub próby przeprowadzenia ataków cyfrowych; 2) zapewniają finansowe, techniczne lub materialne wsparcie dla ataków cyfrowych lub w celu usiłowania przeprowadzenia ataków cyfrowych, bądź też w inny sposób angażują się w takie ataki (np. przez planowanie, przygotowywanie, udział, kierownictwo, pomoc

54 W ich przypadku decyzja nakazuje stosowanie procedury powiadamiania Rady. Członkowie Rady mogą jednak wnieść sprzeciw w ciągu dwóch dni roboczych od daty otrzymania powiadomienia. Wówczas decyzję ostateczną o wyłączeniu podejmuje Rada, stanowiąc większością kwalifikowaną głosów (ust. 8).

lub zachęcanie do ataków lub ułatwianie ich popełnienia przez działanie lub zaniechanie); 3) są powiązane z podmiotami, o których mowa w punktach 1 i 2 (art. 5 ust. 1 decyzji, art. 3 ust. 3 rozporządzenia).

Środki finansowe i gospodarcze przybierają postać zamrożenia funduszy i zasobów gospodarczych. Decyzja nie zawiera przy tym definicji zamrożenia funduszy i zasobów gospodarczych. Odpowiednie objaśnienia ujęto w rozporządzeniu. Przez fundusze (środki finansowe) rozumie się aktywa finansowe i wszelkiego rodzaju korzyści finansowe (np. gotówkę, czeki, roszczenia pieniężne, depozyty, długi i zobowiązania, papiery wartościowe i dłużne, odsetki, dywidendy czy inne przychody z aktywów, kredyty, gwarancje, akredytywy, konosamenty, umowy sprzedaży). Z kolei zasoby gospodarcze oznaczają „aktywa wszelkiego rodzaju, rzeczowe i niematerialne, ruchome i nieruchome, które nie są środkami pieniężnymi, ale mogą być użyte do pozyskania środków pieniężnych, towarów lub usług” (art. 1 ust. 8 lit. d, g).

Rozporządzenie odrębnie definiuje zamrożenie środków finansowych i zasobów gospodarczych. Pierwsze z nich oznacza „zapobieganie wszelkim ruchom tych środków, ich przenoszeniu, zmianom, wykorzystaniu, udostępnianiu lub dokonywaniu nimi transakcji w jakikolwiek sposób, który powodowałby jakąkolwiek zmianę ich wielkości, wartości, lokalizacji, własności, posiadania, charakteru lub przeznaczenia lub każdą inną zmianę, która umożliwiłaby korzystanie z nich, w tym zarządzanie portfelem”, drugie „uniemożliwienie wykorzystania zasobów gospodarczych do uzyskiwania środków pieniężnych, towarów lub usług w jakikolwiek sposób, między innymi przez ich sprzedaż, wynajem lub obciążenie hipoteką” (ust. 8 lit. e, f). Środki i zasoby się zamraża i ich nie udostępnia bezpośrednio czy pośrednio podmiotom podlegającym restrykcjom (art. 5 ust. 2 decyzji, art. 3 ust. 2 rozporządzenia)⁵⁵. Zamrożenie może dotyczyć tylko takich środków

55 Jak stanowią art. 5 ust. 6 decyzji i art. 7 ust. 2, zasady nieudostępniania środków lub zasobów nie stosuje się do niektórych dodatkowych kwot na zamrożonych rachunkach bankowych (odsetek i innych dochodów z rachunków, płatności należnych z tytułu umów, porozumień i zobowiązań sprzed daty nałożenia sankcji, płatności wynikających z orzeczeń sądowych, decyzji administracyjnych lub orzeczeń arbitrażowych wydanych w Unii lub w niej wykonywanych), pod warunkiem, że pozostają zamrożone. To samo dotyczy zasilania zamrożonych rachunków przez instytucje finansowe lub kredytowe, które otrzymały środki od osób trzecich (art. 7 ust. 1 rozporządzenia). Ponadto możliwe są płatności z tytułu zawartych przed datą nałożenia środków restrykcyjnych umów lub porozumień, których stroną jest podmiot obłożony sankcjami, jeśli zapewni się, że płatność nie jest dokonywana na rzecz podmiotu objętego sankcjami (art. 5 ust. 5 decyzji, art. 6 rozporządzenia; przepisy te nie są identyczne).

lub zasobów, które należą lub są własnością albo w posiadaniu lub pod kontrolą podmiotów objętych sankcjami (art. 5 ust. 1 decyzji z 2020 r., art. 3 ust. 1 rozporządzenia).

Decyzja i rozporządzenie dopuszczają odstępstwa od działania sankcji finansowych i gospodarczych. Są to wyłączenia fakultatywne, co oznacza, że państwa członkowskie mogą, lecz nie muszą ich stosować. Polegają one na odblokowaniu niektórych zamrożonych środków lub zasobów bądź na ich udostępnieniu pod warunkiem spełnienia kryteriów określonych w decyzji i rozporządzeniu (art. 5 ust. 3 decyzji, art. 4 rozporządzenia). Kryteria te są w obu aktach tożsame. A zatem odstępstwo może być przyznane, gdy środki lub zasoby są: 1) niezbędne do zaspokojenia podstawowych potrzeb podmiotów objętych sankcjami oraz członków rodzin pozostających na utrzymaniu osób fizycznych poddanych restrykcjom (np. koszty żywności, najmu lub kredytu hipotecznego, leków i leczenia, zapłata podatków, składek ubezpieczeniowych oraz opłat za usługi użyteczności publicznej); 2) służą wyłącznie pokryciu uzasadnionych kosztów honorariów lub zwrotów poniesionych wydatków związanych z usługami prawniczymi; 3) służą wyłącznie pokryciu opłat lub należności za usługi polegające na zwykłym przechowywaniu lub utrzymywaniu zamrożonych środków lub zasobów; 4) niezbędne do pokrycia nadzwyczajnych wydatków (o ile właściwy organ powiadomił właściwe organy innych państw członkowskich i Komisję o powodach, dla których uważa, że należy udzielić szczególnego zezwolenia, co najmniej dwa tygodnie przed udzieleniem); 5) wpłacone na rachunek lub wypłacone z rachunku misji dyplomatycznej lub misji konsularnej lub organizacji międzynarodowej posiadającej immunitet na mocy prawa międzynarodowego, w zakresie, jakim płatności te są przeznaczone na oficjalne cele tej misji dyplomatycznej lub misji konsularnej lub organizacji międzynarodowej.

Ponadto państwa członkowskie mogą zezwolić na odblokowanie zamrożonych środków finansowych lub zasobów gospodarczych, gdy: 1) środki lub zasoby są przedmiotem orzeczenia arbitrażowego wydanego przed datą zastosowania sankcji, bądź orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej wydanych w Unii, albo orzeczenia sądowego podlegającego wykonaniu w danym państwie członkowskim, przed tą datą lub po tej dacie; 2) środki lub zasoby zostaną wykorzystane wyłącznie w celu zaspokojenia roszczeń zabezpieczonych takim orzeczeniem lub decyzją albo uznanych w nich za zasadne (jednak w granicach określonych przez mające zastosowanie przepisy prawne regulujące prawa osób, którym takie roszczenia⁵⁶ przysługują); 3) orzeczenie lub decyzja nie przynoszą korzyści podmiotowi obłożonemu sankcjami; 4) uznanie tego orzeczenia lub tej decyzji nie jest sprzeczne z porządkiem publicznym danego państwa członkowskiego. Wszystkie te przesłanki muszą

56 Zob. też art. 1 ust. 8 lit. a rozporządzenia, gdzie znajduje się definicja roszczenia.

być spełnione łącznie. W przypadku przyznania odstępstw pierwszego czy drugiego rodzaju państwa członkowskie muszą powiadamiać pozostałe państwa członkowskie i Komisję.

Zgodnie z art. 9 rozporządzenia, zakazuje się świadomego i umyślnego udziału w działaniach, których celem lub skutkiem jest obejście środków restrykcyjnych przewidzianych w tym akcie.

7. Zasady i mechanizm stosowania i wykonywania środków restrykcyjnych wobec ataków cyfrowych

W decyzji i rozporządzeniu o sankcjach określa się tryb nakładania środków restrykcyjnych. Decyzja ani rozporządzenie nie nakładają bowiem *per se* tych środków. Nałożenie sankcji odbywa się przez wpisanie danego podmiotu na listę znajdującą się w załączniku do decyzji i rozporządzenia z 2019 roku. Odbywa się to na mocy decyzji zamieniającej i rozporządzenia wykonawczego Rady przyjmowanych w obydwu przypadkach na podstawie projektu państwa członkowskiego lub Wysokiego Przedstawiciela ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa. To właśnie nastąpiło w 2020 roku, kiedy to Rada uchwaliła decyzję zmieniającą 2020/1127 i rozporządzenie wykonawcze 2020/1125. W tym samym trybie odbywa się zmiana środków restrykcyjnych bądź ich uchylenie. Akty nakładające sankcje ustalają przy tym jedynie treść załącznika do decyzji i rozporządzenia o środkach restrykcyjnych.

Akty nakładające sankcje precyzują w załącznikach listę podmiotów oraz uzasadnienie ich umieszczenia na liście. Załączniki zawierają informacje niezbędne do zidentyfikowania danego podmiotu (o ile są dostępne). Zgodnie z art. 7 ust. 2 decyzji i art. 14 rozporządzenia, „W przypadku osób fizycznych informacje takie mogą obejmować imiona i nazwiska, w tym pseudonimy, datę i miejsce urodzenia, obywatelstwo, numery paszportu i dokumentu tożsamości, płeć, adres, jeśli jest znany, a także stanowisko lub zawód. W przypadku osób prawnych, podmiotów lub organów informacje takie mogą obejmować nazwy, miejsce i datę wpisu do rejestru, numer w rejestrze i miejsce prowadzenia działalności”.

Decyzja w sprawie nałożenia środków restrykcyjnych jest przekazywana przez Radę wraz z uzasadnieniem umieszczenia na liście podmiotom objętym sankcjami, umożliwiając im przedstawienie uwag. Jeśli takie uwagi zostaną zgłoszone lub przedstawione zostaną nowe istotne dowody Rada ma obowiązek dokonania przeglądu decyzji, informując o tym zainteresowane podmioty (art. 6 decyzji i art. 7 ust. 1-3 rozporządzenia).

Decyzja i rozporządzenie w sprawie środków restrykcyjnych wymagają działania implementacyjnego ze strony państw członkowskich. W szczególności w rozporządzeniu zobowiązuje się je do przyjmowania przepisów dotyczących sankcji i wszelkich środków koniecznych do ich implementacji. Oczekuje się, że sankcje będą skuteczne, proporcjonalne i odstraszające.

Podobnie jak dyrektywy, rozporządzenie o środkach restrykcyjnych wymaga od państw członkowskich, aby po wejściu w życie rozporządzenia notyfikowały Komisji przepisy implementujące, a później także ich zmiany mające na nie wpływ (art. 15). Zgodnie z rozporządzeniem, państwa członkowskie mają też obowiązek wskazania organów odpowiedzialnych za wykonanie rozporządzenia (art. 17; ich wykaz znajduje się w załączniku II do rozporządzenia i może być zmieniany przez Komisję – art. 13 ust. 5). Na podstawie art. 12, Komisja i państwa członkowskie informują się wzajemnie o środkach wykonujących rozporządzenie, a także wszelkich innych istotnych i dostępnych informacjach związanych z rozporządzeniem (dotyczy to zwłaszcza funduszy zamrożonych na mocy rozporządzenia oraz „naruszeń przepisów i trudności z ich egzekwowaniem oraz orzeczeń wydanych przez sądy krajowe”; ust. 1). Państwa członkowskie są też zobowiązane do niezwłocznego przekazania sobie wzajemnie oraz Komisji wszelkich innych dostępnych im istotnych informacji mogących mieć wpływ na skuteczne wykonanie rozporządzenia (ust. 2).

W przypadku, gdy sankcje finansowe i gospodarcze wykonują osoby fizyczne lub prawne, jednostki lub ciała, które działają w dobrej wierze w oparciu o przekonanie, że działanie takie jest zgodne z rozporządzeniem, nie będą one (dotyczy to także członków zarządu lub pracowników osobny prawnej, jednostki lub ciała) ponosiły odpowiedzialności jakiegokolwiek rodzaju, chyba że dokonując zamrożenia środków/zasobów dopuściły się niedbalstwa. Podmioty te nie będą odpowiedzialne, jeżeli nie wiedziały i nie miały uzasadnionego powodu do przypuszczenia, że ich działania mogą naruszyć środki określone w rozporządzeniu (art. 10). Nie zaspakaja się też roszczeń wynikających z umów lub transakcji⁵⁷, których wykonywanie zostało zakłócone, bezpośrednio lub pośrednio, w całości lub części, przez środki nałożone niniejszym rozporządzeniem, jeżeli roszczenia te zostały wniesione przez podmioty objęte sankcjami lub inne podmioty działające za pośrednictwem lub w imieniu tych podmiotów. Ciężar dowodu spoczywa na podmiocie dochodzącym roszczeń (art. 11).

Na mocy rozporządzenia zostają również nałożone pewne obowiązki informacyjne (chodzi o informacje, które ułatwiłyby zachowanie zgodności z rozporządzeniem, np. informacje dotyczące rachunków lub kwot zamrożonych) i obowiązki współpracy (z właściwymi organami państwa członkowskiego) na osoby fizyczne, prawne, jednostki i ciała. Komisja została przy tym zobowiązana do ich udostępniania państwom członkowskim (art. 8).

W decyzji dodatkowo zachęca się państwa trzecie, aby przyjmowały sankcje podobne do przewidzianych w decyzji (art. 9).

57 Zob. też art. 1 ust. 8 lit. b rozporządzenia, gdzie znajduje się definicja umów i transakcji.

Kontrola sądowa środków restrykcyjnych zwłaszcza w formie decyzji zmieniających i rozporządzeń wykonawczych odbywa się na zasadach ogólnych. Możliwe jest zatem ich zaskarżenie w trybie art. 263 TfUE (legalność aktu), a także wnoszenie skarg odszkodowawczych.

Decyzja zmieniająca i rozporządzenie wykonawcze z 2020 roku są pierwszymi aktami prawnymi Unii nakładającymi sankcje w odpowiedzi na ataki cyfrowe. U ich podłoża znalazło się szkodliwe użycie technologii informacyjno-komunikacyjnych, które miało miejsce jeszcze w latach 2015, 2016, a zwłaszcza w 2018 roku. Działalność ta nie miała charakteru jednorazowego. Jednak nie ustawała, mimo wezwań ze strony Unii Europejskiej. Polegała ona w szczególności na atakach znanych jako „WannaCry”⁵⁸, „NotPetya”⁵⁹, „Operation Cloud Hopper”⁶⁰, które, jak to się podkreśla w preambułach obu aktów, wyrządziły znaczne szkody i straty gospodarcze w Unii i poza nią. Stworzyły też niebezpieczeństwo podważenia funkcjonowania Organizacji ds. Zakazu Broni Chemicznej (OPCW) w Niderlandach. Unia uznała, że ataki te mają na celu naruszenie integralności, bezpieczeństwa i gospodarczej konkurencyjności Unii i łączą się z kradzieżą praw własności intelektualnej (identyfikuje się podmiot znany jako „Advanced Persistent

-
- 58 »WannaCry« zakłócił systemy informacyjne na całym świecie poprzez uderzenie w systemy informacyjne za pomocą oprogramowania typu ransomware i blokowanie dostępu do danych. Wpłynął on na systemy informacyjne przedsiębiorstw w Unii, w tym systemy informacyjne związane z usługami niezbędnymi do utrzymania podstawowych usług i działalności gospodarczej w państwach członkowskich. Atak ten został przeprowadzony przez podmiot znany jako „APT38” („Advanced Persistent Threat 38”) lub „grupa Lazarus”.
- 59 „NotPetya” lub „EternalPetya” spowodowały brak dostępności danych w wielu przedsiębiorstwach w Unii, szerzej w Europie i na całym świecie poprzez uderzenie w komputery za pomocą oprogramowania typu ransomware i zablokowanie dostępu do danych, co doprowadziło między innymi do znacznych strat gospodarczych. Cyberatak na ukraińską sieć elektroenergetyczną spowodował wyłączenie jej części zimą. Autorem ataku był podmiot znany jako „Sandworm”
- 60 „Operation Cloud Hopper” była skierowana przeciwko systemom informacyjnym przedsiębiorstw wielonarodowych na sześciu kontynentach, w tym przedsiębiorstw mających siedzibę w Unii, oraz uzyskała nieuprawniony dostęp do danych wrażliwych pod względem handlowym, powodując znaczne straty gospodarcze.

Threat 10”). Wymienione działania zostały potępione przez Radę w konkluzjach z 16 kwietnia 2018 roku⁶¹

Na mocy decyzji zmieniającej sankcjami objęto dwóch Chińczyków zaangażowanych w atak cyfrowy dokonany przez APT10 „Operation Cloud Hopper” (Gao Qian – powiązanie z atakiem przez użytą infrastrukturę, zatrudnienie w Huaying Haitai i powiązania z drugim Chińczykiem objętym sankcjami, Zhang Shilong – powiązanie z atakiem przez opracowanie i testowanie złośliwego oprogramowania użytego w ataku, zatrudnienie w Huaying Haitai) oraz czterech Rosjan, którzy podjęli atak cyfrowy na Organizację ds. Zakazu Broni Chemicznej (A. V. Minin, A. S. Mortenets, E. M. Serebriakov, O. M. Sotnikov – należeli do zespołu wywiadu GRU, który podjął próbę nieuprawnionego dostępu do sieci Wi-Fi w OPCW). Ponadto środki restrykcyjne zastosowano wobec kilku osób prawnych, jednostek i ciał: Tianjin Huaying Haitai Science and Technology Development Co. Ltd (Huaying Haitai; Chiny – powiązanie z atakami cyfrowymi przez zatrudnienie osób fizycznych objętych sankcjami), Chosun Expo (KRLD; powiązanie z atakiem „WannaCry” m.in. przez konta wykorzystywane do ataków; ponadto podmiot ten podjął atak na polską Komisję Nadzoru Finansowego i Sony Pictures Entertainment, a także dokonał kradzieży w przestrzeni cyfrowej z Bangladesh Bank i próby kradzieży z Vietnam Tien Phong Bank), Główny Ośrodek Specjalnych Technologii (GTsST) Głównego Zarządu Sztabu Generalnego Sił Zbrojnych Federacji Rosyjskiej (GU GRU; Rosja).

Nowe sankcje związane z atakami cyfrowymi Rada przyjęła na podstawie decyzji zmieniającej 2020/1537⁶² i rozporządzenia wykonawczego 2020/1536 z 22 października 2020 roku⁶³, dodając do dotychczasowej listy dwóch Rosjan (D. S. Badin, I. O. Kostyukov) i jedno ciało (Główny Ośrodek Służb Specjalnych (GTsSS) Głównego Zarządu Sztabu Generalnego Sił Zbrojnych Federacji Rosyjskiej (GU GRU)) w związku z atakami na niemiecki Bundestag w kwietniu i maju 2015 roku, a także w kwietniu 2018 roku na OPCW (drugi z Rosjan i GTsSS)⁶⁴. Atak miał wpływ na funkcjonowanie tej instytucji przez kilka dni. Skradziono dużą ilość danych; atak ten miał także wpływ na konta poczty elektronicznej kilku parlamentarzystów, w tym

61 Konkluzje w sprawie szkodliwej działalności cyfrowej, doc. 7925/18. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7925-2018-INIT/en/pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

62 Dz. Urz. UE z 22.10.2020 r., LI 351, s. 5

63 Dz. Urz. UE z 22.10.2020 r., LI 351, s. 1.

64 Zob. Malicious cyber-attacks: EU sanctions two individuals and one body over 2015 Bundestag hack. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/10/22/malicious-cyber-attacks-eu-sanctions-two-individuals-and-one-body-over-2015-bundestag-hack/>. [dostęp: 3.9.2021].

kanclerz Angeli Merkel. Wreszcie mocą decyzji zmieniającej 2020/1748⁶⁵ i rozporządzenia wykonawczego Rady (UE) 2020/1744 z 20 listopada 2020 roku⁶⁶ dokonano uściśleń związanych z sankcjami wobec Gao Qiang i Zhang Shilong.

8. Konkluzje

Unia Europejska podejmuje różnorodne odpowiedzi na szkodliwą działalność cyfrową. Są to działania z zakresu WPZB, a także spoza niej (harmonizujące odpowiednie krajowe regulacje karne bądź administracyjne). W przypadku zewnętrznych ataków cyfrowych kluczowe są środki podejmowane w ramach narzędzi dyplomacji cyfrowej. Jednym z nich są sankcje. Co do istoty środki restrykcyjne nie odbiegają przy tym od tych, które są stosowane i kontrolowane na zasadzie powszechnej. Wyróżnikiem jest zatem atak cyfrowy jako przyczyna nałożenia sankcji.

Dotychczasowa praktyka sankcyjna Unii Europejskiej w stosunku do ataków cyfrowych nie jest zbyt bogata. Trudno też jeszcze ocenić ich efektywność. Można jednak sformułować kilka ocen dotyczących ukształtowania środków restrykcyjnych stosowanych w przypadku ataku cyfrowego.

Po pierwsze, można zwrócić uwagę, że reakcja sankcyjna Unii Europejskiej została opracowana z jednej strony jako reżim tymczasowy, tzn. decyzja i rozporządzenie stanowiące podstawę nakładania restrykcji obowiązują jedynie czas określony, stosunkowo krótki, który może być jednak przedłużany. Nie sprzyja to stabilizacji stosowania sankcji. Z drugiej strony regulacje sankcyjne, a zwłaszcza decyzja z 2019 roku, stanowią swoiste obejście zakazu stanowienia aktów legislacyjnych w ramach WPZB. Nie ulega wątpliwości, że ich treść ma charakter legislacyjny. Jedynymi elementami mającymi wykluczyć kwalifikację jako aktu legislacyjnego są czasowy charakter decyzji oraz umożliwienie uruchomienia listy indywidualizującej sankcje w załączniku (stąd decyzje są zmieniane, a nie wykonywane). Regulacji unijnych nie osadzono też wystarczająco w całości reakcji na ataki cyfrowe⁶⁷.

Po drugie, rozwiązanie polegające na tym, że istnieją akty podstawowe mające faktycznie lub formalnie charakter legislacyjny, a decyzje zmieniające i rozporządzenia wykonawcze zmieniają jedynie ich załącznik I powoduje, że wbrew założeniom dyplomacji cyfrowej nie daje się zrelatywizować sankcji (bardziej ich ukierunkować) w zależności od adresata i okoliczności

65 Dz. Urz. UE z 23.11.2020 r., L 393, s. 19.

66 Dz. Urz. UE z 23.11.2020 r., L 393, s. 1.

67 Zob. Erica Moret, Patryk Pawlak, „The EU Cyber Diplomacy Toolbox: towards a cyber sanctions regime?, Brief”, *European Union Institute for Security Studies*, nr 24 (2017): 3. <https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Brief%2024%20Cyber%20sanctions.pdf>. [dostęp: 3.9.2021].

przypadku. Ramy wspólnej odpowiedzi dyplomatycznej i Wytyczne do nich dodane wskazują, że należy niuansować przypadki, zgodnie z zasadą proporcjonalności. Środki restrykcyjne muszą być stosowane jako całe pakiety, podczas gdy z art. 215 TfUE nie wynika jednoznacznie, że muszą one działać łącznie jako środki finansowe i gospodarcze.

Po trzecie, decyzja i rozporządzenie nie przewidują stosowania restrykcji wobec państw. Tymczasem ataki cyfrowe mogą być wynikiem ogólniejszej taktyki stosowanej przez nieprzyjazne Unii, jej członkom i sojusznikom państwa trzecie. Nie chodzi przy tym o to, że w dotychczasowej praktyce nie zaszły takie przypadki, lecz że nie wprowadzono możliwości stosowania sankcji wobec ataków cyfrowych o szerszym charakterze, zwłaszcza gdy są stosowane z inspiracji organów państwa.

Po czwarte, wątpliwe wydaje się nakładanie sankcji jedynie na jednostki lub ciała stanowiące strukturę aparatu państwowego czy nawet osoby tam zatrudnione. Najczęściej są to bowiem wykonawcy działań, o których zachowaniach zdecydowano w innym miejscu aparatu władzy. Uwaga ta nie koliduje z faktem, że zasadnie odróżnia się sankcje od ustalenia państwa odpowiedzialnego za czyn międzynarodowo bezprawny w rozumieniu prawa międzynarodowego.

Po piąte, nie jest właściwe ograniczanie sankcji finansowych i gospodarczych jedynie do zamrożenia funduszy czy zasobów gospodarczych. Te bowiem mogą być poza zasięgiem efektywnego oddziaływania Unii. Ponadto w decyzji i rozporządzeniu z 2020 roku nie uwzględnia się innych rodzajów sankcji, o których mowa np. w Wytycznych do Ram. Można też wywodzić, że z punktu widzenia efektywnego zapobiegania i reagowania na ataki cyfrowe pożądane byłoby wprowadzenie sankcji na państwa lub inne podmioty w postaci embarga na zakupy oprogramowania, które może być wykorzystywane do ataków, czy też zaawansowanych elementów infrastruktury internetowej (ewentualnie służących do ich wytwarzania), zwłaszcza gdy wchodzi w grę mocne ataki cyfrowe czy też ataki o charakterze uporczywym.

Po szóste, w decyzji i rozporządzeniu nie ma wystarczającego powiązania środków restrykcyjnych z gwarancjami proceduralnymi, o których mowa w art. 215 TfUE, a także w Ramach i Wytycznych do Ram. Owszem, mówi się o obowiązku informowania adresatów sankcji, prawie do wnoszenia uwag i obowiązku dokonania przeglądu środków restrykcyjnych, ale nie wydaje się to wystarczające, biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące kontroli poszanowania praw podstawowych w przypadku stosowania sankcji⁶⁸.

68 Zob. np. M. Niedźwiedź, komentarz do art. 215 TfUE, s. 1551 i n.; Eeckhout, *EU External Relations Law*, 511 i n.

Bibliografia

- Antczak Anna, *Role międzynarodowe Unii Europejskiej. Aspekty teoretyczne*. Warszawa: WizjaPress and IT, 2012.
- Dobrzeńcki Karol, *Lex informatica*. Toruń: TNOiK, 2008.
- Dyplomacja cyfrowa jako instrument polityki zagranicznej XXI wieku, red. Marcin Kosienkowski, Beata Piskorska. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014.
- Dyplomacja czy siła? Unia Europejska w stosunkach międzynarodowych*, red. Stanisław Parzymies. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2009.
- Eeckhout Piet, *EU External Relations Law*. Oxford: OUP, 2011.
- Eichenseher Kristen. E., „The Cyber-Law of Nations” *The Georgetown Law Journal*, nr 2 (2015): 317-380.
- EU Law After Lisbon*, red. Andrea Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley. Oxford: OUP, 2012.
- European Foreign Policy. Legal and Political Perspectives, red. Panos Koutrakos. Chltenham-Northampton: E. Elgar Publ., 2011.
- European Union Treaties. A Commentary*, red. Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur. München-Oxford: C. H. Beck-Hart, 2015.
- Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, red. Anne-Sophie Lamblin-Gourdin, Eric Mondielli. Bruxelles : Éditions É. Bruylant, 2013.
- Mik Cezary, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*. Toruń: TNOiK, 1999.
- Mik Cezary, Władysław Czapliński, *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo ABC, 2005.
- Moret Erica, Patryk Pawlak, „The EU Cyber Diplomacy Toolbox: towards a cyber sanctions regime?” *Brief, European Union Institute for Security Studies*, nr 24 (2017): 1-4.
- Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International relations and Diplomacy*, red. Katharina Ziolkowski. Talin: NATO CCD COE Publ., 2013.
- Piris Jean-Claude, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge CUP, 2010.
- Polityka zagraniczna Unii Europejskiej. Prawo i praktyka*, red. Jan Galster, Anna Szczerba-Zawada. Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo, 2016.
- Research Handbook on International Law and Cyberspace*, red. Nicholas Tsagourias, Russell Buchan. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.
- Ryszka Joanna, *Sankcje gospodarcze wobec podmiotów zewnętrznych w prawie i praktyce Unii Europejskiej* (Toruń: TNOiK, 2008).

Talinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, red. Michael N. Schmitt. Cambridge: CUP, 2017.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, red. Andrzej Wróbel, t. I (art. 1-89), red. Dawid Miąsik, Nina Półtorak. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, red. Andrzej Wróbel, t. II (art. 90-222), red. Krystyna Kowalik-Bańczyk, Monika Szwarc-Kuczer, Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.

Worona Joanna, *Cyberprzestrzeń a prawo międzynarodowe*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.

Wpływ internetu na ewolucję państwa i prawa, red. Radosław Grabowski, Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, 2008.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Delimitacja obszarów morskich na przykładzie Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim*

The Delimitation of Maritime Zones in the Agreement between the Republic of Poland and the Kingdom of Denmark concerning the Delimitation of Maritime Zones in the Baltic Sea

The article analyses the Agreement between the Republic of Poland and the Kingdom of Denmark concerning the Delimitation of Maritime Zones in the Baltic Sea of 19 November 2018. The maritime dispute in the Baltic Sea was one of the most challenging issues in relations between Denmark and Poland. The States were divided on how to apportion the maritime zone of 3.500 km², where the economic zones of Denmark and Poland had not been delimited for several dozen years. The agreed single maritime boundary split Poland and Denmark's continental shelves and exclusive economic zones in part of the Baltic Sea south of Bornholm. The maritime dispute settlement coincided with the Polish-Danish plans to build the Baltic Pipe natural gas pipeline at the bottom of the Baltic Sea. It prompted the two States to put an end to their maritime border dispute. The International Law of the Sea provides that the delimitation of maritime zones between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement based on international law to achieve an equitable solution. The purpose of the present article is to analyse the Polish-Danish Agreement in light of the principles governing the maritime delimitation and the statement made by the Polish government on its successful negotiations.

Marcin Kałduński

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0002-2179-5733

Tadeusz Wasilewski

*profesor nauk prawnych
Uniwersytet Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0001-9880-4485

Słowa kluczowe:
umowa międzynarodowa, delimitacja, słuszność,
granica, szelf kontynentalny, wyłączna strefa
ekonomiczna, rurociągi podmorskie

Key words:
international agreement, delimitation, equity,
boundary, continental shelf, exclusive economic
zone, submarine pipelines

<https://doi.org/10.36128/priv.vi37.276>

1. Wstęp

Po ponad czterdziestu latach negocjacji, 19 listopada 2018 roku doszło do podpisania w Brukseli Umowy pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim¹. Traktat został następnie aprobowany przez parlamenty obu krajów i ratyfikowany przez głowy państw. Umowa weszła w życie 28 czerwca 2019 roku.

Spór delimitacyjny na Morzu Bałtyckim był jednym z najważniejszych i najtrudniejszych

1 Dz. U. z 2019 r., poz. 567.

* Autorzy pragną wyrazić podziękowania drowi Konradowi Marciniakowi za cenne uwagi do projektu artykułu. Artykuł jest wyłącznie wyrazem prywatnych i naukowych poglądów autorów.

problemów w stosunkach polsko-duńskich. Państwa dzielił spór dotyczący obszaru morskiego o powierzchni ok. 3.500 km². Negocjowana przez państwa linia graniczna podzieliła ich szelfy kontynentalne i wyłączne strefy ekonomiczne w części Morza Bałtyckiego znajdującej się na południe od wyspy Bornholm. Rozwiązanie sporu delimitacyjnego zbiegło się w czasie z intensyfikacją współpracy gospodarczej obu państw oraz budową gazociągu Baltic Pipe, którym od 2022 roku do Polski ma z szelfu norweskiego trafiać rocznie do 10 mld m³ gazu ziemnego. Realizacja tego projektu inwestycyjnego ma pozwolić Polsce zwiększyć znacząco dywersyfikację źródeł dostaw gazu i zmniejszyć zależności od dostaw z Federacji Rosyjskiej. Szczególne znaczenie spornych terenów i konieczność ich delimitacji była zatem konsekwencją aktualnej polityki gospodarczej i względów bezpieczeństwa energetycznego państwa polskiego.

Celem niniejszego artykułu jest analiza Umowy polsko-duńskiej w świetle zasad rządzących delimitacją morską i deklaracji polskiego rządu o sukcesie negocjacyjnym. Opracowanie jest podzielone na cztery części. W pierwszej zostaną przedstawione zasady regulujące delimitację obszarów morskich w prawie międzynarodowym. Druga i trzecia część poświęcona będzie charakterystyce obszaru spornego między Polską i Danią oraz negocjacom obu państw. W kolejnej punkcie artykułu omówione zostaną postanowienia umowne, podczas gdy w ostatnia, szósta część dotyczy analizy wynegocjowanej granicy polsko-duńskiej.

2. Delimitacja obszarów morskich w prawie międzynarodowym

Państwa, dopóki nie rozgraniczą swoich obszarów morskich, prowadzą ustawiczne spory o swoje obszary morskie. Wiele z nich zostało już załatwionych, jednak nadal występują spory delimitacyjne. Cześć z nich państwa skierowały do rozstrzygnięcia sądowego².

Rozgraniczenie terytoriów państw oraz ich uprawnień suwerennych pozostaje domeną prawa międzynarodowego. Obejmuje ono podział terytorium lądowego i terytorium morskiego. W tym drugim przypadku delimitacja obszarów morskich zajmuje się rozgraniczeniem morza terytorialnego, wyłącznej strefy ekonomicznej oraz szelfu kontynentalnego między sąsiadującymi państwami. Międzynarodowe prawo morza stanowi, że delimitacja obszarów morskich między państwami, których wybrzeża leżą naprzeciw siebie lub przylegają/leżą obok siebie, następuje w drodze umowy na podstawie prawa międzynarodowego w celu osiągnięcia słusznego (sprawiedliwego)

2 Przykład stanowią: *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, skarga z 28 sierpnia 2014 r.; *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, specjalne porozumienie (compromis) z 24 sierpnia 2019 r.

rozwiązania (*equitable solution*)³. Tym samym powinna być ona oparta na zasadach sprawiedliwości⁴. Jest to norma zwyczajowa odzwierciedlona w Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza (UNCLOS) z 10 grudnia 1982 r.⁵. Artykuły 74 ust. 1 i 83 ust. 1 odpowiednio odnoszą się do wyłącznej strefy ekonomicznej i szelfu kontynentalnego⁶. Nieco odmiennie wygląda regulacja dotycząca delimitacji morza terytorialnego, gdyż UNCLOS nie odwołuje się wprost do zasady słuszności, lecz stanowi w art. 15, że państwo nie ma prawa do rozciągania swojego morza terytorialnego poza linię środkową (medianę), której każdy punkt jest jednakowo oddalony od najbliższych linii punktów podstawowych, (o ile nie zawarto umowy stanowiącej inaczej), chyba że ze względu na tytuł historyczny lub inne specjalne okoliczności (*special circumstances*) konieczna jest odmienna delimitacja morza terytorialnego⁷. A zatem w odniesieniu do morza terytorialnego należy stwierdzić, że specjalne okoliczności stanowią klauzulę, dzięki której państwa lub

-
- 3 Szerzej: Tadeusz Wasilewski, *Delimitacja szelfu kontynentalnego. Studium prawnomiędzynarodowe* (Toruń: Wydawnictwo UMK, 1994), 47 i n.
 - 4 Janusz Symonides, „Delimitacja obszarów morskich na Morzu Barentsa i Oceanie Arktycznym między Rosją a Norwegią”, [w:] *Współczesne problemy prawa. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, red. U. Jackowiak et al. (Gdynia: Wyższa Szkoła Prawa i Administracji im. E. Kwiatkowskiego 2011), 63.
 - 5 Dz. U. z 2002 r., Nr 59, poz. 543. Tak wypowiedział się wielokrotnie Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS). Zob. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, wyrok z 14 czerwca 1993 r., I.C.J. Reports 1993, par. 48 (zwana dalej jako *Jan Mayen*); *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, wyrok z 16 marca 2001 r., I.C.J. Reports 2001, par. 167 (zwana dalej jako *Qatar v. Bahrain*); *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, wyrok of 19 listopada 2012 r., I.C.J. Reports 2012 r., par. 139 (zwane dalej jako *Nicaragua v. Colombia*); *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, wyrok z 27 stycznia 2014 r., I.C.J. Reports 2014, par. 179 (zwana dalej jako *Peru v. Chile*).
 - 6 Artykuł 74 ust. 1 stanowi: „Delimitacja wyłącznej strefy ekonomicznej między państwami, których wybrzeża leżą naprzeciw siebie lub sąsiadują ze sobą, następuje w drodze umowy na podstawie prawa międzynarodowego w rozumieniu artykułu 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, w celu osiągnięcia rozwiązania opartego o zasadę słuszności”.
 - 7 Zob. również art. 6 IV Konwencji genewskiej w sprawie szelfu kontynentalnego z 29 kwietnia 1958 r., Dz. U. z 1964 r., Nr 28, poz. 179.

organ orzecznicy odwołują się do zasad słusznościowych (sprawiedliwości). Ogół postanowień konwencyjnych (jeszcze raz zaznaczymy, odzwierciedlających prawo zwyczajowe) jednoznacznie potwierdza, że delimitacja obszarów morskich opiera się na zasadach sprawiedliwości.

Zgodnie z powyższymi normami podstawowe znaczenie ma umowa między zainteresowanymi państwami. Porozumienie stron jest podstawowym sposobem delimitacji również w tym sensie, że jeśli zostało ono zawarte zgodnie z wymogami prawa międzynarodowego (zwłaszcza brak nieważności, na przykład, błędów oświadczenia woli lub – pod ściśle określonymi warunkami – naruszenia normy krajowej o podstawowym znaczeniu), to z założenia odpowiada prawu międzynarodowemu i jest sprawiedliwe, tym bardziej że strony bez jakiegokolwiek przymusu godzą się na określony przebieg granicy morskiej⁸. Można wręcz stwierdzić, że każda umowa delimitująca obszary morskie z zasady jest słusznym rozwiązaniem zgodnie z treścią art. 15, 74 ust. 1 i 83 ust. 1 UNCLOS. Jedynie w sytuacji, w której państwa nie osiągnęły w drodze negocjacji czy mediacji porozumienia dotyczącego rozgraniczenia obszarów morskich, mogą – za obopólną zgodą – zdecydować się na skierowanie sprawy na drogę sądową lub arbitrażową zgodnie z odpowiednimi postanowieniami UNCLOS i jej załączników. W praktyce podstawowym forum pozostaje Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS), mimo że na podstawie Konwencji powstał Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza (MTPM), który w założeniu ma być organem społeczności międzynarodowej zajmującym się sprawami z zakresu prawa morza. Dotychczasowy dorobek orzecznicy MTS jest jednak znacznie bogatszy, bo obejmuje rozstrzygnięcie szesnastu spraw, przy czym kolejne dwie pozostają na wokandzie MTS⁹. Działalność MTPM w zakresie spraw delimitacyjnych jest znacznie uboższa, bo dotyczy tylko sprawy między Mjanmą i Bangladeszem, która za to

-
- 8 Przykładowo: Umowa między Norwegią i Rosją o delimitacji i współpracy na Morzu Barentsa i Oceanie Arktycznym z 15 września 2010 r., tekst angielski traktatu na stronie: Strona internetowa rządu Norwegii. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/folkerett/avtale_engelsk.pdf. [dostęp: styczeń 2021]; Umowa między Estonią i Szwecją o delimitacji obszarów morskich na Morzu Bałtyckim z 1 listopada 1998 r., tekst angielski traktatu na stronie internetowej ONZ. <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/EST-SWE1998MZ.PDF>. [dostęp: styczeń 2021].
- 9 Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), skarga z 25 lutego 2014 r.; Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), skarga z 28 sierpnia 2014 r.

obejmowała po raz pierwszy w historii orzecznictwa międzynarodowego delimitację szelfu kontynentalnego powyżej 200 mil morskich¹⁰. Trybunał hamburski ma jednak już kolejną sprawę delimitacyjną na wokandzie¹¹. W tym miejscu trzeba również nadmienić, że sprawy dotyczące delimitacji morskiej są również rozstrzygane przez trybunały arbitrażowe, które także przyczyniają się do rozwoju zasad słuszności w obrębie prawa morza¹².

Celem delimitacji morskiej jest ustanowienie jednolitej granicy morskiej (*single maritime boundary*) między przeciwległymi lub przylegającymi państwami w zakresie wyłącznej strefy ekonomicznej i szelfu kontynentalnego. Jednolitej granicy morskiej nie należy utożsamiać z granicą rozdzielającą terytoria państwa. Jak stwierdził Trybunał haski, granica morska: „określa granice stref morskich, gdzie na podstawie prawa międzynarodowego państwo nadbrzeżne ma pewne suwerenne prawa dla określonych celów”, podczas gdy druga z nich: „określa terytorialne granice (*limits*) suwerenności państwa¹³.

Prawo międzynarodowe stanowi zatem, że jednolita granica morska oddziela wykonywanie suwerennych praw państw nadbrzeżnych, które te posiadają na podstawie prawa międzynarodowego. Tymczasem granica terytorialna zakresła granice suwerenności terytorialnej państw sąsiadujących, a każde z państw posiada wyłączną kompetencję nad swoim terytorium

-
- 10 Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), sprawa nr 16, wyrok z 14 marca 2012 r. (zwana dalej jako Bangladesh/Myanmar).
 - 11 Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), specjalne porozumienie (*compromis*) z 24 sierpnia 2019 r.
 - 12 Przykładowo: Anglo-French Continental Shelf Case, decyzja z 30 czerwca 1977 r., UNRIAA, t. XVIII; Barbados v. The Republic of Trinidad and Tobago, orzeczenie z 11 kwietnia 2006 r., UNRIAA, t. XXVII; Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau, decyzja z 14 lutego 1985 r., UNRIAA, t. XIX, decyzja z 31 lipca 1989 r., UNRIAA, t. XX (Guinea and Guinea-Bissau); Eritrea v. Yemen, orzeczenie Trybunału Arbitrażowego dotyczące drugiego etapu postępowania między Erytreą i Jemenem (delimitacja morska) z 17 grudnia 1999 r., UNRIAA, t. XXII.
 - 13 Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), wyrok z 3 lutego 2009 r., I.C.J. Reports 2009, par. 217 (zwana dalej jako Black Sea).

z wyłączeniem innych państw¹⁴. Dlatego też sednem sporów terytorialnych są zbiegające się, konkurujące i zwalczające się wzajemnie suwerenności państwowe, w związku z czym organ rozstrzygający (badający) sprawę: „musi ustalić, która ze stron przedstawiła bardziej przekonujące dowody tytułu [do terytorium]”¹⁵. Delimitacja obszarów morskich nie operuje na tej zasadzie. Nie dotyczy ona bowiem terytoriów państw i ustalenia lepszego tytułu do spornego obszaru, lecz wyznaczenia granicy oddzielającej strefy morskie przeciwległych lub przylegających państw w sytuacji, gdy roszczenia morskie tych państw na siebie się nakładają. W przypadku delimitacji obszarów morskich możliwy jest też podział spornego obszaru morskiego między zainteresowane strony. Zazwyczaj zresztą państwa lub organ międzynarodowy dzieli sporny obszar między zainteresowane strony, nigdy nie przysądżając całego obszaru jednej stronie.

Omówione wyżej normy delimitacyjne są bardzo ogólne. Konwencja nie mówi dokładnie, jakie elementy wchodzi w skład słusznego rozwiązania. Takie konstrukcja prawna została celowo przyjęta, gdyż jej wyjaśnienie pozostawiona praktyce i w ten sposób „autoryzowano” sądy i trybunały międzynarodowe do działalności interpretacyjnej, by nie powiedzieć prawotwórczej. Stąd praktyka orzecznicza MTS przyczyniła się do rozwoju prawa międzynarodowego w zakresie delimitacji obszarów morskich. Zresztą można również twierdzić, że pierwsze historycznie rozstrzygnięcia Trybunału haskiego miały wpływ na treść odpowiednich opisanych wyżej norm UNCLOS. W tym zakresie główna zasługa MTS polega na opracowaniu w serii rozstrzygnięć z lat 1969-2009 metodologii delimitacji obszarów morskich¹⁶, która to została następnie zaakceptowana bez większych zmian przez MTPM¹⁷. Analiza dorobku orzeczniczego MTS prowadzi do wniosku, że jego działalność ma *de facto* charakter quasi-prawotwórczy, do której sądy co do zasady nie mają kompetencji. W przypadku delimitacji obszarów morskich wydaje się jednak, że sądy i trybunały międzynarodowe są do tego uprawnione, ponieważ postanowienia art. 74 ust. 1 i 83 ust. 1 UNCLOS nakazują osiągnięcie słusznego rezultatu delimitacji, a to z kolei prowadzi do poszukiwania zasad

14 Island of Palmas Case (Netherlands v. USA), orzeczenie z 4 kwietnia 1928 r., UNRIAA, t. 2, s. 838.

15 Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom), wyrok z 17 listopada 1953 r., I.C.J. Reports 1953, s. 52.

16 Okres ten rozpoczyna sprawa North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands, Federal Republic of Germany/Denmark), wyroki z 20 lutego 1969 r., I.C.J. Reports 1969, a kończy sprawa Black Sea z 2009 r.

17 Bangladesh/Myanmar, par. 233 i n.

słusznościowych w konkretnym przypadku, które musi ustalić sąd lub trybunał¹⁸. Tym samym, działalność quasi-prawotwórcza znajduje swoją podstawę w treści art. 74 ust. 1 i 83 ust. 1 UNCLOS.

Proces budowania metodologii delimitacji obszarów morskich można podzielić na trzy fazy¹⁹.

Pierwszy etap dotyczy lat 1969-1982, w których MTS orzekał na podstawie Konwencji genewskich z 1958 roku oraz międzynarodowego prawa zwyczajowego i ustanowił podstawowe ogólne zasady dotyczące delimitacji obszarów morskich²⁰. Szczególne znaczenie mają w tym zakresie orzeczenia w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Północnego. Druga faza obejmuje lata 1982-2009, kiedy podpisano Konwencja o prawie morza z 1982 r. (weszła w życie w 1994 r.). Trzecia faza dotyczy zaś okresu od 2009 r. do czasów obecnych i rozpoczyna się wraz z wydaniem wyroku w sprawie Morza Czarnego, gdzie MTS ugruntował i ostatecznie jednoznacznie wyraził metodologię delimitacji obszarów morskich potwierdzając istnienie w jej ramach trzech etapów delimitacyjnych.

Metodologia tak opracowana jest przejrzysta pomimo faktu, że sama delimitacja obszarów morskich jest procesem złożonym i trudnym, wiążącym ze sobą geografię, geologię, kartografię i prawo. Duża odpowiedzialność spoczywa na osobach przeprowadzających delimitację, albowiem nie tylko mają oni odzwierciedlić wiernie w terenie zasady słuszności (sprawiedliwości), ale także zdecydować o interesach gospodarczych (podział złóż mineralnych) i politycznych państw wiodących spór. Doświadczenie minionych lat pozwoliło jednak sędziom haskim na wypracowanie czytelnej metodologii uwzględniającej konieczność osiągnięcia słusznego rozwiązania.

Zgodnie z wyrokiem MTS z 2009 roku delimitacja obszarów morskich składa się z trzech etapów²¹. Pierwszy z nich polega na ustaleniu

-
- 18 Por. Declaration of Judge Wolfrum, Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, sprawa nr 16, wyrok z 14 marca 2012 r., s. 3.
 - 19 Por. Donald R. Rothwell, Tim Stephens, *The International Law of the Sea* (Oxford, Portland: Hart Publishing 2010), 393. Co zasadniczych okresów rozwoju prawa morza zob. Tullio Treves, „Historical Development of the Law of the Sea”, [w:] *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, red. Donald R. Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott, Tim Stephens (Oxford: Oxford University Press 2015), 10-13.
 - 20 Konwencja o morzu terytorialnym i strefie przyległej z 29 kwietnia 1958 r., UNTS, t. 516, s. 205; IV Konwencja genewska w sprawie szelfu kontynentalnego z 29 kwietnia 1958 r., Dz. U. z 1964 r., Nr 28, poz. 179.
 - 21 Black Sea, par. 115-122. Zob. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), wyrok z 3 czerwca 1985 r., I.C.J. Reports 1985, par. 60

tymczasowej linii delimitacyjnej. W tym miejscu MTS stosuje metody geometrycznie obiektywne i właściwe dla geografii danego obszaru²². W przypadku przeciwnych państw będzie to zasadniczo mediana, a w przypadku wybrzeży przylegających ekwidystanta. Są to podstawowe metody i tylko w sytuacji, w której istnieją ważne (*compelling*) powody uniemożliwiające ustalenie ekwidystanty lub mediany, MTS zastosuje inną metodę²³. Kluczowe znaczenie na pierwszym etapie ma: (1) identyfikacja i wyznaczenie punktów podstawowych (*base points*), na podstawie których ustalane są obszary morskie i zakres terytorialny roszczeń państw²⁴; (2) relewantne wybrzeża (*relevant coasts*), to jest wybrzeża, które generują projekcje (*projections*) morskie pokrywające się z projekcjami generowanymi wybrzeżami innego państwa²⁵, oraz (3) relewantne obszary (*relevant areas*), które obejmują tereny morskie, na których krzyżują się projekcje wybrzeży sąsiadujących państw²⁶.

Na drugim miejscu MTS bierze pod uwagę okoliczności wymagające dopasowania lub przeniesienia (*adjustment or shifting*) tymczasowej linii w celu osiągnięcia słusznego (sprawiedliwego) rozstrzygnięcia. Jeżeli Trybunał ustali, że istnieją szczególne okoliczności, to wówczas zmodyfikuje lub przesunie ekwidystantę albo medianę w taki sposób, aby odzwierciedlić szczególne okoliczności istniejące w sprawie²⁷.

(zwana dalej jako Libyan Arab Jamahiriya/Malta); Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), wyrok z 10 października 2002, I.C.J. Reports 2002, par. 288 (zwana dalej jako Cameroon v. Nigeria).

- 22 Nicaragua v. Colombia, par. 191.
- 23 Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), wyrok z 8 października 2007 r., I.C.J. Reports 2007, par. 281 (zwana dalej jako Nicaragua v. Honduras).
- 24 Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India, Stały Trybunał Arbitrażowy (PCA), orzeczenie z 7 lipca 2014 r., par. 222-261.
- 25 Zob. Marcin Kałduński, „A Commentary on Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India Concerning the Bay of Bengal” *Leiden Journal of International Law*, nr 4 (2015): 810.
- 26 Zob. Alex G. Oude Elferink, „Relevant Coasts and Relevant Area: The Difficulty of Developing General Concepts in a Case-Specific Context”, [w:] *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law*, red. Alex G. Oude Elferink, Tore Henriksen, Signe V. Busch (Cambridge: Cambridge University Press 2018): 173-199.
- 27 Libyan Arab Jamahiriya/Malta, par. 63; Black Sea, par. 119-121; Nicaragua v. Colombia, par. 192.

Trzeci i ostatni etap dotyczy weryfikacji uzyskanej linii dla sprawdzenia, czy prowadzi ona do niesłusznego rozstrzygnięcia z powodu wyraźnej dysproporcji między współczynnikiem długości relewantnych wybrzeży morskich przeciwległych lub przylegających państw do współczynnika relewantnych obszarów morskich przydzielonych tym państwom na podstawie poprzednich dwóch etapów. Przykładowo w sprawie między Rumunią a Ukrainą współczynnik długości wybrzeży morskich tych państw wyniósł 1:2.8, a współczynnik przyznanych obszarów morskich 1:2.1, co zdaniem MTS nie stanowiło wyraźnej dysproporcji²⁸.

Trybunał haski zaznacza, że delimitacja morska nie jest tak ukształtowana, aby osiągnąć korelację między długością relewantnych wybrzeży stron i przydzielonych im obszarów morskich. Zadaniem MTS w trzeciej fazie jest sprawdzenie, czy wystąpiła znacząca (rażąca) (*marked, significant*) dysproporcja. Stwierdzenie takiej dysproporcji jest uzależnione każdorazowo od szczegółowych okoliczności danej sprawy i pozostawione dyskrekcji Trybunału²⁹. Sądy i trybunały międzynarodowe nigdy nie uznały na trzecim etapie, aby ustalona linia graniczna była nieproporcjonalna i wymagała dalszej korekty.

Trójetapowy proces delimitacyjny nie jest stosowany bezwiednie i mechanicznie. Jeżeli okoliczności sprawy wykazują ważne powody na rzecz zastosowania innej metody, Trybunał odstępuje od podstawowego sposobu³⁰. Niemniej należy przyjąć, że metoda trójetapowa ma charakter podstawowy i wyjściowy dla każdej delimitacji, a przez to obowiązuje domniemanie zastosowania trójetapowego procesu, chyba że ważne powody będą przemawiać z przyjęciem innej metody. Tak opracowaną metodologię delimitacji obszarów morskich MTS stosuje w kolejnych sprawach³¹.

3. Charakterystyka obszaru spornego między Danią i Polską. Szara strefa

Orzecznictwo i doktryna operuje niekiedy pojęciem „szarej strefy” (*grey area*). Nie ma ona jednak jednolitego i ustalonego znaczenia. Pojęcie „szarej strefy”, ogólnie rzecz biorąc, oznacza obszar morski, na którym państwa sprawują jednocześnie lub pretendują do sprawowania (konkurencyjnych i sprzecznych, lecz wyłącznych) uprawnień mających swoje źródło w ich suwerenności. Dla przykładu, z sytuacją taką mamy do czynienia w przypadku delimitacji obszarów morskich poza 200 Mm i przesunięciem

28 Black Sea, par. 215.

29 Black Sea, par. 111; Nicaragua v. Colombia, par. 158; Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), wyrok z 2 lutego 2018 r., I.C.J. Reports 2018, par. 161-162.

30 Nicaragua v. Honduras, par. 272; Nicaragua v. Colombia, par. 194.

31 Nicaragua v. Colombia, par. 190-193; Peru v. Chile, par. 180.

linii ekwidystanty. Powstająca wówczas szara strefa została wyjaśniona przez MTPM jako:

„a practical consequence of the delimitation process. Such an area will arise whenever the entitlements of two States to the continental shelf extend beyond 200 nm and relevant circumstances call for a boundary at other than the equidistance line at or beyond the 200 nm limit in order to provide an equitable delimitation”. (zob. mapa nr 1)³².

W tak rozumianej szarej strefie jedno państwo nadbrzeżne sprawuje prawa i jurysdykcję objęte reżimem wyłącznej strefy ekonomicznej, podczas gdy drugie prawa i jurysdykcję w zakresie szelfu kontynentalnego. Przykładem wykonywania praw suwerennych i jurysdykcji w wyłącznej strefie ekonomicznej i na szelfie kontynentalnym przez inne państwo na tym samym obszarze jest strefa powstała na skutek delimitacji obszarów morskich Bangladeszu i Myanmaru przez MTPM.

Inną, częściej występującą sytuacją, jest wypadek, kiedy dwa lub więcej sąsiadujących państw wysuwa konkurencyjne roszczenia terytorialnie o posiadanie suwerennych praw i jurysdykcji objętych reżimem wyłącznej strefy ekonomicznej i szelfu kontynentalnego w stosunku do tego samego obszaru. W takich sytuacjach państw (albo jedno z państw) lub doktryna mówi o szarej strefie. Taka sytuacja miała miejsce między Polską i Danią w odniesieniu do Morza Bałtyckiego w regionie Bornholmu.

Wyspa Bornholm posiada powierzchnię 588,36 km², a długość linii brzegowej wynosi 141,4 km. Polska posiada 312.696 km² lądu. Linia brzegowa wynosi 770 km. Polskie obszary morskie wynoszą 34.348 km², a duńskie (Morze Północne oraz Bałtyk) 61.200 km².³³ Obszar morski, do którego państwa rościły sobie prawa, wynosił ok. 3.503 km².

Badania przeprowadzone przez Państwowy Instytut Geologiczny (PIG) omawiają geologiczną i geomorfologiczną stronę szarej strefy umożliwiając tym samym gospodarczą charakterystykę omawianego obszaru³⁴. Otóż strefa ta jest dosyć uboga w nieożywione zasoby naturalne. Możliwości występowania na tym obszarze złóż węglowodorów są nieokreślone,

32 Bangladesh/Myanmar, par. 498.

33 *Ocena geologiczna i środowiskowa rejonu strefy ekonomicznej Polski i Danii*, red. Joanna Zachowicz (Sopot 1997), 1. Polskie morze terytorialne wynosi ok. 8.800 km², a wyłączna strefa ekonomiczna (włączając w to obszar sporny z Danią) ok. 26.000 km². Zob. Konrad Marciniak, „*Terytorium morskie Polski i jej władztwo nad strefamiorskimi*”, [w:] *Polskie prawo stosunków międzynarodowych. Zagadnienia wybrane*, red. Cezary Mik, Łukasz Kułaga (Toruń: TNOiK, 2018), 179.

34 *Ocena*, 16.

potencjalnie bardzo niskie, zdecydowanie niższe niż we wschodniej części polskiej wyłącznej strefy ekonomicznej położonej na bloku Łeby. Spośród innych zasobów można wspomnieć o surowcach ilastych, natomiast piaski nie kwalifikują się do wykorzystania ze względu na niską zawartość krzemionki. Pomimo to Tomasz Górski wskazuje, że strefa jest akwenem wartościowym pod względem występujących w niej zasobów żywych. W obszarze tym bowiem położone są tarliska dorsza, storni i szprota, a także żerowiska śledzia, który przybywa na nie po tarle odbytym u wybrzeży Polski i Szwecji. Łowiiska tych gatunków należy zaliczyć do bardzo wydajnych. W 1980 roku połowy polskich rybaków w strefie spornej osiągnęły 21.900 ton w stosunku do ogólnej wysokości polskich połowów na Bałtyku wynoszącej około 220.000 ton. W latach dziewięćdziesiątych procentowy udział połowów w strefie spornej w stosunku do połowów w całym polskim obszarze morskim wzrastał. Prowadzenie połowów na tym obszarze posiada zatem ogromne znaczenie, zwłaszcza dla rybaków z zachodniej części wybrzeża³⁵.

4. Polsko-duńskie negocjacje

Uregulowanie statusu obszarów morskich między zainteresowanymi państwami przynosi wymierne korzyści polityczne i gospodarcze. Spór o obszary morskie może (lecz nie musi) prowadzić do napięć między stronami, które będą przenosić się na inne dziedziny ich wzajemnych relacji (tak na szczęście nie było w stosunkach duńsko-polskich). Brak porozumienia może również (w braku uzgodnień między państwami) utrudniać lub nawet uniemożliwiać gospodarcze wykorzystanie spornych obszarów morskich. Jeżeli jednak państwa wspólnie godzą się na określoną (wspólną lub nie) działalność, to nieuregulowany status obszaru morskiego nie wpływa niekorzystnie na planowaną działalność gospodarczą i praktycznie nie ma znaczenia dla potrzeb realizacji planowanej działalności. Stąd też prawo międzynarodowe zobowiązuje państwa, aby te, do czasu zawarcia umowy delimitacyjnej, podejmowały wszelkie starania, w duchu zrozumienia i współpracy, aby doprowadzić do zawarcia tymczasowych układów o charakterze praktycznym oraz aby w takim okresie przejściowym nie utrudniać ani nie udaremniać zawarcia ostatecznej umowy (art. 74 ust. 3 i art. 83 ust. 3 UNCLOS).

Brak wytyczenia jednolitej linii granicznej lub brak podjęcia wspólnych uzgodnień w zakresie działalności prowadzonej na spornym obszarze to nieuregulowany stan prawny i tym samym brak stabilności i bezpieczeństwa prawnego. O ile jedno państwo może samodzielnie podejmować działania, to drugie państwo może je oprotestowywać i im przeciwdziałać. Taka sytuacja nie sprzyja działalności gospodarczej na spornym obszarze. Podejmowanie zatem jednostronnych działań w zakresie korzystania z tego obszaru na

35 Tomasz Górski, „Delimitacja obszarów morskich między Polska a Danią” *Prawo morskie*, XXI (2005): 77.

takich zasadach, na jakich państwo nadbrzeżne korzysta ze swojej wyłącznej strefie ekonomicznej (WSE) i szelfu kontynentalnego, może w przyszłości spowodować negatywne skutki, łącznie z koniecznością wypłaty wysokiego odszkodowania i zakończenia działalności (usunięcia infrastruktury i przywrócenia *status quo ante*).

Mając tę perspektywę na względzie, umowa polsko-duńska zakończyła ponad czterdziestoletni spór delimitacyjny między obydwojma państwami oraz zapewniła stabilność, bezpieczeństwo i ramy prawne dla przyszłych inwestycji i działalności gospodarczej. Zakończenie niepewności prawnej w „szarej strefie” umożliwi Polsce pełne korzystanie ze swoich uprawnień na pozostającym po jej stronie linii delimitacyjnej obszarze morskim. Należą do nich w szczególności:

- a. prawa suwerenne do badania, eksploatacji i ochrony zasobów naturalnych;
- b. jurysdykcja w odniesieniu do budowania i wykorzystania sztucznych wysp, instalacji i konstrukcji, do badań naukowych morza, a także do ochrony i zachowania środowiska morskiego;
- c. inne prawa i obowiązki wyrażone w Konwencji o prawie morza, w tym te związane z układaniem podmorskich kabli i rurociągów (art. 56 i art. 79 UNCLOS)³⁶.

Rokowania między Polską a Danią dotyczące rozgraniczenia szelfu kontynentalnego rozpoczęły się na początku lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku trwały, z różną częstotliwością, do 2018 roku³⁷. Pierwsze negocjacje toczyły się w latach 1972-1974, jednak bez rezultatu pomimo deklarowanej przez obydwie strony woli osiągnięcia porozumienia. Uzgodniono jedynie, że do tego czasu połowy na obszarze spornym będą prowadzone przez jednostki obu państw³⁸. W konsekwencji państwa rozszerzyły swoje strefy rybołówstwa.

Dania oparła się na linii mediany i wytyczyła swoją linię graniczną w Królewskim Dekrecie z 7 czerwca 1963 r. dotyczącym wykonywania praw

36 Uzasadnienie do projektu ustawy o ratyfikacji Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim, podpisanej w Brukseli dnia 19 listopada 2018 r., druk nr 3135, 27 grudnia 2018 r., strona internetowa Sejmu RP, 2. <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3135>. [dostęp: styczeń 2021].

37 Ibidem.

38 Górski, „Delimitacja obszarów morskich między Polska a Danią”, 76.

suwerennych na duńskim szelfie kontynentalnym³⁹. Zgodnie z art. 2 Dekretu linia mediany będzie granicą szelfu kontynentalnego w braku porozumienia z sąsiadującym państwem. Przepis ten odwoływał się do art. 6 Konwencji genewskiej w sprawie szelfu kontynentalnego z 29 kwietnia 1958 r., który uwzględniał szczególne okoliczności. Takie samo sformułowanie zawierał art. 1 ust. 2 ustawy nr 597 z 17 grudnia 1976 r. o strefie rybołówstwa Królestwa Danii oraz w ustawie nr 411 z 22 maja 1996 r. o wyłączonej strefie ekonomicznej (WSE)⁴⁰. 19 lipca 2002 roku przyjęto rozporządzenie wykonawcze nr 613 dotyczące duńskiej wyłączonej strefy ekonomicznej, w którym wprowadzono do ustawy z 1996 r. art. 5a, zgodnie z którym do czasu zawarcia porozumienia z Polską linia graniczna WSE będzie rozciągać się od punktu granicznego Polski ze Szwecją do punktu granicznego Polski z Niemcami.

Polska przyjęła 17 grudnia 1977 roku ustawę o polskiej strefie rybołówstwa morskiego⁴¹ oraz ustawę o szelfie kontynentalnym Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej⁴² (w ramach serii trzech ustaw dotyczących obszarów morskich). Artykuł 2 ust. 3 pierwszej ustawy stwierdzał, że przebieg granicy strefy określają umowy międzynarodowe, a art. 2 ust. 4 zawierał upoważnienie dla Rady Ministrów do wyznaczenia granicy w rozporządzeniu w braku umowy międzynarodowej. Na tej podstawie zostało wydane rozporządzenie Rady Ministrów z 26 maja 1978 r. o zewnętrznej granicy polskiej strefy rybołówstwa morskiego⁴³, wyznaczające granicę zewnętrzną między Polską a Danią w oparciu o zasady słuszności (sprawiedliwości). 21 marca 1991 roku przyjęto ustawę o obszarach morskich i administracji morskiej uchylającą ustawy z 1977 r.⁴⁴. Jej art. 16 powtarza treść art. 2 ustawy z 1977 r., a art. 67 stanowi, że do czasu zawarcia umowy z Danią pozostaje w mocy art. 2 ust. 3 i ust. 4 ustawy z 17 grudnia 1977 r. o polskiej strefie rybołówstwa morskiego.

39 Strona internetowa ONZ. <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/DNK.htm>. [dostęp: styczeń 2021]

40 Strona internetowa ONZ. <https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/DNK.htm>. [dostęp: styczeń 2021].

41 Dz. U. z 1977 r., Nr 37, poz. 163.

42 Dz. U. z 1977 r., Nr 37, poz. 164.

43 Rozporządzenie Rady Ministrów z 26 maja 1978 r. w sprawie określenia zewnętrznej granicy polskiej strefy rybołówstwa morskiego. Dz.U. 1978, Nr 13, poz. 57. Uchyłała ono wcześniej rozporządzenie w sprawie określenia granicy polskiej strefy rybołówstwa morskiego między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Królestwem Danii w rejonie wyspy Bornholm z 27 lutego 1978 r. Dz. U. z 1978 r., Nr 3, poz. 7.

44 Dz. U. z 1991 r., Nr 32, poz. 131.

Polska WSE, ustanowiona w określony powyżej sposób, pokrywa się w pewnej mierze z analogiczną strefą ustanowioną przez Danię, co powoduje, że powstał obszar, do którego oba państwa roszczą sobie suwerenne prawa i jurysdykcję. W rezultacie tych działań powstała szara strefa obejmująca obszary konkurencyjnych roszczeń Danii i Polski o powierzchni 3.503 km².⁴⁵ Północna zewnętrzna granica szarej strefy wyznaczona była ustawodawstwem polskim, a południowa granica linią mediany proponowaną przez stronę duńską i przyjętą w jej aktach prawa krajowego (zob. mapa nr 2). Każde z państw broniło swojej granicy wyznaczonej jednostronnie jako opartej na zasadach słuszności (sprawiedliwości). Dania argumentowała, że delimitacja powinna być oparta na medianie, gdyż to jest jedyne sprawiedliwe rozwiązanie w sprawie. Polska wskazywała z kolei na szereg specjalnych okoliczności, a mianowicie na przesłanki geograficzne (m.in., przyznanie wyspie Bornholm tylko częściowego skutku delimitacyjnego), uwarunkowania geologiczne i geomorfologiczne spornego obszaru oraz na kryterium proporcjonalności⁴⁶.

Spotkania negocjacyjne odbywały się cyklicznie w nieuregulowanych odstępach czasu. 29 października 2003 roku powołano do życia wspólną grupę ekspertów, której zadaniem było sporządzenie mapy strefy spornej i określenie na niej wszystkich możliwych linii podziału innych niż mediana⁴⁷.

Przez kolejne lata strony nie doszły do porozumienia i rozmów nie kontynuowano. Sytuacja zmieniła się wraz z rozpoczęciem prac nad projektem Baltic Pipe. Prace rozpoczęto już w 2016 roku. Strony reprezentowały Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. (w całości we własności Skarbu Państwa) oraz Energinet SOV (duński operator systemu przesyłowego gazowego w całości we własności państwa duńskiego). 9 czerwca 2017 roku premierzy Polski i Danii podpisali w Kopenhadze memorandum w sprawie współpracy przy realizacji projektu Baltic Pipe. Następnie Polska i Dania zawarły umowę w sprawie projektu Baltic Pipe, którą podpisały 11 grudnia 2018 roku⁴⁸.

W trakcie prac nad projektem Baltic Pipe strony wznowiły rozmowy na temat delimitacji spornych obszarów morskich. Rozpoczęły się one w grudniu 2017 roku. Po serii spotkań na szczeblu polityczno-prawnym

45 *Ocena*, 1.

46 Górski, „Delimitacja obszarów morskich między Polska a Danią”, 77-85, gdzie szeroko omówiono stanowisko i argumentację polską na podstawie zasad słusznościowych.

47 *Ibidem*, s. 77.

48 Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie projektu Baltic Pipe z 11 grudnia 2018 r., Dz.U. 2019 poz. 673.

i technicznym w dniach 16 i 17 października 2018 roku strony ostatecznie uzgodniły treść porozumienia⁴⁹.

Baltic Pipe to strategiczny projekt infrastrukturalny mający na celu utworzenie nowego korytarza dostaw gazu na rynku europejskim. Komisja Europejska przyznała projektowi Baltic Pipe status projektu będącego przedmiotem wspólnego zainteresowania (PCI)⁵⁰. Inwestycja umożliwi transport gazu z Norwegii na rynki duńskie i polskie, a także do klientów w sąsiednich krajach. Obecnie budowa Baltic Pipe jest na zaawansowanym etapie. Polski operator systemu przesyłowego gazowego (Gaz-System) oraz duński operator systemu przesyłowego gazowego (Energinet) działają wspólnie na rzecz realizacji projektu. W tym celu Gaz-System oraz Energinet zawarły stosowne porozumienia dotyczące współpracy przy realizacji projektu Baltic Pipe. 1 czerwca 2017 roku spółki zawarły umowę ramową, a 20 listopada 2018 roku umowę o budowie. Do tej pory wyprodukowano wszystkie rury do budowy gazociągu podmorskiego (łącznie 23.000 rur o długości 12,2 m i średnicy 900 mm każda). Rurociąg ma być gotowy do końca przyszłego roku.

5. Umowa między RP a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim

Umowa w sprawie projektu Baltic Pipe stanowi niejako realizację Memorandum o porozumieniu między szefami rządów Polski i Danii w sprawie współpracy w dziedzinie infrastruktury gazowej celem zapewnienia bezpośrednich dostaw gazu ziemnego z norweskiego szelfu kontynentalnego do Danii i Polski z 9 czerwca 2017 roku. Do tego porozumienia strony nawiązały przy zawarciu Umowy i jednoznacznie wskazały w jej preambule, że

49 Uzasadnienie do projektu ustawy o ratyfikacji Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim, podpisanej w Brukseli dnia 19 listopada 2018 r., druk nr 3135, 27 grudnia 2018 r., strona internetowa Sejmu RP: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3135>. [dostęp: styczeń 2021].

50 PCI to projekty infrastruktury energetycznej będące przedmiotem wspólnego zainteresowania UE. Mogą one korzystać z zagwarantowanych prawnie udogodnień w postaci m.in.: przyspieszonej procedury wydawania pozwoleń i decyzji administracyjnych, możliwości uzyskania transgranicznej alokacji kosztów oraz zachęt regulacyjnych, możliwości otrzymania wsparcia finansowego w ramach instrumentu „Łącząc Europę” (*Connecting Europe Facility*) w formie bezzwrotnych dotacji lub innowacyjnych instrumentów finansowych. Zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 347/2013 z dnia 17 kwietnia 2013 r. w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej. Dz. U. UE, L 115, 25.4.2013, s. 39–75.

przyczyną zawarcia Umowy była ich współpraca w dziedzinie infrastruktury gazowej celem zapewnienia bezpośrednich dostaw gazu ziemnego. Zaznaczyły przy tym, że infrastruktura łącząca system przesyłowy gazowy Polski z norweskim szelfem kontynentalnym za pośrednictwem systemu przesyłowego gazowego Danii (projekt Baltic Pipe) przyczyni się do dywersyfikacji źródeł dostaw gazu ziemnego dla Europy Środkowej i Wschodniej oraz regionu Morza Bałtyckiego. Strony podkreśliły również konieczność działania na rzecz realizacji projektu Baltic Pipe w celu umożliwienia przesyłu gazu pomiędzy norweskim systemem wydobywania gazu a duńskim systemem przesyłowym oraz pomiędzy polskim a duńskim systemem przesyłowym, aby wydobywanie gazu na Norweskim Szelfie Kontynentalnym mogło służyć zapotrzebowaniu na gaz w Rzeczypospolitej Polskiej, Królestwie Danii i innych krajach Europy Środkowej i Wschodniej oraz regionu Morza Bałtyckiego. Wskazano, że efektywne i terminowe ukończenie prac przygotowawczych oraz uzyskanie koniecznych pozwoleń lub odstępstw od stosowania przepisów prawa jest niezbędne dla realizacji projektu Baltic Pipe.

Powyższe względy bezpieczeństwa energetycznego państwa oraz konieczność zapewnienia bezpieczeństwa prawnego zdecydowały o tym, że strona polska zdecydowała się na zintensyfikowanie wysiłków mających na celu ostateczne uregulowanie kwestii rozgraniczenia obszarów morskich. Mimo iż Umowa o tym nie wspomina, to jednym z celów zawarcia Umowy była realizacja projektu Baltic Pipe poprzez zapewnienie stabilności i pewności prawnej dla tego i ewentualnych innych przyszłych wspólnych projektów. Natomiast o możliwości wspólnego wykorzystania zasobów stanowi art. 2 Umowy, zgodnie z którym, jeżeli zostanie ustalone, że złoża zasobów mineralnych na dnie lub w podziemiu morskim rozciąga się po obydwu stronach granicy w taki sposób, że złoża jednego z państw jest w całości lub części możliwe do eksploatacji z morskiego obszaru drugiego państwa, strony są zobowiązane do podjęcia konsultacji i dołożenia starań w celu osiągnięcia porozumienia dotyczącego eksploatacji przedmiotowego złoża. Ponadto Umowa w preambule stanowi, że strony dążyły do pogłębiania i dalszego polepszania dobrosąsiedzkich i sojusznich stosunków. Wreszcie, już w zakresie delimitacji szarej strefy, Polska i Dania podkreśliły związanie prawem międzynarodowym i rozstrzygnięcie na jego podstawie sporu, ponieważ zaznaczyły koniecznością rozstrzygnięcia sprawy delimitacji spornych obszarów morskich zgodnie z art. 74 ust. 1 i art. 83 ust. 1 UNCLOS oraz z uwzględnieniem (wskazanego wyżej) orzecznictwa sądów międzynarodowych.

6. Analiza postanowień Umowy

Z powyższego wynika, że dopiero pomysł budowy polsko-duńskiego gazociągu na dnie Bałtyku pomógł przełamać impas i rozwiązać kilkudziesięcioletni spór delimitacyjny między obydwojoma państwami. Analizując Umowę wyłącznie z perspektywy jej treści, wydaje się, że Polsce, która

opiera politykę gazową na terminowym powstaniu Baltic Pipe, prawdopodobnie zależało na sprawnym i ostatecznym załatwieniu sporu delimitacyjnego. Dlatego, kierując się interesami gospodarczymi, względami bezpieczeństwa energetycznego państwa oraz zasadami słusznościowymi delimitacji obszarów morskich, Polska zdecydowała się nieostateczne rozwiązanie sporu. Należy w tym miejscu podkreślić, że strona duńska zaakceptowała zastosowanie zasad słusznościowych na spornym obszarze i odeszła od linii mediany na rzecz zasad słusznościowych. W ten sposób Polsce udało się doprowadzić do istotnej korekty linii granicznej na jej korzyść, zwłaszcza z uwagi na znacznie dłuższe wybrzeże generujące uprawnienia Polski do ustanowienia swojego obszaru morskiego w szarej strefie⁵¹, na skutek czego otrzymała ok. 20% strefy – czyli ok. 715 km² z ok. 3.500 km² szarej strefy. Ponadto, jak mogłoby się wydawać, „nierówny” podział szarej strefy dodatkowo rekompensuje Polsce fakt, że zgodnie z inną umową własność całej podmorskiej rury, włączając w to część znajdującą się na duńskich wodach terytorialnych (aż po plażę na wyspie Zelandia), należy do polskiego operatora systemu przesyłowego gazu, spółki Gaz-System. Artykuł 1 Umowy ustala przebieg linii delimitacji pomiędzy stronami, stwierdzając, że jest ona definiowana jako linie proste (geodezyjne) łączące kolejno 23 punkty począwszy od granicy z Niemcami do granicy ze Szwecją. Wynika z tego, że granicy nie oparto na kryteriach geologicznych lub geomorfologicznych. Przebieg rozgraniczenia opisany w tym artykule został przedstawiony na schematycznej mapie załączonej do traktatu (zob. mapa nr 2). W Umowie brak jest przepisu, który stanowiłby, że każda ze stron będzie przestrzegać jednolitej granicy morskiej ani też że nie będzie zgłaszać roszczeń czy wykonywać praw suwerennych czy jurysdykcji na obszarach morskich poza tą granicą. Takie postanowienie ma jednak znaczenie deklaratywne, jako że na mocy prawa zwyczajowego i UNCLOS strony nie mogą wykonywać praw poza swoimi obszarami ani też zgłaszać roszczeń, które zostały załatwione w drodze umowy.

Zgodnie z powyższym Polsce przypadła ok. 1/5 szarej strefy. Jej większa część została włączona do WSE Danii. Zdaniem rządu, taki podział oznacza sukces negocjacyjny, ponieważ biorąc pod uwagę prawo międzynarodowe oraz praktykę orzeczniczą, Polsce udało się wynegocjować lepsze warunki

51 Uzasadnienie do projektu ustawy o ratyfikacji Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim, podpisanej w Brukseli dnia 19 listopada 2018 r., druk nr 3135, 27 grudnia 2018 r., strona internetowa Sejmu RP, s. 6. <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3135>. [dostęp: styczeń 2021].

niż przy rozwiązywaniu analogicznych spraw⁵². Deklarację polskiego rządu można przeanalizować na podstawie geografii Bałtyku, w tym odpowiedniej linii brzegową Bornholmu oraz polskiego wybrzeża relewantnego dla wyznaczenia granicy w kontekście kryterium proporcjonalności oraz status Bornholmu jako wyspy. Pozwoliłoby to na weryfikację, czy podział 20/80 prawidłowo odzwierciedla zasady słusznościowe rządzące delimitacją morską.

Mając to na uwadze, warto zastanowić się nad tym, jakie „słusznościowe” okoliczności strony mogły wziąć pod uwagę przy ustaleniu ostatecznego przebiegu granicy. W tym miejscu należy wyraźnie zastrzec, że poniższa analiza jest oparta na danych geograficznych oraz publicznie dostępnych dokumentach dotyczących Umowy. Materiał negocjacyjny oraz stanowiska stron w czasie rokowań nie są publicznie dostępne. Stąd też można tylko z należytą dozą staranności prognozować, które okoliczności strony wzięły pod uwagę przy ustalaniu przebiegu granicy oraz czy i jakie strony poczyniły ustalenia geograficzne (relewantne (istotne) wybrzeża, relewantny (istotny) obszar).

Ogólnie rzecz biorąc, szczególne okoliczności, które należy uwzględnić w procesie delimitacji (faza nr 2), dzieli się na czynniki geograficzne i niegeograficzne (np. interesy ekonomiczne i wojskowe). Wśród tych pierwszych – zgodnie z orzecznictwem sądów i trybunałów międzynarodowych – znaczenie w omawianej sprawie mogły mieć przede wszystkim:

- ogólny kontekst geograficzny regionu – kryterium niekiedy przywoływane w orzecznictwie, lecz bez szerszego opisywania, jaki wpływ ma na ostateczne wytyczenie granicy⁵³. W sprawie polsko-duńskiej chodziłoby o to, że Bornholm znajduje się na morzu półzamkniętym, jest niedużą wyspą i zaludnieniem oddalonym od Danii. Bornholm leży pośrodku Morza Bałtyckiego i jest usytuowany stosunkowo blisko wybrzeży polskich, lecz dalej od wybrzeży duńskich – od najbliższego punktu wybrzeża duńskiego 135 km, natomiast od najbliższego punktu wybrzeża polskiego jedynie 96 km.
- dysproporcja między długościami wybrzeża – relewantna linia wybrzeża duńskiego (*relevant coasts*) mogłaby wynosić ok. 80-100 km, podczas gdy polska relewantna linia wybrzeża mogłaby wynosić (znacznie) mniej niż długość całej linii brzegowej (788 km⁵⁴), to jest ok. 250-500

52 Strona „Gazety Prawnej”. <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1400049,bez-poprawek-senatu-do-ustawy-ws-podzialu-obszarow-morskich-na-baltyku.html>. [dostęp: styczeń 2021].

53 Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India, Stały Trybunał Arbitrażowy (PCA), orzeczenie z 7 lipca 2014 r., par. 410.

54 Polityka morska Rzeczypospolitej Polskiej do roku 2020 (z perspektywą do 2030 roku), Warszawa 2015 r. (dostępne na stronie Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi. <https://mgm.gov.pl/wp-content/>

km (w zależności, które wybrzeża Danii i Polski strony uznawały za spełniające wymóg „relewantności”). Stosunek wybrzeży wynosiłby zatem ok. od 1:3 do 1:5⁵⁵;

- status Bornholmu jako wyspy i jej położenie – element stanu faktycznego (terytorium wyspiarskie) analizowany często przez orzecznictwo międzynarodowe, które czasami decydowało się na przyznanie częściowego skutku prawnego wyspom w procesie delimitacji⁵⁶.

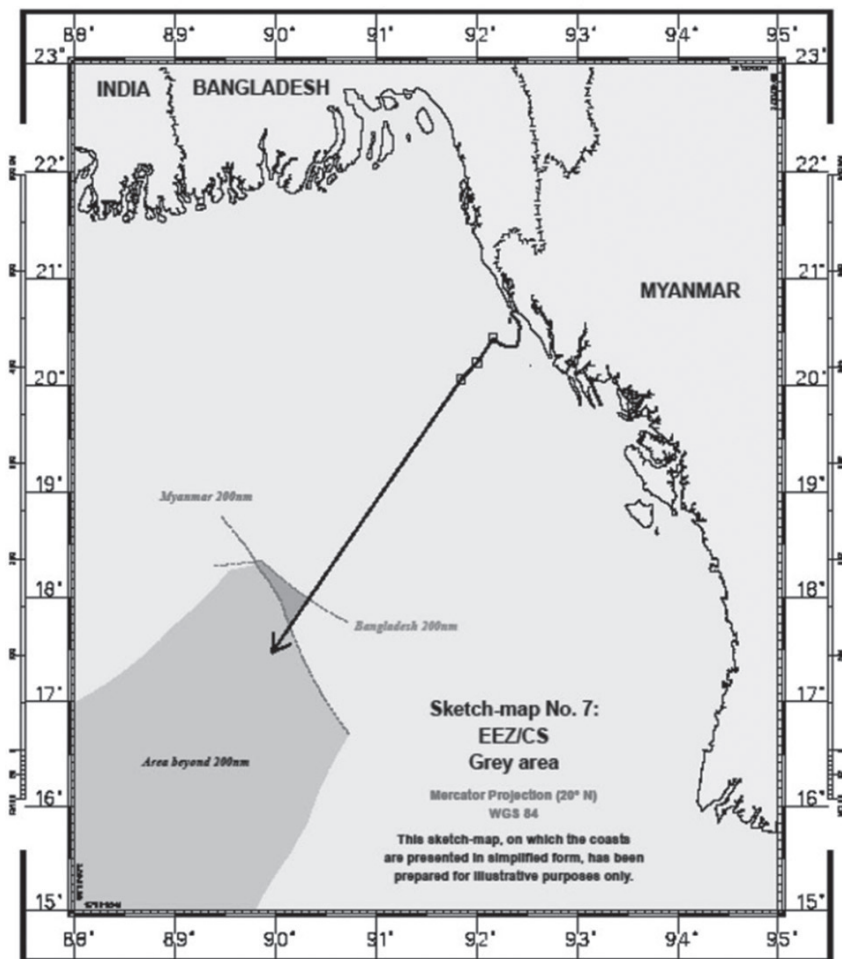
Wszystkie powyższe okoliczności przemawiały za odejściem od linii mediany i odpowiednim przesunięciem granicy na rzecz państwa polskiego. Co więcej, na trzecim etapie delimitacji obszarów morskich stosuje się test proporcjonalności, który porównuje stosunek relewantnych obszarów morskich przyznanych każdemu państwu do stosunku długości relewantnych wybrzeży tych państw. Celem tego postępowania jest zapewnienie, aby nie było dysproporcji tak wielkich, które zniekształcałyby ostateczny rezultat i czyniły go niesłusznym⁵⁷. Jak wyżej wskazano, stosunek wybrzeży może wynosić ok. 1:3 do 1:5 na rzecz Polski. Ograniczając test wyłącznie do szarej strefy (ok. 3.500 km²), przypomnijmy, że jej obszar rozdzielono w ten sposób, że Polsce przypadło 715 km², czyli ok. 20% strefy, a Danii ok. 2.785 km², czy ok. 80% strefy. Stosunek wynosi zatem 1:4 na rzecz Danii. Test proporcjonalności mógłby dać zatem negatywny rezultat. Trzeba także pamiętać o tym, że test proporcjonalności (stosowany na trzecim etapie delimitacji) stosuje się w odniesieniu do całego obszaru morskiego, na którym krzyżują się roszczenia sąsiadujących lub przeciwległych państw. W takiej sytuacji relewantny obszar mógłby wynosić ok. 39.800 km² (morza terytorialne i WSE obu państw, łącznie z szarą strefą), z czego ok. 12.000 km² przypada Danii. Daje to stosunek ok. 1:3,3 na rzecz Polski. Tym samym współczynnik długości wybrzeży morskich Polski i Danii mógłby wynosić 1:3/1:5, a współczynnik

uploads/2016/01/Polityka-morska-Rzeczypospolitej-Polskiej_uchw._Nr_33_RM_z_17_03_2015.pdf>), s. 6, cyt. za Marciniak, „*Terytorium morskie Polski i jej władztwo nad strefamiorskimi*”, 195.

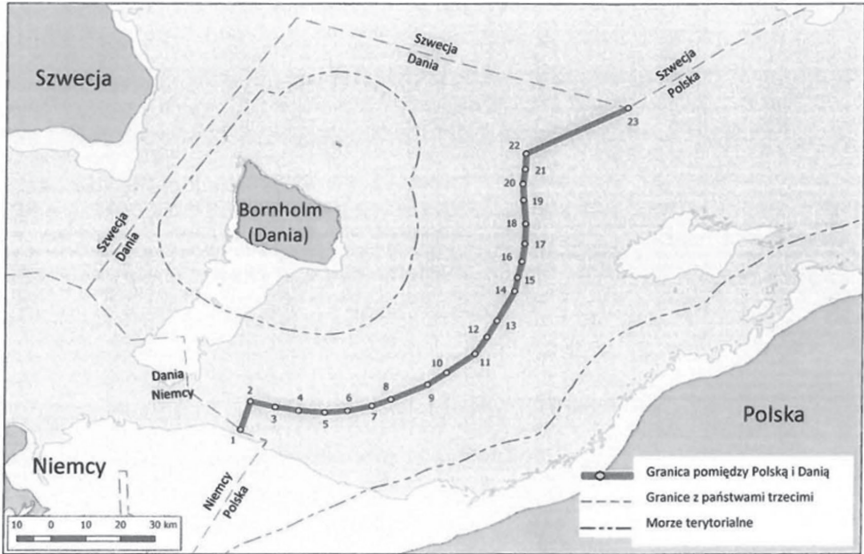
- 55 Zob. *Nicaragua v. Colombia*, par. 208.
- 56 *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, wyrok z 24 lutego 1982 r., I.C.J. Reports 1982, par. 76 (podnoszony przez Tunezję i zaakceptowany w części, zwana dalej jako *Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya*); *Jan Mayen*, par. 60 (podnoszony przez Danię i zaakceptowany w pewnym zakresie na podstawie innych okoliczności); *Guinea and Guinea-Bissau*, par. 95 (zaakceptowany w części); *Qatar v. Bahrain*, par. 218-219 (zaakceptowany); *Black Sea*, par. 179-188 (podnoszony przez Rumunię i odrzucony); *Cameroon v. Nigeria*, par. 298-299 (podnoszony przez Kamerun i odrzucony).
- 57 *Nicaragua v. Colombia*, par. 242. Zob. *Black Sea*, par. 210; *Bangladesh/Myanmar*, par. 240.

przyznanych im obszarów morskich 1:3.3. Zgodnie z orzecznictwem międzynarodowym dysproporcja musi być rażąca i tylko wtedy można dokonać korekty granicy. Jest to dodatkowo dyskrecjonalna kompetencja sądu. Mając to na uwadze, nie wydaje się, aby ewentualna dysproporcja istniejąca między Polską a Danią miała charakter rażący. Stąd, jeżeli powyższe ustalenia są prawidłowe i na takich danych pracowały strony w czasie negocjacji, to można stwierdzić, że ostatecznie ustalony podział szarej strefy uwzględni geografę obszaru i inne okoliczności słusznościowe. Przyjęcie takiej konkluzji, opartej na szacunkowych założeniach geograficznych, pozwala z pewną ostrożnością stwierdzić, że stanowisko Polski w sprawie wynegocjowania dobrych warunków Umowy jest prawidłowe i odzwierciedla zasady słusznościowe rządzące delimitacją obszarów morskich.

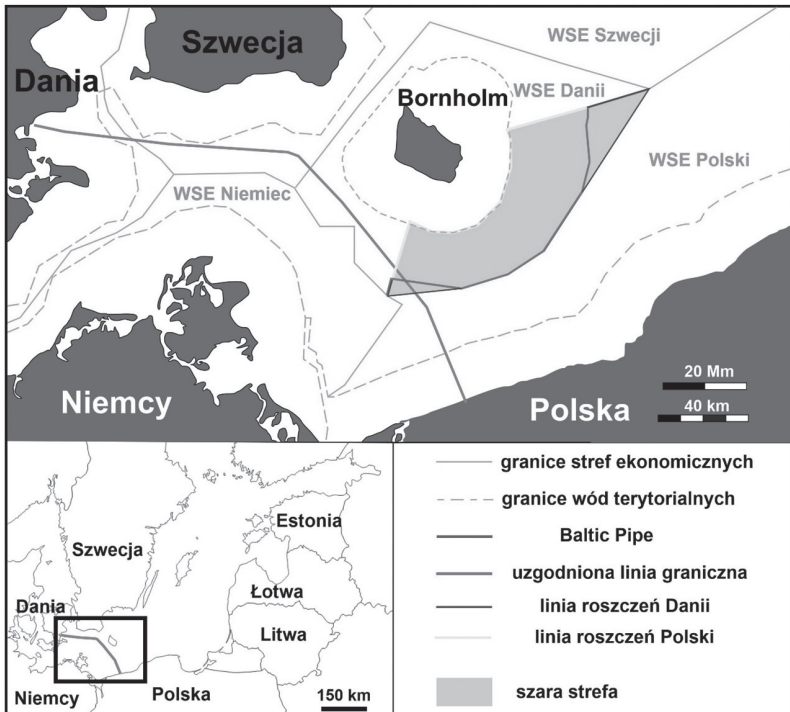
Mapa nr 1. Szara strefa w Zatoce Bengalskiej (Bangladesz/Myanmar) *Bay of Bengal*, 138



Mapa nr 2. Jednolita linia graniczna między Polską i Danią. Załącznik do Umowy Rzeczpospolita Polska a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim



Mapa nr 3. Rozgraniczenie obszarów morskich na Morzu Bałtyckim między Danią i Polską (opracowanie własne)



Bibliografia

- Bez poprawek Senatu do ustawy ws. podziału obszarów morskich na Bałtyku, „Gazeta Prawna”. <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1400049,bez-poprawek-senatu-do-ustawy-ws-podzialu-obszarow-morskich-na-baltyku.html>.
- Elferink Alex G. Oude, „Relevant Coasts and Relevant Area: The Difficulty of Developing General Concepts in a Case-Specific Context”, [w:] *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law*, red. Alex G. Oude Elferink, Tore Henriksen, Signe V. Busch. 173-179. Cambridge: Cambridge University Press 2018). <https://doi.org/10.1017/9781108344302.008>.
- Górski Tomasz, „Delimitacja obszarów morskich między Polska a Danią” *Prawo morskie XXI* (2005): 75-88.
- Kałduński Marcin, “A Commentary on Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India Concerning the Bay of Bengal” *Leiden Journal of International Law*, nr 4 (2015): 799-848. <https://doi.org/10.1017/S0922156515000436>.
- Marciniak Konrad, „Terytorium morskie Polski i jej władztwo nad strefami morskimi”, [w:] *Polskie prawo stosunków międzynarodowych. Zagadnienia wybrane*, red. Cezary Mik, Łukasz Kułaga. 175-238. Toruń: TNO-iK 2018.
- Ocena geologiczna i środowiskowa rejonu strefy ekonomicznej Polski i Danii*, red. Joanna Zachowicz. Sopot: Państwowy Instytut Geologiczny 1997.
- Rothwell Donald R., Tim Stephens, *The International Law of the Sea*. Oxford, Portland: Hart Publishing 2010. <https://doi.org/10.1093/law/9780198715481.001.0001>.
- Symonides Janusz, „Delimitacja obszarów morskich na Morzu Barentsa i Oceanie Arktycznym między Rosją a Norwegią”, [w:] *Współczesne problemy prawa. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, red. U. Jackowiak et al. (Gdynia: Wyższa Szkoła Prawa i Administracji im. E. Kwiatkowskiego, 2011): 57-80.
- Treves Tullio, “Historical Development of the Law of the Sea”, [w:] *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, red. Donald R. Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott, Tim Stephens. 7–33. Oxford: Oxford University Press 2015. <https://doi.org/10.1093/law/9780198715481.003.0001>.
- Wasilewski Tadeusz, *Delimitacja szelfu kontynentalnego. Studium prawnomiędzynarodowe*. Toruń: Wydawnictwo UMK, 1994.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Cofnięcie pozwolenia na broń i odebranie broni palnej w świetle wyroku ETPC w sprawie Kotilainen i inni przeciwko Finlandii

Revocation of Firearms Licence and Preventive Seizure of Firearms in the Light of the Judgment of ECtHR in the case of Kotilainen and Others v Finland

The authors present the institution of revocation of firearms license in the light of the judgment of the ECtHR in the Kotilainen and others v. Finland case. Revocation of firearms license and preventive seizure of firearms are the powers of the authority issuing the license. The authors present the Strasbourg standard and the revocation of firearms license and preventive seizure of firearms in the Polish legislation in the light of the standard. Both the jurisprudence of the ECtHR and the jurisprudence of the Polish courts in this respect were analysed. A critical analysis was also made of Polish regulations on the revocation of firearms licenses and preventive seizures. The authors propose changes to the rules currently in force in this area.

Arkadiusz Lach

*profesor nauk prawnych
Uniwersytet Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0002-8778-1182

Leszek Stępka

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0002-2589-654X

Słowa kluczowe:
cofnięcie pozwolenia na broń palną,
pozytywne obowiązki państwa

Key words:
revocation of a firearms license, preventive
seizure of firearms, ECHR, positive
obligations of the state

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.318>

1. Wprowadzenie

Kwestia uprawnienia do posiadania broni palnej od lat wywołuje dyskusje w Polsce i na świecie. Nawoływania do liberalizacji w tym zakresie natrafiają na obawę przed wykorzystaniem broni palnej do popełnienia przestępstw, zwłaszcza przeciwko życiu. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) w sprawie Kotilainen i inni przeciwko Finlandii¹ po raz kolejny skłania do refleksji nad problemem cofnięcia uprawnień do posiadania broni i jej odebrania w kontekście pozytywnych obowiązków państwa do ochrony życia osób znajdujących się na jego terytorium.

1 Wyrok z 17.09.2020 r., skarga nr 62439/12.

2. Standard strasburski

W orzecznictwie ETPC już wiele lat temu wykształciła się koncepcja pozytywnego obowiązku państwa na gruncie art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej EKPC), a więc prawa do ochrony życia². Państwo ma nie tylko negatywny obowiązek powstrzymania się od pozbawiania życia przez osoby działające w jego imieniu, lecz także zapewnienia poszanowania prawa do życia w układzie horyzontalnym, to jest zabezpieczenia jednostek przed czynami innych jednostek. Obowiązek ten jest realizowany na szereg sposobów: prowadzenie czynności operacyjnych, wprowadzenie regulacji karnych i karnoprocesowych, wyposażenie policji w uprawnienia w zakresie czynności administracyjno-porządkowych, właściwa organizacja działania służb bezpieczeństwa, prowadzenie szkoleń etc.³. Jednym z jego aspektów jest przyjęcie takich regulacji ustawowych, które pozwolą na efektywne zapobieżenie popełnieniu przestępstwa. Jak wskazuje ETPC w swoich wyrokach⁴, państwo nie może odpowiadać za każde przestępstwo popełnione na jego terytorium przez osoby prywatne, nie można też od niego oczekiwać zapobieżenia wszystkim czynom zmierzającym do pozbawienia życia. Jednak w sytuacji, kiedy organy państwa dowiedzą się lub powinny się dowiedzieć o istnieniu realnego i bezpośredniego ryzyka dla życia zidentyfikowanej jednostki lub jednostek i zaniechają podjęcia środków pozostających w ramach ich uprawnień, co do których, oceniając to w sposób racjonalny, można byłoby oczekiwać, że zapobiegą ryzyku, powstaje pozytywne zobowiązanie państwa do działania.

Zobowiązanie to w kontekście posiadania broni palnej stało się przedmiotem pogłębionej analizy w wyroku ETPC w sprawie Kotilainen i inni przeciwko Finlandii. W sprawie tej dwudziestodwuletni student zabił w 2008 roku w szkole w fińskiej miejscowości Kauhajoki 10 osób, po czym sam popełnił samobójstwo. Wcześniej, w czerwcu 2008 roku złożył on wniosek o pozwolenie na broń, argumentując, że chce jej używać dla celów strzeleckich. Zgoda została mu wydana w sierpniu. W tym samym czasie korzystał on z pomocy medycznej z uwagi na ataki agresji i paniki. Okoliczność

-
- 2 Zob. wyrok ETPC z 28.10.1998 r. w sprawie Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 23452/94.
 - 3 Zob. Liora Lazarus, „Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect and Care?”, [w:] *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, red. L. Zedner, J. V. Roberts (Oxford: Oxford University Press, 2012), 147.
 - 4 Zob. np. wyrok ETPC z 28.10.1998 r. w sprawie Osman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 23452/94; wyrok ETPC z 24.03.2011 r. w sprawie Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom, skarga nr 23458/02; wyrok ETPC z 24.07.2012 r. w sprawie Đorđević przeciwko Chorwacji, skarga nr 41526/10.

ta nie była znana policji. Po uzyskaniu pozwolenia student nabył broń, która 2 września została zaakceptowana przez policję. Następnie 19 września jeden z mieszkańców miejscowości odkrył w Internecie filmy, na których student strzelał do tarczy oraz recytował teksty o wojnie i konaniu, o czym powiadomił policję. Po uzyskaniu informacji, tego samego dnia policjanci ustalili, że film został umieszczony w Internecie pod nickiem, który pojawiał się także na internetowym forum dyskutującym masakrę w szkole w Columbine w USA w 1999 roku. Ponadto, student ubierał się i zachowywał w sposób przypominający sprawcę masakry dokonanej w Finlandii rok wcześniej. Powyższe spostrzeżenia wywołały u policjantów obawę, że student może chcieć dokonać masakry w miejscowej szkole. W związku z powyższym zwrócili się oni do przełożonego o zgodę na czasowe zatrzymanie broni. Zgoda taka została udzielona, jednak policjanci nie zastali studenta w miejscu zamieszkania i nie odebrali broni. Następnego dnia o sprawie dowiedział się miejscowy komendant policji, któremu dalsze informacje wraz z nagraniami zamieszczonymi w internecie przekazano 22 września. Po ich lekturze wezwał on studenta na rozmowę, która trwała 15 minut. Student wyjaśnił, że recytował na nagraniach teksty piosenek. W rezultacie komendant udzielił mu ustnego ostrzeżenia i uznał, że nie ma podstaw do cofnięcia pozwolenia na broń i odebrania broni. Po tej rozmowie policjanci przekazali komendantowi dalsze materiały. Następnego dnia rano student dokonał wspomnianych wyżej zabójstw. W trakcie śledztwa okazało się, że w 2006 roku student został zwolniony ze służby wojskowej z uwagi na problemy psychiczne, zaś w 2002 roku jednostka policji w innej miejscowości uzyskała informację, że planował on strzelaninę w szkole.

W skardze to ETPC skarżący podnieśli naruszenie art. 2 EKPC poprzez niepodjęcie środków mających zapobiec strzelaninie. Analizując skargę i argumenty stron, Trybunał na wstępie podkreślił, że art. 2 jest jednym z najważniejszych praw zawartych w EKPC. Wynikający z niego pozytywny obowiązek ochrony życia oznacza konieczność stworzenia takich ram regulacyjnych, które pozwolą efektywnie chronić życie, włączając w to mechanizmy nadzoru i wykonawcze. Dotyczy to różnych aktywności mających charakter publiczny lub nie, które mogą stanowić zagrożenie dla życia jednostek. Dotyczy to w sposób szczególny kwestii broni palnej, która stwarza wysoki poziom potencjalnego ryzyka dla życia jednostek. Musi zatem zostać stworzony zespół środków zapewniających efektywną ochronę obywateli.

Z drugiej strony Trybunał wskazał, że pozytywny obowiązek nie może być interpretowany w sposób nakładający nadmierny ciężar na organy państwa, mając na uwadze w szczególności nieprzewidywalność ludzkiego zachowania oraz ograniczone środki i priorytety, które zmuszają do dokonywania wyborów w zakresie podjęcia działania. W związku z powyższym nie każde potencjalne ryzyko dla życia skutkuje dla organów państwa obowiązkiem podjęcia środków prewencyjnych dla zapobieżenia zmaterializowaniu

się ryzyka. Zakres pozytywnego obowiązku zależy od rodzaju ryzyka i możliwości jego zmniejszenia. ETPC podkreślił też, że jeśli państwo wprowadziło odpowiednie regulacje i mechanizmy ich stosowania, błąd w zakresie oceny lub niewłaściwa koordynacja nie są same w sobie wystarczające do stwierdzenia naruszenia pozytywnego obowiązku.

Dalej ETPC wskazał na dodatkowe materialne i pozytywne zobowiązanie państwa, które polega na wykorzystaniu prewencyjnych środków operacyjnych dla ochrony jednostki przed innymi jednostkami. Pojawia się ono wtedy, kiedy władze wiedziały lub powinny wiedzieć (*knew or ought to have known*) w tym czasie o istnieniu realnego i bezpośredniego ryzyka dla życia dającej się zidentyfikować jednostki lub jednostek, wypływającego z czynów przestępnych osoby trzeciej lub niekiedy z czynów jej samej i zaniechały podjęcia środków pozostających w sferze uprawnień organów państwowych, które według rozsądnej oceny mogłyby zapobiec ryzyku. Może to skutkować odpowiedzialnością państwa. Taki obowiązek ochrony może czasami pojawić się także w stosunku do osób, które nie są zidentyfikowane. Trybunał w swoim orzecznictwie dokonał rozróżnienia pomiędzy obowiązkiem ochrony określonych jednostek przed zidentyfikowanym potencjalnym atakiem na ich życie a obowiązkiem zapewnienia ogólnej ochrony społeczeństwu, który wymaga dołożenia należytej staranności w kwestiach ryzyka wypływającego z potencjalnych zachowań określonych osób⁵. W tym drugim kontekście naruszenie stwierdzono w sprawach, w których policjantowi wydano broń, nie dokonując wnikliwej oceny jego osobowości pomimo znanej długiej listy przewinień dyscyplinarnych⁶, czy też kiedy nie zatrzymano osoby znanej ze skłonności do przemocy, nielegalnego posiadania broni i nadużywania alkoholu, która wykazywała zaburzenia osobowości i w dniu zabójstwa miała kontakt z policją⁷.

Odnosząc powyższe ustalenia do okoliczności rozpatrywanej sprawy, ETPC zauważył, że bez wątpienia użycie broni pociąga za sobą wysoki poziom ryzyka dla życia, nie tylko z uwagi na działania intencjonalne, lecz również nieumyślne. Stąd używanie broni musi zostać poddane odpowiednim regulacjom, co wymaga w szczególności wprowadzenia środków mających na celu ochronę bezpieczeństwa publicznego oraz zapewnienia wprowadzenia i efektywnego funkcjonowania mechanizmu regulacyjnego.

Analizując okoliczności sprawy Trybunał wskazał, że państwo zapewniło właściwe regulacje prawne w zakresie posiadania broni. Nie uznał, aby

-
- 5 Wyrok ETPC z 24.10.2002 r. w sprawie Mastromatteo przeciwko Włochom, skarga nr 37703/97.
 - 6 Wyrok ETPC z 12.01.2012 r. w sprawie Gorovenko i Bugara przeciwko Ukrainie, skargi nr 36146/05 i 42418/05.
 - 7 Wyrok ETPC z 18.09.2014 r. w sprawie Bljakaj i inni przeciwko Chorwacji, skarga nr 74448/12.

brak ogólnokrajowego systemu wymiany informacji pomiędzy jednostkami policji o zagrożeniach ze strony danej osoby, które nie stanowią przestępstwa, stanowił naruszenie pozytywnego obowiązku. Nie znaleziono także naruszenia w wydaniu pozwolenia na broń, skoro dana osoba spełniła przesłanki ustawowe, odbyto z nią rozmowę i nie można wskazać na zaniedbania ze strony organów policyjnych.

Przechodząc do kwestii tego, czy zachowanie studenta zobowiązywało policję do podjęcia działań prewencyjnych, Trybunał uznał za wiarygodne ustalenia faktyczne dokonane przez organy krajowe. Przyjął, że istnieje istotna różnica pomiędzy publikacją w internecie nagrań i postów niezawierających gróźb ani przemocy a zabójstwem osób w określonym miejscu. Podzielił w związku z tym stanowisko organów krajowych, że w sprawie nie zaistniało realne i bezpośrednie ryzyko pozbawienia życia dających się zidentyfikować osób, o którym organy krajowe wiedziały lub powinny były wiedzieć, zaś sprawca został przesłuchany przez komendanta policji, który uznał, że nie stwarza on zagrożenia dla porządku publicznego. Trybunał nie podzielił przy tym argumentu skarżących, że policja powinna była wystąpić o dokumentację medyczną i przebiegu służby wojskowej sprawcy masakry, wskazując, że uzyskiwanie danych medycznych nie powinno mieć charakteru rutynowego z uwagi na prawo do ochrony życia prywatnego gwarantowane przez art. 8 EKPC, lecz musi być poddane wymogowi niezbędności i proporcjonalności. Niezależnie od tego ETPC wyraził wątpliwość, czy wyżej wymieniona dokumentacja dałaby podstawę do identyfikacji realnego i bezpośredniego zagrożenia.

Po powyższym ustaleniu ETPC wskazał wszakże, że należy poddać analizie także to, czy organy krajowe zachowały należytą staranność (*due diligence*) w ochronie porządku publicznego, mając na względzie wysoki poziom ryzyka związany z bronią palną. Trybunał uznał, że podobnie jak w przypadku osób, za które państwo jest odpowiedzialne (np. niebezpiecznych więźniów) czy też takich, których zagrożenie zostało ustalone podczas interwencji policji, państwo odpowiada za określenie i przestrzeganie wymogów posiadania broni palnej i podjęcie działania, kiedy pojawiają się okoliczności dające podstawę do konkretnych podejrzeń co do przestrzegania tych wymogów. Policja uzyskała informacje o zamieszczonych w internecie materiałach, które, choć nie zawierały same w sobie gróźby, to jednak ich treść powinna wywołać wątpliwość co do tego, czy dana osoba może w dalszym ciągu posiadać broń. Policja co prawda podjęła działanie w postaci przeprowadzenia rozmowy, jednak nie poczyniła kroków mających na celu odebranie broni. Trybunał stanął na stanowisku, że w przypadku broni palnej należy wprowadzić system adekwatnych i efektywnych zabezpieczeń, który powinien być rygorystycznie stosowany dla zapobieżenia niewłaściwemu i niebezpiecznemu użyciu broni. W tym kontekście zauważono, że policja była uprawniona do odebrania broni i nawet to rozważała, ale nie wdrożyła. Tymczasem – w ocenie

Trybunału – takie odebranie nie wiązałoby się z istotną ingerencją w któreś z konwencyjnych praw, nie wymagałoby też ustalenia wysokiego progu zagrożenia dla dokonania odebrania, wręcz przeciwnie, powinien być to środek prewencyjny z niskim progiem stosowania. W okolicznościach analizowanej sprawy, a więc powzięcia wątpliwości, czy dana osoba może dalej posiadać broń, jej odebranie byłoby uzasadnionym środkiem prewencyjnym. Ponieważ organy krajowe go nie użyły, Trybunał uznał, że nie dołożyły one należytej staranności wymaganej od nich w przypadku szczególnie wysokiego ryzyka związanego z niewłaściwym wykorzystaniem broni palnej. W rezultacie stwierdzono zatem naruszenie art. 2 EKPC w jego aspekcie materialnym.

Warto wskazać, że do wyroku złożono obszernie zdanie odrębne, w którym sędzia Tim Eicke wypowiedział się przeciwko stwierdzeniu naruszenia art. 2, argumentując, że Trybunał wyszedł poza zakres sformułowanego w sprawach *Mastromatteo*⁸ i *Maiorano*⁹ „obowiązku opieki” nad osobami stwarzającymi zagrożenie (w szczególności chodzi o więźniów), tworząc nowy, znacznie dalej idący obowiązek „należytej staranności”, który będzie trudny do spełnienia w praktyce z poszanowaniem standardów rzetelnego postępowania oraz innych praw gwarantowanych przez EKPC.

3. Cofnięcie pozwolenia na broń i odebranie broni w ustawodawstwie polskim w świetle standardów strasburskich

Sformułowany w sprawie *Kotilainen* standard strasburski należy skonfrontować z regulacjami polskimi. W prawie polskim zasady wydawania i cofania pozwoleń na broń zostały uregulowane w ustawie o broni i amunicji z 21 maja 1999 r. (dalej u.b.a.)¹⁰. Pozwolenia na broń, także do ochrony osobistej, wydawane są bezterminowo (art. 9 ust. 6 u.b.a.). Bezterminowo wydane pozwolenie na broń może być wszakże cofnięte. Przepisy dotyczące cofania pozwolenia na broń zawarte są w art. 18 u.b.a. W ust. 1 tego przepisu zawarte zostały przesłanki do obligatoryjnego cofnięcia pozwolenia na broń palną, natomiast ust. 4 i 5 regulują fakultatywne cofnięcie pozwolenia na broń. Cofnięcie pozwolenia odbywa się w drodze decyzji administracyjnej. W orzecznictwie podkreśla się, że jeżeli wystąpi jedna z przesłanek do obligatoryjnego

8 Wyrok ETPC z 24.10.2002 r. w sprawie *Mastromatteo* przeciwko Włochom, skarga nr 37703/97.

9 Wyrok ETPC z 15.12.2009 r. w sprawie *Maiorano* i inni przeciwko Włochom, skarga nr 28634/06.

10 Ustawa o broni i amunicji z 21.05.1999 z późn. zm. (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 955)

cofnięcia pozwolenia na broń, to organ wydający pozwolenie ma obowiązek jego cofnięcia¹¹.

W kontekście okoliczności analizowanej sprawy należy wskazać na przesłanki cofnięcia pozwolenia na broń następującym osobom:

- a. z zaburzeniami psychicznymi, o których mowa w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 685), lub o znacznie ograniczonej sprawności psychofizycznej.
- b. wykazującym istotne zaburzenia funkcjonowania psychologicznego;
- c. uzależnionym od alkoholu lub od substancji psychoaktywnych¹²;
- d. stanowiącym zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego:
 - skazanym prawomocnym orzeczeniem sądu za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe,
 - skazanym prawomocnym orzeczeniem sądu za nieumyślne przestępstwo: – przeciwko życiu i zdrowiu – przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo gdy sprawca zbiegł z miejsca zdarzenia.

Są to przesłanki obligatoryjne z art. 18 ust. 1 u.b.a. Można także zwrócić uwagę na przesłankę fakultatywną cofnięcia pozwolenia, którą jest naruszenie obowiązku poddania się badaniom lekarskim i psychologicznym oraz przedstawienia orzeczeń lekarskiego i psychologicznego, o których mowa w art. 15 ust. 3–5 (art. 18 ust. 5 pkt 2).

Wykaz zaburzeń, które wykluczają uzyskanie pozwolenia na broń palną, a także są przesłanką do cofnięcia pozwolenia, zawarty jest w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2005 r. w sprawie wykazu stanów chorobowych i zaburzeń funkcjonowania psychologicznego wykluczających możliwość wydania pozwolenia na broń i rejestracji broni¹³.

Osoba, której cofnięto pozwolenie na broń albo dopuszczenie do posiadania broni lub której unieważniono kartę rejestracyjną broni, jest zobowiązana – w terminie 7 dni od dnia otrzymania ostatecznej decyzji o cofnięciu pozwolenia na broń dopuszczenia do posiadania broni lub unieważnienia karty – zwrócić dokumenty potwierdzające legalność posiadania broni i amunicji do właściwego organu policji (art. 18 ust. 8 u.b.a.). Z kolei art. 22

11 Zob. wyrok WSA w Warszawie z 19.07.2017 r., II SA/Wa 218/17, Legalis nr 1672635 oraz wyrok NSA z 3.03.2019 r., II OSK 976/17 Legalis nr 1952397.

12 Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 7.06.2019 r., II SA/Wa 2298/18, Legalis nr 2294375 oraz wyrok WSA w Warszawie z 30.06.2017, II SA/Wa 1734/16, Legalis nr 1655869.

13 Dz. U. z 2006 r., Nr 2, poz. 14.

u.b.a. zobowiązuje osobę tracącą uprawnienie do posiadania broni, do niezwłocznego, jednak nie późniejszego niż 30 dni, zbycia broni i amunicji do niej. Po tym terminie broń i amunicję do niej, osoba, której cofnięto pozwolenie, musi zdać do depozytu.

Powyższy mechanizm jest oczywiście nieadekwatny do takiej sytuacji jak w analizowanym wyroku. Mając na względzie konieczność szybkiego działania przewidziano możliwość odebrania broni za pokwitowaniem, jeżeli zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 18 ust. 1 pkt 1–2 i 4 oraz ust. 5 u.b.a., w zakresie broni palnej, zaś zwłoka zagrażałaby bezpieczeństwu publicznemu (art. 19 ust. 1 u.b.a.). Możliwość taka nie powinna budzić zastrzeżeń. Osobie, wobec której prowadzone jest postępowanie o cofnięcie pozwolenia w okolicznościach zawartych w art. 18 ust. 1 pkt 1-2 i 4 oraz ust. 5 u.b.a., należy niekiedy broń zabrać natychmiast, nie czekając, aż decyzja o cofnięciu pozwolenia zostanie wydana. Takie uprawnienia Policji zostały uznane za zgodne z Konstytucją w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 18 grudnia 2013 r.¹⁴, w którym TK odpowiadając na pytanie prawne WSA w Poznaniu orzekł, że „art. 19 ust. 1a u.b.a. w zakresie, w jakim wskazuje przesłanki umożliwiające dokonanie czynności materialno-technicznej odebrania broni i amunicji oraz dokumentów potwierdzających legalność posiadania broni osobie, przeciwko której toczy się postępowanie karne o przestępstwa określone w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy o broni i amunicji, jest zgodny z zasadą prawidłowej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 32 ust. 1 oraz art. 64 ust. 2 i 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Konieczność odebrania osobie, wobec której wszczęto postępowanie o cofnięcie pozwolenia z przesłanek obligatoryjnych została także potwierdzona w orzecznictwie sądów administracyjnych¹⁵. Szczególnie interesujący jest wyrok NSA oddalający skargę detektywa na prewencyjne zatrzymanie broni palnej bojowej do ochrony osobistej, w którym NSA stwierdził, że „zarzucane Skarżącemu czyny mieszczą się w katalogu »umyślnych przestępstw« w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 6 lit. a ustawy, a ich znamiona wiążą się z użyciem agresji (w tym słownej). Fakt powyższy niewątpliwie uzasadnia przypuszczenie, iż Skarżący może stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku publicznego, a przede wszystkim dla wolności i praw innych osób [...] W tej sytuacji Naczelny Sąd Administracyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia skargi kasacyjnej i jako bezzasadna podlegała ona oddaleniu na mocy art. 184 p.p.s.a.”¹⁶.

14 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18.12.2013 r., P 43/12, OTK-A 2013/9/139.

15 Zob. np. postanowienie WSA w Gliwicach z 18.08.2020 r. III SA/Gl 261/20, LEX nr 3042010; wyrok WSA w Warszawie z 24.06.2020 r., II SA/Wa 2078/19, LEX nr 3071926.

16 Wyrok NSA z 3.07.2019 r., II OSK 1639/18, LEX nr 2740805.

Zastrzeżenia budzi natomiast niepełność regulacji zawartej w art. 19 u.b.a. Ustawodawca nie wskazał w szczególności, na jaki maksymalnie może nastąpić odebranie (poza sytuacją toczącego się postępowania z ust. 1a) i jak wygląda kwestia zwrotu broni, jeśli obawy co do danej osoby nie potwierdzą się i decyzja o cofnięciu pozwolenia nie zostanie wydana. Brak również obowiązku wydania chociażby następczej decyzji w przedmiocie odebrania. Powyższe argumenty skłaniają do krytycznej ogólnej oceny regulacji art. 19 u.b.a.

Analizując wyżej wskazane przesłanki odebrania broni można dojść do przekonania, że zasadniczo pozwalają one na odebranie broni w sytuacji zmaterializowania się nieakceptowalnego ryzyka ze strony osoby posiadającej pozwolenie na broń. Pozostaje jednak kwestia osób, które nie wykazują zaburzeń psychicznych, istotnego zaburzenia funkcjonowania psychologicznego, nie są uzależnione i nie zostały prawomocnie skazane za przestępstwo, a jednak stwarzają zagrożenie dla siebie lub życia i zdrowia innych osób. W ustawie nie przewidziano stosownej przesłanki. Nietrafnie ustawodawca przyjął obecnie, że stan zagrożenia dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego musi być związany z prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo. Nie pozwala to w szeregu sytuacji na podjęcie szybkiego działania mającego na celu usunięcie zagrożenia. Zaradzić temu można poprzez podjęcie dwojakiego rodzaju działań legislacyjnych:

- a. wprowadzenie w art. 15 ust. 1 pkt 6 zwrotu „w szczególności”,
- b. wprowadzenie odrębnej przesłanki pozbawienia danej osoby posiadania broni.

Pierwsze rozwiązanie wydaje się najprostsze, jednak rozszerza ono istotnie nie tylko przesłanki cofnięcia pozwolenia, lecz także negatywne przesłanki jego wydania. Może to generować zarzut zbyt szerokiego i ocennego ukształtowania przesłanek odmowy wydania. Na marginesie zaś należy stwierdzić, że konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 6 jest istotnie wadliwa z legislacyjnego punktu widzenia. Albo należało zrezygnować z odwołania do zagrożenia i wskazać jedynie na prawomocne skazanie jako podstawę odmowy wydania pozwolenia, albo wskazać, że pozwolenia nie wydaje się, jeśli osoba prawomocnie skazana stwarza ryzyko. Innym rozwiązaniem jest pozostawienie prawomocnego skazania za przestępstwo i dodanie nowej przesłanki związanej z ryzykiem, o czym będzie mowa dalej. Z obecnego brzmienia wynika natomiast, że osoba prawomocnie skazana za przestępstwo stwarza zawsze zagrożenie, co oczywiście nie musi być prawdą. Należy przypomnieć, że przepis ten do 2011 roku¹⁷ miał inną treść. Przewidywał on odmowę wydania

17 Zmiany dokonano ustawą z 5.01.2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią,

pozwolenia lub jego cofnięcie w przypadku osób, co do których istniała uzasadniona obawa, że mogły użyć broni w celu sprzecznym z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego, w szczególności skazanych prawomocnym orzeczeniem sądu za przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub mieniu albo wobec których toczyły się postępowanie karne o popełnienie takich przestępstw. W rezultacie wymagane było nie tylko wykazanie elementu formalnego w postaci prawomocnego skazania lub toczenia się postępowania, lecz również elementu materialnego w postaci istnienia uzasadnionej obawy niewłaściwego użycia broni. Niewątpliwie brzmienie przepisu nie było najszcześliwsze. W zakresie toczącego się postępowania mogło ono generować zarzut naruszenia domniemania niewinności. Jednak trudno zaprzeczyć, że pozwalało ono na przedsięwzięcie stosownych kroków zgodnie z wytycznymi sformułowanymi w sprawie Kotilainen. W orzecznictwie różnie podchodzono do związku pomiędzy popełnieniem przestępstwa a stwarzaniem zagrożenia¹⁸, czasami dokonując dość daleko idących prognoz. Jako przykład można tu podać wyrok NSA z dnia 4 stycznia 2012 r. gdzie stwierdzono, że „Skoro osoba posiadająca zezwolenie na posiadanie broni w stanie nietrzeźwości wsiada za kierownicę i prowadzi pojazd po drodze publicznej, to nie można wykluczyć sytuacji, że w takim stanie mogłaby użyć broni w celach sprzecznych z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Nieodpowiednie zachowanie będące naruszeniem porządku prawnego podważa domniemanie, że osoba taka będzie użytkowała broń w sposób zgodny z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego”¹⁹. Innym przykładem jest wyrok NSA w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2012 r., w którym uznano, że „fakt prawomocnego skazania osoby za popełnienie przestępstwa polegającego na wręczeniu funkcjonariuszom publicznym korzyści majątkowej w łącznej sumie blisko 50.000 złotych, tj. przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz zgromadzenia w toku postępowania dokumentów świadczących o lekceważeniu porządku prawnego, które wskazywały, że w przeciągu kilku lat dopuścił się szeregu naruszeń zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, w świetle pojęcia »uzasadnionej obawy użycia broni w celu sprzecznym z interesem bezpieczeństwa lub porządku publicznego«, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 6 ustawy z 1999 r. o broni i amunicji, usprawiedliwiają wyprowadzenie przez organ wniosków uzasadniających cofnięcie pozwolenia na broni”²⁰. Przy obecnym brzmieniu przepisu w orzecznictwie akceptuje się natomiast automatyczne powiązanie zagrożenia ze skazaniem. Jako przykład może tu posłużyć

amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, Dz. U. Nr 38, poz. 195.

18 Por. Jerzy Paśnik, „Cofanie pozwolenia na broń – uwarunkowania normatywne i praktyka sądowa” *WPP*, nr 1 (2010), 46-50.

19 Wyrok NSA z 4.01.2012 r., II OSK 1984/10, LEX nr 1138028.

20 Wyrok NSA z 12.04.2012 r., II OSK 334/11, LEX nr 1138196.

wyrok NSA z 13 marca 2019 r. w którym sąd ten stwierdził, iż ustalenie, że „dana osoba została skazana za umyślne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe jest równoważne stwierdzeniu, że osoba ta stanowi zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego, a w konsekwencji wyłącza potrzebę dokonywania dodatkowej oceny charakteru popełnionego przestępstwa pod kątem ustalenia, czy sam fakt skazania uzasadnia przyjęcie następnie, niejako kaskadowo, oceny odnoszącej się do przesłanki „stanowienia zagrożenia dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego”, tak więc „Prawidłowo odczytana przez Sąd I instancji treść art. 18 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 6 lit. a ustawy o broni i amunicji, wbrew stanowisku skarżącego, nie dawała organom Policji podstaw do dokonywania analizy indywidualnych cech skarżącego i okoliczności popełnionego przez niego przestępstwa”²¹. Inny przykład może stanowić wyrok WSA w Warszawie z 3 marca 2020 r., w którym uznano, że „każda z osób, która została skazana za umyślne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, niejako automatycznie stanowi zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Bez znaczenia są wówczas takie okoliczności, jak nienaganna opinia czy okoliczności dotyczące charakteru i wagi przestępstwa, którego skarżący się dopuścił. Skazanie za przestępstwo umyślne sankcjonowane jest orzeczeniem o cofnięciu pozwolenia na broń”²². Na marginesie wskazać należy, że ustawodawca nietrafnie ograniczył stwierdzenie zagrożenia do popełnienia przestępstw, choć może ono pojawić się także w przypadku niektórych wykroczeń, np. prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie po użyciu lub innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości (art. 87 k.w.).

Należy również zwrócić uwagę, że w obecnym brzmieniu dyrektywa w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni²³ przewiduje, że państwa członkowskie umożliwiają nabywanie broni palnej, jeśli dane osoby nie wydają się stanowić zagrożenia dla samych siebie lub innych, dla porządku publicznego lub dla bezpieczeństwa publicznego, przy czym karalność za popełnione umyślne przestępstwo z użyciem przemocy uznaje się za element wskazujący na takie zagrożenie (art. 5 ust. 1 pkt b).

Drugim rozwiązaniem jest wprowadzenie odrębnej przesłanki w postaci stwarzania zagrożenia dla siebie lub życia i zdrowia innych osób. Mogłaby to być równocześnie przesłanka cofnięcia pozwolenia na broń, jednak zaproponować należy uczynienie z niej jedynie przesłanki odebrania broni. W ten sposób przesłanki odebrania broni jako swoistego środka

21 Wyrok NSA z 13.03.2019 r., II OSK 976/17, LEX nr 2693778.

22 Wyrok WSA w Warszawie z 3.03.2020 r., II SA/Wa 2333/19, LEX nr 3015350.

23 Zob. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2017 r. zmieniającą dyrektywę Rady 91/477/EWG w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni, Dz.U. L 137 z 24.5.2017.

tymczasowego zostałyby zakreślone szerzej. Umożliwiłoby to szybkie zadziałanie w sytuacjach takich jak w sprawie Kotilainen. Odebranie takiej mogłoby trwać nie dłużej niż np. 30 dni, w których trakcie Policja miałaby czas na ustalenie, czy zachodzi jedna z przesłanek do cofnięcia pozwolenia na broń. W tym czasie można byłoby uzyskać stosowną opinię lekarską lub psychologiczną lub inne informacje. W razie stwierdzenia zaistnienia przesłanki cofnięcia, odebranie broni byłoby definitywne, w razie niepotwierdzenia istnienia ryzyka broń podlegałaby zwrotowi osobie, od której została odebrana. Taki tymczasowy środek prewencyjny wpisywałby się w wymóg szczególnej staranności sformułowany przez ETPC w analizowanej sprawie. Wykładnia przesłanki zagrożenia dla siebie lub innych osób musiałaby być dokonywana w świetle standardów strasburskich kreujących *due diligence* w zakresie kontroli nad posiadaniem i wykorzystaniem broni palnej.

Powyższe rozwiązanie nie powinno budzić wątpliwości z gwarancyjnego punktu widzenia. Za ETPC przyjęć należy, że w przypadku posiadania broni palnej istnieje bardzo niski pułap ryzyka, który zobowiązuje do działania. Jak słusznie zauważył ETPC, można to uzasadnić z jednej strony tym, że posiadanie broni palnej stwarza ryzyko wyrządzenia dużej szkody, z drugiej zaś tym, że pozbawienie posiadania broni palnej nie jest działaniem, które w sposób szczególnie dotkliwy ingeruje w prawa obywatelskie, w zestawieniu np. z takimi środkami prewencyjnymi jak zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie czy nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym.

Zaproponowana zmiana współgrałaby także z określonym w art. 10 ust. 1 u.b.a. wymogiem, w myśl którego można wydać pozwolenie na broń jedynie osobie, która nie stanowi zagrożenia dla samego siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Powyższy wymóg trudno wszakże uznać za okoliczność faktyczną będącą podstawą wydania pozwolenia, której ustanie jest fakultatywną przesłanką cofnięcia pozwolenia (art. 18 ust. 4 u.b.a.), gdyż okolicznościami takimi są raczej ważne przyczyny posiadania broni egzemplifikowane w art. 10 ust. 3 u.b.a., a nawet jeśli zaakceptować taką wykładnię, to *de lege lata* ustanie okoliczności faktycznych nie jest podstawą odebrania broni.

Dodać można, że w niektórych sytuacjach dostępne będą środki przewidziane w kodeksie postępowania karnego oraz ustawie o Policji. W pierwszym przypadku musiałoby wszakże dojść do co najmniej karalnego przygotowania lub usiłowania popełnienia przestępstwa, aby wykorzystać takie środki jak zatrzymanie rzeczy czy tymczasowe aresztowanie²⁴. Jednakże karalne przygotowanie rzadko występuje w kodeksie karnym, zaś usiłowanie istotnie wykracza poza poziom ryzyka, który wystąpił w sprawie Kotilainen.

24 Szerzej na ten temat zob. Arkadiusz Lach, *Prewencja indywidualna w procesie karnym* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), s. 182-240.

To ostatnie można powiedzieć także o zatrzymaniu osoby przewidzianym w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji, zgodnie z którym ma ona uprawnienie do zatrzymywania osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia.

4. Podsumowanie

Powyższa analiza wskazuje, że prawo polskie przewiduje szereg podstaw do działania w przypadku obawy niewłaściwego wykorzystania broni palnej, procedura odebrania broni pozwala zaś na szybkie działanie, choć jej niepełne uregulowanie może budzić wątpliwości z gwarancyjnego punktu widzenia. Nowelizacja z 2011 roku pozostawiła wszakże wskazaną wyżej lukę w zakresie stwarzania zagrożenia, która wymaga interwencji ustawodawcy.

Bibliografia

- Lach Arkadiusz, *Prewencja indywidualna w procesie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Lazarus Liora, „Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect and Care?”, [w:] *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, red. L. Zedner, J.V. Roberts. 135-155. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Paśnik Jerzy, „Cofanie pozwolenia na broń – uwarunkowania normatywne i praktyka sądowa” *WPP*, nr 1 (2010): 42-53.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Accessibility – One of the Human Rights or the Means of Their Implementation

Accessibility is one of the pillars on which the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) is based. It is also one of the most complex and not yet fully recognized human rights institutions. The Convention defines accessibility as one of its general principles. It does not explicitly constitute a right to accessibility per se. However, interpretations of the norm of accessibility indicate divergent views on whether we are dealing with a new human right. Defining what accessibility is in terms of human rights is of utmost importance for implementing the Convention.

The Committee on the Rights of Persons with Disabilities in its General Comment No 2 (2014) „Article 9 Accessibility” does not provide a clear answer to the legal status of accessibility. The controversy that the right to access causes is part of the general concerns that “new” human rights have always raised. The reason for the lack of clear acknowledgment of accessibility as an inherent human right is the very nature of these rights. Human rights are dynamic and continue to evolve. The Convention blurs the distinction between civil and political rights as well as economic and social rights more clearly than previous treaties and, consequently, takes a holistic view of the idea of human rights.

Having analyzed the accessibility norm laid down in Article 9 of the CRPD, the Author shares the opinion that the CRPD reformulates the existing human rights and enriches their content to such an extent that it is possible to distinguish also new human rights on its basis, including the right to access per se. However, the scope and content of the right are still not entirely agreed upon. Nevertheless, it certainly contributes to greater social inclusion and the gradual phasing out of measures aimed at “special” treatment of people with disabilities in favour of removing barriers and implementing universal solutions for all.

Katarzyna Roszewska

associate professor

Cardinal Stefan Wyszyński University

ORCID – 0000-0002-1452-2497

Key words:

persons with disabilities, accessibility, right to access, human rights

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.291>

1. Accessibility in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

Accessibility is one of the pillars on which the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) is based. At the same time, it is one of the most complex and not yet fully recognized human rights institutions. The Convention defines accessibility as one of its general principles. It does not explicitly constitute a right to accessibility *per se*. However, interpretations of the norm of accessibility indicate divergent views on whether we are dealing with a new human right. Defining

what accessibility is in terms of human rights is of utmost importance for implementing the Convention.

The manner in which the principle of accessibility is developed in Article 9 of the Convention consists in a description of the purpose of accessibility, its scope, the measures taken to implement it, and the addressees of the norm. The expressions „accessibility” and „access to” are used interchangeably in the Convention: it mentions „accessibility” being facilitated, ensured, and promoted; „access to” places, rights, and services; and „accessible” places, programmes, technologies, formats, etc. The emphasis placed on accessibility as a general principle means that it has to be applied to all rights enshrined in the Convention. Nevertheless, some specific rights entail precise conditions for ensuring accessibility. Yet nowhere in the CRPD is accessibility directly equaled with the „right to access”.

In the course of work on the draft Convention, it was maintained that it would not establish new human rights, but would rather adapt existing ones to the situation of people with disabilities by changing the disability paradigm. The rights of persons with disabilities are enshrined in earlier human rights treaties, but they had not been exercised or with respect to group of people¹. The CRPD was even referred to as an „implementation convention”. Its adoption results from the lack of effective implementation of rights guaranteed by other conventions for persons with disabilities². This view was

-
- 1 Press conference on convention protecting rights of persons with disabilities, 04/02/2005. https://www.un.org/press/en/2005/Disabilities_Press_Cfc_050204.doc.htm. [accessed: 18.02.2021]; Einat Albin, „Universalizing the Right to Work of Person with Disabilities: An Equality and Dignity Based Approach”, [in:] *The Right to Work*, ed. Virginia Mantouvalou (Oxford 2017); *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, No. 15-9 (2015): 7. Convention on the Rights of Persons with Disabilities Advocacy Toolkit. Professional Training Series No. 15, New York-Geneva, 2008, 10. https://www.ohchr.org/documents/publications/advocacytool_en.pdf. [accessed: 17.02.2021].
 - 2 Don MacKay, *Chairman of the Ad Hoc Committee on Convention on Persons with Disabilities, Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session*, 12.08.2005. <https://www.un.org/press/en/2005/soc4680.doc.htm> [accessed: 17.02.2021].

shared by Polish legal scholars, as well³. Yet, the position was not consistent. It was stressed out that the Convention primarily does not create new rights⁴.

2. Accessibility according to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities

General comment No 2 (2014) „Article 9: Accessibility” is not helpful in answering the question on the legal status of accessibility. This provokes criticism. Instead of presenting a clear, consistent interpretation of accessibility that would facilitate its implementation, the Committee offers its ambiguous description. Thus, it reinforces the existing divisions in the understanding of accessibility: either as a human right *per se* or as a manner of interpreting human rights⁵. At this point, we cannot ignore the general criticism concerning the lack of consistency in the Convention’s stipulations and the fact that none of its provisions are sufficiently clear, precise, and unconditional to be able to grant rights to individuals, even though the Convention is referred to by secondary UE legislation⁶.

-
- 3 Cf. Anna Błaszczak, „Zastrzeżenia i oświadczenia interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami”, [in:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, ed. Dorota Pudżianowska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2014), 25; Joanna Połatyńska, Ewa Staszewska, „5.4. Prawo do pracy szczególnych grup społecznych w świetle prawa międzynarodowego”, [in:] *System Prawa Pracy. Vol. IX. Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy globalne*, ed. by Krzysztof Wojciech Baran (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019) electronic edition: Wolters Kluwer LEX [accessed: 17.02.2021]; Julia Kapelańska-Pręgowska, „Wdrażanie, stosowanie i kontrola wykonywania Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych”, [in:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*, ed. Aneta Giedrewicz-Niwińska, Marzena Szablowska-Juckiewicz (Warszawa: Difin, 2014), 26.
- 4 MacKay, Chairman of the Ad Hoc Committee on Convention on Persons with Disabilities, <https://www.un.org/press/en/2005/soc4680.doc.htm>.
- 5 Maria Greco Gian, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, [in:] Anna Matamala, Pilar Orero, *Researching Audio Description. New Approaches* (Barcelona 2016): 18-19.
- 6 Delia Ferri, „The UNCRPD within the EU legal system” (2012) – Conference “Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law” organized by the EUI Human Rights Working Group and the EUI Academy of European Law (Florence: European University Institute, 27 April 2012), 76. https://www.academia.edu/26653617/The_UNCRPD_within_the_EU_legal_system_2012_Conference_

When indicating the legal nature of accessibility, General Comment No. 2. primarily emphasizes its function as a fundamental principle and its role in the observance of equality rights. Accessibility is seen as a way of investing as a way of investing in society and an integral part of the sustainable development agenda (para 4). Being one of the key fundamental principles, it is a prerequisite for the effective, equal, and unrestricted enjoyment by persons with disabilities of all rights, full and equal participation in society – a prerequisite for independent living (para 4, 14). The obligation to ensure accessibility by the states is an essential part of a new obligation to respect, protect and observe equality rights (para 4), which have been subject to a vital transformation in international law over the last decades (from formal through substantive to transformative equality⁷).

The Committee recognizes accessibility – depending on the context – as a basic principle that underlies the implementation of the remaining provisions (para 1), a precondition for persons with disabilities to participate fully and equally in society and to enjoy all human rights and fundamental freedoms, (2) as a principle, (3) as a measure, but also (4) as a human right in itself – the right to access⁸.

Human_Rights_of_Persons_with_Disabilities_in_International_and_EU_Law_organized_by_the_EUI_Human_Rights_Working_Group_and_the_EUI_Academy_of_European_Law_European_University_Institute_Florence_27_April_2012_. [accessed: 08.02.2021].

- 7 Andrew Byrnes, „Article 1”, [in:] *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, ed. Marsha A. Freeman, Christine Chinkin, Beate Rudolf (Oxford University Press, New York, 2012), 56; Sandra Fredman, „Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights”, [in:] *Temporary Special Measures: Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, ed. Ineke Boerefijn (Intersentia, Antwerp, 2003), 56, 115; Andrea Broderick, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities* (Maastricht: Intersentia, 2015), 36. ebook version: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/the-long-and-winding-road-to-equality-and-inclusion-for-persons-w> [accessed: 17.02.2021].
- 8 General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, Committee on the Rights of Persons with Disabilities CRPD/C/GC/2, para 2, 3, 14. See also The Day of General Discussion on Accessibility, 7 October 2010, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Outline p. 1 with submissions, which precedes General comment No 2. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD7102010.aspx> [accessed: 19.02.2021].

Describing accessibility as a right *per se* in General comment No. 2 may seem unclear and inconsistent, given that the Committee, on the one hand, emphasizes that the Convention does not create new rights for persons with disabilities (para 14) and, on the other hand, makes it clear that accessibility should be understood as a unique confirmation of the social aspect of the right to access (para 2 and 3). This inconsistency is only superficial. The Committee attempts to prove that, without establishing new rights, the Convention redefines and develops existing rights from the perspective of a new paradigm of disability. Accessibility is a right, yet by no means a new one.

The Committee cites examples of regulations concerning access to the physical environment and public transport as a prerequisite of freedom of movement and access to information and communication viewed as a precondition of freedom of opinion and freedom of speech as well as access to public service under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Evidence for the previously distinguished right of access is particularly Article 25(c) of the ICCPR, which, according to the Committee, may serve as a basis to incorporate the right of access into the core human rights treaties (para 2) and Article 5(fa) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). Thus, in the view of the Committee, international human rights law established a precedent involving classifying the right to access as a right *per se* (para 3) years ago already. This way, the Committee „embedded” accessibility in previous treaty law and confirmed the existence of the right to access under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

The validity of accessibility as a human right has been noted by the international community, as well⁹. The European Economic and Social Committee (EESC) adopted an opinion on Accessibility as a human right for persons with disabilities in 2014¹⁰. The EESC puts forward the idea to view accessibility as a human right in two ways: as a human right *per se* referring to the possibility to participate, act, communicate, and be informed independently and securely and as a human right that is crucial for the implementation of other human rights, which renders which renders it a fundamental stimulus facilitating their implementation.

The divergence concerning the legal nature of accessibility provokes discussion on whether the Convention on the Rights of Persons with

9 European Economic and Social Committee Hearing: Accessibility as a Human Right, 4 June 2013. <https://www.eud.eu/news/accessibility-human-right/>. [accessed: 10.04.2021].

10 Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Accessibility as a human right for persons with disabilities’ (own-initiative opinion), O.J. EU 2014/C/177/15.

Disabilities only codified the existing rights established under UN treaties in one legally binding international instrument or also created a new portfolio of rights, including the right to access.

3. The legal nature of the provision on accessibility in the CRPD

It seemed agreed that the Convention on the Rights of Persons with Disabilities introduced a new paradigm of disability, a new concept of equality, a new definition of non-discrimination, and new instruments of protection, but did not create any new or unique rights for persons with disabilities¹¹. Yet, since the Convention entered into force, attempts have been made to assess the undoubtedly broader scope of the conceptualization of human rights. It has been noted that some rights (Article 19) have no equivalents in earlier treaties¹². Next, there have been endeavors to include the standard of accessibility in the canon of human rights. Accessibility was proposed to be viewed as a socio-economic right. This interpretation of its nature was inferred from Article 3 and Article 21, even though the Convention omits to mention this right directly in these or other stipulations¹³.

In order to verify the normative character of accessibility, it was proposed to, by the process of elimination, establish what obligations and rights are created by the accessibility provisions of the Convention, to what extent accessibility may constitute a negative or a positive right, whether it is an individual or a group right, and to what generation of rights it should be assigned¹⁴. It was also remarked that the content of Article 9 does not justify acknowledging accessibility as either a negative or a positive right. Accessibility does not count among tangible or intangible goods *per se*, such as education, health care, housing, and employment. Accessibility relation to these goods is such that it is a condition (a precondition, as specified by the Committee) for their enjoyment¹⁵. According to another proposition, accessibility is a third-generation human right (a collective right). This, however, would

11 Theresia Degener, „Disability in a Human Rights Context” *Laws*, No. 5 (2016): 15.

12 Degener, *Disability*, 5-6; Cf. Arlene S. Kanter, *The Development of disability rights under International Law*, (London-New York: Routledge, 2015), 2-13. – she directly mentions the right to live in a community.

13 Francesco Seatzu, „Article 9 [Accessibility]”, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano (Switzerland: Springer, 2017), 225.

14 Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 14-15.

15 *Ibidem*, 19-20.

mean that accessibility is a right granted exclusively to the group of all persons with disabilities. At the same time, no individual right to accessibility as such exists, i.e., that specific subgroups (for instance, blind persons) have no right to accessibility¹⁶. The above interpretation promotes a ghetto effect concerning persons with disabilities and is contrary to the universal design approach¹⁷.

Classifications that categorize human rights are imperfect and arbitrary¹⁸. It is indisputable that the Convention furthers and at the same time strengthens the idea underlying the adoption of the Vienna Declaration of 1993¹⁹, according to which all human rights are indivisible, interdependent, and interrelated. The current tendency is to shift away from dealing with various categories of rights towards the actual and genuine enjoyment of human rights. The Convention rejects the founding, traditional dichotomies of human rights for the sake of a more holistic view on the idea of human rights²⁰. It evidently blurs boundary between civil and political rights on the one hand and economic and social rights on the other²¹. It underlines the concept of indivisibility and interdependence of rights to a greater extent than the earlier treaties do²². Considering its location in the CRPD, assigning Article 9 to

-
- 16 Andrea Broderick, „Of rights and obligations: the birth of accessibility” *The International Journal of Human Rights*, No. 4 (2020): 400.
- 17 Greco, *On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility*, 20.
- 18 See Wiktor Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice* (Znak: Kraków 2011), 188.
- 19 Vienna Declaration and Programme of Action of the International Conference on Human Rights, 25 June 1993, A/CONF.157/23. https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=5819 [accessed: 22.03.2021].
- 20 Frederic Megret, „The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights” *International Journal of Human Rights*, No. 261 (2008): 3, 5.
- 21 Gauthier de Beco, „The indivisibility of human rights and the Convention on the rights of persons with disabilities” *International and Comparative Law Quarterly*, No. 1 (2019): 141.
- 22 Broderick, „Of rights and obligations”, 407. In the context of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, and the UN Convention on the Rights of the Child, see Linda Hajjar Leib, „An overview of the characteristics and controversies of human rights”, [in:] *Human Rights*

one specific category of rights seems impossible. As a rule, it simultaneously affects all rights, irrespective of their classification.

However, it is a fact that the expressions „right to x” and „right of access to x” do appear concerning specific human rights (also in treaties preceding the CRPD). Consequently, a question arises whether these are two different rights. If that were so, the object of the „right to x” would be „x”, and the object of the „right of access to x” would be „access to x” as such. This approach is criticized for unnecessarily multiplying concepts. There are suggestions to at least „suspend” this theory until a thorough analysis from the perspective of human rights classification has been carried out.²³

It is true that previous provisions concerning the right to access mentioned by the Committee are subject to various interpretations: the right is seen as an element of a more general right to take part in public life (Article 25(c) of the ICCPR) or as an element of the obligation to ensure equality before the law in the enjoyment of the so-called right of access to any place or service intended for use by the general public (Article 5(f) of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD))²⁴. The interpretation of the provisions of Article 9 CRPD takes a similar form, namely „access” should be viewed not as the object of the right but as the main element of its content (with its correlative obligation). An expression such as „right of access” to education does not refer to a right separate from the right to education, but emphasizes that one of the correlative obligations related to the right to education is providing access to education. It requires granting persons with disabilities access to some tangible or intangible goods to enjoy the rights they possess as human beings. This is a requirement that the responsible entity must meet so that the holder of the right to education may enjoy this right. In addition, Greco notes that the above interpretation of accessibility makes it possible to avoid the already mentioned ghetto effect²⁵ by facilitating social cohesion covering all citizens, not just persons with disabilities.

The reason for the lack of explicit acknowledgement of accessibility as an inherent human right is the very nature of these rights. Human rights are dynamic by nature and continue to evolve. As a result, they need to encompass new rights, and each generation should contribute to their evolution in

and the Environment, Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives (2011) 52.

- 23 Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 21.
- 24 Broderick, „Of rights and obligations”, 398-399.
- 25 Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 22-23.

line with the aspirations and values of a given period²⁶. It namely lies in the nature of a dynamic society to shift its attention from one aspect of experience to another and to form various philosophical theories and world views²⁷. New human rights may emerge as a consequence of a change in circumstances that need greater protection, a change of the economic situation, technological progress or the emerging possibilities to cater to needs that could not be satisfied before or whose satisfaction would have been too difficult or too expensive. Moreover, each society and each era need their own frame of reference and own paradigms paired with the awareness that the emerging differences always fit in the context of a broader unity, which remains to some extent constant²⁸. New concepts of human rights and new claims are therefore incorporated into those fundamental, universal, constant and inalienable human rights. These human rights are extended or filled with new content, redefined, or provided with new control and enforcement mechanisms. New rights have often been perceived as a normative instrument or a prerequisite of implementing existing rights, a synthesis of various rights for a long time²⁹. Consequently, human rights evolve, sometimes so much that a formal distinction of new rights occurs³⁰.

Looking at the example of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, it is easier to accept the emergence of new obligations than the emergence of new rights³¹. And when it comes to rights, the Convention mainly provides certain rights with an additional semantic structure in that it explains how they should be applied to persons with disabilities. It outlines a range of crucial properties of rights it lists that were not defined in previous human rights treaties; it redefines and expands the content of the existing

26 Promotion and protection of all human rights, civil, Political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Human rights and international solidarity, Note by the united nations high commissioner for human rights, HRC 12th Session, Report of the Independent Expert on International Solidarity, UN Doc A./HRC/12/27, 22 July 2009, para. 11.

27 Pennock, *Rights*, 21.

28 Pennock, *Rights*, 7, 22.

29 Such a sceptical view of new rights based on third-generation rights was expressed e.g. by P. Kowalski, „Nowe prawa człowieka. Perspektywy i zagrożenia” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 2 (1988): 69-71.

30 Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, 314.

31 Degener, *Disability*, 19-20; Broderick, „Of rights and obligations”, 407.

rights³². Yet, some scholars express a further-reaching view that a simple redefinition of rights would, in some instances, be insufficient and leave them without protection³³.

Notwithstanding their doubts, some authors take a decided position as to the character of the norm of accessibility. We cannot consistently maintain that attempts to adapt „prior” human rights to the situation of persons with disabilities involve merely confirming the existing rights and possibly redefining and expanding them. In the case of Article 9, the Convention entails the birth of a new human right – the right to accessibility³⁴. As a socio-economic norm, it becomes a key element of implementing equality. The duty to make reasonable adjustments and the obligations stipulated in Article 9 is the means to achieve the goal in a new right to accessibility. While Broderick shares concerns that the legal ground for a separate right to access in international human rights is questionable, she herself advocates the existence of a new right to accessibility and advances the thesis that states’ obligations may materialize in certain circumstances even before human rights themselves come true³⁵.

However, it is necessary to be aware of the issue with a proper interpretation of the right³⁶. Individual branches of law have their specific rules for encoding norms in legal provisions³⁷. Human rights in particular go beyond the classic understanding of a legal obligation viewed as a single manner of conduct specified for the addressee by the norm. This obligation consists rather in bringing about some states of affairs through a complex set of actions and omissions³⁸. Then, a norm construed exclusively as a principle of law points to ‘a certain course of argumentation rather than forces certain decisions’ and ‘has to be taken into consideration’, while a legal rule ‘requires that the solution which results from it is adopted’. How a provision is phrased does

32 Megret, „The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, 498, 503, 515.

33 Megret, „The Disabilities Convention: Human Rights”, 503.

34 Broderick, „Of rights and obligations”, 406.

35 Ibidem, 398, 407.

36 Ronald Dworkin, *Biorąc prawa poważnie* (Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 1998), 42 et seq.

37 Zygmunt Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1966), 125.

38 Bartosz Liżewski, „Europejska filozofia praw człowieka a konstytucyjna formuła obowiązków człowieka i obywatela” *Filozofia publiczna i Edukacja Demokratyczna*, No. 1 (2018): 209.

not always indicate whether the resulting norm is a principle or a rule³⁹. There is no dispute that Article 9 CRPD expresses a principle of law. At the same time, however, its content goes far beyond pointing to „a certain course of argumentation”. Compared to accessibility as presented in earlier treaties, Article 9 adds content to the norm⁴⁰. It imposes obligations and stipulates not only that appropriate measures need to be taken up but also what these measures cover when they should be applied and what goals should be attained through them⁴¹. The character of these goals makes Article 9 also a programmatic norm⁴², which includes guidelines as to legal policy. Numerous norms in human rights treaties take the form of programmatic norms, which define the objective in the form of an obligation that should be fulfilled, without specifying any behaviour patterns that the norm’s addressees should follow to achieve that objective. The addressee is supposed to choose the optimum set of actions that will enable them to meet the purposes specified by the programmatic norm⁴³.

The objectives specified in Article 9 CRPD do not exhaust the content of the norm of accessibility. The Convention creates specific obligations on the state and public entities (and, to a specific extent, also the obligations of private entities). What corresponds to these obligations are rights to assess specific legal solutions and actions in terms of their compliance with the requirements of accessibility and to demand that legislation that respects accessibility in the areas specified in the CRPD be enacted and that measures aiming to eliminate barriers be undertaken. These rights, however, are not tantamount to individual subjective rights. Yet human rights may be protected by way of *actio popularis*. The Committee assumed that actions in the public interest (*actio popularis*) are suitable measures that can protect persons who are incapable of defending themselves from discrimination even if

39 Ronald Dworkin, *Biorąc prawa*, 60, 63, 65. Cf. also rules (German: *Regeln*) and principles (German: *Prinzipien*); Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford-New York 2002), 47-48, 60, 299-300.

40 Janet E. Lord, „Accessibility and Human Rights Fusion in the CRPD”: Assessing the scope and content of the accessibility principle and duty under The CRPD, Presentation for the General Day of Discussion on Accessibility CRPD Committee UN – Geneva, October 7, 2010, 6.

41 Dworkin, *Biorąc prawa*, 60, 63, 65-66.

42 According to some scholars, programmatic norms are principles by nature. Cf. Tomasz Stawecki, „Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych”, [in:] *Wykładnia Konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, ed. Tomasz Stawecki, Jan Winczorek (Warszawa: Wolters Kluwer 2014), 208-209.

43 Liżewski, „Europejska filozofia praw człowieka”, 209.

supported or whose abilities are considerably limited by a fear of negative consequences of such attempts⁴⁴.

Finally, a specific order or prohibition underlying individual rights of persons may be distinguished under Article 9. It is a fact that the subjective right to access usually accompanies the right to specific goods (right to education, to employment, to information, to health protection, etc.). When studying the status of the right to access, it is well-founded to cite the right to equality and non-discrimination – as established human rights – which do not constitute rights to specific goods but are meant to guarantee the enjoyment of rights without discrimination and on equal terms⁴⁵. At the same time, the right to access may be associated with the right to equal treatment and non-discrimination. Another example of the operation of rights that guarantee the exercise of other rights, apart from the right to equal treatment and non-discrimination, is the indisputable right to justice, which is subject to protection as a human right. It is enshrined, among others, in the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 14) and the European Convention on Human Rights (Article 6(1)). The Convention on the Rights of Persons with Disabilities provides for access to justice (Article 13).

An allegation of a violation of the right to access does not always have to be combined with an alleged violation of the right to specific goods, e.g., the right to education in connection with school's inaccessibility. This understanding of the right to access is reflected in Polish law by the possibility to request that access be ensured under the Act of 19 July 2019 on providing access to persons with specific needs⁴⁶. Such a request is not related to an allegation of a violation of a specific right. Moreover, it is not necessary to prove legal interest – only real interest. While legal interest has to be based on a specific substantive rule, factual interest occurs when a person is truly interested in a specific decision being made. Yet, this person can find no particular legal rule that would support their demand⁴⁷. Factual interest does not have to be protected by existing legal norms. It is sometimes compared to a subjective need, as opposed to legal interest granted legal protection under the current

44 General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, para 52.

45 Broderick, „Of rights and obligations”, 400.

46 *Journal of Laws of 2020*, item 1062.

47 Judgment of the Supreme Administrative Court of 06/03/2013, II GSK 1163/12, Lex No. 1296020, of 17/11/2017, OSK 982/17, Lex No. 2417389.

provisions⁴⁸, which is viewed as a qualified form of factual interest⁴⁹. In this sense, a demand for the provision of accessibility is independent. The object of protection is factual interest in achieving accessibility. A person may demand access to the extent to which it is guaranteed to them by statutory law, and they do not need to prove that a specific right, e.g., their right to education, was violated.

Thus, the right to access constitutes a stand-alone entitlement of an individual. It covers the right to demand that accessibility in certain areas be provided. Therefore, it is not only a precondition for the enjoyment of a specific human right or a principle that determines how specific rights should be implemented. In addition, Article 9 of the Convention strengthens the rights in horizontal relations⁵⁰. The content of Article 9 CRPD may be a basis for

48 For more about factual interest as a subjective need, see M. Szydło, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów” *Monitor Prawniczy*, No. 17 (2004): 793; Cezary Banasiński, Eugeniusz Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer 2009), comment to Article 24, electronic edition LexisNexis [accessed: 17.02.2021].

49 Judgment of the Province Administrative Court in Białystok of 01/06/2006, II SA/Bk 13/06, Lex No. 928768, judgment of the Province Administrative Court in Krakow of 07/10/2008, II SA/Kr 655/08, LEX No. 1049570. Andrzej Sebastian Duda, *Interes prawny w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2008, p. 63.

50 General comment No 2 (2014) Article 9: Accessibility, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD/C/GC/2, para 11 and 18; Nyusti and Takacs v Hungary: decision of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities and its description: Oliver Lewis, „Nyusti and Takacs v Hungary: decision of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities”, *European Human Rights Law Review*, No. 4 (2013): 419-424; Megret, „The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, 13; Peter Bartlett, „The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law” *The Modern Law Review*, No. 5 (2012): 757. For Polish law, see Katarzyna Łasak, „Dostępność usług bankowych dla osób niedowidzących i niewidomych. Uwagi na tle opinii komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych w sprawie Szilvia Nyusti i Péter Takács przeciwko Węgrom” *Gdańskie Studia Prawnicze*, No. 1 (2016): 274. For general remarks on the subject of the horizontal effects, see Lottie Lane, „The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies”

judicial control of secondary EU law⁵¹. The regulation of accessibility ought to be treated as a legal institution whose content is of varied nature. It determines the path of actions, outlines objectives, and, in some situations, establishes specific legal rules, including, in particular, the right to access *per se*.

4. Conclusions

Accessibility as a legal institution constitutes an element of one of the currently most effective concepts. This idea not only created a wide range of new methods of implementing human rights, but also generated new research areas that have gradually combined into one broader field of study, namely Accessibility Studies, which deal with a critical analysis of processes and phenomena related to accessibility as well as with designing, implementing, and assessing methodologies based on and aimed at accessibility⁵².

The controversy raised by the right to access is part of the general concerns that have always accompanied the emergence of „new” human rights, which make their way into the canon of human rights with difficulty. These rights are not always established through express acclamation in international treaties; they often emerge in international public debate. Varying levels of acceptance for and implementation of human rights, subject to political, socio-economic, and cultural factors, do not facilitate a cohesive understanding of human rights. Even if societies are essentially open to human rights, some of the rights encounter more significant difficulties before they gain acceptance⁵³.

The very concept of the newness of a right is relative, as well. It is sometimes a matter of semantics when it is said that new rights have emerged or that hidden rights have been acknowledged and morphed from an idea into real rights. Some rights arise because of society becoming aware of them⁵⁴. They are often preceded by a broad public debate in which arguments from various perspectives are made. This is why one can see the reasons for the Committee members’ doubts as to the extent to which the Convention creates new rights or for the cautious theses that rights which had been subject to

European Journal of Comparative Law and Governance, No. 5 (2018) and with regard to persons with disabilities, in particular 44-45.

51 Cf. Ferri, „The UNCRPD within the EU legal system”, 76.

52 Gian Maria Greco, „The nature of accessibility studies” *Journal of Audiovisual Translation*, No. 1 (2018): 219.

53 Louis Henkin, „The Universality of the Concept of Human Rights” *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 506 (1989): 15.

54 Pennock, *Rights*, 7.

protection before were presented in the Convention from a new perspective⁵⁵ and that the CRPD is very close to „establishing new rights”⁵⁶, and finally, for the proposition to „suspend” any considerations on the right of access *per se* until a thorough analysis from the perspective of the classification of human rights has been carried out.⁵⁷

Finding a relevant legal regulation of accessibility does not solve all problems. It is not clear how this regulation should be worded precisely or even what expression should be used for that purpose. Various terms are employed, including: „right to access”⁵⁸, „right of access”⁵⁹, „right to have access to”⁶⁰, „accessibility as a right”⁶¹, „right to accessibility”⁶², and even „access to rights”⁶³ (I prefer to use the term „accessibility” with regard to the principle and the terms „right to access” or „right of access” with reference to the right). There is even less clarity concerning the scope and content of the concept.

55 Gerard Quinn, „Bringing the UN Convention on rights for persons with disabilities to life in Ireland”, *British Journal of Learning Disability*, No. 4 (2009): 246.

56 Megret, „The Disabilities Convention: Human Rights”, 508.

57 Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 21.

58 General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, Committee on the Rights of Persons with Disabilities CRPD/C/GC/2, para 2, 3, 14.

59 Art. 5 f) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *adopted* 21 Dec. 1965, G.A. Res. 2106 (XX), U.N. GAOR, U.N. Doc. A/6014 (1966),

60 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5, Persons with Disabilities, 09/12/94, para. 34.

61 Don MacKay, Chair of the Ad Hoc Committee on the Disability Convention, Daily Summaries, Sixth Session, 5 August 2005, volume 7(5). <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum5aug.htm>. [accessed: 10.04.2021].

62 The Day of General Discussion on Accessibility, 7 October 2010, Committee on The Rights of Persons with Disabilities, Outline p. 1; International Disability Alliance, Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Day of General Discussion on Accessibility- Article 9 CRPD, 7 October 2010, p. 2. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD7102010.aspx>. [accessed: 10.04.2021]; G. Quinn, „Bringing the UN Convention on rights for persons with disabilities to life in Ireland” *British Journal of Learning Disability*, No. 4 (2009): 248; Broderick, „Of rights and obligations”, 407.

63 Megret, „The Disabilities Convention: Human Rights”, 504.

Mere consensus as to the legal character of the norm of accessibility does not necessarily entail the content of the right. Yet if we accept the right to access, its content will undoubtedly be a step towards deghettoizing human rights with regard to persons with disabilities⁶⁴ and acknowledging the existence of a range of groups whose claims based on human rights require an adjustment of a general system of rights concerning their undue „uniformity” (it requires their plurality)⁶⁵. Let us conclude with the statement by Hannah Arendt that man as a human being has only one human right that transcends all other rights – the right not to be excluded from the rights guaranteed by their society⁶⁶.

Bibliography

- Alexy Robert, *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: New York, 2002.
- Arendt Hannah, „Es gibt nur ein einziges Menschenrecht” *Die Wandlung*, 4 (1949): 753-770.
- Banasiński Cezary, Eugeniusz Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Bartlett Peter, „The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law” *The Modern Law Review*, No. 5 (2012): 752-778.
- Błaszczak Anna, „Zastrzeżenia i oświadczenia interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami”, [in:] *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, ed. Dorota Pudzianowska. 25-44. Wolters Kluwer: Warszawa, 2014.
- Broderick Andrea, „Of rights and obligations: the birth of accessibility” *The International Journal of Human Rights*, No. 4 (2020): 393-413.
- Broderick Andrea, *The Long and Winding Road to Equality and Inclusion for Persons with Disabilities*. Maastricht: Intersentia, 2015. <https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/the-long-and-winding-road-to-equality-and-inclusion-for-persons-w>.
- Byrnes Andrew, „Article 1”, [in:] *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, ed. Marsha. A Freeman, Christine Chinkin, Beate Rudolf. 51-70. New York: Oxford University Press, 2012.

64 Gian Maria Greco, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, 16-17.

65 Such general remarks on the Convention have been expressed in F. Megret, „The Disabilities Convention: Human Rights”, 514-515.

66 Hannah Arendt, „Es gibt nur ein einziges Menschenrecht” *Die Wandlung*, 4 (1949): 768.

- de Beco, Gauthier, „The indivisibility of human rights and the Convention on the rights of persons with disabilities” *International and Comparative Law Quarterly*, No. 1 (2019): 141-160.
- Degener Theresia, „Disability in a Human Rights Context” *Laws*, No. 5 (2016): 1-24.
- Duda Andrzej Sebastian, *Interes prawny w polskim prawie administracyjnym*. Warszawa: C. H. Beck, 2008.
- Dworkin Ronald, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998.
- Einat Albin, „Universalizing the Right to Work of Person with Disabilities: An Equality and Dignity Based Approach”, [in:] *The Right to Work*, ed. Mantouvalou. Strony. Virginia, Oxford 2017.
- Fredman Sandra, „Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights” [in:] *Temporary Special Measures: Accelerating De Facto Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, ed. Ineke Boerefijn, Fons Coomans, Jenny E. Goldschmidt, Rikki Holtmaat, Ria Wollleswinkel. 111-118. Antwerp: Intersentia, 2003.
- Greco Gian Maria, „On Accessibility as a Human Right, with an Application to Media Accessibility”, [in:] Anna Matamala, Pilar Orero, *Researching Audio Description. New Approaches*. 11-24. Barcelona: Palgrave Macmillan, 2016.
- Greco Gian Maria, „The nature of accessibility studies” *Journal of Audiovisual Translation*, No. 1(2018): 205-232.
- Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, No. 15-9 (2015): 1-22.
- Henkin Louis, „The Universality of the Concept of Human Rights” *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 506 (1989): 15.
- Iwarsson Susanne, Ståhl Agneta, „Accessibility, usability and universal design – positioning and definition of concepts describing person-environment relationships” *Disability and Rehabilitation*, No. 2 (2003): 57-66.
- Kanter Arlene S., *The Development of disability rights under International Law*. London, New York: Routledge, 2015.
- Kapelańska-Pręgowska Julia, „Wdrażanie, stosowanie i kontrola wykonywania Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych”, [in:] *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych. Regulacje prawne*, ed. Aneta Giedrewicz-Niwińska, Marzena Szablowska-Juckiewicz. 23-37. Warszawa: Difin, 2014.
- Katarzyna Łasak, „Dostępność usług bankowych dla osób niedowidzących i niewidomych. Uwagi na tle opinii komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych w sprawie Szilvia Nyusti i Péter Takács przeciwko Węgrom” *Gdańskie Studia Prawnicze*, No. 1 (2016): 265-280.

- Lane Lottie, „The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, No. 5 (2018): 5-88.
- Leib Linda Hajjar, „An overview of the characteristics and controversies of human rights”, [in:] *Human Rights and the Environment, Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives*. 41-68. 2011.
- Lewis Oliver, „Nyusti and Takacs v Hungary: decision of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities” *European Human Rights Law Review*, No. 4 (2013): 419-424.
- Liżewski Bartosz, „Europejska filozofia praw człowieka a konstytucyjna formuła obowiązków człowieka i obywatela” *Filozofia publiczna i Edukacja Demokratyczna*, No. 1 (2018): 206-228.
- Lord Janet E., „*Accessibility and Human Rights Fusion in the CRPD*”: *Assessing the scope and content of the accessibility principle and duty under The CRPD*, Presentation for the General Day of Discussion on Accessibility CRPD Committee UN – Geneva, October 7, 2010.
- MacKay Don, Chair of the Ad Hoc Committee on the Disability Convention, *Daily Summaries, Sixth Session*, Vol. 7(5), August (2005). <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum5aug.htm>.
- MacKay Don, *Chairman of the Ad Hoc Committee on Convention on Persons with Disabilities, Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session*, 12.08.2005. <https://www.un.org/press/en/2005/soc4680.doc.htm>.
- McCallum Ron, Opening remarks at the General Day of Discussion on Accessibility of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 7 October 2010; Report of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on its fourth session, 48 October 2010, CRPD/C/4/3, p. 4.
- Megret Frederic, „The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights” *International Journal of Human Rights*, No. 261 (2008): 261-278.
- Megret, Frederic, „The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?” *Human Rights Quarterly*, No. 2 (2008): 494-516.
- Osiatyński Wiktor, *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków: Znak 2011.
- Pennock James Roland, „Rights, natural rights, and human rights—a general view” *Human Rights*, Vol. 23 (1981): 1-28.
- Połatyńska Joanna, Ewa Staszewska, „5.4. Prawo do pracy szczególnych grup społecznych w świetle prawa międzynarodowego”, [in:] *System Prawa Pracy. Tom IX. Międzynarodowe publiczne prawo pracy. Standardy*

- globalne*, ed. Krzysztof Wojciech Baran. 171-184. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Quinn Gerard, „Bringing the UN Convention on rights for persons with disabilities to life in Ireland” *British Journal of Learning Disability*, No. 4 (2009): 245-249.
- Salmen John P.S., „U.S. Accessibility Codes and Standards: Challenges for Universal Design”, [in:] Wolfgang F. E. Preiser, Korydon H. Smith, *Universal Design. Handbook*, para 6.2. 2001, ebook.
- Seatzu Francesco, „Article 9 [Accessibility]”, [in:] *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*. ed. Valentina Della Fina, Rachele Cera, Giuseppe Palmisano. 225-242. Switzerland: Springer, 2017.
- Stawecki Tomasz, „Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych”, [in:] *Wykładnia Konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, ed. Tomasz Stawecki, Jan Winczorek. 159-211. Warszawa: Wolters Kluwer 2014.
- Szydło Marek, „Publicznoprawna ochrona zbiorowych interesów konsumentów” *Monitor Prawniczy*, No. 17 (2004): 791-807.
- Ziemiński Zygmunt, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1966.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Charakter prawny postpenalnych środków zabezpieczających

The Legal Nature of the Post-Penal Protective Measures

The author considers the legal nature of post-penal protective measures applied to perpetrators posing a threat to other people's life, health, or sexual freedom. The author analyses the essence and purpose of applying the protective measures introduced into the Polish legal system in 2014. Previous regulations concerning this scope are also indicated in the article. The author assesses the current solution from the point of view of the legitimacy of the existence of protective measures to protect the public against the dangers posed by a specific category of perpetrators.

Maria Szczepaniec

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Kardynała Stefana
Wyszyńskiego*

ORCID – 0000-0001-5593-6031

Słowa kluczowe:

środki zabezpieczające, izolacja, terapia, nadzór, sprawcy niebezpieczni

Key words:

protective measures, isolation, therapy, supervision, dangerous perpetrators

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.286>

1. Uwagi wprowadzające

Pojęcie postpenalnych środków zabezpieczających odnosi się do sytuacji, w której środki zabezpieczające stosowane są wobec sprawców przestępstw po odbyciu przez nich kary pozbawienia wolności. Ustawą z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób¹ (dalej: u.p.o.z.p. lub ustawa z 22 listopada 2013 r.) do polskiego porządku prawnego wprowadzono nadzór prewencyjny oraz postpenalną izolację sprawców szczególnie niebezpiecznych. Na wstępie

1 Dz. U. 2014, poz. 24.

należy wskazać okoliczności stanowiące tło dla pojawienia się takich unormowań w rodzimym systemie prawnym.

W kodeksie karnym z 1969 roku za najcięższe przestępstwa przewidziana była kara śmierci oraz kara 25 lat pozbawienia wolności. Nie było natomiast kary dożywotniego pozbawienia wolności, która była w kodeksie karnym z 1932 roku. Na skutek dokonującej się zmiany filozofii karania coraz częściej pojawiały się w polskim dyskursie naukowym postulaty likwidacji kary śmierci. Sprawcy najcięższych przestępstw skazani na karę śmierci uniknęli wykonania tej kary z powodu wprowadzonego w 1988 roku moratorium na wykonywanie kary śmierci.

Ustawą z dnia 7 grudnia 1989 roku² dokonano amnestii, na mocy której orzeczone prawomocnie kary śmierci zamieniono na karę 25 lat pozbawienia wolności, wówczas najsurowszą. Kara dożywotniego pozbawienia wolności została przywrócona do polskiego porządku prawnego dopiero ustawą z dnia 12 lipca 1995 roku o zmianie kodeksu karnego, kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym.

Druga dekada XXI wieku to czas, kiedy zaczyna dobiegać końca wykonywanie tych kar 25 lat pozbawienia wolności, a osoby skazane za okrutne zbrodnie jeszcze przed opuszczeniem zakładu karnego zapowiadają powrót do aktywności przestępczej. Pierwsza osoba (seryjny zabójca, który pozbawił życia czterech chłopców) ma zakończyć wykonywanie kary w 2014 roku. W związku z tym pojawił się problem zapewnienia społeczeństwu ochrony przed zagrożeniem płynącym ze strony szczególnie niebezpiecznych sprawców, opuszczających zakłady karne. Z przekazywanych wówczas informacji wynikało, że takich niebezpiecznych sprawców, odbywających karę 25 lat pozbawienia wolności jest ok. 100. Atmosfera strachu była ciągle podsycana w przestrzeni publicznej, głównie za pomocą mediów. Przypominano zbrodnie dokonane przez M. T., aby wzbudzić przekonanie o konieczności ustawowej ingerencji, mającej zabezpieczyć społeczeństwo przed grożącym ze strony takich osób niebezpieczeństwem. W atmosferze strachu i kreowanej medialnie paniki toczyła się dyskusja nad koniecznością stworzenia mechanizmów prawnych, za pomocą których byłaby możliwa kontrola szczególnie niebezpiecznych sprawców, po zakończeniu wykonywania kary i opuszczeniu przez nich zakładu karnego. Istniejące wówczas unormowania były niewystarczające i nie odpowiadały nowej, zagrażającej społeczeństwu rzeczywistości. Ministerstwo Sprawiedliwości zaproponowało regulacje, które bardzo szybko przeszły proces legislacyjny i 22 stycznia 2014 roku weszła w życie ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób

2 Ustawa z dnia 7 grudnia 1989 r. o amnestii, Dz. U. z 1989 r. Nr 64, poz. 390.

z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób.

W uzasadnieniu projektu wskazano, że celem ustawy jest wprowadzenie do polskiego prawa rozwiązań przewidujących terapię (w warunkach izolacji) sprawców przestępstw, którzy z powodu zaburzonej psychiki mogli by ponownie popełnić groźne przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu powszechnemu lub wolności seksualnej oraz umożliwienie takim sprawcom, po przeprowadzeniu terapii, readaptacji do społeczeństwa i funkcjonowania w nim zgodnie z zasadami współżycia społecznego. Kolejny cel to stworzenie możliwości efektywnego monitorowania zachowania tych spośród sprawców, którzy po odbyciu kary będą przebywać na wolności³. Twórcy projektu ustawy wskazali, że wzorowali się na regulacji przewidzianej w niemieckiej ustawie z dnia 22 grudnia 2010 roku dotyczącej terapii i umieszczania w odpowiednim zakładzie sprawców czynów z użyciem przemocy o zakłóconych czynnościach psychicznych⁴.

Kluczowe pojęcia na gruncie ustawy z 22 listopada 2013 roku to: terapia, izolacja oraz nadzór. Wobec osoby stwarzającej zagrożenie stosuje się nadzór prewencyjny albo umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym.

2. Zakres podmiotowy ustawy z 22 listopada 2013 r.

Art. 1 u.p.o.z.p. wskazuje, że ustawa reguluje postępowanie wobec osób, które spełniają łącznie trzy wymienione przesłanki. Pierwsza przesłanka to odbywanie prawomocnie orzeczonej kary pozbawienia wolności lub kary 25 lat pozbawienia wolności, wykonywanej w systemie terapeutycznym. Druga przesłanka to występowanie w trakcie postępowania wykonawczego zaburzeń psychicznych w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzeń preferencji seksualnych. Trzecią przesłankę stanowi wymóg stwierdzenia u takich osób zaburzeń psychicznych, mających taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat. Osoby takie są w ustawie nazywane „osobami stwarzającymi zagrożenie”.

3 Uzasadnienie projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk Sejmowy Sejmu VII Kadencji, nr 1577), 1.

4 Ibidem.

3. Izolacja postpenalna – nowość czy powrót do korzeni?

Postpenalna izolacja nie jest nową koncepcją, przewidywał ją bowiem k.k. z 1932 roku. W kodeksie Makarewicza przewidziana była obligatoryjna postpenalna izolacja o charakterze wyłącznie eliminacyjnym. Nie miała ona charakteru leczniczego. Dopuszczalność takiej regulacji środków zabezpieczających uzasadniano sceptyczną oceną skuteczności kary jako instrumentu, który może służyć osiągnięciu poprawy sprawcy, rozumianej jako zapobieżenie popełnieniu przez niego w przyszłości przestępstwa⁵. Postpenalny środek zabezpieczający o charakterze izolacyjnym orzekany był obligatoryjnie⁶ wówczas, gdy u sprawcy stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa albo sprawca był tzw. przestępcą zawodowym lub z nawyknięcia, jeżeli ich pozostawanie na wolności groziło niebezpieczeństwem dla porządku prawnego. Sprawca był wówczas umieszczany w zakładzie dla niepoprawnych.

Celem takiej postpenalnej izolacji (orzekanej obligatoryjnie) była więc wyłącznie eliminacja trzech kategorii sprawców: recydywistów, przestępców nałogowych i przestępców z nawyknięcia. Ten zakres podmiotowy przesądzał niejako o prawnym charakterze tego środka zabezpieczającego. Konieczne było oczywiście istnienie niebezpieczeństwa dla porządku prawnego, wynikające z pozostawania tych kategorii sprawców na wolności.

Umieszczanie w zakładzie dla niepoprawnych traktowane było także w doktrynie jako środek zabezpieczający uzupełniający karę⁷.

Czas izolacji uzależniony był od potrzeb, przy czym wynosił co najmniej 5 lat, a po upływie pięcioletniego okresu sąd rozstrzygał o konieczności dalszego pozostawania przestępcy w zakładzie (na kolejne 5 lat)⁸.

Postpenalna izolacja o charakterze fakultatywnym była natomiast przewidziana wobec sprawcy czynu pozostającego w związku ze wstrętem do pracy. Sąd mógł wówczas zarządzić umieszczenie przestępcy po odbyciu

-
- 5 Zob. Leon Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego: prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach* (Kraków: Leon Frommer, 1933), 258 i n.
- 6 Art. 84 k.k. z 1932 r.: § 1. Sąd zarządza umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych, po odbyciu kary, przestępcy, u którego stwierdzono trzykrotny powrót do przestępstwa (art. 60 § 1), tudzież przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, jeżeli pozostawanie ich na wolności grozi niebezpieczeństwem porządkowi prawnemu.
- 7 Witold Świda, *Prawo karne* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1982), 385.
- 8 Zamknięcie w zakładzie trwa w miarę potrzeby, w każdym razie najmniej 5 lat; po upływie każdego pięcioletniego okresu sąd rozstrzyga, czy pozostawienie przestępcy w zakładzie na dalszy okres pięcioletni jest konieczne, art. 84 § 2 k.k. z 1932 r.

kary w domu pracy przymusowej na 5 lat⁹. Sąd mógł zarządzić zwolnienie po upływie jednego roku. Co istotne, zastosowanie tego środka zabezpieczającego nie wymagało występowania groźby dla porządku prawnego. Regulacja ta była uzasadniana założeniem, że wstręt do pracy to „objaw schorzenia woli, prowadzący do charakterystycznego sposobu życia, korzystania z ofiarności publicznej lub prywatnej i funkcjonowanie w najskromniejszych warunkach, byle nie podjąć żadnego wysiłku fizycznego”¹⁰.

W kodeksie Makarewicza reakcja na popełniony czyn zabroniony miała zatem dwutorowy charakter, z jednej strony represyjne kary kryminalne, z drugiej strony lecznicze, postpenalne środki zabezpieczające o charakterze izolacyjnym.

Odpowiadając na pytanie, czy postpenalna izolacja to nowość, czy być może powrót do korzeni, należy zauważyć, że w pewnym sensie jest to powrót do Makarewiczowskiej idei eliminacji sprawców niebezpiecznych, jednak w zmodyfikowanej postaci. Pod rządami k.k. z 1932 roku dopuszczano rozumienie umieszczania niebezpiecznych (stwarzających zagrożenie dla porządku prawnego) sprawców w zakładzie dla niepoprawnych jako środka zabezpieczającego o charakterze wyłącznie eliminacyjnym, natomiast współcześnie oficjalnie deklarowanym celem postpenalnej izolacji szczególnie niebezpiecznych sprawców jest terapia. Okoliczności uchwalenia ustawy z 22 listopada 2013 r. oraz panująca wówczas atmosfera strachu uprawniają jednak do twierdzenia, że rzeczywistym celem wprowadzenia takich unormowań do polskiego porządku prawnego była jednak potrzeba eliminacji takich osób ze społeczeństwa, aby w ten sposób zapewnić obywatelom poczucie bezpieczeństwa i wyeliminować panujący wówczas w całej Polsce strach.

Kodeks karny z 1969 r. nie przewidywał postpenalnych środków zabezpieczających, które miałyby pełnić funkcję eliminacyjną. Były w nim jednak środki resocjalizacyjne i lecznicze.

W okresie PRL wskazywano, że w zależności od relacji do kary można wyróżnić dwie grupy środków zabezpieczających: środki zabezpieczające zastępujące karę oraz środki zabezpieczające uzupełniające karę. Stosowanie tych pierwszych następuje wówczas, gdy nie może być orzeczona kara, a społeczeństwo wymaga ochrony. Zaliczano do nich środki o charakterze leczniczym oraz administracyjnym. Celem środka zabezpieczającego o charakterze leczniczym było zwalczanie przyczyn przestępstwa tkwiących w schorzeniach psychicznych sprawcy. Przykładem było umieszczenie sprawcy niepozytalnego w szpitalu psychiatrycznym. Środek o charakterze administracyjnym (w postaci np. utraty praw rodzicielskich) orzekany był jako

9 Art. 83. § 1.: Jeżeli czyn pozostaje w związku ze wstrętem do pracy, sąd może zarządzić, by po odbyciu kary umieszczono przestępcę w domu pracy przymusowej na przeciąg lat 5.

10 Peiper, *Komentarz do kodeksu*, 265.

kara dodatkowa, lecz jako środek zabezpieczający. Środki zabezpieczające uzupełniające były orzekane obok kary wówczas, gdy sama kara była niewystarczająca do ochrony społeczeństwa¹¹.

Należy również wspomnieć o przepisach dotyczących recydywistów, wobec których przewidziane były dwie instytucje o charakterze resocjalizacyjno-ochronnym. Pierwszą był nadzór ochronny sprawowany przez kuratora sądowego, orzekany na okres od 3 do 5 lat po opuszczeniu zakładu karnego, stosowany fakultatywnie wobec recydywisty, a obligatoryjnie wobec multirecydywisty, co miało zapobiegać powrotowi do przestępstwa. Drugą instytucją orzekaną obligatoryjnie było umieszczenie w tzw. ośrodku przystosowania społecznego na okres do 5 lat. Było to przewidziane wobec multirecydywisty w sytuacji, gdy zastosowany wcześniej nadzór ochronny nie przyniósł oczekiwanych rezultatów bądź też jego stosowanie było niewystarczające¹². Umieszczenie w ośrodku przystosowania społecznego miało zatem charakter izolacji postpenalnej, która przypominała nieco przewidziane w kodeksie z 1932 roku zakłady dla niepoprawnych. Przepisy te zostały uchylone nowelizacją kodeksu karnego z 1990 roku¹³.

W kodeksie karnym z 1997 roku przewidziany był natomiast jeden środek izolacyjny mający postpenalny charakter, uregulowany w art. 95a k.k., który obowiązywał przez stosunkowo krótki czas¹⁴. Był to środek zabezpieczający, polegający na umieszczeniu sprawcy przestępstwa skierowanego przeciwko wolności seksualnej, popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych i skazanego za to przestępstwo na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, po odbyciu tej kary, w zakładzie zamkniętym albo skierowaniu takiego sprawcy na leczenie

11 Świda, *Prawo karne*, 385.

12 Art. 62 k.k. z 1969 r. § 1 W stosunku do sprawcy skazanego w warunkach określonych w art. 60 § 1 sąd może orzec nadzór ochronny. § 2 W stosunku do sprawcy skazanego w warunkach określonych w art. 60 § 2 sąd orzeka nadzór ochronny, jeżeli orzeczenie takiego nadzoru nie jest wystarczające dla zapobieżenia powrotowi do przestępstwa, sąd orzeka umieszczenie skazanego w ośrodku przystosowania społecznego. art. 64. Jeżeli przestępca powrotny uchyła się od wykonania obowiązków określonych w art. 63 § 1 i 2 albo w inny sposób udaremnia lub utrudnia osiągnięcie celów nadzoru ochronnego, sąd orzeka umieszczenie go w ośrodku przystosowania społecznego.

13 Dz. U. z 1990 r. Nr 14, poz. 84.

14 Do kodeksu karnego został wprowadzony ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1363), która weszła w życie 26 września 2005 r., następnie znowelizowany ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz. U. Nr 206, poz. 1589), która zaczęła obowiązywać od 8 czerwca 2008 r. Przepisy te zostały uchylone w 2015 r.

ambulatoryjne. Stosowanie tego środka zabezpieczającego miało na celu przeprowadzenie terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu przestępstwa skierowanego przeciwko wolności seksualnej, w tym w szczególności w drodze obniżenia zaburzonego popędu seksualnego u takiego sprawcy.

Było to unormowanie budzące liczne wątpliwości i kontrowersje już od początku obowiązywania. Zarzuty dotyczyły zarówno samej obligatoryjności orzekania, jak i konstrukcji tego środka zabezpieczającego, prowadzącego w istocie do przedłużenia izolacji¹⁵. W kontekście rozważań dotyczących problematyki określonej tytułem niniejszego opracowania, szczegółowe omawianie uchylonego środka zabezpieczającego wydaje się jednak niecelowe.

4. Nadzór prewencyjny

Zgodnie z art. 14 u.p.o.z.p, wobec osoby stwarzającej zagrożenie sąd orzeka o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego, jeżeli charakter stwierdzonych zaburzeń psychicznych lub ich nasilenie wskazują, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Orzekając o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego nie określa się terminu, można natomiast nałożyć na osobę stwarzającą zagrożenie obowiązek poddania się odpowiedniemu postępowaniu terapeutycznemu. W postanowieniu sąd wskazuje podmiot leczniczy, w którym ma być prowadzone postępowanie terapeutyczne. Ustawa definiuje również cel stosowania nadzoru prewencyjnego, którym jest ograniczenie zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób ze strony osoby stwarzającej zagrożenie, która nie została umieszczona w Ośrodku.

Osoba, wobec której zastosowano nadzór prewencyjny, ma obowiązek informowania komendanta Policji sprawującego nadzór, o zmianie miejsca stałego pobytu, miejsca zatrudnienia, imienia i nazwiska, a nadto na żądanie komendanta udzielania informacji o miejscu aktualnego i zamierzonego pobytu i terminach oraz miejscach wyjazdów. Policja może również prowadzić czynności operacyjno-rozpoznawcze dotyczące osoby, wobec której zastosowano nadzór prewencyjny, np. celem ustalenia, czy dana osoba realizuje nakazany obowiązek terapii. Ustawa pozwala także na weryfikację,

15 Zob. m.in.: Ewa Weigend, Joanna Długosz, „Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a k.k. w świetle standardów europejskich. Rozważania na tle wyroku ETPC z 17 grudnia 2009 r. w sprawie M. v. Niemcy” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* nr 4 (2010): 53 i n.

gromadzenie i przetwarzanie informacji udzielanych przez tę osobę oraz uzyskanych w wyniku zastosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. W przypadku podejrzenia, że osoba, wobec której zastosowano nadzór, czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, zagrożonego karą pozbawienia wolności co najmniej 5 lat, lub przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, sąd może zarządzić kontrolę operacyjną¹⁶.

Uchylenie nadzoru prewencyjnego następuje w sytuacji, gdy osoba stwarzająca zagrożenie zostaje umieszczona w Ośrodku lub gdy nie występują już okoliczności uzasadniające jego stosowanie¹⁷.

5. Umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym

Ustawą z 22 listopada 2013 r. utworzono Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym, mającym za zadanie prowadzenie postępowania terapeutycznego wobec osób stwarzających zagrożenie, które zostały w nim umieszczone.

O umieszczeniu w Ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie orzeka sąd (cywilny), jeżeli charakter stwierdzonych zaburzeń psychicznych bądź ich nasilenie wskazują, że jest to niezbędne z uwagi na bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Inicjatorem postępowania w sprawie zastosowania wobec określonej osoby postpenalnych środków zabezpieczających wskazanych w ustawie jest dyrektor zakładu karnego, w którym skazany odbywa prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym. Jeżeli wydana w trakcie postępowania wykonawczego opinia psychiatryczna i psychologiczna o stanie zdrowia skazanego wskazuje, że zachodzą przesłanki określone w art. 1 pkt 2 i 3 u.p.o.z.p., dyrektor zakładu karnego jest zobowiązany na mocy ustawy do złożenia do właściwego sądu wniosku o uznanie tej osoby za stwarzającą zagrożenie. Do wniosku należy dołączyć opinię oraz informację o wynikach dotychczas stosowanych programów terapeutycznych i postępach w resocjalizacji.

Osoba umieszczona w Ośrodku zostaje objęta odpowiednim postępowaniem terapeutycznym mającym na celu poprawę stanu jej zdrowia i zachowania w stopniu, który umożliwi jej „funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej

16 Na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę komendy wojewódzkiej Policji (art. 23 ust.2 ustawy).

17 Art. 24 ust. 1 u.p.o.z.p.

innych osób”¹⁸. Indywidualny plan terapii dla każdej osoby stwarzającej zagrożenie umieszczonej w Ośrodku sporządza kierownik Ośrodka.

Ustawa nakłada na sąd obowiązek badania, czy dalszy pobyt w ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie jest niezbędny – nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy.

Należy podkreślić, że Ośrodek nie może być utożsamiany z zakładem karnym. Z ustawy wynika wprost, że jest to podmiot leczniczy (niebędący przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej¹⁹) podległy ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, a zadaniem Ośrodka jest prowadzenie postępowania terapeutycznego wobec umieszczonych tam osób, które stwarzają zagrożenie.

6. Istota postpenalnych środków zabezpieczających wprowadzonych ustawą z 22 listopada 2013 r.

Zważywszy na pojawiające się wciąż głosy krytyczne pod adresem przyjętych w tej ustawie regulacji, konieczna jawi się próba określenia charakteru prawnego postpenalnych środków zabezpieczających. Zasadnicze pytanie dotyczy istoty i celu stosowania środków zabezpieczających. To również konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy środki te mogą być traktowane jak kara kryminalna.

Środki zabezpieczające mają służyć ochronie społeczeństwa przed sprawcami, którzy dopuścili się poważnych przestępstw i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że mogą uczynić to ponownie. Środki te mają zatem za zadanie zabezpieczyć obywateli przed ryzykiem w postaci zagrożenia ze strony sprawców szczególnie niebezpiecznych. Celem ich stosowania nie jest zatem ukaranie sprawcy, lecz izolacja połączona z terapią oraz nadzór nad jego zachowaniem. Przepisy obowiązujące przed uchwaleniem analizowanej ustawy były niewystarczające do osiągnięcia tego celu wobec kategorii sprawców szczególnie niebezpiecznych, dlatego ustawodawca uznał za konieczne wprowadzenie odpowiednich regulacji, które będą ten cel realizować. W efekcie od stycznia 2014 roku w polskim porządku prawnym mamy ustawę o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób.

W doktrynie wciąż wyrażane są poglądy, że rzeczywistym celem wprowadzenia do polskiego porządku prawnego ustawy jest kontynuowanie pozbawienia wolności określonej grupy sprawców²⁰, podczas gdy z ustawy wynika wprost, że celem postpenalnej izolacji jest terapia. Można oczywiście

18 Art. 25 ustawy.

19 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654 z późn. zm.)

20 Maciej Bocheński, „Populizm penalny w polskim wydaniu – rzecz o kryminologicznej problematyce ustawy o postępowaniu wobec osób

stawiać pytania, czy nie doszło do zamaskowania rzeczywistych celów, w postaci czystej izolacji, zważywszy na okoliczności uchwalenia analizowanej ustawy. Problem leży jednak na innej płaszczyźnie. Współcześnie mamy do czynienia z niezwykle silnym oczekiwaniem po stronie społeczeństwa, że władza stworzy takie instrumenty prawne, które zagwarantują nam poczucie bezpieczeństwa i pozwolą zniwelować strach związany z wysokim prawdopodobieństwem zaatakowania najcenniejszych dla nas dóbr i wartości przez osoby określane mianem niebezpiecznych. Taka tendencja do coraz silniejszej ochrony naszych dóbr ma charakter ogólnoświatowy, ponieważ sprawcy stwarzający zagrożenie to nie jest problem jedynie naszego kraju. To z kolei rodzi pytanie o adekwatną reakcję na istniejące ryzyko naruszenia naszych dóbr ze strony pewnej kategorii osób. To wreszcie problem, w jakim stopniu uprawniona jest ingerencja w konstytucyjnie chronione prawa i wartości jednostki, po to, aby chronić inne, cenniejsze dobra, których naruszenie ma charakter jednak potencjalny.

Wątpliwości i kontrowersji wokół ustawy z 22 listopada 2013 r. spowodowały, że do Trybunału Konstytucyjnego skierowane zostały wnioski o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów ustawy. Wniosek złożył Prezydent PR oraz Rzecznik Praw Obywatelskich. Do Trybunału Konstytucyjnego skierowane zostały ponadto pytania prawne, zadane przez Sąd Okręgowy w Lublinie²¹ oraz Sąd Apelacyjny we Wrocławiu²². Prezydent zakwestionował m.in. terapeutyczny charakter izolacji w Ośrodku oraz uznał, że ustawa narusza zakaz retroaktywności i zasadę *ne bis in idem*. Ponadto zaznaczył, że bezterminowe umieszczenie sprawcy w Ośrodku wiąże się z ryzykiem przekształcenia tego pobytu w długotrwałą, nawet dożywotnią izolację.

Rzecznik Praw Obywatelskich zarzuciła m.in. niezgodność przepisów ustawy z zasadą prawidłowej legislacji oraz naruszenie zasady proporcjonalności ograniczenia wolności osobistej człowieka. Ponadto RPO wskazała na niekonsekwencję ustawodawcy, wyrażającą się tym, że przy podejmowaniu decyzji o umieszczeniu w Ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie wymagane są opinie dwóch lekarzy psychiatrów (wobec osób z zaburzeniami preferencji seksualnych potrzebna jest dodatkowo opinia seksuologa, a w sprawie osób z zaburzeniami osobowości opinia psychologa), natomiast orzekanie o dalszym pobycie w Ośrodku następuje na podstawie opinii tylko jednego psychiatry.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 listopada 2016 roku²³ orzekł o zgodności z Konstytucją większości zakwestionowanych przepisów.

stwarzających zagrożenie” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, nr 1 (2015): 135.

21 I Wydział Cywilny.

22 Wydział I Cywilny.

23 Sygn. akt K 6/14.

Za niezgodny z Konstytucją uznany został jedynie przepis art. 46 ust. 1 ustawy w zakresie, w jakim przewidywał sporządzanie opinii w sprawie niezbędności dalszego pobytu w Ośrodku tylko przez jednego lekarza psychiatrę.

Wyrok Trybunału rozstrzygnął zatem toczący się w doktrynie i debacie publicznej spór w przedmiocie niezgodności przepisów ustawy z Konstytucją. Spór ogniskujący się *de facto* wokół granic dopuszczalnej ingerencji państwa w wolności osobiste jednostki celem zapewnienia ochrony ogółowi społeczeństwa.

Trybunał trafnie zwrócił także uwagę na okoliczność, iż popełnienie w przeszłości przestępstwa i odbycie kary pozbawienia wolności stanowi tylko jedną z kilku przesłanek decydujących o umieszczeniu w Ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie, a środek ten nie jest stosowany zamiast kary, lecz wyłącznie po jej odbyciu, jako czysto prewencyjny i zabezpieczający środek.

7. Podsumowanie

Odpowiadając na pytanie, jaki jest charakter prawny postpenalnych środków zabezpieczających, wyłania się kwestia kryteriów, które mają o tym przesądzać. Wydaje się, że oceny takiej należy dokonywać przez pryzmat celu stosowania takiego środka zabezpieczającego oraz sposobu jego funkcjonowania.

Z pewnością postpenalne środki zabezpieczające nie mogą być traktowane jak kara, bowiem nie stanowią reakcji państwa na popełnione przestępstwo, lecz są formą zabezpieczenia społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, które grozi ze strony określonej kategorii sprawców. Upřednie popełnienie przestępstwa (i skazanie) jest wprawdzie niezbędne, aby można było zastosować taki środek, jednak konieczną przesłanką stosowania postpenalnych środków zabezpieczających jest aktualny stan zagrożenia oraz istnienie wysokiego prawdopodobieństwa, że sprawca może w przyszłości popełnić kolejne przestępstwo. Decydujące znaczenie ma więc niebezpieczeństwo związane z osobą sprawcy i powiązana z nim prognoza w zakresie jego przyszłych zachowań.

Można oczywiście postawić pytanie, czy dostrzegamy konieczność tworzenia instrumentów prawnych, które będą stosowane po odbyciu kary, wobec najgroźniejszych sprawców przestępstw, w sytuacji występowania realnego niebezpieczeństwa ze strony tych osób.

Postpenalne środki zabezpieczające to bez wątpienia poważna ingerencja w podstawowe prawa i wolności człowieka. Nie można jednak w imię ochrony praw osoby skazanej, która zakończyła odbywanie kary i nadal stanowi realne zagrożenie dla społeczeństwa ignorować tego niebezpieczeństwa. Z jednej strony mamy więc wolność osobistą jednostki, a z drugiej prawo do ochrony życia, zdrowia i wolności seksualnej innych ludzi.

Rację mają przedstawiciele doktryny, którzy nie zgadzają się „z taką interpretacją, w której absolutyzm standardów ochrony praw człowieka

i resocjalizacyjna wizja postępowania ze sprawcami niebezpiecznymi, o których mowa w analizowanej ustawie, w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności czyniłyby nas bezradnymi wobec realnego niebezpieczeństwa, jakie współobywatelom grozi ze strony tych osób – im zaś ze strony społeczeństwa”²⁴.

Moim zdaniem, wystarczającym uzasadnieniem ingerencji w konstytucyjnie chronione prawa i wolności jednostki jest okoliczność, iż czynimy to w celu zapewnienia ochrony innym, cenniejszym wartościom, których ochrona również zagwarantowana jest w Konstytucji.

Zasadniczym celem zastosowania postpenalnej izolacji jest zatem ochrona społeczeństwa przed osobą, która stwarza zagrożenie. Ochrona ta została połączona ze stosowaniem terapii wobec osoby stwarzającej zagrożenie, jakkolwiek należy jasno podkreślić, że terapia jest tylko dodatkowym elementem, który w pewnym sensie stanowi merytoryczne wzmocnienie poglądu o słuszności postpenalnej izolacji szczególnie niebezpiecznych sprawców, którzy po odbyciu kary nadal stanowią zagrożenie dla społeczeństwa.

Przewidziane w analizowanej ustawie postpenalne środki zabezpieczające należy uznać za właściwe i niezbędne dla ochrony życia, zdrowia i wolności seksualnej innych osób.

24 Michał Królikowski, Andrzej Sakowicz, „Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych” *Forum Prawnicze*, nr 5 (2013): 34.

Bibliografia

- Bocheński Maciej, „Populizm penalny w polskim wydaniu – rzecz o kryminologicznej problematyce ustawy o postępowaniu wobec osób stwarzających zagrożenie”, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, nr 1 (2015): 127-144.
- Królikowski Michał, Andrzej Sakowicz, „Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych” *Forum Prawnicze*, nr 5 (2013): 17-34.
- Peiper Leon, *Komentarz do kodeksu karnego: prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*. Kraków: Leon Frommer, 1933.
- Świda Witold, *Prawo karne*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1982.
- Weigend Ewa, Joanna Długosz, „Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a k.k. w świetle standardów europejskich. Rozważania na tle wyroku ETPC z 17 grudnia 2009 r. w sprawie M. v. Niemcy” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, nr 4 (2010): 53-74.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.
For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

O potrzebie nowelizacji przepisu art. 115 § 17 k.k., tj. definicji normatywnej pojęcia „żołnierz”

The Need to Amend the Provision of Art. 115 § 17 of the Penal Code. The Normative Definition of the Term “Soldier”

The author analyses the normative definition of the term „soldier” from the provision of Art. 115 § 17 of the Polish Penal Code. The changing military reality and the creation (next to land, sea, air, and special forces) of the fifth type of the Polish Armed Forces - i.e., the Territorial Defense Forces resulted in the introduction of Art. 115 § 17 of the PC hitherto „A soldier is a person performing active military service” with the reservation: „with the exception of territorial military service performed at the disposal”. Both the original wording of the legal definition of the term „soldier” (which until 01.01.2017 referred only to: „persons on active military service”) and the addition of the said limitation to it resulted in deepening (occurring from the very beginning of the introduction to the standard criminal law definition of the term „soldier”) of the impasse regarding the possibility of enforcing criminal, military liability against a soldier in active military service, which according to the legislator (expressed, among other things, in the justification to the Act of November 16, 2016, amending the Act on the universal obligation to defend the Republic of Poland and some other acts) is also a OT soldier at his disposal. This view, according to all regulations concerning soldiers on active military service, should be considered incorrect.

The above thesis was formulated based on a dogmatic and legal analysis of the entirety of provisions regulating the issue of the formal status of an entity performing or performing active military service.

Agata Ziółkowska

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0001-7178-8227

Słowa kluczowe:

żołnierz, żołnierz OT, czynna służba wojskowa, terytorialna służba wojskowa, pełnić czynną służbę wojskową, odbywać czynną służbę wojskową

Key words:

soldier, TD soldier, active military service, territorial military service, perform active military service, complete active military service

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.322>

1. Wstęp

Wraz z wejściem w życie ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny¹ (dalej: k.k.), tj. od 1 września 1998 roku, w polskim systemie prawa karnego powszechnego zaczęła obowiązywać legalna definicja pojęcia „żołnierz”. Początkowo pojęcie to odnosiło się jedynie do osoby pełniącej czynną służbę wojskową².

1 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1023.

2 Zob.: Stanisław Hoc, „Uwagi ogólne”, [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczegółowa*

Od 1 stycznia 2017 roku (tj. od wejścia w życie nowelizacji k.k. dokonanej ustawą z 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw³; dalej: nowelizacja z 2016 r.) z zakresu merytorycznego legalnej definicji pojęcia „żołnierz” (poprzez dodanie w przepisie art. 115 § 17 k.k. zastrzeżenia) wyłączono żołnierza Terytorialnej Służby Wojskowej⁴, który jest w dyspozycji. Zmianę tę uzasadniano koniecznością dostosowania zakresu przedmiotowego nowelizowanych ustaw (w tym m.in. k.k.): „(...) do faktu utworzenia Wojsk Obrony Terytorialnej oraz wprowadzenia nowego rodzaju czynnej służby wojskowej, którą jest terytorialna służba wojskowa, z uwzględnieniem aktywnego czasu jej pełnienia w jednostce wojskowej (służba pełniona rotacyjnie) oraz okresu dyspozycyjnego (służba pełniona dyspozycyjnie), skutkującego szeregiem ograniczeń i obowiązków nałożonych na żołnierzy OT”⁵.

Mając na uwadze sposób realizacji czynnej służby wojskowej (o czym w dalszej części), a także konieczność poszanowania konstytucyjnej zasady równości wobec prawa, stwierdzić należy, że: po pierwsze, legalna definicja pojęcia „żołnierz” od chwili jej wprowadzenia do powszechnego systemu prawa karnego była i nadal jest definicją za wąską, oraz po drugie, dodanie do niej 1 stycznia 2017 roku limitacji odnoszącej się *expressis verbis* do żołnierza OT będącego w dyspozycji było zabiegiem bezprzedmiotowym.

2. Kodeksowa ewolucja pojęcia „osoba wojskowa”/„żołnierz”

Z uwagi na ramy niniejszego opracowania rys historyczny pojęcia „osoba wojskowa”/„żołnierz” przedstawiony zostanie w oparciu o analizę jedynie wojskowych lub *quasi*-wojskowych aktów kodeksowych obowiązujących od dwudziestolecia międzywojennego aż po czasy współczesne.

Po odzyskaniu niepodległości przez Polskę kwestie karno-wojskowe regulował Niemiecki Kodeks Karny Wojskowy z 20 czerwca 1872 r.⁶ (dalej: NKKW z 1872 r.), wprowadzony w życie: (1) ustawą z 29 lipca 1919 r.

i wojskowa, red. Teresa Dukiet-Nagórska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 553.

3 Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r., Dz. U. z 2016 r., poz. 2138.

4 Dalej: TSW.

5 Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy 966, źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=966>. [dostęp: 04.07.2021]. (dalej: uzasadnienie rządowego projektu ustawy – druk sejmowy 966).

6 <https://polona.pl/item/niemiecki-kodeks-karny-wojskowy-z-dnia-20-czerwca-1872-r,MTEyNjUxNDUy/2/#info:metadata>. [dostęp: 07.07.2021].

o tymczasowym sądownictwie wojskowym⁷, (2) rozporządzeniem Rady Ministrów z 10 maja 1920 r. w przedmiocie wprowadzenia w życie Wojskowego Kodeksu Karnego⁸ (dalej: W.K.K.). Pod względem merytorycznym akt ten nie był bezpośrednim tłumaczeniem kodeksu niemieckiego, ponieważ na mocy wspomnianego rozporządzenia wprowadzono w nim zmiany w obrębie tekstu pierwotnego. Charakteryzujący się dość dużą kazuistyką W.K.K. na terenie państwa polskiego obowiązywał od 14 sierpnia 1919 r. do 1 sierpnia 1928 r. Zgodnie z brzmieniem jego § 4 regulacja karno-wojskowa miała zastosowanie do „osoby wojskowej”, czyli do: „(...) osoby stanu żołnierskiego i urzędników wojskowych, należących do armii lub marynarki (...)”⁹.

Innymi słowy w W.K.K. nie było wyodrębnionej normatywnej definicji pojęcia „żołnierz”, a termin „osoba wojskowa” obejmował swym zakresem merytorycznym również i inne osoby podlegające pod sądownictwo wojskowe (np. urzędników wojskowych, których przyjęcie do Wojska Polskiego odbywało się w drodze orzeczenia komisji kwalifikacyjnej, a przydzielenie w oparciu o rozkaz Ministra Spraw Wojskowych)¹⁰.

Legalnej definicji pojęcia „żołnierz” próżno było szukać w obowiązującym od 1 sierpnia 1928 r. do 1 stycznia 1933 r. Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 marca 1928 r. ws. kodeksu karnego wojskowego¹¹ (dalej: k.k.w. z 1928 r.). Podobnie jak uprzednia regulacja karno-wojskowa, k.k.w. z 1928 r., pod względem podmiotowym miał zastosowanie m.in. do: „osób wojskowych, będących w czynnej służbie wojskowej” (art. 1 pkt 1 k.k.w. z 1928 r.), przy czym do „osób wojskowych” (inaczej niż w uprzednio obowiązującym W.K.K.) nie zaliczano już urzędników wojskowych. W myśl postanowień k.k.w. z 1928 r. „osobą wojskową, będącą w czynnej służbie wojskowej” była jedynie osoba pełniąca „służbę w wojsku stałym”¹².

Problematykę *stricte* karno-wojskową między 1 stycznia 1933 roku a 30 września 1944 roku regulowało Rozporządzenie Prezydenta

7 Ustawa z dnia 29 lipca 1919 r., Dz. U. z 1919 r., nr 65, poz. 389.

8 Rozporządzenie RM z dnia 10 maja 1920 r., Dz. U. z 1920 r., Nr 59, poz. 369.

9 Wacław Makowski, *Kodeks Karny Wojskowy z dodatkiem ustaw i przepisów wprowadzających, przechodnich i uzupełniających oraz komentarza* (Warszawa: Zakłady Graficzno-Wydawnicze Książka, 1921), 93.

10 Ibidem, s. 106.

11 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r., Dz. U. z 1928 r., Nr 36, poz. 328.

12 Art. 3 lit. a ustawy z dnia 23 maja 1924 r., o powszechnym obowiązku służby wojskowej, Dz. U. z 1924 r., Nr. 61, poz. 609.

Rzeczypospolitej z 21 października 1932 r., Kodeks karny wojskowy¹³ (dalej: k.k.w. z 1932 r.). W Kodeksie tym, przy określaniu jego zakresu podmiotowego, po raz pierwszy w historii polskiej wojskowej myśli legislacyjnej posłużono się pojęciem „żołnierza w czynnej służbie wojskowej” (art. 3 § 1 k.k.w. z 1932 r.), co stanowiło pewne *novum*. W regulacji tej utrzymano (wprowadzoną w k.k.w. z 1928 r.) praktykę oddzielenia podmiotu będącego w czynnej służbie wojskowej od innych podmiotów, wobec których również miały zastosowanie przepisy k.k.w. z 1932 r. (zob.: art. 3 § 2 tego kodeksu).

W sposób bezpośredni do „żołnierza” jako podmiotu wojskowej odpowiedzialności karnej odnosiły się przepisy Dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z 23 września 1944 r., Przepisy wprowadzające Kodeks Karny Wojska Polskiego¹⁴ (dalej: k.k.W.P.). Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 76 przep. wprowadzających k.k.W.P. za „żołnierzy” uważano: „(...) wszystkie osoby będące w służbie wojskowej lub służbie pomocniczej, tudzież wszystkie osoby, pracujące w dziedzinach zmilitaryzowanych lub w administracji wojskowej”.

Odniesienie zakresu pojęcia „żołnierz” (z k.k.W.P.) do dwóch kategorii podmiotów, tj.: osób *de facto* będących w służbie wojskowej oraz do szeroko pojętych pracowników wojska, bezpośrednio korespondowało ze sposobem określenia podmiotu wojskowej odpowiedzialności karnej zastosowanym w W.K.K. (o czym była już mowa).

Wraz z wejściem w życie ustawy z 19 kwietnia 1969 r., Kodeks karny¹⁵ (dalej: k.k. z 1969 r.), tj. z dniem 1 stycznia 1970 r., doszło nie tylko do uchylecia mocy obowiązującej k.k.W.P., ale przede wszystkim do unifikacji przepisów karnych wojskowych z przepisami karnymi o charakterze powszechnym. W części wojskowej k.k. z 1969 r. wprowadzono (w przepisie art. 289 § 2 k.k. z 1969 r.) legalną definicję pojęcia „żołnierz”, która odnosiła się do osoby „pełniącej czynną służbę wojskową”¹⁶.

Zastosowany w k.k. z 1969 r. sposób określenia podmiotu wojskowej odpowiedzialności karnej korespondował z rozwiązaniem zastosowanym uprzednio w k.k.w. z 1932 r. (zob.: art. 3 § 1 tego kodeksu), przy czym

-
- 13 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 października 1932 r., Dz. U. z 1932 r., Nr 91, poz. 765.
- 14 Dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 23 września 1944 r., Dz. U. z 1944 r., Nr 6, poz. 28.
- 15 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Dz. U. z 1969 r., Nr. 13, poz. 95.
- 16 Zob.: Kryspin Mioduski, „Komentarz do art 289 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1971), 652; Igor Andrejew, *Kodeks karny, krótki komentarz* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1981), 243; Igor Andrejew, *Kodeks karny, krótki komentarz* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1988), 257.

definicja pojęcia „żołnierz” z k.k.w. z 1932 r. (z uwagi na brak czasownikowego zawężenia sposobu realizacji czynnej służby wojskowej tylko do jej „pełnienia”) posiadała szerszy zakres podmiotowy niż definicja pojęcia „żołnierz” z k.k. z 1969 r., która literalnie odnosiła się jedynie do osoby pełniącej czynną służbę wojskową.

3. Kodeksowa definicja pojęcia „żołnierz” w ujęciu *de lege lata*

Legalną definicję pojęcia „żołnierz” ustawodawca zawarł w przepisie art. 115 § 17 k.k.¹⁷, czyli w części ogólnej k.k. (konkretnie w Rozdziale XIV zatytułowanym *Objaśnienie wyrażeń ustawowych* – w tzw. słowniczku), które to przepisy mają charakter uniwersalny, gdyż stosuje się je w obszarze całego prawa karnego powszechnego i wojskowego zarówno do sprawców przestępstw kodeksowych, jak i pozakodeksowych, chyba że przepisy karne pozakodeksowe wyraźnie wyłączają ich zastosowanie¹⁸. Jest to rozwiązanie wcześniej niestosowane. Wszystkie poprzednie definicje pojęcia „żołnierz” lokowane były albo w części wojskowej k.k. (zob.: k.k. z 1969 r.), albo w *stricte* karno-wojskowych aktach prawnych (zob: W.K.K.; k.k.w. z 1928 r.; k.k.w. z 1932 r. czy k.k.W.P. z 1944 r.).

Innymi słowy, do momentu wejścia w życie obecnie obowiązującej kodyfikacji karnej definicję pojęcia „żołnierz” (lub „osoby wojskowej”) zawierały regulacje prawne z zakresu prawa karnego wojskowego, tj. poświęcone jedynie tematyce wojskowej (w pełni lub przynajmniej częściowo autonomiczne).

Do 1 stycznia 2017 r. kodeksowa definicja pojęcia „żołnierz” była jednoczłonowa i odnosiła się ona do „osoby pełniącej czynną służbę wojskową”¹⁹. Definicja ta pod względem merytorycznym i stylistycznym stanowiła kopię definicji pojęcia „żołnierz” zawartej w uprzednio obowiązującej kodyfikacji

17 Zob. Magdalena Budyn-Kulik, Patrycja Kozłowska-Kalisz, „Komentarz do art. 115 §17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 334; Damian Szeleszczuk, „Komentarz do art. 115 §17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (Warszawa: C. H. Beck, 2019), 789; Paweł Daniluk, „Komentarz do art. 115 §17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Ryszard A. Stefański (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 779.

18 Zob.: Jarosław Majewski, „Komentarz do art. 115 § 17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 53-116*, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016), 1029.

19 Zob.: Andrzej Marek, *Kodeks karny* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010), 323; Andrzej Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1999), 312.

karnej²⁰. Przeniesienie z przepisu art. 289 § 2 k.k. z 1969 r. do przepisu art. 115 § 17 k.k. w identycznym kształcie definicji pojęcia „żołnierz” w doktrynie prawa karnego spotkało się z aprobatą²¹, z czym nie sposób się zgodzić. Analiza językowa tego fragmentu definicji pojęcia „żołnierz” (zwłaszcza zwrotu „osoba pełniąca”) skłania do wniosku, że termin ten (z uwagi na wskazany sposób realizacji czynnej służby wojskowej) nie odnosi się do wszystkich jej rodzajów.

Żołnierz czynną służbę wojskową może albo „pełnić” albo „odbywać”. Wprawdzie terminy te są dość powszechnie uważane za synonimiczne, to jednak nie są tożsame, co bezpośrednio akcentuje sam ustawodawca w aktach prawnych z zakresu wojskowości (zob. np. art. 59 ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej²²; dalej u.p.o.o.). Jest to istotne z uwagi na występujący – na gruncie całego prawa karnego materialnego – zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy czynu zabronionego²³. Mając na względzie tę kategoryczną zasadę, stwierdzić należy, że legalna definicja pojęcia „żołnierz” (z przepisu art. 115 § 17 k.k.) odnosi się jedynie do podmiotów „pełniących” czynną służbę wojskową, czyli ma zastosowanie do 6²⁴ z 9 rodzajów czynnej służby

-
- 20 Zob.: Roman Góral, *Kodeks karny* (Warszawa: Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, 2007), 232; Jacek Giezek, „Komentarz do art. 115 § 17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. Jacek Giezek (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 721.
- 21 Zob.: Maciej Szwarczyk, „Komentarz do art. 115 § 17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Tadeusz Bojarski (Warszawa: Lexis Nexis, 2012), 258.
- 22 Ustawa z dnia 21 listopada 1967 r., t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 372.
- 23 Zob.: Violetta Konarska-Wrzosek, Andrzej Marek, *Prawo karne* (Warszawa: C.H. Beck, 2019), 74; Teresa Dukiet-Nagórska, „Odrębności wykładni przepisów prawnokarnych”, [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. Teresa Dukiet-Nagórska (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 74.
- 24 Czynną służbę wojskową PEŁNI: 1. Żołnierz TSW pełnionej rotacyjnie (art. 98m ust. 2 i 3 u.p.o.o.); 2. Żołnierz powołany z rezerwy do okresowej służby wojskowej (art. 100 u.p.o.o.); 3. Żołnierz (tj.: elew, kadet lub podchorąży) pełniący służbę przygotowawczą (art. 98a u.p.o.o.); 4. Żołnierz pełniący zawodową służbę wojskową w sposób stały lub kontraktowy (art. 3 ust. 1a ustawy z 11 września 2003 r. - o służbie wojskowej Żołnierza zawodowego, t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 860, dalej u.s.w.ż.z.); 5. Żołnierz w służbie kandydackiej (art. 124 u.s.w.ż.z.); 6. Poborowy, jako żołnierz służby wojskowej pełnionej w razie mobilizacji i w czasie wojny (art. 109 ust. 2 u.p.o.o.).

wojskowej²⁵. W zakres merytoryczny analizowanego pojęcia nie wchodzi zatem „żołnierz” „odbywający” czynną służbę wojskową²⁶.

Pewne zastrzeżenia odnieść należy również do (dodanego 1 stycznia 2017 roku na mocy nowelizacji z 2016 roku) drugiego członu definicji pojęcia „żołnierz”, tj. limitacji „z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie”.

W uzasadnieniu do nowelizacji z 2016 roku wskazano, że TSW jest nowym rodzajem czynnej służby wojskowej, pełnionej stale „(...) jako czynna służba wojskowa, w tym jako służba rotacyjna, określona w planie dowódcy JW (minimum jeden weekend w miesiącu) i dyspozycyjna w pozostałym zakresie. Okres służby rotacyjnej będzie okresem służby pełnionej w strukturach jednostki wojskowej i na stanowisku służbowym. (...) Okres dyspozycji to samokształcenie, doskonalenie zawodowe, możliwość pracy i prowadzenia działalności gospodarczej na zasadach ogólnych”²⁷.

Innymi słowy ustawodawca założył, że pełniący służbę wojskową w ramach TSW żołnierz OT będzie permanentnie w czynnej służbie wojskowej, nawet jeżeli będzie on np. świadczył pracę w oparciu o umowę o pracę na rzecz pracodawcy spoza struktury wojskowej. Założenie to zostało zadekretowane w przepisie art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. w zw. z art. 98m ust. 1 u.p.o.o. Zgodnie z ich brzmieniem czynną służbą wojskową jest TSW pełniona zarówno rotacyjnie, jak i dyspozycyjnie, z czym nie sposób się zgodzić.

Gdyby przyjąć trafność stanowiska ustawodawcy i uznać, że żołnierz OT jest nieprzerwanie w czynnej służbie wojskowej (niezależnie od tego gdzie, co i na rzecz kogo wykonuje czynności i zadania), to tym bardziej nie należy podzielić zasadności limitacji wyrażonej po przecinku w treści przepisu art. 115 § 17 k.k. Limitacją tą ustawodawca po pierwsze sam sobie zaprzeczył, gdyż wyłączenie z katalogu żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową – żołnierza OT będącego w dyspozycji – nie jest zgodne ani z intencją ustawodawcy wyrażoną *expressis verbis* w uzasadnieniu do nowelizacji z 2016 roku – w którym ustawodawca wskazał, że żołnierz OT w dyspozycji to żołnierz w czynnej służbie wojskowej – ani z treścią przepisu art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. w zw. z art. 98m ust. 1 u.p.o.o. Po drugie, omawianą limitacją doszło do niczym nieuzasadnionego wyodrębnienia poza katalog żołnierzy będących w czynnej służbie wojskowej – żołnierza OT pełniącego TSW w sposób dyspozycyjny. Zabieg ten z pewnością miał na celu zapewnienie ochrony przed

25 Zob.: art. 59 u.p.o.o.; art. 3 ust. 1 i 1a u.s.w.ż.z.; art. 124 ust. 1 u.s.w.ż.z.

26 Czynną służbę wojskową ODBYWA: 1. Poborowy, jako żołnierz zasadniczej służby wojskowej (art. 82 ust. 2 u.p.o.o.); 2. Student lub absolwent szkoły wyższej, jako żołnierz odbywający przeszkolenie wojskowe (art. 92 ust. 1 u.p.o.o.); 3. Żołnierz powołany z rezerwy do odbycia ćwiczenia wojskowego (art. 100 u.p.o.o.).

27 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – druk sejmowy 966.

wojskową odpowiedzialnością karną będącemu w dyspozycji żołnierzowi OT. Paradoksalnie jednak doprowadził do pogorszenia warunków jego odpowiedzialności karnej w sytuacji, gdy w ramach powszechnego prawa karnego funkcjonuje, stanowiące odpowiednik przestępstwa wojskowego popełnionego przez żołnierza OT w dyspozycji, przestępstwo powszechne (które, co do zasady, przewiduje surowszą sankcję – o czym poniżej).

Niespójność systemową, jaką wywołuje limitacja statusu żołnierza zadekretowana w przepisie art. 115 § 17 k.k., pokazują dwie sytuacje: gdy w powszechnym prawie karnym można znaleźć odpowiednik przestępstwa wojskowego oraz *a contrario*, gdy w powszechnym prawie karnym nie występuje odpowiednik przestępstwa wojskowego.

Dla analizy pierwszej z nich jako przykład można podać stan faktyczny, w którym dwaj żołnierze OT pełniący czynną TSW (przy czym jeden rotacyjnie, drugi dyspozycyjnie) rozporządzają przedmiotem swojego wyposażenia (np. zastawiają w lombardzie hełm wojskowy o wartości około 1500 zł). Mając na uwadze przepis art. 115 § 17 k.k. stwierdzić należy, że żołnierz OT, pełniący czynną TSW rotacyjnie, w takiej sytuacji zrealizuje znamiona przestępstwa wojskowego z przepisu art. 363 k.k., który penalizuje samowolne rozporządzanie wyposażeniem wojskowym (za co przewidziana jest kara: grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do 2 lat). Natomiast żołnierz OT pełniący czynną TSW dyspozycyjnie (z uwagi na limitację zawartą w drugiej części przepisu art. 115 § 17 k.k. oraz okoliczność, że wyposażenie wojskowe żołnierza OT jest mieniem powierzonym mu na czas pełnienia tej służby) zrealizuje znamiona z przepisu art. 284 § 2 k.k., tj. popełni on przestępstwo przywłaszczenia i to kwalifikowanego (za co przewidziana jest wyłączenie kara pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat). Ustawodawca, wyłączając (w oparciu o przepis art. 115 § 17 k.k.) żołnierza OT będącego w dyspozycji spod reżimu wojskowej odpowiedzialności karnej, paradoksalnie doprowadził do pogorszenia jego sytuacji prawnokarnej, gdyż (co do zasady) przestępstwa powszechne, stanowiące odpowiednik przestępstw wojskowych, zawierają sankcje surowsze niż sankcje przewidziane w przepisach szczególnych części wojskowej k.k.

Trudna do zaakceptowania sytuacja występuje szczególnie wtedy, gdy przestępstwo wojskowe nie posiada swojego odpowiednika w powszechnym prawie karnym. Dla analizy tej sytuacji jako przykład przyjąć można stan faktyczny, w którym dwaj żołnierze OT pełniący czynną TSW (przy czym jeden rotacyjnie, drugi dyspozycyjnie) odmawiają wykonania rozkazu. Obecny kształt przepisu art. 115 § 17 k.k. pozwala na postawienie zarzut z przepisu art. 343 k.k. (tj. niewykonania rozkazu) jedynie żołnierzowi OT pełniącemu czynną TSW rotacyjnie. Natomiast żołnierz OT pełniący czynną TSW dyspozycyjnie, choć swoim czynem zrealizuje dyspozycję z przepisu art. 343 k.k., to i tak pozostanie bezkarny, ponieważ w części szczególnej powszechnego prawa karnego nie penalizuje się zachowania polegającego na niewykonaniu

rozkazu. Żołnierzowi OT w dyspozycji nie będzie można również postawić zarzutu z przepisu art. 231 k.k. (tj. niedopełnienia obowiązków/przekroczenia uprawnień), gdyż funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu k.k. jest (zgodnie z brzmieniem przepisu art. 115 § 13 pkt 8 k.k.) „osoba pełniąca czynną służbę wojskową, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie”. Kodeksowe zróżnicowanie zasad wojskowej odpowiedzialności karnej *de facto* za taki sam czyn naganny tego samego pod względem rodzajowym podmiotu (czyli żołnierza pełniącego czynną służbę wojskową) jest niedopuszczalne w państwie prawa.

W oparciu o powyższe uznać należy, że w przepisie art. 115 § 17 k.k. nie powinno być limitacji „z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie”. Wskazane wyłączenie prowadzi do impasu na płaszczyźnie możliwości egzekwowania wojskowej odpowiedzialności karnej wobec żołnierza czynnej służby wojskowej (którym zdaniem ustawodawcy jest żołnierz OT w dyspozycji – z czym nie sposób się zgodzić).

4. Żołnierz OT będący w dyspozycji a czynna służba wojskowa

Potrzebę usunięcia z przepisu art. 115 § 17 k.k. zapisu „z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie” (poza wyżej wskazanymi okolicznościami) uzasadnia również przekonanie o tym, że żołnierz OT, pełniący TSW w sposób dyspozycyjny (mimo zapatrywań projektodawcy wyrażonych w uzasadnieniu do nowelizacji z 2016 roku, a następnie zadekretowanych w treści przepisu art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. w zw. z art. 98m ust. 1 u.p.o.o.), nie jest żołnierzem w czynnej służbie wojskowej. W związku z tym limitację z przepisu art. 115 § 17 k.k., wyłączającą żołnierza OT w dyspozycji z katalogu żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową, należy traktować jako bezprzedmiotową. Brak występowania przymiotu „czynnej służby” przy TSW żołnierza OT pełnionej dyspozycyjnie potwierdzają przytoczone poniżej argumenty.

Po pierwsze, paradoksalnie przemawia za tym obecny kształt przepisu art. 115 § 17 k.k. Nie można być jednocześnie żołnierzem w czynnej służbie wojskowej, jakim jest (zgodnie ze stanowiskiem projektodawcy wyrażonym w treści uzasadnienia do nowelizacji z 2016 roku oraz w przepisie art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. w zw. z art. 98m ust. 1 u.p.o.o.) żołnierz OT będący w dyspozycji i nie podlegać pod zasady wojskowej odpowiedzialności karnej, jeżeli nie zaszyły okoliczności uchylające kryminalną bezprawność czynu. Przepis art. 115 § 17 k.k. merytorycznie nie statuuje ustawowego kontratypu, lecz zawiera legalną definicję pojęcia kodeksowego (w tym przypadku pojęcia „żołnierz”) m.in. jako podmiotu przestępstwa.

Po drugie, potrzebę rozróżnienia TSW żołnierza OT pełnionej rotacyjnie od TSW żołnierza OT pełnionej dyspozycyjnie (z uwagi na sposób pełnienia tych służb) wprowadził *de facto* sam ustawodawca, wskazując w przepisie art. 98m ust. 1 u.p.o.o., że TSW (będąca zgodnie z art. 59 ust. 1

pkt 3 u.p.o.o. – czynną służbą wojskową) może być pełniona rotacyjnie lub dyspozycyjnie. Powstaje zatem pytanie o sens wprowadzenia wyżej wymienionych dwóch skrajnie różnych form pełnienia TSW, skoro zarówno „rotacja”, jak i „dyspozycja” (zdaniem ustawodawcy) jest czynną służbą wojskową. Wskazanie w przepisie art. 98m ust. 1 u.p.o.o., że TSW może być pełniona rotacyjnie lub dyspozycyjnie, stwarza podstawy do przyjęcia, że „rotacja” od „dyspozycji” różni się nie tylko miejscem pełnienia tychże służb czy przysługującym uposażeniem oraz innymi świadczeniami (o czym poniżej), ale występująca między nimi polaryzacja w sposób jednoznaczny przesądza, że czynną służbą wojskową w ramach TSW jest jedynie służba wojskowa pełniona przez żołnierza OT będącego w rotacji. Natomiast służba wojskowa żołnierza OT będącego w dyspozycji, polegająca jedynie na biernym oczekiwaniu w gotowości na powołanie na ćwiczenia rotacyjne, pozbawiona jest przymiotu „czynnej służby wojskowej”.

Po trzecie, o braku występowania charakteru „czynnej służby” przy TSW żołnierza OT pełnionej dyspozycyjnie przesądził niejako sam projektodawca, wskazując w treści uzasadnienia do nowelizacji z 2016 roku (czyli w dokumencie, w którym podkreślano również, że TSW w dyspozycji to czynna służba wojskowa), że: „W zakresie świadczeń [żołnierza OT] znacznie miałby głównie okres służby rotacyjnej – uposażenie, świadczenia, ubezpieczenie itp.”²⁸. Skoro okresem relewantnym dla ubezpieczenia czy uposażenia żołnierza OT jest czas pełnienia przez niego TSW w sposób rotacyjny (czyli, czas rzeczywistego odbywania przez niego ćwiczeń rotacyjnych), to uznać należy, że tylko w trakcie rotacji TSW ma wymiar czynnej służby wojskowej. Żołnierz OT w dyspozycji (czyli nieodbywający ćwiczeń rotacyjnych i przebywający poza jednostką wojskową) nie jest objęty ani ubezpieczeniem, ani nie otrzymuje za ten czas uposażenia. Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje, że czas bycia żołnierza OT w dyspozycji nie jest czasem pełnienia przez niego TSW w sposób czynny.

Zasadność wyrażonego powyżej stanowiska wynika również z okoliczności dotyczącej czasu pełnienia/odbywania czynnej służby wojskowej zarówno przez osoby, które służbę wojskową realizują w sposób „tymczasowy”, jak i przez osoby, które służbę wojskową realizują w sposób permanentny. W sposób „tymczasowy” czynna służba wojskowa realizowana jest przez: żołnierza zasadniczej służby wojskowej, żołnierza powołanego z rezerwy do odbycia ćwiczeń wojskowych, żołnierza powołanego z rezerwy do odbycia okresowej służby wojskowej, elewa, kadeta, podchorążego przy służbie przygotowawczej czy absolwenta szkoły wyższej przy przeszkoleniu wojskowym.

28 Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy 966, źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=966>. [dostęp: 04.07.2021].

Tylko w czasie rzeczywistego realizowania w jednostce wojskowej przez wyżej wymieniony podmioty – odpowiednio: zasadniczej służby wojskowej, ćwiczeń wojskowych, okresowej służby wojskowej, służby przygotowawczej czy przeszkolenia wojskowego (czyli aktywności wojskowych wymiernych w czasie) – podmioty te realizują służbę wojskową w sposób czynny, tj. są one objęte ubezpieczeniem i otrzymują należne uposażenie. Takie same zasady odnieść należy do osób będących w służbie wojskowej w sposób permanentny, tj. żołnierzy zawodowych (stałych i kontraktowych) oraz podchorążych uczelni wojskowych pełniących służbę kandydacką (przez okres pięciu lat ich studiowania). Wskazanej kategorii podmiotów przysługuje w sposób ciągły (tj. nawet w czasie ich urlopu czy w czasie wolnym od służby, np. w czasie świąt czy przebywania na przepustce) zarówno ubezpieczenie, jak i uposażenie, ponieważ czynna służba wojskowa tych żołnierzy ma wymiar permanentny.

Między innymi dlatego TSW realizowana dyspozycyjnie (z uwagi na nieprzysługujące żołnierzowi OT w dyspozycji zarówno ubezpieczenie, jak i uposażenie) nie jest czynną służbą wojskową. Gdyby uznać, że żołnierz OT w dyspozycji jest żołnierzem w czynnej służbie wojskowej, to żołnierzowi temu należałoby za cały okres pełnienia przez niego TSW dyspozycyjnie (czyli *de facto* za czas jego przebywania poza jednostką wojskową w gotowości, podczas którego prowadziłby on np. swoją zarobkową działalność gospodarczą lub wykonywał pracę zarobkową na rzecz pracodawcy spoza wojska) m.in. wypłacić uposażenie (wojskowe) oraz objąć go ubezpieczeniem (wojskowym). Takie zaś rozwiązanie prowadziłoby do absurdu.

Po czwarte, o tym, że TSW żołnierza OT w dyspozycji nie jest czynną służbą wojskową świadczy (*a contrario*) sposób „rozpoczynania i kończenia” czynnej TSW przez żołnierza OT, który jest w rotacji. Rozpoczęcie pełnienia TSW przez żołnierza OT uwarunkowane jest uprzednim otrzymaniem karty powołania (ważnej na czas od 1 roku do 3 lat) od Wojskowego Komendanta Uzupelnień. W karcie tej wskazana jest m.in. jednostka wojskowa, w której żołnierz OT będzie pełnił TSW w sposób rotacyjny. W tym miejscu zauważyć należy, że karta powołania inicjuje służbę wojskową nie tylko w ramach TSW, ale również i przy innych rodzajach służb wojskowych z wyjątkiem zawodowej służby wojskowej, którą rozpoczyna się od zawarcia kontraktu. Po otrzymaniu karty powołania żołnierzowi OT jest wręczany (uprzednio zatwierdzony przez Dowódcę JW²⁹, w której będzie on pełnił służbę rotacyjnie) kalendarz szkoleń rotacyjnych z terminami podanymi z góry na rok (art. 98o u.p.o.o.). Każdorazowo na wyznaczony termin szkolenia rotacyjnego żołnierz OT powoływany jest na mocy rozkazu dziennego Dowódcy JW. Po upływie czasu trwania szkolenia rotacyjnego żołnierz OT (zgodnie z przepisem art. 71 ust. 6 u.p.o.o.) zwalniany jest z czynnej służby wojskowej, co jest stwierdzone także w rozkazie dziennym Dowódcy JW. Innymi słowy, żołnierz OT jest

29 Dowódca JW – Dowódca jednostki wojskowej.

każdorzazowo powoływany do czynnej TSW (realizowanej rotacyjnie), a po zrealizowaniu szkolenia rotacyjnego żołnierz OT jest zwalniany z tej służby (również każdorzazowo). Od tego momentu TSW żołnierza OT jest pełniona w sposób dyspozycyjny (który zdaniem ustawodawcy jest również formą pełnienia czynnej służby wojskowej). Zauważyć należy, że aktem inicjującym TSW żołnierza OT pełnioną dyspozycyjnie jest nie rozkaz dzienny powołujący do służby (czym rozpoczyna się TSW realizowana rotacyjnie), a rozkaz dzienny Dowódcy JW *de facto* zwalnający ze służby (w tym przypadku zwalnający z pełnienia czynnej TSW w sposób rotacyjny). Już sama ta okoliczność wskazuje na pewien paradoks systemowy, bo jak to jest możliwe, że żołnierz OT, po zwolnieniu z pełnienia czynnej TSW (rotacyjnie), w dalszym ciągu pełni czynną TSW (dyspozycyjnie). Jest to niezbyt logiczne, gdyż *de facto* czynnej służby żołnierz ten już nie pełni. Ponadto, przy każdym innym rodzaju służby wojskowej (czy to „pełnionej”, czy „odbywanej”) zwolnienie żołnierza z tej służby (w oparciu o dyspozycję przepisu art. 71 u.p.o.o.) wiąże się z zakończeniem czynnej służby wojskowej i jednoczesnym przeniesieniem żołnierza do rezerwy.

Po piąte, żołnierzem w czynnej służbie wojskowej jest powołany i odbywający ćwiczenia wojskowe żołnierz Narodowych Sił Rezerwy (dalej: NSR). Podobnie jak przy TSW czy innych rodzajach służby wojskowej (z wyłączeniem służby zawodowej – o czym była już mowa) służba wojskowa żołnierza NSR uwarunkowana jest uprzednim otrzymaniem karty powołania od Wojskowego Komendanta Uzuppełnień. Po odbyciu szkolenia podstawowego żołnierz (jeszcze nie NSR) otrzymuje tzw. przydział kryzysowy z wyszczególnioną jednostką wojskową, w której będzie on pełnił służbę wojskową w ramach NSR, jeżeli dobrowolnie podpisze kontrakt z tą jednostką. Po podpisaniu kontraktu żołnierz staje się żołnierzem NSR, który mimo posiadanego kontraktu z jednostką wojskową jest w czynnej służbie wojskowej tylko w czasie odbywania ćwiczeń wojskowych w tej jednostce. W pozostałym czasie służba wojskowa żołnierza NSR nie jest czynną służbą wojskową. Tak samo jak przy żołnierzu TSW powoływanym na ćwiczenia rotacyjne, po pierwsze, zarówno rozpoczęcie jak i zakończenie ćwiczeń wojskowych żołnierza NSR w jednostce wojskowej jest uwzględnione w rozkazie dziennym Dowódcy JW, a po drugie, żołnierza NSR (analogicznie jak żołnierza TSW w rotacji) zwalnia się z czynnej służby wojskowej po upływie czasu trwania ćwiczenia wojskowego (art. 71 ust. 4 u.p.o.o.). Od tego momentu służba wojskowa żołnierza NSR, mimo posiadania przez niego zawartego z jednostką wojskową kontraktu (czego nie posiada żołnierz OT ani w rotacji, ani w dyspozycji) nie ma charakteru czynnej służby wojskowej (innymi słowy żołnierz NSR jest w rezerwie).

Jak więc logicznie wytłumaczyć, że zarówno żołnierz TSW, jak i żołnierz NSR w ramach swojej służby wojskowej zobowiązani są do udziału w określonych z góry co do czasu i miejsca ich trwania ćwiczeniach

(odpowiednio: ćwiczeniach rotacyjnych lub ćwiczeniach wojskowych), po których zakończeniu (na mocy przepisu art. 71 ust. 4 lub 6 u.p.o.o.) żołnierze ci są zwalniani z czynnej służby wojskowej, a mimo to żołnierz TSW dalej jest w czynnej służbie wojskowej (choć pełnionej dyspozycyjnie), natomiast żołnierz NSR (mimo posiadania przez niego zawartego z jednostką wojskową kontraktu) przestaje być w czynnej służbie wojskowej aż do czasu stawienia się na kolejne ćwiczenia.

W opraciu o powyższe, założenie projektodawcy zawarte w uzasadnieniu do nowelizacji z 2016 roku, a następnie zadekretowane w treści przepisu art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. w zw. z art. 98m ust. 1 u.p.o.o., zgodnie z którym żołnierz OT w dyspozycji jest żołnierzem w czynnej służbie wojskowej, uznać należy za nielogiczne i nie do akceptacji. Stwarza to podstawy do przyjęcia, że wraz z zakończeniem szkolenia rotacyjnego żołnierz OT w dyspozycji jest żołnierzem w rezerwie. W związku z tym poczynione w przepisie art. 115 § 17 k.k. wyłączenie żołnierza OT w dyspozycji z grona żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową jest po prostu bezprzedmiotowe.

5. Kodeksowa definicja pojęcia „żołnierz” w ujęciu *de lege ferenda*

Przedstawiona analiza normatywnej definicji pojęcia „żołnierz” (z przepisu art. 115 § 17 k.k.) wskazuje na konieczność jej nowelizacji. Aby zapewnić kompatybilność systemu prawa karnego z rzeczywistością wojskową, zmiany dotyczące zakresu merytorycznego definicji pojęcia „żołnierz” powinny przebiegać, po pierwsze, w kierunku nieograniczania podmiotowego kręgu osób podlegających odpowiedzialności karnej na podstawie przepisów prawa karnego wojskowego jedynie do żołnierzy „pełniących” czynną służbę wojskową, a po drugie, należałoby z przepisu art. 115 § 17 k.k. całkowicie usunąć znajdującą się po przecinku, limitację „z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie”. Niezależnie od tego, czy podziela się stanowisko projektodawcy zawarte w uzasadnieniu do nowelizacji z 2016 r., a następnie zadekretowane w treści przepisów: art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. w zw. z art. 98m ust. 1 u.p.o.o. (i żołnierzowi OT w dyspozycji nada się status żołnierza w czynnej TSW), czy też uzna się, że żołnierz OT w dyspozycji nie jest żołnierzem w czynnej TSW (na co wskazuje szereg argumentów przytoczonych powyżej), przedmiotowa limitacja prowadzi do niczym nieuzasadnionego zróżnicowania podmiotów podlegających pod reżim wojskowej odpowiedzialności karnej, która nie powinna mieć miejsca w państwie prawa. Co więcej, jeżeli podzieli się wyrażone w niniejszym artykule stanowisko, zgodnie z którym żołnierz OT w dyspozycji nie jest żołnierzem w czynnej służbie wojskowej, to wskazana limitacja z przepisu art. 115 § 17 k.k. jest zapisem zbędnym, bo logika nakazuje przyjąć, że skoro żołnierz nie pełni czynnej służby wojskowej, to tym samym nie jest żołnierzem w czynnej służbie wojskowej.

Normatywna definicja pojęcia „żołnierz” z przepisu art. 115 § 17 k.k. statuująca, że „żołnierzem jest osoba pełniąca czynną służbę wojskową, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie” *de lege ferenda* powinna mieć brzmienie: żołnierzem jest osoba będąca w czynnej służbie wojskowej.

Propozycja ta *expressis verbis* nawiązuje do sposobu określenia podmiotu wojskowej odpowiedzialności karnej zastosowanego w k.k.w. z 1928 roku (który odnosił się m.in. do „osób wojskowych, będących w czynnej służbie wojskowej” – art. 1 pkt 1 k.k.w. z 1928 r.), czy w k.k.w. z 1932 roku (w którym to po raz pierwszy w historii wojskowej legislacji karnej posłużono się pojęciem: „żołnierza w czynnej służbie wojskowej” – art. 3 § 1 k.k.w. z 1932 r.).

Prawne usankcjonowanie wyżej wymienionych propozycji *de lege ferenda*: (1) zapewni kompatybilność systemu prawa karnego z wojskowymi regulacjami prawnymi (które wyraźnie rozróżniają „pełnienie” od „odbywania” czynnej służby wojskowej), (2) zakres merytoryczny definicji pojęcia „żołnierz” obejmie również żołnierzy „odbywających” czynną służbę wojskową, (3) przyczyni się to do stałej adekwatności definicji ustawowej pojęcia „żołnierz” (tj. będzie ona relewantna, nawet jeżeli ustawodawca wprowadzi jakikolwiek inny sposób realizacji czynnej służby wojskowej niż jej „pełnienie” czy odbywanie”), (4) wyeliminuje konieczność ciągłej nowelizacji legalnej definicji pojęcia „żołnierz” z k.k.; (5) jednoznacznie przesądzi o statusie prawnokarnym żołnierza OT w dyspozycji.

Celem doprecyzowania ponad wszelką wątpliwość statusu prawnokarnego żołnierza OT w dyspozycji (tj. jako żołnierza niebędącego w czynnej służbie wojskowej) w treści przepisu art. 59 ust. 1 pkt 3 u.p.o.o. zaliczającego *de lege lata* do kręgu żołnierzy w czynnej służbie wojskowej żołnierza pełniącego „terytorialną służbę wojskową” należy wprowadzić zastrzeżenie „pełnioną rotacyjnie”. Zadekretowanie wskazanej propozycji *de lege ferenda* nie tylko w sposób jednoznaczny przesądzi o braku przymiotu „czynnej służby” przy TSW żołnierza OT pełnionej dyspozycyjnie, ale także uzasadni wprowadzone przez ustawodawcę (w przepisie art. 98m ust. 1 u.p.o.o.) rozróżnienie TSW na służbę wojskową pełnioną rotacyjnie oraz służbę wojskową pełnioną dyspozycyjnie.

Tytułem jedynie zasygnalizowania (gdyż nie należy to do *meritum* tego opracowania) analogiczne uwagi odnieść należy również do definicji funkcjonariusza publicznego, a konkretnie do przepisu art. 115 § 13 pkt 8 k.k. statuującego jako funkcjonariusza publicznego „[osobę pełniącą] (...) czynną służbę wojskową, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie” (czyli osobę żołnierza pełniącego czynną służbę wojskową, z wyjątkiem żołnierza OT będącego w dyspozycji).

Bibliografia

- Andrejew Igor, *Kodeks karny, krótki komentarz*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1981.
- Andrejew Igor, *Kodeks karny, krótki komentarz*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1988.
- Budyn-Kulik Magdalena, Kozłowska-Kalisz Patrycja, „Komentarz do art. 115 §17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Marek Mozgawa. 334-336. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Daniluk Paweł, „Komentarz do art. 115 §17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański. 779-782. Warszawa: C.H. Beck, 2018.
- Dukiet-Nagórska Teresa, „Odrębności wykładni przepisów prawno-karnych”, [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. Teresa Dukiet-Nagórska. 74. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Giezek Jacek, „Komentarz do art. 115 § 17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. Jacek Giezek. 721-722. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Góral Roman, *Kodeks karny*. Warszawa: Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, 2007.
- Hoc Stanisław, „Uwagi ogólne”, [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. Teresa Dukiet-Nagórska. 553-554. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Konarska-Wrzosek Violetta, Andrzej Marek, *Prawo karne*. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Majewski Jarosław, „Komentarz do art. 115 § 17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 53-116*, red. Włodzimierz Wróbel, Andrzej Zoll. 1029-1033. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Makowski Wacław, *Kodeks Karny Wojskowy z dodatkiem ustaw i przepisów wprowadzających, przechodnich i uzupełniających oraz komentarza*. Warszawa: Zakłady Graficzno-Wydawnicze Książka, 1921.
- Marek Andrzej, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1999.
- Marek Andrzej, *Kodeks karny*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Mioduski Kryspin, „Komentarz do art 289 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Jerzy Bafia, Kryspin Mioduski, Mieczysław Siewierski. 652-653. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1971.
- Szeleszczuk Damian, „Komentarz do art. 115 §17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak. 789-790. Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Szwarczyk Maciej, „Komentarz do art. 115 § 17 k.k.”, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Tadeusz Bojarski. 257-259. Warszawa: Lexis Nexis, 2012.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Terminy dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez oskarżonego na podstawie rozdziału 58 k.p.k.

Time Limits for Pursuing Civil Law Claims by the Accused under Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure

The author shows that the deadlines for pursuing civil law claims by the accused under the provisions of Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure should be extended since the time limits currently in force under the provisions of the Code of Criminal Procedure may have negative consequences for the claimant and the criminal proceedings themselves. The author presents arguments supporting the above thesis. The author also addresses issues related to the very institution of compensation for wrongful conviction, temporary arrest or detention, and the specification of deadlines for pursuing civil law claims by the accused under Chapter 58 of the Code of Criminal Procedure.

Renata Badowiec

*magister prawa
Uniwersytet Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0001-7912-1363

Słowa kluczowe:
odszkodowanie, niesłuszne skazanie,
tymczasowe aresztowanie, zatrzymanie,
roszczenia cywilnoprawne, art. 555
kodeksu postępowania karnego

Key words:
compensation, wrongful conviction,
pre-trial detention, detention, civil law
claims, Article 555 of the Code of Criminal
Procedure

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.323>

1. Wstęp

Przepisy zawarte w rozdziale 58 k.p.k. dają podstawę do dochodzenia przez oskarżonego roszczeń cywilnoprawnych przed sądem karnym w przypadku niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania. W ustawie nowelizującej kodeks postępowania karnego z 27 września 2013 r.¹ ustawodawca określił trzyletni termin przedawnienia dochodzenia wyżej wskazanych roszczeń. W nowelizacji kodeksu postępowania karnego

1 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

z 11 marca 2016 r.² powrócił jednak do rocznego terminu przedawnienia roszczeń, o których jest mowa w rozdziale 58 k.p.k.³.

Kwestie związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą Skarbu Państwa na podstawie rozdziału 58 k.p.k. niejednokrotnie były już poddawane pod dyskusję⁴. Należy jednak dokonać analizy tych przepisów pod kątem terminu przedawnienia roszczeń, które przysługują oskarżonemu (albo podmiotom wskazanym w treści art. 556 k.p.k.) w sytuacji niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania, szczególnie że zmiany tych terminów w ostatnich latach (nowelizacja z 2013 r. oraz 2016 r.) nie były szerzej uzasadniane przez ustawodawcę. Warto już na początku wskazać, że oczywiście upływ terminu przedawnienia nie oznacza, że roszczenie w ogóle nie może być dochodzone. Należy jednak pamiętać, że dłużnik ma zawsze możliwość skorzystania z uchylenia się od zaspokojenia roszczenia poprzez podniesienie skutecznego zarzutu przedawnienia.

Celem niniejszego opracowania jest wykazanie, iż zachodzi potrzeba zmiany przepisów dotyczących terminów dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez oskarżonego na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. poprzez ich wydłużenie z uwagi na fakt, iż terminy obecnie obowiązujące na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego mogą nieść za sobą negatywne skutki dla osoby występującej z roszczeniami oraz dla samego postępowania karnego. W artykule poruszone zostaną kwestie związane ze zmianami dotyczącymi terminów dochodzenia roszczeń na podstawie rozdziału 58 k.p.k., które miały miejsce w ostatnich latach, dokonana zostanie także

-
- 2 Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 437.
 - 3 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.
 - 4 Zob. np. Stanisław Stachowiak, „Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie w kodeksie postępowania karnego” *Prokuratura i Prawo*, nr 1 (1999); Łukasz Chojniak, „Odszkodowanie za niesłuszne skazanie w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia”, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. Piotr Hofmański (Warszawa: Wolters Kluwer, 2010); Paweł Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2007); Katarzyna Wiśniewska, „Przedawnienie roszczeń o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, zastosowanie tymczasowego środka zabezpieczającego, niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie (pomiędzy teorią a praktyką)” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 4 (2018); Tomasz Woźny, „Charakter prawny postępowania o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie, zatrzymanie” *Państwo i Prawo*, nr 8 (2004).

charakterystyka owych terminów. Wszystkie te rozważania będą prowadziły do poparcia wyżej wskazanej tezy.

2. Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie – uwagi ogólne

Na samym początku podkreślenia wymaga fakt, że instytucja odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie ma przede wszystkim charakter gwarancyjny. Należy wskazać, że kwestie te zostały unormowane nie tylko w polskim porządku prawnym, ale również w aktach prawa międzynarodowego. Jako przykłady przywołać można treść art. 9 ust. 5 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁵, zgodnie z którym: „Każdy, kto został bezprawnie aresztowany lub zatrzymany, ma prawo do odszkodowania, którego może dochodzić na drodze sądowej” oraz art. 14 ust. 6 tego aktu, na podstawie którego: „Jeżeli prawomocne orzeczenie skazujące zostało następnie uchylone lub nastąpiło ułaskawienie na podstawie nowych lub nowo ujawnionych faktów, które niezbitnie wykazały, że zaszła omyłka sądowa, wówczas osobie, która poniosła karę w wyniku takiego skazania, będzie przyznane odszkodowanie zgodnie z ustawą, chyba że zostanie udowodnione, iż osoba ta ponosi całkowicie lub częściowo winę za nieujawnienie w porę nieznanego faktu”. Natomiast art. 5 ust. 5 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶ stanowi, że: „Każdy, kto został pokrzywdzony przez niezgodne z treścią tego artykułu aresztowanie lub zatrzymanie, ma prawo do odszkodowania”. Ponadto z treści art. 3 Protokołu Nr 7⁷ do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wynika, że: „W przypadku, gdy osoba została prawomocnie skazana za przestępstwo, a następnie została uniewinniona lub ułaskawiona na tej podstawie, że nowy lub nowo ujawniony fakt dowiódł, iż nastąpiła omyłka sądowa, wówczas osobie, która odbyła karę w wyniku takiego skazania, będzie przysługiwało odszkodowanie zgodnie z ustawą lub praktyką danego Państwa, o ile nie udowodniono, że osoba ta jest całkowicie lub częściowo odpowiedzialna za nieujawnienie nieznanego faktu we właściwym czasie”.

Warto zaakcentować, że w doktrynie wskazuje się, że postępowanie o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie jest określane jako postępowanie cywilne toczące się przed sądem karnym. Podstawy odpowiedzialności państwa za szkodę wyrządzoną w postępowaniu karnym, które określone zostały w rozdziale 58 k.p.k., są podstawami szczególnymi w stosunku do tych przewidzianych w przepisach kodeksu cywilnego. Przepisy rozdziału 58 k.p.k. zawierają zarówno przesłanki

5 Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

6 Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

7 Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

materialne odpowiedzialności cywilnej Skarbu Państwa, jak i regulują również przebieg postępowania odszkodowawczego⁸.

Z uwagi na fakt, że rozważania podjęte w tym artykule mają skupiać się wokół kwestii związanych z terminami dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez oskarżonego na podstawie rozdziału 58 k.p.k., należy krótko wskazać jak na przestrzeni lat zmieniała się długość owych terminów. W pierwotnej wersji k.p.k. z 1997 r. przepis art. 555 k.p.k. przewidywał roczny termin dochodzenia roszczeń ujętych w rozdziale 58 k.p.k. Termin ten liczony był od daty uprawomocnienia się orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania i zadośćuczynienia, a w przypadku tymczasowego aresztowania – od daty uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, natomiast w razie zatrzymania – od daty zwolnienia. W wyniku wejścia w życie ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. termin ten uległ przedłużeniu do lat trzech od daty uprawomocnienia się orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania i zadośćuczynienia. Ponadto dodany został art. 552b k.p.k., na podstawie którego prawo do odszkodowania i zadośćuczynienia przysługiwało również innej niż oskarżony osobie w razie niewątpliwie niesłusznego zatrzymania w związku z postępowaniem karnym, a roszczenia przedawniały się po upływie roku od daty zwolnienia. Zmiana taka postulowana była już wcześniej w literaturze⁹. Jak wskazywał Ł. Chojniak roszczenia cywilnoprawne, których przesłanki dochodzenia regulowane są przepisami kodeksu cywilnego¹⁰, mimo obowiązywania rygorystycznych norm, mają przynajmniej dwukrotnie dłuższy okres przedawnienia¹¹. Ustawodawca bez większego uzasadnienia powrócił jednak w ustawie z dnia 11 marca 2016 r. do rocznego terminu przedawnienia, który obowiązuje również w obecnym stanie prawnym.

Istotne jest także, że w razie śmierci oskarżonego prawo do odszkodowania przysługuje temu, kto wskutek wykonania kary lub niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania utracił należne mu od uprawnionego z mocy ustawy utrzymanie albo stale dostarczane mu przez zmarłego utrzymanie, jeżeli względy słuszności przemawiają za przyznaniem

-
- 8 Zob. np. Jan Waszczyński, „Odszkodowanie za niesłusne skazanie lub aresztowanie” *Palestra*, nr 11 (1974): 18; Stachowiak, „Odszkodowanie za niesłusne skazanie”: 59-60.
- 9 Zob. np. Anna Marta Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012), 304; Chojniak, „Odszkodowanie”, 484; Łukasz Chojniak, *Odszkodowanie za niesłusne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie oraz za niesłusne oskarżenie* (Warszawa: C.H. Beck, 2013), 201.
- 10 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- 11 Chojniak, „Odszkodowanie”, 484.

odszkodowania. Wówczas żądanie należy zgłosić w terminie wynikającym z treści art. 555 k.p.k. albo w ciągu roku od daty śmierci oskarżonego.

Należy również podkreślić, że kwestia rocznego terminu dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych na podstawie rozdziału 58 k.p.k. była przedmiotem rozważań podjętych przez Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z 11 października 2012 r.¹² stwierdził, że art. 555 k.p.k. w zakresie, w jakim wprowadza roczny okres przedawnienia dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia od Skarbu Państwa w wypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, jest zgodny z art. 41 ust. 5 Konstytucji RP¹³. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że wprowadzony termin przedawnienia nie jest nadmiernie uciążliwy. Podkreślił, że z treści art. 555 k.p.k. nie wynika początkowy termin, w którym można składać wniosek o odszkodowanie za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie. Jeżeli można bowiem wykazać szkodę jeszcze przed zakończeniem postępowania głównego, to, zdaniem Trybunału, nie ma ustawowych przeszkód, aby wniosek o odszkodowanie został złożony przed ostatecznym rozstrzygnięciem sprawy. Trybunał Konstytucyjny stwierdził również, że kwestionowana regulacja nie narusza istoty prawa do odszkodowania. Odszkodowanie może być realizowane na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k., a ukształtowanie terminu przedawnienia w art. 555 k.p.k. umożliwia dochodzenie roszczenia również po upływie tego terminu. Według Trybunału Konstytucyjnego stanowi to gwarancję, że w sytuacjach, w których wymagają tego zasady współżycia społecznego, a zatem wówczas, gdy złożenie wniosku o odszkodowanie następuje po terminie, odszkodowanie może zostać przyznane, ze względu na szczególne okoliczności. Trybunał stwierdził ponadto, że zarzut przedawnienia nie jest podnoszony z urzędu, ale na wniosek prokuratora, który musi wykazać, że złożenie wniosku o odszkodowanie po upływie określonego terminu jest w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego wynikającymi z art. 5 k.c.

3. Charakterystyka terminów dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez oskarżonego na podstawie rozdziału 58 k.p.k.

Na wstępie należy wskazać, że terminy regulowane treścią przepisu art. 555 k.p.k. mają cywilnoprawny charakter. Skutkuje to oczywiście tym, że do ich ustalenia zastosowanie znajdą odpowiednio przepisy art. 117-125 k.c., jeżeli szczególny charakter dochodzonych roszczeń na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. nie wyklucza takiej możliwości¹⁴. Odpowiednie

12 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2012 r., SK 18/10, Legalis nr 537429.

13 „Każdy bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania.”

14 Wojciech Jasiński, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jerzy Skorupka (Warszawa: C. H. Beck, 2020), 1433.

zastosowanie znajdzie m.in. przepis art. 117 § 1 i 2 k.c. dotyczący przedawnienia roszczenia. Zgodnie z jego treścią, roszczenia majątkowe ulegają przedawnieniu, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Ponadto, po upływie terminu przedawnienia ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia, chyba że zrzeka się korzystania z zarzutu przedawnienia. Zrzeczenie się zarzutu przedawnienia przez upływem terminu jest jednak nieważne. Oczywiście do roszczeń wynikających z rozdziału 58 k.p.k. nie znajdzie zastosowania treść art. 118 k.c., na podstawie którego, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi sześć lat, a dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – trzy lata. Koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzowego, chyba że termin przedawnienia jest krótszy niż dwa lata. Przepis art. 555 k.p.k. jest właśnie przepisem szczególnym, z którego wynika roczny termin przedawnienia roszczenia.

Warto również wskazać, że w związku z tym, że roszczenia przewidziane w art. 552 k.p.k. mają charakter cywilnoprawny, to oznacza m.in., że termin przedawnienia nie może być skracany ani przedłużany przez żadną czynność prawną (art. 119 k.c.), ulega on zawieszeniu, jeżeli np. uprawniony z powodu siły wyższej nie może dochodzić roszczenia przed sądem (art. 121 pkt 4 k.c.), a także bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem podjętą bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia (art. 123 § 1 pkt 1 k.c.) oraz przerwany bieg przedawnienia biegnie na nowo dopiero po zakończeniu postępowania sądowego (art. 124 k.c.), chyba że żądanie to zostanie cofnięte¹⁵. Możliwe jest także zawieszenie postępowania, gdy zachodzi taka możliwość lub potrzeba. Do zawieszenia tego należy wówczas stosować odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego¹⁶. Zgodnie z treścią art. 558 k.p.k., przepisy kodeksu postępowania cywilnego stosuje się w ramach postępowania o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie tylko i wyłącznie w kwestiach nieuregulowanych w przepisach kodeksu postępowania karnego. Nie chodzi tu jednak tylko o te kwestie, które w ogóle nie mają swojego unormowania w przepisach regulujących postępowanie karne, ale również o te, które co prawda mają swoje odzwierciedlenie w przepisach kodeksu postępowania karnego, ale nie przystają do cywilnoprawnego charakteru roszczeń, będących przedmiotem postępowania, o jakim jest mowa w rozdziale 58 k.p.k. Taka sytuacja dotyczy

15 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2006 r., I KZP 5/06, Legalis nr 74485.

16 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

m.in. wyżej wskazanego zawieszenia postępowania¹⁷ (konieczne będzie w takim przypadku skorzystanie z przepisów kodeksu postępowania cywilnego).

Istotny jest fakt, że w razie niepodniesienia zarzutu przedawnienia sąd nie może przedawnienia uwzględnić z urzędu. Natomiast w przypadku zgłoszenia zarzutu przedawnienia sąd nie jest tym zarzutem obligatoryjnie związany. Na podstawie bowiem przepisu art. 5 k.c. może go nie uwzględnić, jeżeli uzna, że jego zgłoszenie w okolicznościach konkretnej sprawy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. W takiej sytuacji sąd powinien poczynić w tym zakresie stosowne ustalenia faktyczne¹⁸. W orzecznictwie wskazuje się, że ewentualne zastosowanie art. 5 k.c. w razie zgłoszenia przez prokuratora zarzutu przedawnienia ma dopiero otworzyć drogę do merytorycznego zbadania wniosku, nie przesądzając jeszcze o wyniku sprawy. Sygnalizowana niewątpliwa niesłuszność tymczasowego aresztowania, poczucie krzywdy, czy też niesprawiedliwości nie stanowią w żadnym wypadku wystarczających przesłanek do uznania, że podniesiony przez prokuratora zarzut przedawnienia roszczenia o odszkodowanie za niewątpliwe niesłuszne tymczasowe aresztowanie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Do okoliczności usprawiedliwiających uchybienie terminowi wskazanemu w art. 555 k.p.k. zalicza się bowiem takie, które są całkowicie niezależne od woli wnioskodawcy: długotrwałą obłożną chorobę, całkowity upadek sił powodujący konieczność zapewnienia opieki osoby trzeciej w sprawach codziennej egzystencji, chorobę psychiczną, ubezwłasnowolnienie albo długotrwały pobyt za granicą połączony z niemożnością nawiązania kontaktu z krajem¹⁹. Zarzut przedawnienia przysługuje zarówno prokuratorowi działającemu jako rzecznik interesu społecznego, jak i podmiotowi, który

-
- 17 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2006 r., I KZP 5/06, Legalis nr 74485.
- 18 Dariusz Świecki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II. Art. 425-673*, red. Dariusz Świecki (Warszawa: Wolters Kluwer, 2020), 856; zob. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2000 r., WA 7/00, Legalis nr 47914; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r., IV KK 172/02, Legalis nr 55936.
- 19 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 stycznia 2019 r., III KK 213/18, Lex nr 2602127; w wyroku z dnia 26 kwietnia 2018 r., V KK 391/17, Legalis nr 1781382, Sąd Najwyższy stwierdził, że zgłoszenie żądania odszkodowawczego po upływie terminu z art. 555 k.p.k. prowadzi do oddalenia tego żądania jedynie w razie podniesienia przez prokuratora zarzutu przedawnienia, ale nie bezwzględnie. Skuteczność takiego zarzutu uzależniona jest od oceny, czy nie doszło do naruszenia zasad współżycia społecznego w ujęciu art. 5 k.c. Ta ocena musi być dokonana wszechstronnie i uwzględniać całokształt okoliczności ustalonych w danej sprawie.

uprawniony jest do reprezentowania Skarbu Państwa. Zgłoszenie tego zarzutu może nastąpić w dowolnej formie, zarówno pisemnej, jak i ustnej. Można tego dokonać do momentu udania się przez sąd na naradę. Aby skorzystać z zarzutu przedawnienia, nie jest jednak wystarczające formalne zgłoszenie zarzutu przedawnienia łącznie ze zgłoszeniem żądania po upływie terminu. Jak zostało już wskazane wyżej, konieczna będzie także ocena sądu, czy skorzystanie z tego prawa podmiotowego nie jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego w rozumieniu art. 5 k.c.

Należy w tym miejscu pochylić się nad kwestią, która była poruszana zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. Trzeba bowiem odpowiedzieć na pytanie, czy bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się od daty uprawnomocnienia się orzeczenia, czy też dopiero od momentu powiadomienia zainteresowanego, tj. uprawnionego do żądania odszkodowania, o wydaniu orzeczenia, zgodnie z przepisami kodeksu postępowania karnego. W jednym z postanowień Sąd Najwyższy stwierdził, że termin ten nie biegnie, gdy „wnioskodawca nie brał udziału w postępowaniu i nie miał możliwości powzięcia wiadomości o treści orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania w dniu jego prawomocności”²⁰. Bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się w związku z tym od czasu, gdy uprawniony mógł skorzystać ze swego roszczenia, zatem w sprawie o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, gdy dowiedział się o orzeczeniu uchylającym skazanie, o ile zapadło poza rozprawą, o której był zawiadomiony. Gdy brak będzie jednak dowodu doręczenia uprawnionemu odpisu orzeczenia zapadłego poza rozprawą, nie będzie również podstawy do ustalenia, że bieg tego terminu rozpoczął się wcześniej niż uprawniony przyznaje²¹. W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy wyraził natomiast pogląd, że fakt braku wiedzy wnioskodawcy o wydaniu przez sąd wyroku dającego podstawę do odszkodowania, nie tamuje biegu terminu do zgłoszenia roszczeń²². Zgodnie z tym poglądem, roczny termin biegnie więc niezależnie od tego, czy osoba uprawniona została w ogóle powiadomiona o zdarzeniu, które otwiera bieg terminu. Warto w tym miejscu wskazać i podkreślić, że organ procesowy nie ma obowiązku pouczenia o terminie zgłoszenia żądania

20 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 1993 r., WZ 211/92, Lex nr 24417.

21 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 listopada 1999 r., II AKa 192/99, Lex nr 39084. – SA w Krakowie.

22 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 1995 r., WZ 140/95, Lex nr 24416; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 maja 2015 r., II AKa 123/15, Lex nr 1782095; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 stycznia 2011 r., II AKa 428/10, Lex nr 785460; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 1995 r., WZ 140/95, Lex nr 24416.

odszkodowania lub zadośćuczynienia²³. Dla biegu tego terminu nie będzie miało również znaczenia, kiedy osoba uprawniona dowiedziała się o wydaniu orzeczenia dającego podstawę do dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia. Jednak, jak słusznie wskazuje się w doktrynie, kwestia braku po stronie organu procesowego obowiązku pouczenia o terminie przedawnienia powinna w konsekwencji rzutować na ocenę trafności podniesionego zarzutu przedawnienia z punktu widzenia zasad współżycia społecznego (m.in. wyżej przywołanego już art. 5 k.c.)²⁴. Brak obowiązku pouczenia strony o terminie i sposobie zgłoszenia żądania odszkodowania przysługującego na podstawie art. 552 § 1–4 k.p.k. nie może jednak stanowić przyczyny oddalenia jej wniosku, jeżeli organ procesowy w piśmie skierowanym do strony pouczył ją błędnie lub udzielił informacji, która mogła spowodować błędne przekonanie co do terminu wykonania czynności²⁵. Sąd ma bowiem wówczas obowiązek rozważenia znaczenia tej okoliczności, a także ustalenia, czy nie usprawiedliwia ona uchybienia i nie nakazuje nieuwzględnienia zarzutu przedawnienia jako podniesionego sprzecznie z zasadą wyrażoną w art. 5 k.c.²⁶.

Należy uznać, że mimo wyżej wskazanych rozbieżności w orzecnictwie, termin przedawnienia w przypadku niesłusznego wykonania kary lub środka zabezpieczającego liczony jest od daty uprawomocnienia się orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania lub zadośćuczynienia. Chodzi o datę uprawomocnienia się orzeczenia uniewinniającego, umarzającego postępowanie wskutek okoliczności, których nie uwzględniono we wcześniejszym postępowaniu, czy też takiego orzeczenia, w którym wymierzono karę lub środek zabezpieczający łagodniejszy niż orzeczone we wcześniejszym postępowaniu, zapadającego po uchyleniu w wyniku wznowienia postępowania lub wniesionej kasacji wcześniejszego orzeczenia, w którym orzeczono niesłusznie karę lub środek zabezpieczający²⁷. W przypadku natomiast tymczasowego aresztowania termin przedawnienia liczony powinien być od daty uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie. Ponownie, dla biegu omawianego terminu nie ma znaczenia fakt, czy osoba mogąca dochodzić omawianych roszczeń wiedziała o wydaniu orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania lub zadośćuczynienia²⁸. Przepis art. 555 k.p.k. stanowi, że roszczenia te w razie zatrzymania przedawniają się

23 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r., IV KK 172/02, Lex nr 74812.

24 Świecki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, 855.

25 Znajdzie tu bowiem zastosowanie art. 16 § 2 k.p.k.

26 Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r., IV KK 172/02, Lex nr 74812.

27 Jasiński, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 1433.

28 Ibidem.

z upływem roku od daty zwolnienia. Przy tej formie krótkotrwałego pozbawienia wolności ustawodawca nie uzależnił dochodzenia roszczeń od sposobu zakończenia sprawy karnej, w razie jej wszczęcia. Rozdzielił kwestię oceny zasadności samego zatrzymania od ostatecznego zakończenia postępowania. Tak więc jego tok, w tym zakończenie wyrokiem określonej treści, nie ma znaczenia dla dochodzenia roszczeń za samo zatrzymanie²⁹.

Podkreślenia wymaga fakt, że termin przedawnienia roszczeń nie jest tożsamy z terminem ich wymagalności. Jak wskazał Sąd Najwyższy początek biegu rocznego terminu liczonego od daty uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie jest niezależny od wymagalności roszczenia z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, która następuje w momencie wyrządzenia szkody i krzywdy. Uprawnienie do wystąpienia z żądaniem, które regulowane jest w art. 552 § 4 k.p.k., powstaje bowiem w dacie zaprzestania stosowania tymczasowego aresztowania. Sąd Najwyższy wskazał jednocześnie, że prawna dopuszczalność dochodzenia odszkodowania za niesłuszne tymczasowe aresztowanie jeszcze przed prawomocnym zakończeniem sprawy nie dotyczy jednak sytuacji, gdy roszczenie opiera się na twierdzeniu o braku odpowiedniej podstawy dowodowej w postaci „dużego prawdopodobieństwa” popełnienia przez oskarżonego przestępstwa. Chodzi bowiem o to, że w takim wypadku oceny słuszności tymczasowego aresztowania należy dokonywać w świetle całokształtu okoliczności ustalonych w sprawie, w szczególności z punktu widzenia ostatecznego jej rozstrzygnięcia³⁰.

4. Terminy dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przez oskarżonego na podstawie rozdziału 58 k.p.k. – propozycja zmian

Na podstawie art. 41 Konstytucji RP³¹ każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą, a pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonym w ustawie. Każdy pozbawiony wolności nie na podstawie wyroku sądowego ma prawo odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności tego pozbawienia. O pozbawieniu wolności powiadamia się niezwłocznie rodzinę lub osobę

29 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 lutego 2019 r., II AKA 305/18, Legalis nr 1887256.

30 Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2008 r., II KK 293/07, Legalis nr 99006.

31 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

wskazaną przez pozbawionego wolności. Każdy bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania.

W tym miejscu należy przejść do poparcia tezy wskazanej we wstępie tego opracowania. Już wcześniej w literaturze wskazywano, że wydłużenie terminów dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. po pierwsze łagodziłoby restrykcyjne podejście sądów i umożliwiałoby skuteczniejsze dochodzenie odpowiedzialności ze strony Skarbu Państwa. Po drugie, co jest niezwykle istotne, ujednoczenie terminów obowiązujących na gruncie przepisów rozdziału 58 k.p.k. z terminami ustanowionymi w kodeksie cywilnym kształtowałoby zaufanie obywateli do państwa i nie wprowadzałoby nieuzasadnionych barier w dochodzeniu rekompensaty³². Ważne jest, że ostatniej zmianie, na której skutek przywrócono roczny termin przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych na gruncie kodeksu postępowania karnego, nie towarzyszyła większa dyskusja, brak było również uzasadnienia ze strony ustawodawcy dokonania powrotu do poprzednich terminów. Nie pojawiły się również żadne uwagi dotyczące zmiany przepisu art. 555 k.p.k. w toku procesu legislacyjnego. Jedynie w stanowisku Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka krytycznie oceniono powrót do poprzedniego stanu prawnego³³. Fundacja ta wskazywała, że już w opinii z sierpnia 2012 r. podkreślała, że zasadne wydaje się wprowadzenie trzyletniego terminu przedawnienia roszczeń w rozdziale 58 k.p.k. Helsińska Fundacja Praw Człowieka powoływała się również na zdanie odrębne Sędzi Teresy Liszcz, która brała udział w wydaniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2012 r. (SK 18/10)³⁴. Wdrożona ustawą z 2013 r. zmiana terminów dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych spotkała się zasadniczo

32 Wiśniewska, „Przedawnienie roszczeń”, 28.

33 Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z dn. 23 II 2016 r.
http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/02/HFPC_opinia_kpk_fnl_23022016.pdf. [dostęp: 10.07.2021].

34 „Nie znajduję w materiałach sprawy żadnego argumentu za tym, aby termin przedawnienia tych roszczeń, które powstały w następstwie bezprawnego naruszenia przez władzę publiczną tak istotnej wartości konstytucyjnej, jaką jest wolność osobista człowieka, był krótszy od terminu przedawnienia wszystkich pozostałych roszczeń deliktowych. Oznacza to bowiem, że dochodzenie tych roszczeń, wbrew wyraźnej woli ustrojodawcy, akcentowanej w dotychczasowym orzecznictwie TK, jest znacząco utrudnione, a Skarb Państwa jako podmiot zobowiązany do naprawienia szkody, został istotnie uprzywilejowany w porównaniu z innymi wypadkami odpowiedzialności za bezprawne działanie władzy publicznej”.

z aprobatą przedstawicieli doktryny³⁵, szczególnie, że już wcześniej postulowano takie zmiany³⁶. Wskazywano bowiem, że należy zgodzić się z formułowaną na gruncie doktryny krytyką dysproporcji zachodzących między terminami z rozdziału 58 k.p.k. a terminem przedawnienia rodzajowo zbliżonych roszczeń przewidzianych w kodeksie cywilnym³⁷. Wydłużenie okresu przedawnienia niewątpliwie wzmocniło gwarancyjny wymiar rozdziału 58 k.p.k. Warto podkreślić, że w literaturze pojawiły się postulaty wydłużenia tych terminów nawet do dziesięciu lat³⁸.

Należy wskazać, że termin przedawnienia w przypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania powinien zostać określony tak samo jak w przypadku odszkodowania za niesłuszne skazanie (od daty uprawomocnienia się orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania i zadośćuczynienia), bowiem obecne określenie przedawnienia terminu może spowodować powstanie sytuacji, w których postępowanie będzie się toczyło, a w tym samym czasie sąd będzie musiał także rozstrzygać o odszkodowaniu lub zadośćuczynieniu za niewątpliwie niesłuszne aresztowanie

-
- 35 Zob. np. Katarzyna Rydz-Sybilak, „Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne stosowanie środków przymusu na podstawie znowelizowanych przepisów Kodeksu postępowania karnego”, [w:] *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 r. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tyłmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, red. Tomasz Grzegorzczak, Jacek Izydorczyk, Radosław Olaszewski (Warszawa: Lexis Nexis, 2014), 366. Odmienne Danuta Tarnowska, w której ocenie: „Niecو problematyczne jest też przedłużenie okresu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych do 3 lat (do tej pory – rok). Myślę, że jest to nieco zbyt długi okres, gdyż ten roczny był moim zdaniem wystarczający do tego, aby uprawniony zrealizował swoje prawa, tym bardziej że w art. 556 § 2 k.p.k. utrzymano roczny termin do ubiegania się o odszkodowanie w razie śmierci oskarżonego. Wobec tego rodzi się pytanie, dlaczego żyjący oskarżony ma mieć dłuższy okres dochodzenia roszczeń odszkodowawczych od osób najbliższych dla zmarłego oskarżonego.” – Danuta Tarnowska, „Ocena zmian w zakresie roszczeń odszkodowawczych za błędy wymiaru sprawiedliwości (w tym pełnomocnika stron) według nowelizacji z 2013 r. (która zacznie obowiązywać z dniem 1 lipca 2015 r.)”, [w:] *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. Beata Bienkowska, Hanna Gajewska-Kraczkowska, Maria Rogacka-Rzewnicka (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 471.
- 36 Zob. np. Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie*, 201; Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania*, 304.
- 37 Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie*, 200–202.
- 38 Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania*, 304.

lub zatrzymanie, co może doprowadzić m.in. do nadmiernego rozbudowania postępowania, czy konieczności przesądzenia przez sąd o tym, że zatrzymanie lub tymczasowe aresztowanie były niesłuszne, gdy jednocześnie toczy się jeszcze postępowanie karne przeciwko oskarżonemu. Niewątpliwie takie sytuacje mają wpływ na ekonomikę procesu i czas trwania postępowania karnego. Z punktu widzenia głównego przedmiotu procesu karnego może być to sytuacja niekorzystna. Ponadto, każda z tych sytuacji powoduje bezprawne zatrzymanie osoby, tak więc zarówno termin, jak i jego początek powinny zostać określone w tożsamy sposób w stosunku do każdej z tych sytuacji, nie zaś odrębnie w stosunku do niesłusznego skazania, a inaczej w przypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania czy zatrzymania.

Jak zostało wskazane we wstępie tego opracowania, z jednej strony upływ terminu przedawnienia nie oznacza, że roszczenie nie może być dochodzone, bowiem niezgłoszenie roszczenia w rocznym terminie nie powoduje jego wygaśnięcia, utraty i nie zamyka drogi dochodzenia roszczenia. Z drugiej jednak strony dłużnik ma zawsze możliwość skorzystania z uchylenia się od zaspokojenia roszczenia poprzez podniesienie skutecznego zarzutu przedawnienia. Ponadto sąd w postępowaniu karnym nie ma obowiązku po wydaniu wyroku informować i pouczać oskarżonego o różnych instytucjach prawa karnego procesowego, jak np. odszkodowanie i zadośćuczynienie z rozdziału 58 k.p.k. Obecnie dominujący pogląd w orzecznictwie wskazujący, że roczny termin biegnie niezależnie od tego, czy osoba uprawniona została w ogóle powiadomiona o zdarzeniu, które otwiera bieg terminu, również nie wpływa pozytywnie na sytuację określonego podmiotu w tym postępowaniu. Wydłużenie więc terminu z rocznego na trzyletni rzeczywiście dawałoby większe gwarancje na uzyskanie owego odszkodowania w każdym układzie procesowym.

W tym miejscu trzeba przywołać treść art. 118 k.c., zgodnie z którym, jeśli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi sześć lat, a dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – trzy lata. Co prawda terminy przedawnienia roszczeń w kodeksie cywilnym uległy skróceniu w wyniku nowelizacji z 2018 r., jednak termin sześcioletni i trzyletni są zdecydowanie dłuższe niż obecnie obowiązujący roczny termin na gruncie przepisów rozdziału 58 k.p.k. Jednak termin sześcioletni i trzyletni są zdecydowanie dłuższe niż obecnie obowiązujący roczny termin na gruncie przepisów rozdziału 58 k.p.k. W związku z tym racjonalny wydaje się powrót do wcześniejszego trzyletniego terminu w treści art. 555 k.p.k., jeśli nie zrównanie tych terminów z tymi, które obowiązują na gruncie kodeksu cywilnego. Skoro bowiem w postępowaniu karnym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego, to dziwi fakt, że ustawodawca zdecydował się na tak krótki termin dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. Chodzi tutaj o fundamentalną i konstytucyjną kwestię, jaką jest

zapewnienie każdemu nietykalności osobistej i wolności osobistej. Ponadto, chodzi o bezprawne albo też niewłaściwe działanie organów państwowych. Wszystkie te czynniki powinny więc powodować, że osoba, która została bezprawnie pozbawiona wolności, będzie miała zagwarantowane takie procedury, które umożliwią jej dochodzenie owych roszczeń we właściwy sposób. Nawet gdy doszło do skrócenia terminów przedawnienia na gruncie kodeksu cywilnego, to w dalszym ciągu dysproporcja między terminami określonymi w kodeksie cywilnym i w kodeksie postępowania karnego jest niezwykle duża. Tym bardziej zastanawia fakt powrotu do rocznego terminu w wyniku nowelizacji k.p.k. z 2016 r. Odnosząc się również do zdania Danuty Tarnowskiej, że problematyczne jest przedłużenie okresu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych do trzech lat i jest to „nieco zbyt długi okres”, ponieważ ten roczny był wystarczający, aby uprawniony zrealizował swoje prawa, tym bardziej że w art. 556 § 2 k.p.k. utrzymano roczny termin do ubiegania się o odszkodowanie w razie śmierci oskarżonego³⁹ należy wskazać, że w takiej sytuacji oczywiście przedłużeniu powinien ulec termin dochodzenia roszczeń odszkodowawczych także w sytuacji śmierci oskarżonego. Autorka słusznie zwróciła uwagę na fakt, że w tej sytuacji termin ten został niezmienny. Wydaje się jednak, że taka sytuacja nie powinna mieć miejsca i w kontekście całego rozdziału 58 k.p.k. terminy dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych powinny być tożsame w każdym układzie procesowym.

Na koniec warto zwrócić uwagę na rozbieżności dotyczące kwestii regulowania dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych przepisami kodeksu postępowania karnego. W piśmiennictwie wyrażony został pogląd, że sprawy o roszczenia dochodzone na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. zostały celowo skierowane na drogę gwarancyjnego procesu karnego, który chroni interesy stron w o wiele większym stopniu niż proces cywilny. Wynikać miałyby to przede wszystkim z faktu obowiązywania na gruncie kodeksu postępowania karnego zasady prawdy materialnej, która nakazuje sądowi w szerszym niż na gruncie kodeksu postępowania cywilnego stopniu działać w sferze dowodowej z urzędu⁴⁰. W literaturze wskazano ponadto, że okoliczność, że roszczenie cywilnoprawne jest następstwem błędnych czynności karno-procesowych, nie wydaje się wystarczającym powodem, aby sprawy o nie rozpatrywać według reguł procesu karnego, którego głównym przedmiotem jest jednak kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucone mu przestępstwo⁴¹. W tym aspekcie nie przekonuje również argument, że sąd karny lepiej niż sąd cywilny zweryfikuje zakres szkód i krzywd związanych

39 Tarnowska, „Ocena zmian w zakresie roszczeń odszkodowawczych”, 471.

40 Woźny, „Charakter prawny postępowania”, 65.

41 Dariusz Kała, „Procedura dochodzenia roszczeń z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania i zatrzymania”, [w:] *Dochodzenie*

z niesłusznym wykonaniem kary i środków przymusu, bowiem to sąd cywilny, wyspecjalizowany w rozstrzyganiu kwestii związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą z obszaru różnych gałęzi prawa, jest zdecydowanie lepiej przygotowany do wydawania rozstrzygnięć w tym przedmiocie. Sąd ten czyni to w odniesieniu do sytuacji mających swoje podstawy w wadliwych (niezgodnych z prawem) działaniach organów postępowania cywilnego, administracyjnego i również karnego. Okoliczność, że szkoda wywołana została niesłusznym skazaniem lub niesłusznym stosowaniem środków przymusu procesowego, nie może mieć tu przesądzającego znaczenia⁴².

5. Podsumowanie

Po dokonaniu analizy wyżej wskazanego zagadnienia należy wnioskować o powrót do (co najmniej) trzyletniego terminu przedawnienia dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych na podstawie rozdziału 58 k.p.k. Z uwagi na fakt, że chodzi o tak doniosłą kwestię, jaką jest wolność i nietykalność osobista, oskarżony (a po jego śmierci podmioty wskazane 556 § 1 k.p.k.) powinien mieć odpowiedni czas, aby móc dochodzić owych roszczeń w postępowaniu karnym. Argument, że nawet mimo upływu terminu przedawnienia, można dochodzić tych roszczeń jest nietrafny ze względu na to, że druga strona w postępowaniu może zawsze podnieść zarzut przedawnienia tego terminu.

Ponadto, jak już zostało wyżej wskazane, dysproporcja między terminami przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych na gruncie kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania karnego jest duża. Nie powinno jednak dochodzić do takich sytuacji. System prawny powinien być jednolity, szczególnie że w omawianym zagadnieniu chodzi o wspólny fundament, czyli roszczenia cywilnoprawne. Ponadto, jak wskazał Dariusz Kala, kwestie cywilnoprawne nie są rozstrzygane zasadniczo przez sąd karny. Wydaje się więc, że jeżeli będą one rozstrzygane zaraz obok głównego nurtu procesu karnego, to może to zdecydowanie wpłynąć na szybkość i jakość tego postępowania, podczas którego sąd powinien jednak w przeważającej mierze skupić się na rozstrzygnięciu w kwestii głównego przedmiotu procesu. Dotyczyć będzie to głównie tych sytuacji, w których doszło do niesłusznego zatrzymania, ponieważ termin ten został uregulowany od momentu zwolnienia takiej osoby.

Na zakończenie należy postulować o ujednoczenie wszystkich terminów w obrębie rozdziału 58 k.p.k. i ich ustalenie od daty uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie tak w wypadku niesłusznego skazania, niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, jak i zatrzymania. Po drugie terminy te powinny ulec wydłużeniu do

roszczeń cywilnych a proces karny, red. Arkadiusz Lach (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 249.

42 Ibidem, 249-250.

co najmniej trzech lat (choć jako pożądaną zmianę w ramach jednolitego systemu można postulować o uregulowanie tych terminów tak jak ma to miejsce na gruncie przepisów kodeksu cywilnego) oraz ustalenie tych terminów jednakowo w sytuacji, gdy o te roszczenia występuje sam oskarżony, jak i w sytuacji śmierci oskarżonego, kiedy wnioskodawcą jest podmiot wskazany w treści art. 556 § 1 k.p.k.

Bibliografia

- Chojniak Łukasz, „Odszkodowanie za niesłuszne skazanie w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia”, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. Piotr Hofmański. 479-489. Warszawa: Wolters Kluwer, 2010.
- Chojniak Łukasz, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie oraz za niesłuszne oskarżenie*. Warszawa: C.H. Beck, 2013.
- Cioch Paweł, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2007.
- Jasiński Wojciech, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Jerzy Skorupka. 1433-1435. Warszawa: C.H. Beck, 2020.
- Kala Dariusz, „Procedura dochodzenia roszczeń z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania i zatrzymania”, [w:] *Dochodzenie roszczeń cywilnych a proces karny*, red. Arkadiusz Lach. 233-251. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Rydz-Sybilak Katarzyna, „Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne stosowanie środków przymusu na podstawie znowelizowanych przepisów Kodeksu postępowania karnego”, [w:] *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 r. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, red. Tomasz Grzegorzczak, Jacek Izydorzak, Radosław Olszewski. 359-367. Warszawa: Lexis Nexis, 2014.
- Stachowiak Stanisław, „Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie w kodeksie postępowania karnego” *Prokuratura i Prawo*, nr 1 (1999): 59-68.
- Świecki Dariusz, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II. Art. 425-673*, red. Dariusz Świecki. 854-857. Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.
- Tarnowska Danuta, „Ocena zmian w zakresie roszczeń odszkodowawczych za błędy wymiaru sprawiedliwości (w tym pełnomocnika stron) według nowelizacji z 2013 r. (która zacznie obowiązywać z dniem 1 lipca 2015 r.)”, [w:] *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. Beata Bieńkowska, Hanna Gajewska-Kraczkowska, Maria Rogacka-Rzewnicka. 468-473. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.

- Tęcza-Paciorek Anna Marta, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012.
- Waszczyński Jan, „Odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub aresztowanie” *Palestra*, nr 11 (1974): 103-111.
- Wiśniewska Katarzyna, „Przedawnienie roszczeń o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, zastosowanie tymczasowego środka zabezpieczającego, niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie (pomiędzy teorią a praktyką)” *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 4 (2018): 51-79.
- Woźny Tomasz, „Charakter prawny postępowania o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie, zatrzymanie” *Państwo i Prawo*, nr 8 (2004): 61-70.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Informatyzacja działalności podmiotów realizujących zadania publiczne na przykładzie elektronicznej rejestracji pojazdów

Computerization of the Activities of Entities Performing Public Tasks. Example of the Electronic Vehicle Registration

The progressing process of computerization encompasses newer fields of functioning of public entities leading to the improvement of the realization of administrative activities, among other things in offices handling public administration organs. Its range also covers activities connected with the electronic registration of vehicles, resulting in (recent times) a wave of criticism caused by starting a new version of the telecommunication and data system designed to handle the objective process. The author describes the legal grounds of the electronic registration of vehicles and establishes the tools intended for its „implementation“.

Katarzyna Tomaszewska

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Wrocławski*

ORCID – 0000-0003-4024-0036

Słowa kluczowe:
informatyzacja, rejestracja, pojazdy, środki komunikacji elektronicznej

Key words:
Computerization, registration, vehicles, electronic communication means

<https://doi.org/10.36128/priv.vi37.139>

1. Pojęcie i znaczenie procesu informatyzacji

Utożsamiany z elektroniczną papierowej wersji dokumentów proces informatyzacji nabiera współcześnie coraz większych rozmiarów oraz coraz większego znaczenia¹. Bez wątpienia przenoszenie danych do płaszczyzny elektronicznej (nienamacalnej) stanowi naturalny i pożądany rezultat postępującego rozwoju technologicznego i ewolucji technicznej w państwie². Pozostaje

- 1 Kajetan Wojsyk, „Informatyzacja rejestrów publicznych a bezpieczeństwo państwa”, [w:] *Rejestry publiczne. Jawność i interoperacyjność*, red. Agnieszka Gryszczyńska (Warszawa: C. H. Beck, 2016), 192.
- 2 Wojsyk, „Informatyzacja rejestrów publicznych a bezpieczeństwo państwa”, 200.

w ścisłym związku z rozwojem społeczeństwa informacyjnego, społeczeństwa XXI wieku. Jak słusznie zauważył Jarosław Dobkowski współczesna młodzież nie wyobraża już sobie życia bez komputerów, bez posługiwania się dokumentami elektronicznymi, bez możliwości przetwarzania, przechowywania, wysłania i odbierania danych poprzez sieci teleinformatyczne³. Będące istotnym motorem zmian społeczno- ekonomicznych technologie informacyjno-komunikacyjne wpływają coraz silniej na działania organów administracji publicznej i organów wymiaru sprawiedliwości, stając się impulsem do wprowadzania rozmaitych zmian w obszarze ich struktury oraz funkcjonowania⁴. Elementem łączącym niniejsze podmioty z punktu widzenia procesu informatyzacji jest realizacja zadań publicznych, czego wyrazem są uregulowania ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne⁵ (dalej zw. u.i.d.p.r.z.p.)⁶. Zarówno ten proces, jak i elementy pozostające w ścisłym związku z jego wdrożeniem, nie rzadko budzą szereg zastrzeżeń, wątpliwości i obaw po stronie żyjących w danym miejscu i czasie jednostek. Dzieje się tak w szczególności wówczas, gdy obejmuje swoim zakresem nowe dziedziny administracji publicznej, nie osiągając przy tym spodziewanych i co ważniejsze najczęściej uprzednio zapowiadanych rezultatów. Taki stan rzeczy nie powinien przesadnie zaskakiwać, albowiem „wszystko, co nowe” wymaga przystosowania do nowych warunków

- 3 Jarosław Dobkowski, „»Personalne« rejestry teleinformatyczne w gminie a ochrona praw jednostki”, [w:] *Wybrane aspekty informatyzacji w samorządach a zasada dobrej administracji*, red. Magdalena Sitek, Piotr Benedykt Zientarski (Warszawa: Kancelaria Senatu, 2019), 36.
- 4 Karolina Jastrzębska, *Elektroniczna administracja jako narzędzie wdrażania zmian organizacyjnych*, (Warszawa; CEDEWU, 2018), 36; por. Ulrich Sieber, „The Emergence of Information Law”, [w:] *Law, Information and Information Technology*, red. Eli Lederman, Ron Shampira (Haga: Kuwer Law Intenational, 2001), 14 i n.
- 5 Dz. U. z 2020 r., poz. 346 ze zm.
- 6 Zob. też Tadeusz Burczyński, *Elektroniczna wymiana informacji w administracji publicznej* (Wrocław: Presscom, 2011), 1 i n. Paweł Podrecki, *Prawo Internetu* (Warszawa: Lexis Nexis, 2004), 1 i n.; *X- lecie CBKE. Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej i Studenckiego Koła Naukowego - Blok Prawa Komputerowego* red. Ewa Galewska, Sylwia Kotecka (Wrocław: Oficyna Prawnicza, 2012), 1 i n.; *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, red. Jacek Gołaczyński (Warszawa: Lexis Nexis, 2003); *Informatyzacja postępowania sądowego i administracji publicznej*, red. Jacek Gołaczyński (Warszawa: C. H. Beck, 2010), 1 i n.; *E-administracja*, red. Dariusz Szostek (Wrocław: Presscom, 2009), 1 i n.

i okoliczności. Nie bez znaczenia pozostaje również konieczność przyzwyczajenia się tzw. drugiej strony – tej która w założeniu ma odnieść najwięcej korzyści z wprowadzanych dla niej udogodnień.

W samym uzasadnieniu do projektu u.i.d.p.r.z.p. podkreślono, że: „informatyzacja ma przyczynić się do osiągnięcia takiego stanu technicznego sprzętu i oprogramowania systemów teleinformatycznych używanych przez różne podmioty do realizacji zadań publicznych, który umożliwi współpracę systemów teleinformatycznych oraz stworzy normatywne ramy funkcjonowania elektronicznej administracji (...)”⁷. Punkt ciężkości w obrębie przedmiotowego procesu został położony na zautomatyzowanie większości czynności realizowanych w urzędach, na wykorzystanie systemów teleinformatycznych umożliwiających gromadzenie i przesyłanie danych (danych elektronicznych) w rozmaitych kierunkach do podmiotów publicznych, od podmiotów publicznych, jak również pomiędzy samymi podmiotami publicznymi⁸. W identyfikowaniu procesu informatyzacji nie bez znaczenia pozostaje również posługiwanie się środkami komunikacji elektronicznej dla potrzeb sprawnego porozumiewania się, co wykazuje związek z coraz powszechniejszym określeniem G2C (Government to Customer) obrazującym współczesne relacje pomiędzy administracją a jednostką – jej klientem⁹. W swoim założeniu informatyzacja ma przyczynić się do usprawnienia funkcjonowania podmiotów publicznych, ulepszenia i przyspieszenia realizacji zadań publicznych, a z punktu widzenia przeciętnej jednostki ma sprzyjać szybszemu i operatywnemu załatwianiu spraw w urzędach obsługujących organy władzy publicznej¹⁰.

Zawartość art. 2 ust. 1 pkt 1 u.i.d.p.r.z.p. determinuje katalog podmiotów w obszarze, których działalności uwidacznia się proces informatyzacji. Jego obecność pociąga za sobą szereg zobowiązań dotyczących m.in.: używania do realizacji zadań publicznych systemów teleinformatycznych spełniających minimalne wymagania dla systemów teleinformatycznych oraz zapewniających interoperacyjność systemów na zasadach określonych w Krajowych

7 Czesław Martysz, Grażyna Szpor, Kajetan Wojsyk, *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz* (Lex, 2017); Elżbieta Darmorost, *Informatyzacja działalności podmiotów realizujących zadania publiczne* (Lex, 2017).

8 Zob. też w przedmiocie wykorzystania systemów teleinformatycznych: Jarosław Dobkowski, „Rejestry publiczne o charakterze personalnym prowadzone w systemie teleinformatycznym i administracyjne prawo dowodowe” *CASUS*, nr 91 (2018): 63.

9 Jastrzębska, *Elektroniczna administracja jako narzędzie wdrażania zmian organizacyjnych*, 36.

10 Grzegorz Sibiga, „Informatyzacja administracji publicznej” *Edukacja Prawnicza*, nr 3 (2011): 3-7.

Ramach Interoperacyjności, prowadzenia rejestrów publicznych w sposób zapewniający spełnienie wymagań przewidzianych dla systemów teleinformatycznych i dla rejestrów publicznych, umożliwienie przekazywania informacji z i do rejestru drogą elektroniczną (art. 13 i 14 u.i.d.p.r.z.p). Ponadto systemy teleinformatyczne do prowadzenia rejestracji i przetwarzania informacji, jak również urządzenia umożliwiające wprowadzanie danych do ich zawartości, powinny wypełniać warunki techniczne i organizacyjne przewidziane dla działalności związanej z przetwarzaniem danych osobowych¹¹.

W ramach wspomnianego katalogu podmiotowego swoje miejsce odnajdą również organy jednostek samorządu terytorialnego – terenowe organy administracji publicznej jako równoprawne, choć zdecentralizowane podmioty władzy publicznej. Z punktu widzenia prowadzonych rozważań istotne znaczenie posiada działalność starosty (organu samorządu terytorialnego w powiecie), wyjątkowo prezydenta (w mieście na prawach powiatu), pozostająca w ścisłym związku z ustawowym kształtowaniem zasad i warunków uczestnictwa w ruchu drogowym przez uprawnione do tego jednostki. Podstaw prawnych dla kompetencji starosty w omawianym zakresie należy poszukiwać w regulacjach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (dalej zw. u.p.r.d.)¹². „Rejestracja pojazdu czyniona na użytek dopuszczenia pojazdu do ruchu dokonywana jest na podstawie przepisów prawa administracyjnego”¹³. W myśl art. 73 ust.1 u.p.r.d. rejestracji dokonuje (na wniosek właściciela) starosta właściwy ze względu na miejsce zamieszkania (siedzibę), wydając dowód rejestracyjny i zalegalizowane tablice oraz nalepkę kontrolną. Sposób przeprowadzenia czynności rejestracyjnych został określony treścią obowiązującego od 1 stycznia 2018 roku Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 11 grudnia 2017 roku w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów oraz wymagań dla tablic rejestracyjnych (dalej zw. r.r.i.o.p.t.r. lub również jako nowe rozporządzenie¹⁴). Uprzednim aktem,

- 11 Por. Maciej Kołodziej, „Stanowisko komputerowe na którym przetwarzane są informacje chronione w tym dane osobowe”, *Informacja w administracji publicznej*, nr 4 (2016) (Legalis, 2021).
- 12 Dz. U. z 2021 r., poz. 450; zob. szerzej: Wojciech Kotowski, *Prawo o ruchu drogowym*. Komentarz (Lex, 2017); Łukasz Malinowski, *Prawo o ruchu drogowym* (Lex, 2017); Ryszard A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym* (Lex: 2017).
- 13 Wyrok NSA z dnia 22 stycznia 2020 r., I OSK 1319/18, CBOSA, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4FEDB69A83> [dostęp: 28.03.2021]. wyrok NSA z dnia 2 stycznia 2020 r., I OSK 1558/18, CBOSA, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/4BED01DDB8> [dostęp: 29.03.2021], wyrok NSA z dnia 22 stycznia 2020 r., I OSK 2305/18, CBOSA, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DEF6357C59>. [dostęp: 28.03.2021].
- 14 Dz. U. z 2017 r., poz. 2355 ze zm.

który regulował wspomnianą materię było Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 22 lipca 2002 roku w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów (dalej zw. r.r.i.o.p.¹⁵). Określeniu elementów procesu informatyzacji, prawidłowości ich regulacji oraz ustaleniu rozbieżności z uwagi na zawartość treściową tzw. nowego rozporządzenia i uprzednio obowiązującego, poświęcone jest niniejsze opracowanie.

2. Proces informatyzacji w świetle uregulowań ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym

Rozpoczynając rozważania w pierwszej kolejności należy wskazać, że występujący w obrębie działalności związanej z dopuszczaniem zarówno zainteresowanych jednostek, jak i ich pojazdów do ruchu drogowego proces informatyzacji posiada szeroko zakreślony obszar obowiązywania. Obejmuje swoimi ramami szereg rozmaitych zagadnień, choć aspekt elektronicznego rejestrowania pojazdów jako bezwzględny warunek do spełnienia przez zainteresowanych wysuwa się na pierwszy plan, przy uwzględnieniu zawartości uregulowań u.p.r.d. oraz z uwagi na potencjalne korzyści, jakie przynosi właścicielom pojazdów.

Uwzględniając jednak całokształt uregulowań u.p.r.d. zasadne wydaje się wyróżnienie również następujących aspektów procesu informatyzacji. Chodzi w tym wypadku o:

1. Istnienie Centralnej Ewidencji Kierowców oraz Centralnej Ewidencji Pojazdów (prowadzonych w systemie teleinformatycznym) oraz udostępnianie danych w nich zgromadzonych za pomocą urządzeń teletransmisji danych, środków komunikacji elektronicznej, przy użyciu systemu teleinformatycznego, jak również za pośrednictwem usług sieciowych w celu ponownego wykorzystywania danych;
2. Elektroniczne „wnioskowanie” o udostępnienie danych z ewidencji – przedkładanie wniosku w postaci elektronicznej opatrzonego odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym;
3. Przekazywanie sprawozdań opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym, podpisem osobistym za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej ministrowi właściwemu do spraw informatyzacji przez organy oraz podmioty obowiązane do pobierania i przekazywania opłaty ewidencyjnej;
4. Istnienie Centralnej Ewidencji Posiadaczy Kart Parkingowych (prowadzonej w systemie teleinformatycznym) i automatyczne uzupełnianie danych przez system teleinformatyczny obsługujący ewidencję oraz udostępnianie danych z wykorzystaniem urządzeń teletransmisji danych;

15 Dz. U. z 2016 r., poz. 1038.

5. Dopuszczalność prowadzenia w postaci elektronicznej ewidencji tablic rejestracyjnych;
6. Dopuszczalność prowadzenia w systemie teleinformatycznym rejestru przedsiębiorców odpowiedzialnych za produkcję tablic rejestracyjnych;
7. Istnienie referencyjnego, prowadzonego w systemie teleinformatycznym katalogu marek oraz typów pojazdów homologowanych oraz pojazdów dopuszczonych do ruchu na terytorium RP i udostępnianie danych z jego zawartości za pomocą systemu teleinformatycznego;
8. Istnienie Krajowego Punktu Kontaktowego prowadzonego za pomocą systemu teleinformatycznego przy Centralnej Ewidencji Pojazdów oraz zagwarantowanie wymiany danych z jej zawartości przy pomocy urządzeń teletransmisji danych z wykorzystaniem szczególnego oprogramowania, o którym mowa w art. 15 ust. 1 Decyzji Rady 2008/616/WSiSW z dnia 23 czerwca 2008 r. w sprawie wdrożenia decyzji 2008/615/WSiSW, w sprawie identyfikacji współpracy transgranicznej, szczególnie w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości transgranicznej¹⁶.

Przedstawione powyżej elementy zostały wprost wyodrębnione przez ustawodawcę na gruncie uregulowań u.p.r.d.

3. Informatyzacja procesu związanego z rejestrowaniem pojazdów

Inaczej sytuacja wygląda, jeśli chodzi o zagadnienie elektronicznej rejestracji pojazdów. W ustaleniu bowiem jej przebiegu zawartość u.p.r.d. nie jest wystarczająca. Należy w tym przypadku sięgnąć do r.r.i.o.p.t.r. Treść wskazanego aktu wykonawczego uwidacznia występowanie procesu informatyzacji w obrębie działalności rejestracyjnej pojazdów w związku z:

1. Elektronicznym komunikowaniem się podmiotów publicznych – organów administracji publicznej (krajowych i zagranicznych) w zakresie przekazywania i otrzymywania danych;
2. Elektronicznymi czynnościami rejestracyjnymi realizowanymi przez właściwy organ administracji publicznej. W obrębie niniejszej grupy można wyróżnić czynności rejestracyjne dwojakiego rodzaju:
 - A) czynności zmierzające do przeprowadzenia rejestracji lub jej towarzyszące, umożliwiające rozpoczęcie przedmiotowej procedury, w szczególności jej rozpoznanie i podjęcie aktywności wskutek wnioskowania zainteresowanego. Chodzi w tym wypadku o niewyartykułowane w sposób wyraźny w u.p.r.d następujące działania organu: przyjmowanie m.in. „elektronicznego” wniosku o rejestrację pojazdu; pobieranie, weryfikacja, wyjaśnianie niezgodności

16 Dz. Urz. UE L 210 z dnia 6 sierpnia 2008 r., 12.

danych i wprowadzanie do elektronicznej ewidencji pojazdów danych o pojeździe i o jego właścicielu¹⁷;

- B) tzw. właściwe czynności rejestracyjne występujące po stronie organu administracji publicznej, choć „elektroniczny” charakter rejestracji pojazdu nie jest taki oczywisty, jeśli uwzględnimy zawartość uregulowań u.p.r.d. oraz r.r.i.o.p.t.r. Sam ustawodawca w treści u.p.r.d. nie artykułuje wprost i wyraźnie, że zarejestrowanie pojazdu sprowadza się do wydania decyzji administracyjnej, sam zaś dowód rejestracyjny jest „ (...) dokumentem urzędowym stanowiącym rezultat uprzedniego władczego rozstrzygnięcia, to forma konkretyzacji u.p.r.d. przybierająca postać namacalnego dokumentu, którego wydanie następuje wskutek czynności materialno-technicznych organu administracji publicznej¹⁸. Treść § 11 r.r.i.o.p.t.r. wskazuje, że organ rejestracyjny wydaje decyzję o rejestracji pojazdu przy wykorzystaniu stosownego formularza określonego w załączniku¹⁹. Nie przesądza przy tym o dopuszczalności lub o odrzuceniu formy dokumentu elektronicznego. Nie bez znaczenia pozostaje jednak fakt, że wedle treści nowego rozporządzenia zachodzi konieczność zachowania warunków określonych treścią ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego – dalej zw. k.p.a.²⁰) w procesie obsługiwnia „elektronicznych” wniosków m.in. o rejestrację pojazdu. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na regułę wypływającą z całokształtu uregulowań k.p.a., wedle której uczestnik postępowania m.in. na skutek przyjętej metodyki swojego wnioskowania (choć następuje to w odwrotnej kolejności) wybiera zarówno formę załatwienia sprawy (elektroniczną, tradycyjną), jak i sposób komunikacji (elektroniczny, nieelektroniczny) z organem²¹ (zob. art. 39 (1) k.p.a.). Ponadto nie należy zapominać, że czynności rejestracyjne oraz czynności związane z wyrejestrowywaniem pojazdów

-
- 17 Artur Mezglewski, Monika Nowikowska, Justyna Kurek, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz* (Legalis, 2021).
- 18 Decyzja SKO we Wrocławiu z dnia 25 października 2005 r., SKO 4143/28/05 (Lex, 2021), Zbigniew Leoński, *Materialne prawo administracyjne* (Warszawa: C. H. Beck, 2009), 146.
- 19 Zob. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 18 stycznia 2018 r., II SA/Gd 856/17, CBOSA, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E51440A2A8>, [dostęp: 28.03.2021].
- 20 Dz. U. z 2020 r., poz. 256 ze zm.
- 21 Grzegorz Sibiga, *Stosowanie technik informatycznych w postępowaniu administracyjnym ogólnym* (Legalis, 2021).

są przeprowadzane przy uwzględnieniu uregulowań u.p.r.d., k.p.a. oraz przepisów szczególnych (zob. też art. 104 § 1, art. 107 § 1 k.p.a, art. 109 § 1 w związku z art. 14 § 1 k.p.a.). Na szczególną uwagę w tym miejscu zasługują poglądy Jarosława Dobkowskiego odnoszące się do bezpośredniej oraz pośredniej recepcji stosowania przepisów o ogólnym postępowaniu administracyjnym na gruncie ustaw zaliczanych do materialnego prawa administracyjnego.²²;

3. Elektronicznymi czynnościami podejmowanymi przez podmiot wykazujący chęć zarejestrowania pojazdu (właściciela).

W zakresie pierwszego z przedstawionych powyżej zagadnień procesu informatyzacji należy zwrócić uwagę na zawartość uprzednio obowiązującego § 3 ust. 2a – 2d r.r.i.o.p., który ze względu na swoją niejasność wyrazu powodował wątpliwości interpretacyjne. Chodzi w tym wypadku o elektroniczną postać dokumentacji przekazywanej (a ściślej mówiąc możliwej do przekazania) organom rejestrującym. Istotną uwagę należy zwrócić na fakt posługiwania się w treści aktu wykonawczego pojęciem elektronicznej postaci dokumentu, a nie pojęciem dokumentu elektronicznego – formą elektroniczną dokumentacji. W myśl art. 3 pkt 2 u.i.d.p.r.z.p. dokumentem elektronicznym jest zbiór danych, który stanowi odrębną całość znaczeniową, uporządkowany w określonej strukturze wewnętrznej, zapisany na informatycznym nośniku danych²³. Podobnego definiowania nie można było (nie można) odnaleźć, jeśli chodzi o elektroniczną postać dokumentu. Takie samo stanowisko trzeba było przyjąć, jeśli chodzi o przekazywanie danych drogą elektroniczną. Pomimo braku wyraźnego określenia niniejszej materii owa elektroniczna postać dokumentacji prowadziła w rzeczywistości do wykorzystywania środków komunikacji elektronicznej w procesie komunikowania danych i przekazywania żądań przez jednostki zainteresowane podmiotowi publicznemu. Chodzi w tym wypadku o środki komunikacji elektronicznej, o których mowa na gruncie ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (u.ś.u.d.e)²⁴. Tego rodzaju sytuacja (budząca niejasności interpretacyjne) zmieniła się wraz z wejściem w życie r.r.i.o.p.t.r.. W miejscu bowiem uprzednio występującego rozdziału określonego jako: „Rejestracja pojazdów drogą elektroniczną”, pojawił się rozdział zatytułowany: „Rejestracja (...) pojazdów środkami komunikacji elektronicznej”. Odwołuje się on w swej treści do konkretnych, ustawowo, określonych sposobów elektronicznego komunikowania

22 Zob. szerzej: Jarosław Dobkowski, „Czynności materialno-techniczne w rejestracji stanu cywilnego a kodeks postępowania administracyjnego” *Metryka*, nr 1(2018): 40-41.

23 Zob. szerzej: Błażej Kwiatek, *Dokument elektroniczny w ogólnym postępowaniu administracyjnym* (Lex, 2021).

24 Dz. U. z 2020 r., poz. 344.

się jednostki z podmiotami publicznymi. Przez środki komunikacji elektronicznej należy bowiem rozumieć rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych pomiędzy systemami teleinformatycznymi. W szczególności zaś jest to poczta elektroniczna (art. 1 pkt 5 u.s.u.d.e).

Od strony przedmiotowej wspomniana powyżej wymiana danych – danych o charakterze elektronicznym, przekazywanych za pomocą środków komunikacji elektronicznej obejmuje dowód odprawy celnej oraz potwierdzenie zapłaty akcyzy. Są one przesyłane organowi rejestrującemu przez właściwy organ celny oraz przez organ właściwy w zakresie wydawania akcyzy (§ 3 ust. 3 i ust. 4 r.r.i.o.p.t.r.). Stosownie do zawartości przywołanych uregulowań, przedstawiony aspekt informatyzacji uwidacznia korzyści występujące po stronie bezpośrednich zainteresowanych – właściciele pojazdów objętych obowiązkiem rejestracyjnym. Dostarczenie bowiem dokumentacji za pomocą „mechanizmów” komunikacji elektronicznej pomiędzy systemami teleinformatycznymi przy pomocy usługi sieciowej do systemu teleinformatycznego organu celnego (organu w sprawach akcyzy) zwalnia właścicieli pojazdów z dodatkowego zobowiązania. Dotyczy to braku konieczności dołączania na etapie wnioskowania dowodu odprawy celnej bądź potwierdzenia zapłaty akcyzy do formularza wniosku kierowanego do organu rejestrującego (§ 3 ust. 5 i ust. 6 r.r.i.o.p.t.r.). „Elektroniczne przesyłanie danych” następuje w sposób gwarantujący integralność, autentyczność niezaprzeczalność operacji stosownie do zawartości Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych²⁵.

Podobnie sytuacja wygląda, jeżeli chodzi o zawartość ust. 7 w § 3 r.r.i.o.p.t.r. Na jego płaszczyźnie mowa jest bowiem o elektronicznym potwierdzeniu danych wskazujących na to, że pojazd był już zarejestrowany. Warto przy tym zauważyć, że dopuszczalność uzyskania elektronicznego potwierdzenia danych przez organ rejestracyjny w przypadku utraty albo zniszczenia dowodu rejestracyjnego (lub jego części) za granicą, zawiera się w ogólnym kwalifikowaniu elektronicznego komunikowania się podmiotów publicznych i pozostaje w ścisłym związku z pozyskiwaniem danych występujących w postaci elektronicznej, za pomocą odpowiedniego systemu teleinformatycznego. Samodzielnie pozyskane, elektroniczne potwierdzenie danych od organu działającego za granicą, zastępuje zaświadczenie wystawione przez organ rejestrujący właściwy ze względu na miejsce ostatniej rejestracji, potwierdzające dane zawarte w utraconym dokumencie.

25 Dz. U. z 2017 r., poz. 2247.

Zakres drugiego z zagadnień wchodzących w skład omawianego procesu informatyzacji obejmuje prowadzenie spraw administracyjnych z zakresu rejestracji pojazdów przy wykorzystaniu mechanizmów zawierających się w ogólnym postrzeganiu komunikacji elektronicznej. W myśl § 15a r.r.i.o.p. rejestracja oraz czynności wyrejestrowania pojazdów mogły odbywać się *również* drogą elektroniczną. Tę drogę sformułowanie dawało wyraz istnienia uzupełniającego rozwiązania oraz jednocześnie dodatkowej możliwości w zakresie doręczania żądań do organu rejestrującego. Jego celowość sprawa zdająca się do stworzenia dopuszczalności elektronicznego załatwienia sprawy w urzędzie, uwidoczniła dążenie do zaspokojenia oczekiwań społeczeństwa informacyjnego, nierzadko zapracowanego i nieustannie narzekającego na tzw. powolne działanie aparatu administracji publicznej. W odróżnieniu do uprzednio obowiązujących regulacji zawartość r.r.i.o.p.t.r. wskazuje na rezygnację z podkreślenia drugorzędного (uzupełniającego) charakteru czynności dokonywanych (możliwych do zrealizowania) elektronicznie. Co jednak ważne sama treść § 22 r.r.i.o.p.t.r. nie odnosi się do elektronicznych czynności rejestracyjnych organu administracji publicznej. Mowa jest bowiem w sposób ogólny o obsłudze wniosków przedkładanych przez zainteresowanych elektronicznie²⁶. Dopiero dalsza część regulacji oraz kolejne paragrafy r.r.i.o.p.t.r. uwidaczniają, że obsługa wniosków z racji ich dostarczania przy pomocy środków komunikacji elektronicznej posiada tzw. nie-papierowy charakter. Oprogramowanie elektronicznej skrzynki podawczej lub systemu teleinformatycznego rejestracji może zapewnić przekazywanie danych zawartych we wniosku przesyłanym środkami komunikacji elektronicznej do systemu teleinformatycznego rejestracji. Co ważne tego rodzaju sposób uregulowania nie powinien i nie wzbudza współcześnie żadnych wątpliwości. Wystarczająca bowiem jest w tym obszarze zawartość u.i.d.p.r.z.p., która reguluje aspekt wykorzystywania przez podmioty publiczne systemów teleinformatycznych w procesie realizowania zadań publicznych.

Przywołana na gruncie § 15a r.r.i.o.p. droga elektronicznego załatwienia spraw rejestracyjnych, opierała się na istnieniu i wykorzystywaniu funkcji, jakie daje elektroniczny, teleinformatyczny urzędowy publikator – Biuletynu Informacji Publicznej (dalej: BIP). Wedle art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej: u.d.i.p.)²⁷ organ rejestrujący (jako podmiot władzy publicznej) jest zobligowany do prowadzenia BIP i wykorzystywania jego właściwości w zakresie upubliczniania informacji o sprawach publicznych. Co istotne pod rządami uprzednio obowiązującego aktu wykonawczego (powiązany z zasadą powszechnego

26 W myśl § 2 r.r.i.o.p.t.r. w celu rejestracji pojazdu właściciel pojazdu składa do organu rejestrującego wniosek o rejestrację pojazdu na formularzu.

27 Dz. U. z 2020 r., poz. 2176.

udostępniania wiedzy publicznej i objęty zasadą pierwszeństwa trybu bezwnioskowego) elektroniczny biuletyn, z jednej strony stanowił narzędzie komunikowania informacji osobom zainteresowanym oraz instrument umożliwiający przeprowadzenie czynności rejestracyjnych. Funkcjonalność BIP na gruncie r.r.i.o.p. sprowadzała się do:

1. udostępniania informacji: o procedurze składania wniosków drogą elektroniczną i wymaganych dokumentach dołączanych do tych wniosków; o podstawach prawnych i wymaganych opłatach związanych ze składanym wnioskiem; o ustalonej strukturze i formie danych; o numerze konta, na który dokonywane miały być wymagane przepisami prawa opłaty; o formie i wymaganej jakości zapewniającej odpowiednią czytelność skanowanych dokumentów, dołączanych do wniosków składanych drogą elektroniczną; o testach akceptacyjnych; o stronie internetowej producenta blankietów; informacje w przedmiocie kierowanych do organu rejestrującego pytań i o udzielonych przez ten organ odpowiedziach;
2. udostępniania wzorów wniosków;
3. udostępniania wydzielonej skrzynki podawczej przeznaczonej do składania wniosków drogą elektroniczną oraz jego załączników.

Zawartość pkt 1 oraz 2 przedstawionej powyżej klasyfikacji w sposób wyraźny odnosiła się do informacji określanych jako wiedza publiczna. Zawierały się one bezsprzecznie w ustawowym postrzeganiu spraw publicznych, o czym stanowi ustawodawca na gruncie art. 1 ust. 1 u.d.i.p. W sposób ściśle określony informacje z pkt 1 i 2 wyczerpywały zawartość art. 6 ust. 1 pkt. 2 u.d.i.p. jako informacje o funkcjonowaniu i o kompetencjach jednego z podmiotów władzy publicznej. Istotne znaczenie z punktu widzenia przeciętnej jednostki – zainteresowanej wymianą danych drogą elektroniczną z organem administracji publicznej, była i jest kwestia udostępniania z jednej strony i z drugiej strony, możliwość wykorzystywania formularzy publikowanych w BIP. Z perspektywy osób określanych potocznie jako „mało z informatyzowani” w pewnym sensie ważnym wydaje się również upublicznianie najczęściej zadawanych pytań i udzielonych na nie odpowiedzi. Przybliża bowiem (może przybliżyć) zainteresowanym sposób załatwienia spraw rejestracyjnych drogą elektroniczną. Jest to możliwe pod warunkiem, że będą oni w stanie uprzednio skorzystać z funkcji, jakie daje im urzędowy-teleinformatyczny publikator (BIP). Taka funkcjonalność BIP, przy uwzględnieniu celowości jego ustanowienia nie budzi żadnych wątpliwości. Pewnego rodzaju nowością w świetle uregulowań r.r.i.o.p. była trzecia z wymienionych powyżej użyteczności elektronicznego biuletynu. Chodziło w tym wypadku o udostępnienie (dostępnego publicznie) środka komunikacji elektronicznej służącego do przekazywania dokumentu elektronicznego przy wykorzystaniu powszechnie dostępnego systemu teleinformatycznego (skrzynki podawczej).

Do wykonywania czynności rejestracyjnych oraz czynności wyrejestrowania organ rejestrujący opracowywał oprogramowanie dla wydzielonej skrzynki podawczej, obsługującej proces przedkładania wniosków oraz skorelowanych z nimi załączników. Stosowane oprogramowanie musiało być kompatybilne z oprogramowaniem interfejsowym systemu teleinformatycznego identyfikowanego jako zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, który zapewnia przetwarzanie, przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne, za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne²⁸. Oprogramowanie interfejsowe stwarzało możliwość wymiany informacji (które zostały pobrane z oprogramowania skrzynki podawczej organu rejestrującego) z systemem teleinformatycznym. Oprogramowanie interfejsowe było udostępniane przez producenta blankietów, który upublicznił określone w nim struktury, format przekazywanych danych oraz format skanowanych dokumentów. Stosowane struktury dokumentów elektronicznych, wymagane formaty danych oraz protokoły komunikacyjne i szyfrujące musiały odpowiadać wymaganiom, o których mowa w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych. Funkcjonalność oprogramowania interfejsowego podlegała badaniom akceptacyjnym i testom zdeterminowanym treścią Rozporządzenia Ministra Nauki i Informatyzacji z dnia 19 października 2005 r. w sprawie testów akceptacyjnych oraz badania oprogramowania interfejsowego i weryfikacji tego badania²⁹.

Uwzględniając zawartość r.r.i.o.p.t.r. należy zwrócić uwagę na odmiennosć uwidaczniającą się w odniesieniu do udostępniania skrzynki podawczej³⁰ oraz upubliczniania informacji: o wymaganych dokumentach będących załącznikami do przedkładanych wniosków; o podstawach prawnych; o wymaganych opłatach związanych z wnioskami; o numerze konta, na które mogą być wnoszone wymagane przepisami opłaty; o formacie wymaganej jakości zapewniającej odpowiednią czytelność elektronicznych kopii dokumentów dołączanych do przekazywanych żądań. Ogół tego rodzaju danych

28 Dz. U. z 2019 r., poz. 2460 ze zm.

29 Dz. U. z 2005 r., nr 217, poz. 1836.

30 Uwzględniając zawartość art. 3 pkt 17 u.i.d.p.r.z.p. elektroniczna skrzynka podawcza stanowi rozwiązanie techniczne umożliwiające każdemu obywatelowi przekazanie dokumentu elektronicznego do podmiotu publicznego przy wykorzystaniu transmisji danych - zob. Grzegorz Kubalski, Monika Małowiecka, *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz* (Legalis, 2021).

podlegających upublicznieniu można określić mianem tzw. informacji rejestracyjnych. Zawartość r.r.i.o.p.t.r. nie determinuje ani miejsca udostępnienia elektronicznej skrzynki podawczej, ani miejsca upublicznienia informacji rejestracyjnych. W odróżnieniu od uregulowań r.r.i.o.p. nie można w sposób jednoznaczny uznać, że obligatoryjnie jest nim BIP właściwego organu rejestrującego, ale może to być również inna strona internetowa organu administracji publicznej (ściślej mówiąc urzędu obsługującego organ administracji), który odpowiada za czynności rejestracyjne. Na szczególną zaś uwagę zasługuje rozwiązanie wynikające z zawartości art. 19 a ust. 1a u.i.d.p.r.z.p., na mocy którego informacja o adresie elektronicznej skrzynki podawczej udostępnionej przez podmiot publiczny jest umieszczana na ePUAP³¹ przez ministra właściwego do spraw informatyzacji.

W poszukiwaniu związku pomiędzy wskazanymi uprzednio instytucjami prawnymi i jednocześnie w nawiązaniu do rzeczywiście funkcjonujących mechanizmów komunikacji elektronicznej należy odnieść się do zagadnienia uwierzytelniania dokumentacji doręczanej drogą elektroniczną. W kontekście tzw. elektronicznej rejestracji pojazdów chodzi o konieczność uwzględnienia wymagań właściwych dla wzorów przedkładanych wniosków oraz w zakresie opatrywania ich stosownym podpisem. Dopuszczalność przedkładania dokumentacji drogą elektroniczną w tym wypadku jest wyrazem wymiany danych pomiędzy podmiotami publicznymi oraz prywatnymi i jednocześnie trzecim z elementów procesu informatyzacji działalności rejestracyjnej. W myśl § 15 d r.r.i.o.p. wnioski o rejestrację, o czasową rejestrację albo o wyrejestrowanie pojazdu składane drogą elektroniczną miały być adekwatne do wzoru udostępnionego w BIP. Właściciel pojazdu mógł również złożyć wniosek drogą elektroniczną wypełniając odpowiedni formularz udostępniony na stronie BIP, właściwego organu rejestrującego (§ 15 e r.r.i.o.p.). Wypełniony wniosek był przekazywany za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej. Wniosek musiał spełniać warunki podania występującego w postaci elektronicznej ze wskazaniem: imienia i nazwiska lub nazwy właściciela pojazdu oraz jego adresu zamieszkania (siedziby). Uwierzytelnienie wniosku następowało za pomocą podpisu potwierdzonego profilem zaufanym ePUAP bądź też przy pomocy bezpiecznego podpisu elektronicznego³².

31 Będąc systemem teleinformatycznym w którym instytucje publiczne „oferują” przez pojedynczy punkt dostępowy swoje usługi publiczne daje możliwość załatwienia określonej sprawy administracyjnej przez Internet, zob. Rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 5 października 2016 r., w sprawie zakresu i warunków korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej (Dz. U. z 2019 r., poz. 1969).

32 Obowiązujące uregulowania r.r.i.o.p.t.r. nie regulują kwestii związanych z dopuszczalnymi sposobami uwierzytelniania wniosków

Uregulowania r.r.i.o.p. dopuszczały możliwość dwojakiego uwierzytelnienia przedkładanych wniosków występujących w postaci elektronicznej. Pierwsza z wymienionych stanowiła i nadal stanowi kategorię właściwą dla prawa administracyjnego (choć zmieniło się jej nazewnictwo³³) oraz odnosi się do komunikowania jednostek z podmiotami publicznymi – organami administracji publicznej. Jej istnienie i dopuszczalność posługiwania się była (jest) warunkowana uprzednim tzw. stworzeniem i potwierdzeniem profilu zaufanego ePUAP (aktualnie określanego jako profil zaufany). Jak wskazuje ustawodawca potwierdzenia profilu zaufanego dokonuje tzw. punkt potwierdzający bądź też samodzielnie osoba fizyczna występująca z wnioskiem o potwierdzenie³⁴. Podpis potwierdzony za pomocą profilu zaufanego ePUAP wywoływał takie same skutki prawne, jeżeli został utworzony bądź też był przedłożony w okresie ważności profilu zaufanego, o którym mowa powyżej³⁵. Idąc dalej, trzeba wskazać, że dane występujące w postaci elektronicznej (wniosek o rejestrację) sygnowane podpisem potwierdzonym profilem zaufanym ePUAP co do zasady były równoważne pod względem skutków prawnych dokumentowi opatrzonemu podpisem tradycyjnym (odręcznym). Ponadto nie można było odmówić ważności i efektywności podpisowi potwierdzonemu profilem zaufanym ePUAP tylko na tej podstawie, że nie występował on

przesyłanych organom rejestrującym, tak jak to miało miejsce pod rządami r.r.i.o.p.

- 33 Ze względu bowiem na możliwości szerszego zastosowania dotychczasowego profilu zaufanego ePUAP prawodawca zdecydował się na nadanie profilowi zaufanemu znaczenia publicznego systemu identyfikacji elektronicznej w rozumieniu eIDAS – Kubalski, Małowiecka, *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*.
- 34 Wniosek tego rodzaju musi być podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego musi zawierać odpowiednie dane (pierwsza sytuacja), przy nieodpłatnym wykorzystaniu środka identyfikacji elektronicznej stosowanego do uwierzytelniania w systemie teleinformatycznym banku krajowego lub innego przedsiębiorcy spełniającego warunki u.i.d.p.r.z.p., o ile środek ten potwierdza odpowiednie dane (druga sytuacja), jak również przy wykorzystaniu profilu osobistego (innego środka identyfikacji elektronicznej bazującego na certyfikacie znajdującym się w warstwie elektronicznej dowodu osobistego) (trzecia sytuacja) - art. 20 c ust. 1 u.i.d.p.r.z.p.
- 35 Zob. też Rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 29 czerwca 2020 r. w sprawie profilu zaufanego i podpisu zaufanego (Dz. U. z 2020 r., poz. 1194).

w postaci elektronicznej, bądź że modyfikacji uległy dane inne niż te, które posłużyły do potwierdzenia profilu zaufanego danej jednostki³⁶.

W zakresie drugiej z wyróżnionych na gruncie § 15 ust. 3 pkt. 2 r.r.i.o.p. kategorii przeznaczonych do uwierzytelniania tożsamości osoby składającej wnioski, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na stosunki cywilnoprawne, w obrębie to których tego rodzaju instytucja posiadała dominujące znaczenie. Bezpieczny podpis elektroniczny (zwany również kwalifikowanym) na gruncie polskiego ustawodawstwa odnajdował swoje podstawy w zawartości ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (dalej: u.p.el.).³⁷ Stosownie do zawartości niniejszego aktu przez bezpieczny podpis elektroniczny należało rozumieć podpis elektroniczny, który był przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis. Był on sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby sygnującej – bezpiecznych urządzeń przeznaczonych do składania podpisu elektronicznego i informacji służących do składania podpisu elektronicznego. Był powiązany z danymi, do których został dołączony w taki sposób, że jakkolwiek późniejsza modyfikacja tych danych była z łatwością rozpoznawalna (łatwa do wykrycia) (art. 3 pkt. 2 u.p.el.). Tego rodzaju interpretacja pojęcia bezpiecznego podpisu elektronicznego obowiązywała do dnia 15 października 2016 roku. Zmiana w obrębie polskiego ustawodawstwa została podyktowana wejściem w życie Rozporządzenia PE i Rady nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającej dyrektywę 1999/93/WE³⁸. Jak podkreślano uregulowania u.p.el. „nie przystawały” do rozwiązań europejskich w zakresie identyfikacji elektronicznej

36 Brzmienie aktualnie obowiązujących uregulowań u.i.d.p.r.z.p. odnoszących się do mocy prawnej profilu zaufanego uległo pewnym zmianom. Podpis zaufany bowiem wywołuje skutki prawne, jeżeli został utworzony lub złożony w okresie ważności środka identyfikacji elektronicznej. Co do zasady dane występujące w postaci elektronicznej opatrzone podpisem zaufanym są równoważne pod względem prawnym dokumentowi opatrzonemu podpisem własnoręcznym. Nie można odmówić ważności i skuteczności podpisowi zaufanemu tylko na tej podstawie, że istnieje w postaci elektronicznej. Ponadto ustawodawca na gruncie u.i.d.p.r.z.p. odnosi się do jeszcze jednego środka identyfikacji elektronicznej – profilu osobistego powiązanego z kategorią podpisu osobistego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt. 9 ustawy dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych (Dz. U. z 2020 r., poz. 332 ze zm.).

37 Ostatni obowiązujący tekst jednolity został opublikowany pod następującym adresem: Dz. U. z 2013 r., poz. 262 (dwukrotnie nowelizowany).

38 Dz. Urz. UE L 257 z dnia 28 sierpnia 2014 r., 73.

jednostek, pociągając za sobą konieczność zmiany dotychczasowej terminologii³⁹. Stosownie do zawartości rozporządzenia podpisem elektronicznym są dane w postaci elektronicznej, które są dołączone lub logiczne powiązane z innymi danymi występującymi w postaci elektronicznej, a same jako takie są używane przez sygnującego dokument jako podpis (art. 3 pkt 10). Z kolei jego kwalifikowana postać sprowadza się do zaawansowanego podpisu elektronicznego⁴⁰ składanego za pomocą kwalifikowanego urządzenia przeznaczonego do sygnowania dokumentu. Opiera się na występowaniu kwalifikowanego jego certyfikatu (art. 3 pkt 11). W zakresie polskiego ustawodawstwa należy zwrócić uwagę na zawartość ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (u.u.z.i.i.e)⁴¹. Zastąpiła ona uregulowania u.p.el. W myśl art. 18 u.u.z.i.i.e. podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą certyfikatu wywołuje skutki prawne, jeżeli został złożony w okresie ważności tego certyfikatu. Podpis elektroniczny złożony w okresie zawieszenia certyfikatu przeznaczonego do jego weryfikacji, „nie pociąga za sobą” skutków prawnych. Informacja o zawieszeniu certyfikatu jest upubliczniana w ramach usługi informowania o statusie niniejszego „instrumentu”. Po uchyleniu zawieszenia certyfikatu rezultat prawny podpisu elektronicznego weryfikowanego tym certyfikatem złożony w trakcie zawieszenia następuje z chwilą uchylenia tego niepożądanego stanu (art. 18 ust. 1-3).

Do wniosku zainteresowany rejestracją właściciel dołączał zeskanowane dokumenty wymagane jako załączniki (przy uwzględnieniu prawnie wymaganego formatu dokumentów przesyłanych elektronicznie oraz przy spełnieniu innych wymagań technicznych (przewidzianych przepisami u.i.d.p.r.z.p. oraz r.r.i.o.p.)). Jednym z tego rodzaju załączników było elektroniczne potwierdzenie dokonania opłat tytułem czynności rejestracyjnych bądź też skan jego wersji papierowej. Możliwym było również załączenie zdjęć tablic rejestracyjnych wykonanych metodą cyfrową. Aktualnie w myśl § 25 r.r.i.o.p.t.r. do wniosku przedkładanego za pomocą środków komunikacji elektronicznej właściciel pojazdu dołącza zgodnie z informacją podaną przez organ rejestrujący: dokumenty wymagane przepisami prawa (u.p.r.d., r.r.i.o.p.t.r.) albo ich elektroniczne kopie; zdjęcia tablic rejestracyjnych; elektroniczne potwierdzenie dokonania przelewu opłat bądź też

39 Magdalena Marucha-Jaworska, *Rozporządzenie eIDAS. Zagadnienia prawne i techniczne* (Lex, 2017).

40 Spełniającego warunki: unikalnego przyporządkowania do go podpisującego, umożliwienia ustalenia tożsamości podpisującego za jego pomocą; składania przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, które podpisujący może z dużą dozą pewności używać pod wyłączną swoją kontrolą oraz powiązania z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

41 Dz. U. z 2020 r., poz. 1173.

elektroniczną kopię dowodu uiszczenia wymaganych należności. Przedstawione uregulowanie koresponduje z zawartością art. 63 § 1 k.p.a., wedle którego żądania, wyjaśnienia, odwołania, zażalenia mogą być wnoszone m.in. za pomocą innych środków komunikacji elektronicznej przez elektroniczną skrzynkę podawczą organu administracji publicznej utworzoną na podstawie u.i.d.p.r.z.p.⁴².

4. Podsumowanie

Reasumując przedstawione powyżej rozważania należy wskazać, że proces informatyzacji odnoszący się do aspektu elektronicznego rejestrowania pojazdów opiera się na komunikowaniu informacji i danych, niezbędnych do wykonania czynności rejestracyjnych za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Z punktu widzenia jednostek – właścicieli pojazdów punkt ciężkości w zakresie identyfikacji przedmiotowego procesu, należy położyć na aspekt wykorzystywania przez zainteresowanych prawnie dopuszczalnych rozwiązań technicznych, w tym urządzeń teleinformatycznych i współpracujących z nimi narzędzi, które umożliwiają im samodzielne i pojedyncze porozumiewanie się na odległość z podmiotami władzy publicznej (środki komunikacji elektronicznej). „Obywatel bowiem oczekuje, że jego partnerem będzie sprawnie działająca, zintegrowana i przyjazna dla niego elektroniczna administracja”⁴³. Z kolei z punktu widzenia tzw. podmiotów publicznych zasadnicze znaczenie posiada korzystanie z funkcjonalności systemów teleinformatycznych w zakresie pozyskiwania, przekazywania oraz gromadzenia danych niezbędnych dla realizacji zadań rejestracyjnych oraz udostępnienie skrzynek podawczych umożliwiających przedkładanie przez zainteresowanych dokumentacji występującej w postaci elektronicznej. Prawidłowość realizacji czynności rejestracyjnych, z racji pozostawania w ścisłym związku z aspektami o charakterze informatycznym jest zdeterminowana poprawnością działania tego rodzaju mechanizmów i oprogramowania. Zawartość tzw. nowego rozporządzenia r.r.p.i.o.p.t.r. z jednej strony uwidacznia postępowanie

-
- 42 Warto również zwrócić uwagę na art. 63 § 3a pkt 1 k.p.a. odnoszący się do prawnie dopuszczalnych sposobów opatrywania podań występujących w formie dokumentu elektronicznego, kierowanych do organu administracji publicznej. Ustawodawca wskazuje bowiem na dopuszczalność sygnowania tego rodzaju „dokumentacji” kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, jak również dopuszcza uwierzytelnienie jej w sposób zapewniający możliwość potwierdzenia pochodzenia i integralności weryfikowanych danych występujących w postaci elektronicznej.
- 43 Alicja Sytek, „Rozwój elektronicznej administracji ze szczególnym uwzględnieniem ePUAP i profili zaufanych – wybrane zagadnienia” *Samorząd Terytorialny*, nr 6 (2016) (Lex, 2021).

się skonkretyzowanymi kategoriami prawnymi, z drugiej zaś wykazuje zdecydowanie węższy zakres regulacyjny w porównaniu do uregulowań r.r.i.o.p. Tego rodzaju stan rzeczy nie jest jednoznaczny z pozostawieniem tzw. luk prawnych, czy też zagadnień nieodnajdujących swojej regulacji. Wyjaśnienia dla niniejszej sytuacji należy poszukiwać w charakterze omawianego procesu (jego „coraz większej powszechności” i „stawiania się pewnego rodzaju standardem”, jeśli chodzi o działalność podmiotów realizujących zadania publiczne). Nie bez znaczenia pozostaje również odwoływanie się do rozwiązań i instytucji prawnych, które z racji umiejscowienia ich na gruncie uregulowań u.i.d.p.r.z.p. posiadają generalne zastosowanie w obszarach dotkniętych procesem informatyzacji.

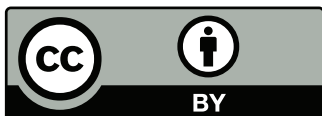
Bibliografia

- Bielińska Sylwia, „Prace w Ministerstwie Cyfryzacji” *Informacja w administracji publicznej*, nr 3 (2019) (Legalis: 2021).
- Burczyński Tadeusz, *Elektroniczna wymiana informacji w administracji publicznej*. Wrocław: Presscom, 2011.
- Cyrul Wojciech, Jerzy Duda, Janusz Opila, Tomasz Pelech- Pilichowski, *Informatyzacja tekstu prawa*. Lex: 2021.
- Darmorost Elżbieta, *Informatyzacja działalności podmiotów realizujących zadania publiczne*. (Lex: 2017).
- Dobkowski Jarosław, „»Personalne« rejestry teleinformatyczne w gminie a ochrona praw jednostki”, [w:] *Wybrane aspekty informatyzacji w samorządach a zasada dobrej administracji*, red. Magdalena Sitek, Piotr Benedykt Zientarski. 36. Warszawa: Kancelaria Senatu, 2019.
- Dobkowski Jarosław, „Czynności materialno-techniczne w rejestracji stanu cywilnego a kodeks postępowania administracyjnego” *Metryka*, nr 1 (2018): 40-41.
- Dobkowski Jarosław, „Rejestry publiczne o charakterze personalnym prowadzone w systemie teleinformatycznym i administracyjne prawo dowodowe” *CASUS*, nr 91 (2018).
- Dokumentacja elektroniczna w podmiotach publicznych*, red., Grażyna Szpor. Lex, 2017.
- Drgas Krzysztof, „Przesłanki wdrażania cyfryzacji jednostek samorządu lokalnego finansowanej ze środków unijnych” *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*, nr 1 (2018) (Legalis, 2021).
- E-administracja*. red. Dariusz Szostek. Wrocław: Presscom, 2009.
- Informatyzacja postępowania sądowego i administracji publicznej*. red. Jacek Gołaćyński, Warszawa: C. H. Beck, 2010.

- Jastrzębska Karolina, *Elektroniczna administracja jako narzędzie wdrażania zmian organizacyjnych*. Warszawa: CEDEWU, 2018.
- Kołodziej Maciej, „Stanowisko komputerowe na którym przetwarzane są informacje chronione w tym dane osobowe” *Informacja w administracji publicznej*, nr 4 (2016) (Legalis, 2021).
- Kotowski Wojciech, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*. Lex, 2017.
- Kubalski Grzegorz, Monika Małowiecka, *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*. Legalis, 2021.
- Kwiatek Błażej, *Dokument elektroniczny w ogólnym postępowaniu administracyjnym*. Lex: 2021.
- Leoński Zbigniew, *Materialne prawo administracyjne*. Warszawa: C. H. Beck, 2009.
- Malinowski Łukasz, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*. Lex, 2017.
- Martysz Czesław, Grażyna Szpor, Kajetan Wojsyk, *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*. Lex, 2017.
- Marucha-Jaworska Magdalena, *Rozporządzenie eIDAS. Zagadnienia prawne i techniczne*. Lex: 2017.
- Mezglewski Artur, Monika Nowikowska, Justyna Kurek, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*. Legalis, 2021.
- Pietrasz Piotr, *Informatyzacja polskiego postępowania przed sądami administracyjnymi a jego zasady ogólne*. Lex, 2021.
- Podrecki Paweł, *Prawo Internetu*. Warszawa: Lexis Nexis, 2004.
- Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*. red. Jacek Gołączyński. Warszawa: Lexis Nexis, 2003.
- Prawo administracyjne*, red. Jan Boć. Wrocław: Kolonia Limited, 2010.
- Sibiga Grzegorz, „Informatyzacja administracji publicznej” *Edukacja Prawnicza*, nr 3 (2011): 3-7.
- Sibiga Grzegorz, *Stosowanie technik informatycznych w postępowaniu administracyjnym ogólnym*. Legalis, 2021.
- Sieber Ulrich, „The Emergence of Information Law”, [w:] *Law, Information and Information Technology*, red. Eli Lederman, Ron Shampira. 14 i n. Haga: Kuwer Law Intenational, 2001.
- Stefański Ryszard A., *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz* Lex: 2017.
- Sytek Alicja, „Rozwój elektronicznej administracji ze szczególnym uwzględnieniem ePUAP i profili zaufanych – wybrane zagadnienia” *Samorząd Terytorialny*, nr 6 (2016) (Lex, 2021).
- Wojsyk Kajetan, „Informatyzacja rejestrów publicznych a bezpieczeństwo państwa”, [w:] *Rejestry publiczne. Jawność i interoperacyjność*, red. Agnieszka Gryszczyńska. 192. Warszawa: C. H. Beck, 2016.

X- lecie CBKE. Księga pamiątkowa z okazji dziesięciolecia Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej i Studentckiego Koła Naukowego – Blok Prawa Komputerowego, red. Ewa Galewska, Sylwia Kotecka. Wrocław: Oficyna Prawnicza, 2012.

Zimmermann Jan, *Prawo administracyjne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2008.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Janusowe oblicze Lasów Państwowych. Wybrane aspekty gospodarki finansowej w Lasach Państwowych

The Janus Face of the State Forests. Selected Aspects of Financial Management in the State Forests

The authors focus on the most critical legal issues related to the financial and constitutional basis of the State Forests National Forest Holding. Their purpose is to establish and analyze the general and particular principles of the financial economy of this state organizational entity, which has no legal personality and manages forests owned by the State Treasury. The authors also analyze financial connections between the State Forests and a state budget, especially purposeful grants.

Due to the scope and aim of the text, the most important of the applied research method is a legal dogmatic one complemented by financial, legal analysis. According to the authors, whether the State Forests acts as a public entity or an entrepreneur depends on the undertaken activity.

The authors conclude that due to the nature and scope of tasks carried out by the State Forests and their high significance in the environmental and social dimension, it is necessary to amend the Forest Act. It is also essential to conduct further, broader, and more thorough research in the legal and financial sphere of the State Forests because there are no valuable studies on this crucial topic.

Tomasz Brzezicki

*doktor habilitowany
profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0003-1048-1402

Wojciech Morawski

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0002-2396-9434

Jacek Wantoch-Rekowski

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika*

ORCID – 0000-0002-1606-7790

Słowa kluczowe:
Lasy Państwowe, gospodarka leśna,
fundusz leśny

Key words:
State Forests, forest management, forest fund

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.208>

1. Wprowadzenie

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe są państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Zadania Lasów Państwowych oraz problematyka organizacyjno-finansowa uregulowane zostały w ustawie z dnia 28 września 1991 r. o lasach¹. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o lasach Lasy Państwowe zarządzają lasami stanowiącymi własność Skarbu Państwa. W ramach sprawowanego zarządu Lasy Państwowe prowadzą gospodarkę leśną, gospodarują gruntami i innymi nieruchomościami oraz ruchomościami związanymi z gospodarką leśną, a także prowadzą ewidencję majątku Skarbu Państwa oraz ustalają jego wartość.

Brak podmiotowości i samodzielnności wynikającej z posiadania osobowości prawnej nie oznacza,

1 T. j. Dz.U. z 2021 poz. 1275

że Lasy Państwowe nie mogą uczestniczyć w obrocie prawnym regulowanym przepisami prawa administracyjnego czy podatkowego. Zauważyć bowiem należy, że zgodnie z przepisem art. 29 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Kpa)², stronami postępowania mogą być osoby fizyczne i osoby prawne, a gdy chodzi o państwowe i samorządowe jednostki organizacyjne i organizacje społeczne – również jednostki nieposiadające osobowości prawnej.

Warto przy tym zauważyć, że na gruncie podatku leśnego doszło do „upodmiotowienia” nie tylko Lasów Państwowych, ale nawet jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych. Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 30 października 2002 r. o podatku leśnym³ „Obowiązek podatkowy w zakresie podatku leśnego od lasów pozostających w zarządzie Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, zwanego dalej „Lasami Państwowymi”, oraz wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa, nieobjętych obowiązkiem podatkowym na podstawie ust. 1 pkt 4, ciąży odpowiednio na jednostkach organizacyjnych Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa i Lasów Państwowych”. Rozwiązanie takie wydaje się być reliktem czasów, gdy wszelka aktywność, w tym rozliczanie podatków, odbywała się w formie papierowej korespondencji. Naturalnie trudno byłoby z perspektywy centrali Lasów Państwowych dokonywać rozliczenia podatku leśnego na rzecz ponad 2.400 gmin. Decentralizacja rozliczania podatku leśnego była nieunikniona.

Z uwagi na realizację ustawowych i ze społecznego punktu widzenia ważnych zadań dotyczących lasów rozbudowaną strukturę organizacyjną i gospodarowanie mieniem Skarbu Państwa znacznej wartości problematyka funkcjonowania Lasów Państwowych jest niezwykle interesująca – tak z naukowego, jak i praktycznego punktu widzenia.

Celem opracowania jest analiza zagadnień dotyczących gospodarki finansowej w Lasach Państwowych, w szczególności związanych zasadami ogólnymi i szczegółowymi jej prowadzenia, z dotacjami z budżetu państwa oraz z funkcjonowaniem funduszu leśnego. W artykule nie uwzględniono problematyki gospodarowania mieniem Skarbu Państwa będącym w zarządzie Lasów Państwowych, którą powinna być materia odrębnej publikacji.

Przeprowadzone badania zostały przeprowadzone w oparciu o metodę dogmatyczno-prawną.

2. Zasady ogólne gospodarki finansowej

Przepis art. 50 ust. 1 ustawy o lasach w sposób jednoznaczny określa, że Lasy Państwowe prowadzą działalność na zasadzie samodzielności finansowej i pokrywają koszty działalności z własnych przychodów. Samodzielność

2 T. j. Dz.U. z 2021 poz. 735.

3 T. j. Dz.U. z 2019 poz. 888.

finansowa nie oznacza, że Lasy Państwowe działają w celu osiągnięcia zysku. W tym zakresie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 6 marca 2018 r.⁴, wskazując: „nie można pominąć tego, że zadaniem Lasów Państwowych jest działalność w interesie publicznym i wykonywanie gospodarki leśnej nie w celu przynoszenia zysku, tak jak działają przedsiębiorcy, ale dla pokrycia kosztów działalności z własnych przychodów”. Stanowisko to w pełni podzielono w licznych orzeczeniach, m.in. wyroku WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 30 maja 2018 r.⁵ czy w wyroku WSA w Rzeszowie z dnia 7 czerwca 2018 r.⁶.

Podobnie wskazywał Wojciech Radecki, według którego „W obowiązującym stanie prawnym jednostki organizacyjne PGLLP nie są przedsiębiorstwami w tradycyjnym tego słowa znaczeniu, ale ich działalność gospodarcza jest pod pewnymi względami podobna do działalności państwowych podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców). Z tego podobieństwa wywodzi się określona w art. 50 zasada samodzielności finansowej PGLLP”⁷. Z kolei według Bartosza Rakoczego „Lasy Państwowe, choć pozbawione podmiotowości prawnej, prowadzą działalność na zasadzie samodzielności finansowania. Ponadto finansują swoją działalność z dochodów własnych”⁸. Z ostatnim zacytowanym zdaniem nie sposób się jednak zgodzić, gdyż art. 50 ust. 1 ustawy o lasach wyraźnie wskazuje, że koszty działalności Lasów Państwowych pokrywane są z własnych przychodów, a nie dochodów.

Odmienne stanowisko (na płaszczyźnie nieobowiązującej już ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁹) sformułował Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r.¹⁰, stwierdzając, że „Zgodnie z art. 50 cyt. ustawy Lasy Państwowe prowadzą działalność na zasadzie samodzielności finansowej. Wobec powyższego uznać trzeba, że Skarb Państwa reprezentowany przez odpowiednie Nadleśnictwo Lasów Państwowych prowadzi działalność gospodarczą i jest przedsiębiorcą (...) Choć niewątpliwie głównym zadaniem Skarbu Państwa – Lasów Państwowych w zakresie działalności leśnej jest zarządzanie, ochrona, zagospodarowanie, utrzymanie i powiększanie zasobów i upraw leśnych oraz gospodarowanie zwierzyną, a nie zarobkowa działalność wytwórcza czy handlowa

4 II SA/Bk 899/17, LEX nr 2464191.

5 II SA/Go 1182/17, LEX nr 2503111.

6 II SA/Rz 10/18, LEX nr 2527429.

7 Wojciech Radecki, *Ustawa o lasach. Komentarz* (Warszawa: Lexis Nexis 2012), 367.

8 Bartosz Rakoczy, *Ustawa o lasach. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer 2011), 248.

9 T. j. Dz.U. z 2017 poz. 216 ze zm.

10 I ACz 709/12, LEX nr 1148378.

w tym zakresie, jednak nie ulega wątpliwości, że wykonując te zadania prowadzi on działalność zarobkową wytwórczą i handlową i środkami finansowymi osiągniętymi z tej działalności zarobkowej pokrywa wydatki związane ze swoją podstawową działalnością, którą jest ochrona i rozwój lasów”. Poglądy zawarte we wskazanym orzeczeniu zostały powielone w innych orzeczeniach, np. w wyroku Sądu Rejonowego w Częstochowie z dnia 8 maja 2018 r.¹¹.

Prima facie przedstawione poglądy się wykluczają. Z jednej strony jest to podmiot, który prowadzi działalność w interesie publicznym, zaś wykonywanie gospodarki leśnej nie jest prowadzone w celu przynoszenia zysku. Z drugiej strony jest to podmiot prowadzący działalność gospodarczą *sensu stricto*. Powstaje więc pytanie, czy ten sam podmiot może posiadać dualistyczny charakter. Z jednej strony być podmiotem publicznym wykonującym szereg działań publicznych, z drugiej przedsiębiorcą występującym w obrocie gospodarczym, który powinien być traktowany jak każdy podmiot tego obrotu. Wydaje się, że w tym zakresie należy rozróżnić pozycję Lasów Państwowych w znaczeniu ustrojowym od ich pozycji w rozumieniu funkcjonalnym.

Zwrócić bowiem należy uwagę, że przytoczone orzeczenia, które wskazywały na publiczną działalność Lasów Państwowych wydawane były przez sąd administracyjny i rozstrzygały sprawy z zakresu dostępu do informacji publicznej. W tym zakresie sądy administracyjne jednoznacznie stanęły na stanowisku, że Lasy Państwo są zobowiązane do udzielenia informacji publicznej związanej z prowadzoną przez nie działalnością. Nie wdając się w szczególności przyjęte stanowisko należy uznać za trafne z uwagi na fakt, że „wymusza” ono prowadzenie przez Lasy Państwowe działalności w sposób transparentny, zaś zainteresowanemu, który nie musi posiadać interesu prawnego, umożliwia uzyskanie informacji publicznej, która nie została udostępniona w inny sposób.

Natomiast druga grupa wyroków wydawanych przez sądy powszechne związana jest z działalnością Lasów Państwowych prowadzących działalność gospodarczą jako *statio fisci*. Za prawidłowe należy uznać stwierdzenie, że głównym zadaniem Skarbu Państwa – Lasów Państwowych w zakresie działalności leśnej – jest ich ochrona, to nie wyklucza to wykonywanie takiej działalności w formie zarobkowej charakterystycznej dla przedsiębiorcy, tj. podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że gdy prowadzona przez dany podmiot działalność wytwórcza, handlowa czy usługowa nie jest w głównej mierze lub w ogóle nastawiona na zysk, lecz zmierza jedynie do pokrywania kosztów własnymi dochodami, nie wyklucza przyjęcia, że podmiot ten prowadzi działalność gospodarczą. Tak np. w uchwale SN z dnia 6 grudnia 1991 r.¹², uchwale SN z dnia

11 VIII GC 370/18, LEX nr 2552943.

12 III CZP 117/91, OSNC 1992/5/65.

30 listopada 1992 r.¹³, uchwale SN z dnia 6 sierpnia 1996 r.¹⁴, uchwale SN z dnia 26 kwietnia 2002 r.¹⁵ czy uchwale SN z dnia 11 maja 2005 r.¹⁶.

Oznacza to, że w zależności od rodzaju podejmowanej działalności Lasy Państwowe mogą być traktowane jako podmiot publiczny działający przez własne organy lub jako przedsiębiorca, działając jako *statio fisci* – Lasy Państwowe Skarb Państwa. Konkludując należy odróżnić działalność Lasów Państwowych w znaczeniu ustrojowym od przedmiotu ich działalności (ujęcie funkcjonalne). W tym ostatnim mogą działać jako przedsiębiorca lub organ administracji publicznej wydający np. rozstrzygnięcie w drodze decyzji administracyjnych.

Posiłkowo można wskazać, że z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁷ wynika, że samorządowy zakład budżetowy odpłatnie wykonuje zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych. Czy taki sposób uregulowania zasad finansowania tego podmiotu wskazuje, że prowadzi działalność zarobkową i jest przedsiębiorcą? Odpowiedź jest negatywna. Takie stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie i w doktrynie i w orzecznictwie. Przykładowo Ludmiła Lipiec-Warzecha (2011) wskazała, że „Samorządowego zakładu budżetowego nie można uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która w art. 4 definiuje przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą, a także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zachowuje aktualność pogląd wyrażony w uzasadnieniu jednego z wyroków WSA, że zakład budżetowy stanowi formę prawa budżetowego, a nie wykonywania działalności gospodarczej i mimo wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego nie ma osobowości prawnej. Korzysta natomiast z osobowości prawnej Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, a zatem nie działa w imieniu własnym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2005 r.¹⁸)¹⁹. W zakresie orzecznictwa warto wskazać na wyrok WSA w Gorzowie z dnia 13 maja 2014 r. 2014²⁰, według którego „zakład budżetowy stanowi formę

13 III CZP 134/92, OSNC 1993/5/79.

14 III CZP 84/96, OSNC 1996/11/150.

15 II CZP 21/02, OSNC 2002/12/149.

16 III CZP 11/05, OSNC 2006/3/48.

17 T. j. Dz.U. z 2021 poz. 305 ze zm.

18 VI SA/Wa 2083/04, LEX nr 190634.

19 Ludmiła Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, LEX el., komentarz do art. 14.

20 I SA/GO 112/14, Legalis nr 963479.

prawa budżetowego a nie wykonywania działalności gospodarczej i mimo wyodrębnienia organizacyjnego, majątkowego i finansowego nie ma osobowości prawnej. Korzysta natomiast z osobowości prawnej Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, a zatem nie działa w imieniu własnym” (podobnie m.in. w wyroku WSA w Rzeszowie z dnia 11 czerwca 2015 r. 2015²¹). Z kolei NSA w wyroku z dnia 18 października 2011 r.²² sformułował stanowisko, że „Zakład budżetowy nie jest wprawdzie przedsiębiorcą (...), lecz ma jednak przyznane przepisami prawa liczne własne prawa i obowiązki”. Tak jak Lasy Państwowe, które mając liczne prawa i obowiązki, nie posiadają formalnego statusu przedsiębiorcy, jednak mogą występować w obrocie prawnym jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą. W tym ostatnim są przedsiębiorcą funkcjonalnie nie zaś ustrojowo.

Problematyka statusu prawnego Lasów Państwowych jest bardzo złożona i powinna być przeanalizowana w oddzielnym opracowaniu. W tym miejscu należy tylko wskazać, że w literaturze podnosi się, że Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe nie zalicza się – w świetle ustawy o finansach publicznych – do sektora finansów publicznych. Według Małgorzaty Cilak Lasy Państwowe są „państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej reprezentującą Skarb Państwa w zakresie zarządzania mieniem. Przepis ten nadaje Lasom Państwowym szczególną formę organizacyjną: jest to jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, niebędąca jednak jednostką budżetową ani zakładem budżetowym czy funduszem celowym (...) Należy zatem uznać, że Lasy Państwowe nie należą do sektora finansów publicznych”²³.

Lasy Państwowe są zobligowane do prowadzenia rachunkowości według zasad określonych w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości²⁴. Ustawa zobowiązała Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych do ustalenia dla wszystkich jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych zasady (politykę) rachunkowości. 23 stycznia 2009 r. wydane zostało Zarządzenie nr 4 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych w sprawie Zasad (polityki) rachunkowości Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe i Planu Kont z komentarzem Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe²⁵. Po dokonaniu w nim zmian został wydany²⁶ tekst jednolity. Kolejne, najnowsze zmiany zostały wprowadzone: zarządzeniem nr 71 Dyrektora

21 I SA/Rz 316/15, LEX nr 1784046.

22 I FSK 1369/10, Legalis nr 443501.

23 Małgorzata Cilak, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Zbigniew Ofiarski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019), 137-138.

24 T. j. Dz.U. z 2019 poz. 217.

25 Znak: EK-0102-1/09.

26 Zarządzeniem nr 87 z dnia 4 grudnia 2012 r.

Generalnego Lasów Państwowych z dnia 9 grudnia 2014 r.²⁷ i zarządzeniem nr 51 z dnia 26 czerwca 2015 r.²⁸.

Ustawa o lasach wskazuje, że rokiem obrachunkowym w Lasach Państwowych jest rok kalendarzowy i zobowiązuje Lasy Państwowe do sporządzania corocznie raportu o stanie lasów oraz sprawozdania finansowo-gospodarczego z działalności Lasów Państwowych. O wadze zadań realizowanych przez Lasy Państwowe świadczy m.in. to, że Rada Ministrów przedkłada Sejmowi informację o stanie lasów oraz o realizacji krajowego programu zwiększania lesistości.

Z art. 53 ust. 1 ustawy o lasach wynika, że koszty utrzymania Dyrekcji Generalnej Lasów Państwowych oraz dyrekcji regionalnych Lasów Państwowych finansowane są z wpłat obciążających koszty działalności nadleśnictw. W przepisie art. 53 ust. 2 tej ustawy zawarte zostało upoważnienie dla ministra właściwego do spraw środowiska do określenia, w drodze decyzji, wysokość tych obciążeń. Przykładowo można wskazać, że decyzją nr 15 Ministra Środowiska z dnia 26 kwietnia 2018 r. w sprawie określenia wysokości wpłat obciążających koszty działalności nadleśnictw oraz ustalenia wielkości odpisu podstawowego na fundusz leśny²⁹ na rok 2018 ustalone zostały następujące dane:

- 1) wysokość wpłat obciążających koszty działalności nadleśnictw na rok 2018, z których finansowane są koszty utrzymania Dyrekcji Generalnej Lasów Państwowych i regionalnych dyrekcji Lasów Państwowych – 280.000 tys. zł.
- 2) odpis podstawowy na fundusz leśny obciążający koszty działalności nadleśnictw na rok 2018 – 14,87% przychodów ze sprzedaży drewna.

3. Szczegółowe zasady gospodarki finansowej

Szczegółowe zasady dotyczące zasad gospodarki finansowej w Lasach Państwowych, na podstawie upoważnienia zawartego w art. 59, określa – w drodze rozporządzenia – Rada Ministrów. Aktualnie obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 grudnia 1994 r. w sprawie szczegółowych zasad gospodarki finansowej w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe³⁰. Rozporządzenie to określa szczegółowe zasady gospodarki finansowej w Państwowym Gospodarstwie Leśnym Lasy Państwowe, w ramach którego działają następujące jednostki organizacyjne: Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych, regionalne dyrekcje Lasów Państwowych, zwane dalej „regionalnymi dyrekcjami”, nadleśnictwa, jednostki organizacyjne zwane zakładami.

27 Znak: EG-021-4/14.

28 Znak: EG-0210-1/2015.

29 Dz. Urz. MŚ z 2018 r. poz. 29.

30 Dz. U. z 1994 r. Nr 134, poz. 692.

Za istotny uznać należy rozdział 3 rozporządzenia, w którym uregulowane zostały zagadnienia dotyczące przychodów i kosztów działalności Lasów Państwowych. Z § 14 rozporządzenia wynika, że przychody Lasów Państwowych są sumą przychodów ich jednostek organizacyjnych. Źródła przychodów stanowią w szczególności wpływy:

- 1) ze sprzedaży: drewna, produktów ubocznych lasu, runa leśnego oraz nasion, szyszek, sadzonek i choinek; produktów gospodarki rolnej, łąkowej i rybackiej; materiałów, towarów i zbędnych środków trwałych,
- 2) z wydzierżawiania lub wynajmu lasów, gruntów i innych nieruchomości, w tym z wydzierżawiania obwodów łowieckich,
- 3) z zagospodarowania turystycznego i wypoczynkowego lasów,
- 4) z operacji pieniężnych,
- 5) z innych źródeł.

Z kolei koszty działalności Lasów Państwowych określono w § 17 rozporządzenia i są to:

- 1) odpis podstawowy na Fundusz Leśny (nie wiadomo, dlaczego rozporządzenie używa wielkich liter, skoro ustawa o lasach posługuje się małymi).
- 2) wydatki na działalność, o której mowa w § 4 ust. 1 i 2.
- 3) podatek leśny.

Jeśli chodzi o działalność określoną w § 4 ust. 1 rozporządzenia jest to działalność:

- 1) administracyjna w Dyrekcji Generalnej, regionalnych dyrekcjach i nadleśnictwach,
- 2) gospodarcza, w zakresie gospodarki leśnej w nadleśnictwach, w której wyróżnia się działalność: podstawową (obejmującą urządzenie, ochronę i zagospodarowanie lasu, utrzymanie i powiększenie zasobów i upraw leśnych, pozyskiwanie – z wyjątkiem skupu – drewna, a także jego sprzedaż w stanie nieprzerobionym) i uboczną (obejmującą gospodarowanie zwierzyną, pozyskiwanie – z wyjątkiem skupu – żywicy, choinek, karpiny, kory, igliwia, zwierzyny oraz płodów runa leśnego, a także sprzedaż tych produktów w stanie nieprzerobionym).
- 3) dodatkowa – produkcyjna i usługowa na rzecz gospodarki leśnej, opodatkowana podatkiem dochodowym od osób prawnych, jeżeli wydatki związane z wytwarzaniem produktów lub świadczeniem usług w ramach tej działalności nie są wyższe od ich zakupu poza Lasami Państwowymi.

Ponadto (§ 4 ust. 2 rozporządzenia) Zakłady prowadzą działalność niezbędną do realizacji zadań Lasów Państwowych w zakresie gospodarki leśnej lub działalność poza gospodarką leśną.

Wynik finansowy Lasów Państwowych stanowi sumę wyników finansowych wszystkich jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych. Wynik finansowy stanowi różnicę między przychodami i kosztami działalności skorygowaną o straty i zyski nadzwyczajne.

Analiza przychodów i wydatków Lasów Państwowych za lata 2014-2019 prowadzi do wniosku, że jest to podmiot, który dysponuje znacznymi środkami finansowymi.

Tabela nr 1. Wynik finansowy Lasów Państwowych w latach 2014-2019

Rok	przychody (w tys. zł)	koszty (w tys. zł)	zysk netto (w tys. zł)
2014	8.020.808,7	7.568.443,4	421.697,2
2015	8.409.635,4	7.985.846,0	404.031,7
2016	8.196.784,9	7.786.111,6	382.163,8
2017	8.960.591,4	8.519.509,2	435.127,5
2018	9.791.575,8	9.236.132,0	537.115,3
2019	9.149.902,0	8.710.455,4	414.892,8

Źródło: opracowanie własne na podstawie sprawozdań finansowo-gospodarczych za lata 2014-2019, przygotowanych przez Dyрекcję Generalną Lasów Państwowych

4. Dotacje celowe z budżetu państwa

Zgodnie z przepisem art. 54 ustawy o lasach Lasy Państwowe otrzymują z budżetu państwa dotacje celowe na zadania zlecone z zakresu administracji rządowej. Dotacje celowe są to środki finansowe zdefiniowane w art. 127 ustawy o finansach publicznych. Dysponentami tych środków budżetowych są Dyrektor Generalny, dyrektorzy regionalnych dyrekcji Lasów Państwowych i nadleśniczowie, a realizacja zadań zleconych finansowanych z dotacji celowych musi odbywać się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy o finansach publicznych.

Wyodrębnienie środków otrzymywanych przez Lasy Państwowe jest uzasadnione, gdyż wiąże się z finansowaniem nie zadań własnych, lecz zadań zleconych z zakresu administracji rządowej.

Katalog zadań zleconych z zakresu administracji rządowej, realizowanych przez Lasy Państwowe ze środków przekazanych w ramach dotacji celowych, został określony w art. 54 ustawy o lasach. Katalog ten zawiera jednak wyliczenie zadań zleconych w sposób niewyczerpujący, ponieważ ustawodawca posłużył się konstrukcją „w szczególności na”. W literaturze wskazuje się zaś, że w art. 54 ustawy o lasach chodzi „o osiem rodzajów działalności zleconej, na którą PGLLP otrzymują z budżetu państwa”³¹. Wprowadzie

31 Radecki, *Ustawa o lasach*, 370.

w aktualnym stanie prawnym rzeczywiście wyliczono 8 zadań, ale – na co wskazano wyżej – nie jest to katalog zamknięty. Można wprawdzie przyjąć, że głównych zadań jest 8, które ustawodawca przyjął, ale nie sposób ich liczby ograniczyć do 8. Te przykładowo wskazane zadania to:

- 1) wykup lasów i gruntów do zalesień oraz ich rekultywację, a także wykup innych gruntów w celu zachowania ich przyrodniczego charakteru.
- 2) wykonywanie krajowego programu zwiększania lesistości, o którym mowa w art. 14 ust. 2a, oraz pielęgnację i ochronę upraw i młodników powstałych w ramach realizacji tego programu.
- 3) zagospodarowanie i ochronę lasów w przypadku zagrożenia ich trwałości, o którym mowa w art. 12 ust. 1,
- 4) sporządzanie okresowych, wielkoobszarowych inwentaryzacji stanu lasów, aktualizacji stanu zasobów leśnych oraz prowadzenie banku danych o zasobach leśnych i stanie lasów, o których mowa w art. 13a ust. 1 pkt 2 i 3.
- 5) opracowanie planów ochrony dla rezerwatów przyrody znajdujących się w zarządzie Lasów Państwowych, ich realizację, ochronę gatunkową roślin i zwierząt oraz sprawowanie nadzoru nad obszarami wchodzącymi w skład sieci Natura 2000,
- 6) finansowanie edukacji leśnej społeczeństwa, w szczególności poprzez tworzenie i prowadzenie leśnych kompleksów promocyjnych, zakładanie ścieżek przyrodniczo-leśnych,
- 7) sporządzanie planów zalesienia lub inwestycji, o których mowa w art. 35 ust. 5,
- 8) pełnienie zadań związanych z realizacją programów współfinansowanych ze źródeł zagranicznych.

Kwoty dotacji celowych, przekazywanych na zadania zlecone z zakresu administracji rządowej na podstawie art. 54 ustawy o lasach i przeznaczenie tych środków ilustruje poniższa tabela:

Tabela nr 2. Dotacje celowe dla Lasów Państwowych na realizację zadań zleconych z zakresu administracji rządowej w latach 2014-2019

rok	kwota dotacji celowej (w tys. zł)	środki na sporządzenie planów zalesień gruntów porolnych (w tys. zł)	środki na sporządzenie wieloobszarowej inwentaryzacji stanu lasów i prowadzenie banku danych o lasach (w tys. zł)
2014	994,8	574,8	420,0
2015	414,5	414,5	0
2016	454,2	454,2	0
2017	392,4	392,4	0
2018	347,2	347,2	0
2019	729,1	729,1	0

Źródło: opracowanie własne na podstawie sprawozdań finansowo-gospodarczych za lata 2014-2019, przygotowanych przez Dyрекcję Generalną Lasów Państwowych

5. Fundusz leśny

Zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy o lasach w Lasach Państwowych utworzony został fundusz leśny stanowiący formę gospodarowania środkami na cele wskazane w ustawie, a jego środkami (ust. 2) dysponuje Dyrektor Generalny. Z ustawy o lasach nie wynika, czym jest fundusz leśny, w szczególności czy jest funduszem celowym w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Nie można zgodzić się z poglądami, według których fundusz leśny, z punktu widzenia finansów publicznych, jest funduszem celowym. Zgodzić za to należy się z Wojciech Radeckim, że „W teorii prawa finansowego – opierając się na dawnych przepisach o finansach publicznych – wskazywano, że niekiedy fundusze mają charakter wewnętrznej organizacji gospodarki finansowej danej jednostki organizacyjnej i są wyodrębnione w ramach tej organizacji”³². Właśnie fundusz leśny jest takim funduszem, tj. funkcjonuje w ramach Lasów Państwowych nie będąc funduszem celowym w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Należy nadto wskazać, że w art. 32 ustawy budżetowej na 2019 r. z dnia 16 stycznia 2019 r.³³ wśród enumeratywnie wymienionych 29 funduszy celowych, fundusz leśny nie został umieszczony. Warto także podkreślić, że z ustawy o finansach publicznych wynika, że przychody państwowego funduszu celowego pochodzą ze środków publicznych, tymczasem w art. 57 ust. 1 ustawy

32 Radecki, *Ustawa o lasach*, 372.

33 Dz. U. z 2019 poz. 198.

o lasach mowa jest o dochodach publicznych, jako środkach tego funduszu. Przepis ten stanowi bowiem, że środki funduszu stanowią:

- 1) odpis podstawowy liczony od wartości sprzedaży drewna, obciążający koszty działalności nadleśnictw (corocznie wielkość odpisu Lasom Państwowym, na wniosek Dyrektor Generalnego, w drodze decyzji, określa minister właściwy do spraw środowiska; z kolei Dyrektor Generalny może ustalać wielkość odpisu dla poszczególnych dyrekcji regionalnych, a dyrektor regionalnej dyrekcji Lasów Państwowych – dla poszczególnych nadleśnictw).
- 2) należności, kary i opłaty związane z wyłączeniem z produkcji gruntów leśnych,
- 3) należności wynikające z odszkodowań:
 - a) cywilnoprawnych za szkody powstałe w wyniku oddziaływania gazów i pyłów przemysłowych, a także z innych tytułów,
 - b) z tytułu przedwczesnego wyrębu drzewostanów na podstawie przepisów ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych,
 - c) za szkody powstałe w wyniku pożarów, prac górniczych i geologicznych,
- 4) dochody wynikające z udziału lub uzyskane ze sprzedaży akcji i udziałów w spółkach, o których mowa w art. 42,
- 5) dotacje budżetowe z wyłączeniem dotacji celowych, o których mowa w art. 54,
- 6) inne dochody uzyskane na rzecz tego funduszu.

Warto podkreślić, że według art. 57 ust. 3 ustawy o lasach środki funduszu leśnego niewykorzystane w danym roku kalendarzowym stanowią dochód tego funduszu w następnym roku kalendarzowym.

Zgromadzone w ramach funduszu leśnego środki finansowe przeznaczone są przede wszystkim na wyrównywanie niedoborów powstających przy realizacji zadań z zakresu gospodarki leśnej i dotyczących administracji publicznej w zakresie leśnictwa. Katalog innych wydatków został umieszczony w art. 58 ust. 2-3a ustawy o lasach.

W art. 58 ust. 4 ustawy o lasach zawarte zostało upoważnienie dla Dyrektora Generalnego, który ma możliwość, z wydzielonej części środków funduszu leśnego, utworzenia funduszu stabilizacji, który zostanie przeznaczony na usuwanie nadzwyczajnych zagrożeń dla lasów w ramach długookresowego cyklu produkcji leśnej. Chodzi zatem o utworzenie funduszu w ramach funduszu.

Dane dotyczące finansów funduszu leśnego publikowane są corocznie w sprawozdaniach finansowo-gospodarczych, które przygotowuje Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych. Stan funduszu leśnego (według stanu na 1 stycznia), wpływy i wydatki ogółem (w sprawozdaniu wpływy do funduszu określane są jako zwiększenia a wydatki tego funduszu jako zmniejszenia)

oraz najważniejsze źródło wpływów i wydatków (w latach 2014-2019) prezentuje poniższa tabela.

Tabela nr 3. Wybrane aspekty finansowe funduszu leśnego w latach 2014-2019

rok	stan na 1 stycznia	zwiększenia (w zł)		zmniejszenia (w zł)	
		Ogółem	odpis podstawowy	ogółem	wyrównanie niedoboru
2014	663.959,8	1.206.115,4	1.026.871,1	1.047.559,1	640.712,2
2015	754.649,6	1.248.785,8	1.040.492,7	1.319.499,5	973.277,8
2016	822.516,1	1.243.852,8	1.039.002,2	1.311.719,3	910.666,6
2017	683.935,9	1.570.229,8	1.147.665,3	1.441.760,3	916.127,7
2018	812.405,4	1.687.277,6	1.270.535,4	1.618.450,4	1.174.730,0
2019	881.232,6	1.603.685,1	1.113.099,8	1.672.736,8	1.249.058,9

Źródło: opracowanie własne na podstawie sprawozdań finansowo-gospodarczych za lata 2014-2019, przygotowanych przez Dyрекcję Generalną Lasów Państwowych

6. Podsumowanie

Wysoki stopień komplikacji rozwiązań prawnych dotyczy zarówno problematyki organizacyjno-ustrojowej Lasów Państwowych, jak i zagadnień prawnofinansowych. Z jednej strony skomplikowany jest status prawny Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, z drugiej – przyjęte rozwiązania finansowe, w tym związane z funduszem leśnym. Zupełnie odrębną są rozwiązania z zakresu podatku leśnego, pominięte w niniejszym opracowaniu. Takie usytuowanie ustrojowe nie oznacza, że może to być także podmiot prowadzący działalność gospodarczą.

Szczegółowej regulacji wymagają kwestie dotyczące funduszu leśnego w zakresie doprecyzowania jego statusu prawnego. Aktualnie jest on instytucją w pełnym tego słowa „niepowtarzalną”. Wydaje się, że jest to fundusz, który powinien posiadać status funduszu celowego. Skoro prawodawca kreuje jakieś modelowe rozwiązania na gruncie prawa finansowego, to zasadnym byłoby wykorzystywanie rozwiązań tam przyjętych. Tymczasem w analizowanym przypadku funkcjonuje „fundusz”, który nie jest funduszem uregulowanym w rozwiązaniach modelowych.

Fundusze celowe mają w Polsce bogatą tradycję, począwszy od II RP są na trwale wpisane w krajobraz systemu finansów publicznych. Ich istota polega na powiązaniu dochodów (przychodów) ze ściśle określonych źródeł z wydatkami na wskazane w ustawie cele. Finansowanie określonych wydatków z zasobów funduszu celowe świadczy o ich dużym znaczeniu społecznym i ekonomicznym.

Nie ma wątpliwości, że fundusz leśny posiada wydajne źródła dochodów, a z drugiej – realizuje ważne wydatki. Nadanie mu statusu funduszu celowego z pewnością uczyniłoby jego finanse bardziej przejrzyste i nadałoby mu większą rangę – podobnie jak ma to miejsce w przypadku funkcjonujących obecnie funduszy celowych, z Funduszem Ubezpieczeń Społecznych na czele.

Dodatkowo warto byłoby po dokonaniu szczegółowych analiz doprecyzować w ustawie, które zadania Lasów Państwowym posiadają charakter zadań publicznych. Zauważyć bowiem należy, że z realizacją zadań publicznych często jest związana forma działania danego podmiotu, z reguły są to zadania realizowane poprzez władcze działania administracyjne podlegające kontroli sądów administracyjnych. Wydaje się, że z uwagi na różnorodny charakter zadań wykonywanych przez Lasy Państwowe forma ich wykonania powinna być dostosowana do potrzeb związanych z ich realizacją i nie zawsze powinna być to forma władcza. Ważnym jest jednak, aby zapewnić transparentność w wykonywaniu takich zadań, co oznacza, że ich realizacja powinna zawsze być uznana za informację publiczną.

W dobie globalnego kryzysu ekologicznego niedopuszczalną wydaje się sytuacja, w której istotna dla prawidłowego funkcjonowania instytucja funkcjonuje w oparciu o regulacje dalece nieprecyzyjne. W powyższym zakresie brak jednoznacznych mechanizmów (instytucji) prawnych stwarza wrażenie pewnego niedosytu regulacji. Czytelne i przejrzyste rozwiązania kwestii finansowo-kompetencyjnych mogłyby umocnić pozycję Lasów Państwowych, a także uczyniłby je istotnym podmiotem realizującym szeroko rozumianą politykę państwa.

Bibliografia

- Cilak Małgorzata, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Zbigniew Ofiarski. 127-139. Warszawa: Wolters Kluwer 2019.
- Lipiec-Warzecha Ludmiła, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, LEX el.
- Radecki Wojciech, *Ustawa o lasach. Komentarz*. Warszawa: Lexis Nexis 2012.
- Rakoczy Bartosz, *Ustawa o lasach. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer 2011.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.
For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Ocena nieuzasadnionych barier regulacyjnych i administracyjnych dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w Polsce

Assessment of Unjustified Regulatory and Administrative Barriers to Long-Term Renewable Power Purchase Agreements in Poland

The author tries to identify and assess unjustified regulatory and administrative barriers for concluding long-term renewable power purchase agreements in Poland, which corresponds to the requirement of Article 15 section 8 of Directive 2018/2001 of the European Parliament and the Council (EU) on the promotion of the use of energy from renewable sources. The author questions the sufficiency of current legal solutions, promoting the production of renewable energy, to achieve the energy and climate target set by the European Union, proposing as an alternative the popularization of long-term renewable energy purchase agreements. By analyzing the legal conditions of concluding these contracts, the author points to legal regulations hampering such economical relations in Poland.

Jakub Plebański

magister prawa

Szkola Doktorska Nauk Humanistycznych
i Społecznych Uniwersytetu Gdańskiego

ORCID – 0000-0002-8125-2888

Słowa kluczowe:

umowy zakupu energii ze źródeł odnawialnych, PPA, OZE, odnawialne źródła energii, energetyka

Key words:

renewables power purchase agreements, PPA, RES, renewable energy sources, energetics

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.147>

1. Wprowadzenie

Temat niniejszego artykułu podyktowany jest treścią art. 15 ust. 8 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych. Prawodawca unijny zobowiązał państwa członkowskie do oceny barier regulacyjnych i administracyjnych dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, usunięcia nieuzasadnionych barier oraz ułatwienia upowszechniania tych umów¹. Zgodnie

1 Art. 15 ust. 8 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 328, str. 82).

z art. 36 ust. 1 dyrektywy 2018/2001 państwa członkowskie muszą dokonać transpozycji większości jej przepisów do dnia 30 czerwca 2021 roku. Wydaje się jednak, że w Polsce zachodzi obecnie szczególna potrzeba dynamizacji rozwoju wytwórstwa energii ze źródeł odnawialnych, która wymaga szybszego podjęcia kroków celem dostosowania otoczenia legislacyjnego do standardów przewidzianych dyrektywą 2018/2001. Wskazana konieczność wynika między innymi z niewystarczającego tempa wzrostu udziału energii ze źródeł odnawialnych w bilansie energetycznym Polski. Zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, krajowy cel ogólny w zakresie udziału energii ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto w 2020 r. wynosi dla Polski 15%². Z kolei zgodnie z przyjętym w 2019 r. „Krajowym planem na rzecz energii i klimatu na lata 2021-2030” Polska deklaruje, że do 2030 r. udział OZE w finalnym zużyciu energii brutto kształtował się będzie w przedziale od 21% do 23%. „Krajowy plan” określa ponadto orientacyjną trajektorię dojścia przez Polskę do tego celu, przewidując udział OZE w 2022 r. na poziomie 16,4%, w 2025 r. na poziomie 18,4%, a w 2027 r. na poziomie 20,2%.³ Prognozę wzrostu odnawialnych źródeł energii zawiera także „Polityka Energetyczna Polski do 2040 r.” wyznaczając w perspektywie 2040 r. udział OZE na poziomie 28,5%⁴. Sukcesywny rozwój wytwórstwa energii ze źródeł odnawialnych jest zatem długofalowym celem polskiej polityki energetycznej, wynikającym zarówno z przepisów prawa europejskiego, jak i krajowych strategii dla sektora energetycznego. Dotychczasowe tempo wzrostu udziału energii ze źródeł odnawialnych jest jednak zbyt wolne, aby zakładać terminową realizację powyższych celów. Jak wynika z „Polityki Energetycznej Polski do 2040 r.” udział OZE w końcowym zużyciu energii brutto w Polsce w 2018 r. wyniósł jedynie 11,3%⁵. W odniesieniu do 2019 r. Główny Urząd Statystyczny ustalił wartość końcowego zużycia energii brutto ze źródeł odnawialnych

-
- 2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 140, str. 16 z późn. zm.).
 - 3 Ministerstwo Aktywów Państwowych, *Krajowy plan na rzecz energii i klimatu na lata 2021-2030* (Warszawa: 2019), 31.
 - 4 Ministerstwo Klimatu i Środowiska, *Polityka Energetyczna Polski do 2040 r.* (Warszawa, 2021), 63.
 - 5 Ibidem, 62.

na poziomie 12,16%⁶. Tym samym Polska jest krajem o jednym z najniższych wskaźników wykorzystania odnawialnych źródeł energii w Unii Europejskiej⁷. W tym kontekście zachodzi więc konieczność podjęcia przez władzę publiczną dodatkowych działań mających na celu zwiększenie udziału odnawialnych źródeł energii w krajowym bilansie energetycznym, przede wszystkim poprzez dostosowanie otoczenia prawnego, zapewniając warunki do dalszego rozwoju tego sektora. Jak wskazano w „Polityce Energetycznej Polski do 2040 r.” coraz ważniejszym trendem wspierającym rozwój odnawialnych źródeł energii w Polsce jest zawieranie długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych⁸. Popularność tych kontraktów wynika z dążenia coraz większej ilości przedsiębiorstw do przejścia na zasilanie energią ze źródeł odnawialnych, co motywowane jest zarówno czynnikami ekonomicznymi, jak i społecznymi. Zdaniem Ministerstwa Klimatu i Środowiska wspomniane umowy z czasem uzupełnią będą funkcjonujące obecnie systemy wsparcia odnawialnych źródeł energii, a zatem staną się instrumentem oddziałującym na wzrostu udziału OZE w Polsce⁹. Mając to na uwadze szczególnie uzasadniona wydaje się zatem potrzeba dostosowania otoczenia prawnego do standardów dyrektywy 2018/2001, w szczególności poprzez usunięcie nieuzasadnionych barier regulacyjnych i administracyjnych, ograniczających upowszechnianie długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w Polsce.

2. Umowy zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych – definicja

Zgodnie z art. 2 pkt. 17 dyrektywy 2018/2001 tzw. umowa zakupu odnawialnej energii elektrycznej oznacza umowę, na podstawie której osoba fizyczna lub prawna zgadza się na zakup energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych bezpośrednio od producenta energii elektrycznej¹⁰, rozumianego

6 Główny Urząd Statystyczny, *Energia ze źródeł odnawialnych w 2019 r.* (Warszawa, 2020), 13.

7 Eurostat, *Share of energy from renewable sources in 2019*, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Renewable_energy_statistics.

8 Ministerstwo Klimatu i Środowiska, *Polityka Energetyczna Polski do 2040 r.* (Warszawa, 2021), 68.

9 Ibidem.

10 Art. 2 pkt. 17 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 328, str. 82).

jako osoba fizyczna lub prawna wytwarzająca energię elektryczną¹¹. Na podstawie dyrektywy 2018/2001 pojęcie energii ze źródeł odnawialnych oznacza energię z odnawialnych źródeł niekopalnych, a mianowicie energię wiatru, energię promieniowania słonecznego (energię słoneczną termiczną i energię fotowoltaiczną) oraz energię geotermalną, energię otoczenia, energię pływów, fal i inną energię oceanów, hydroenergię, biomasę oraz gaz pochodzący z wysypisk śmieci, oczyszczalni ścieków i ze źródeł biologicznych (biogaz)¹². Należy podkreślić, że dyrektywa 2018/2001 nie definiuje pojęcia „bezpośredniości” zakupu energii ze źródeł odnawialnych. Wyjaśnienie słownikowe wskazuje, że „bezpośrednio” oznacza tyle, co „bez pośrednictwa” oraz „znajdując się bardzo blisko”¹³. Ideą jest zatem uproszczenie relacji zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych pomiędzy jej producentem a odbiorcą. Realizacja tej idei na gruncie przepisów krajowych wymaga analizy pojęcia „sprzedaży energii elektrycznej”. Zgodnie z art. 3 pkt 6a prawa energetycznego „sprzedaż energii elektrycznej” rozumiana jest jako bezpośrednia sprzedaż energii elektrycznej przez podmiot zajmujący się jej wytwarzaniem lub odsprzedaż przez podmiot zajmujący się jej obrotem¹⁴. „Sprzedaż energii elektrycznej” uwzględnia zatem dwie kategorie: bezpośrednią sprzedaż energii elektrycznej dokonywaną przez wytwórcę oraz jej odsprzedaż przez podmiot zajmujący się obrotem. Przedstawiony podział odwołuje się do koncepcji *unbundlingu* (rozdzielenia), zakładającej strukturalne wydzielenie przedsiębiorstw energetycznych w zależności od pełnionych funkcji gospodarczych¹⁵. Na tej podstawie wyróżnić można dwie odrębne grupy przedsiębiorstw energetycznych sprzedających energię elektryczną: wytwórców (producentów) oraz przedsiębiorstwa obrotu, zajmujące się handlem hurtowym albo detalicznym¹⁶. W myśl art. 3

-
- 11 Art. 2 pkt. 2 dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz. U. UE. L. z 2003 r. Nr 176, str. 37 z późn. zm.).
 - 12 Art. 2 pkt. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 328, str. 82).
 - 13 Jerzy Bralczyk, *Słownik 100 tysięcy potrzebnych słów* (Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 2005), 51.
 - 14 Marcin Marszałek, *Swoboda działalności gospodarczej wytwórcy – sprzedawcy energii elektrycznej* (Warszawa: C.H. Beck, 2015), 230.
 - 15 Patrz nt. *unbundlingu* Eryk Kosiński, *Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019), 43.
 - 16 Art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 716 z późn. zm.).

pkt 6a cecha „bezpośredniości” przypisana jest jedynie do sprzedaży energii elektrycznej przez wytwórców. Jak słusznie zauważa Marcin Marszałek, prawo do sprzedaży energii elektrycznej zawiera się przedmiotowo w koncesji na jej wytwarzanie¹⁷, dlatego zgodnie z polskim prawem możliwa jest sprzedaż energii elektrycznej przez wytwórcę do odbiorcy końcowego. Pojęcie „bezpośredniości” w odniesieniu do definicji umowy zakupu odnawialnej energii elektrycznej dotyczy zatem możliwości sprzedaży energii elektrycznej przez wytwórcę bezpośrednio do odbiorcy końcowego, a więc bez udziału przedsiębiorstwa obrotu, pełniącego funkcję pośrednika w dostarczeniu energii elektrycznej pomiędzy wytwórcą a odbiorcą końcowym.

Dokonując analizy definicji z art. 2 pkt. 17 dyrektywy 2018/2001 na gruncie polskiego prawa cywilnego, należy stwierdzić, że umowa długoterminowego zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych wypełnia przesłanki umowy sprzedaży wynikające z art. 535 § 1. kodeksu cywilnego, który stanowi, iż przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Umowy długoterminowego zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych są umowami wzajemnymi i dwustronnie zobowiązującymi. Zawierają one *essentialia negotii*, rozumiane jako cechy konstruktywne, umowy sprzedaży, tj. obejmowane oświadczeniem woli zobowiązanie sprzedawcy do przeniesienia na kupującego własności rzeczy i jej wydania oraz zobowiązanie kupującego do zapłaty sprzedawcy ceny i odbioru rzeczy¹⁸. W tym miejscu należy zastrzec, że co prawda, zgodnie ze stanowiskiem doktryny, energia elektryczna nie stanowi rzeczy, to jednak ze względu na cechę „mierzalności” może być ona przedmiotem stosunku cywilnoprawnego¹⁹. Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w art. 555 kodeksu cywilnego stanowiącym, iż przepisy dotyczące sprzedaży rzeczy stosuje się odpowiednio do sprzedaży energii. Dyrektywa 2018/2001 nie zastrzega trybu przewidzianego dla zawarcia długoterminowej umowy sprzedaży energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii. Oznacza to, że strony mają swobodę w zakresie wyboru sposobu wejścia w życie umowy poprzez zastosowanie jednego z trybów regulowanych w kodeksie cywilnym: przyjęcia oferty, negocjacji oraz aukcji albo przetargu. Należy podkreślić, że w trakcie procesu kontraktowania strony mogą przechodzić od jednego trybu do

17 Marszałek, *Swoboda działalności gospodarczej wytwórcy – sprzedawcy energii elektrycznej*, 227.

18 Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z 05.02.2002 r., II CKN 726/00 (LEX nr 521911), Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11.02.2015 r., I ACa 769/14 (LEX nr 1665064).

19 Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak, *Prawo cywilne- część ogólna* (Warszawa: C. H. Beck, 2011), 124.

drugiego, w zależności od ich potrzeb i oczekiwań²⁰. Dyrektywa 2018/2001 nie czyni także zastrzeżeń w zakresie formy czynności prawnej, dlatego, co do zasady, możliwe jest nawiązanie tego stosunku zobowiązaniowego *per facta concludentia*, gdy strony przystąpią do wykonywania umowy²¹.

3. Pojęcie nieuzasadnionych barier administracyjnych i regulacyjnych dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych

Celem prawidłowego zidentyfikowania nieuzasadnionych barier administracyjnych i regulacyjnych dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych warto w pierwszej kolejności przyrzeć się definicji pojęcia „bariera”. Mianowicie, zgodnie z definicją słownikową, „bariera” znaczy między innymi „rzecz, która utrudnia powstanie jakiegoś zjawiska lub sytuacji”²² zaś wobec barier gospodarczych „ograniczenie wyznaczające górne tempo wzrostu dochodu narodowego”²³. Omawiana problematyka barier, w kontekście rozwoju odnawialnych źródeł energii, pojawiła się już w dyrektywie 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych²⁴. Zgodnie z art. 6 dyrektywy 2001/77/WE państwa członkowskie lub właściwe organy powołane przez państwa członkowskie zobowiązane zostały do oceny ram ustawowych i wykonawczych w odniesieniu do przyznawania zezwoleń lub innych procedur administracyjnych²⁵ stosowanych wobec przedsiębiorstw elektroenergetycznych wytwarzających energię elektryczną

-
- 20 Agata Koziół, „Art. 535”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna*, red. Mariusz Frasz, Magdalena Habdas (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018). <https://sip.lex.pl/#/commentary/587768814/566254>. [dostęp: 15.03.2020].
- 21 Mariusz Rypina, Marek Wierzbowski, „Brak zamkniętego katalogu umów w obrocie energią elektryczną” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 7 (2018), 19.
- 22 Bralczyk, *Słownik 100 tysięcy potrzebnych słów*, 43.
- 23 Ibidem, 43.
- 24 Dyrektywa 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2001 r. Nr 283, str. 33 z późn. zm.).
- 25 Wynikających z art. 4 Dyrektywy 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz. U. UE. L. z 1997 r. Nr 27, str. 20).

ze źródeł odnawialnych. Dokonanie oceny miało na celu ograniczenie prawnych i pozaprawnych barier hamujących zwiększanie produkcji energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, usprawnianie i przyspieszanie procedur na odpowiednich szczeblach administracyjnych, oraz zapewnianie obiektywności, przejrzystości i niedyskryminującego charakteru obowiązujących zasad, z pełnym uwzględnieniem specyfiki różnorodnych technologii stosowanych w przypadku odnawialnych źródeł energii²⁶. Dyrektywa 2009/28/WE doprowadziła do rozwinięcia tych przepisów – nie ograniczono się jedynie do analizy i oceny wyżej wspomnianych procedur, ale nałożono na państwa członkowskie konkretne obowiązki do zapewnienia standardów przewidzianych dyrektywą²⁷. Art. 13 ust. 1 dyrektywy 2009/28/WE nakłada na państwa członkowskie zobowiązanie do zapewnienia, że wszelkie krajowe przepisy dotyczące procedur autoryzacji, certyfikacji i licencjonowania, które są stosowane w elektrowniach wytwarzających energię elektryczną z odnawialnych źródeł energii oraz związanej z nimi infrastruktury sieci przesyłowych i dystrybucyjnych są proporcjonalne i niezbędne. W drugiej części tego przepisu prawodawca unijny, w formie katalogu otwartego, zaproponował listę obowiązków nałożonych na państwa członkowskie celem zapewnienia powyższych standardów. Wskazano między innymi na konieczność usprawnienia i przyspieszenia procedur administracyjnych oraz ustanowienia uproszczonych i mniej kłopotliwych procedur autoryzacji dla mniejszych projektów oraz w stosownych przypadkach dla zdecentralizowanych urzędzeń wytwarzających energię ze źródeł odnawialnych²⁸. Realizacja powyższych zobowiązań objęta została obowiązkiem sprawozdawczym. Jak stanowi art. 22 ust. 1 dyrektywy 2009/28/WE, każde państwo członkowskie składa Komisji sprawozdanie dotyczące postępu w promowaniu i wykorzystaniu energii ze źródeł odnawialnych dotyczące m.in. postępu przy ocenie i usprawnieniu procedur administracyjnych, związane z usuwaniem barier regulacyjnych i innych

-
- 26 Art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2001 r. Nr 283, str. 33 z późn. zm.).
- 27 Maciej Wesołowski, „Art. 13”, [w:] *Komentarz do dyrektywy 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych*, red. Zdzisław Muras, Maciej Wesołowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), <https://sip.lex.pl/#/commentary/587757685/555125>. [dostęp: 17.03.2020].
- 28 Art. 13 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 140, str. 16 z późn. zm.).

w rozwoju wykorzystania energii ze źródeł odnawialnych. Na poziomie ogólnym kwestia ograniczania barier mających charakter administracyjny i regulacyjny została wskazana w motywie 42 dyrektywy 2009/28/WE, zgodnie z którym państwa członkowskie, stosując przepisy administracyjne, planując struktury i przepisy prawne dotyczące przyznawania pozwoleń na instalacje w odniesieniu do kontroli i redukcji zanieczyszczeń z zakładów przemysłowych, walki z zanieczyszczeniem powietrza oraz zapobiegania przedostawaniu się niebezpiecznych substancji do środowiska lub minimalizacji tego procesu, powinny uwzględnić wkład odnawialnych źródeł energii w realizację celów związanych z ochroną środowiska i zmianami klimatycznymi, zwłaszcza w porównaniu z instalacjami wytwarzającymi energię ze źródeł nieodnawialnych”. W podobnym duchu zredagowany został motyw 44 stanowiący, że „w trakcie procedur oceny, planowania lub koncesjonowania instalacji wytwarzających energię ze źródeł odnawialnych państwa członkowskie powinny uwzględniać udział odnawialnych źródeł energii w spełnianiu celów dotyczących środowiska i zmiany klimatu, zwłaszcza w porównaniu z instalacjami wytwarzającymi energię ze źródeł nieodnawialnych”. Na podstawie przytoczonych motywów 42 i 44 należy stwierdzić, że zgodnie ze stanowiskiem prawodawcy, ze względu na wkład odnawialnych źródeł energii w realizację celów polityki energetyczno-klimatycznej Unii Europejskiej nie powinny być one przynajmniej poddawane dodatkowym, niezbędnym obostrzeniom administracyjnym i regulacyjnym w porównaniu do wymogów stawianych przed instalacjami ze źródeł nieodnawialnych.

Dalsze rozwinięcie problematyki barier dla rozwoju odnawialnych źródeł energii zaprezentowane zostało w dyrektywie 2018/2001. Jej specyfika w tym zakresie polega na powiązaniu rzeczonych barier z konkretnymi modelami stosunków gospodarczych, które zgodnie ze stanowiskiem prawodawcy, domagają się szczególnego upowszechnienia. W tym miejscu należy wskazać na promocję prosumpcji, uregulowaną w art. 21 ust. 6 dyrektywy 2018/2001, ułatwianie rozwoju społeczności energetycznych, w myśl art. 22 ust. 4 dyrektywy 2018/2001, a także, zgodnie z przytoczonym na wstępie art. 15 ust. 8 dyrektywy 2018/2001, zobowiązanie państw członkowskich do oceny barier regulacyjnych i administracyjnych dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych oraz usunięcia tych barier, które są nieuzasadnione. Analizując kwestię barier regulacyjnych i administracyjnych dla długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych na kanwie dyrektywy 2018/2001, szczególną uwagę należy zwrócić na drugą część art. 15. ust. 8 określającego, że umowy te nie będą podlegać nieproporcjonalnym lub dyskryminacyjnym procedurom i opłatom. Stanowi to jedynie egzemplifikację barier dla rozwoju długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych i nie wyczerpuje całości znaczenia pojęć „bariera regulacyjna” oraz „bariera administracyjna”. Pewne rozszerzenie pojęcia barier administracyjnych zawiera

także motyw 51 dyrektywy 2018/2001 dotyczący długotrwałych procedur administracyjnych, które, jak podaje unijny prawodawca „stanowią poważną barierę administracyjną i są kosztowne”. Zgodnie ze stanowiskiem legislatora, uproszczenie administracyjnych procedur wydawania zezwoleń, w połączeniu z jednoznacznymi terminami wydawania decyzji przez organy właściwe w sprawach wydawania, na podstawie wypełnionych wniosków, zezwoleń dla instalacji wytwarzania energii elektrycznej, powinno podnieść efektywność procedur, obniżając tym samym koszty administracyjne²⁹. Jednocześnie na podstawie art. 7 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, statującego zasadę spójności polityk oraz działań Unii Europejskiej, rozumianą m.in. jako zorientowanie na uzyskanie takich powiązań między poszczególnymi politykami i działaniami Unii, aby stanowiły one jedną harmonijną całość, zakładając wzajemne uzupełnianie się i wspieranie w realizacji celów stawianych przed nimi³⁰, uzasadnione wydaje się odniesienie barier dla rozwoju odnawialnych źródeł energii, wynikających z wyżej przedstawionych dyrektyw 2001/77/WE oraz 2009/28/WE, również do omawianych barier regulacyjnych i administracyjnych związanych z zawieraniem długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Pogląd ten znajduje uzasadnienie w motywie 10 dyrektywy 2018/2001 wskazującym na zapewnienie konsolidacji rezultatów osiągniętych w ramach dyrektywy 2009/28/WE. Nadto, analizując problematykę barier związanych z umowami długoterminowego zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, konieczne jest także nawiązanie do praktyki obrotu gospodarczego. Omawiana problematyka barier regulacyjnych i administracyjnych dla długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych poruszona została między innymi w komunikacie europejskiego stowarzyszenia odbiorców i dostawców energii ze źródeł odnawialnych RE-Source Platform, opublikowanym w czerwcu 2019 r. Zgodnie z jego treścią, RE-Source Platform wezwało Unię Europejską oraz decydentów politycznych państw członkowskich do zapewnienia i zharmonizowania procedur związanych z zakupem energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych bezpośrednio od wytwórców, promocji rynków dnia bieżącego oraz rynku bilansującego, a także maksymalizacji dostępności połączeń wzajemnych. Jednocześnie Organizacja

-
- 29 Motyw 51 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 328, str. 82).
- 30 Dawid Miąsik, „Art.7”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. Dawid Miąsik, Nina Półtorak, Andrzej Wróbel (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), <https://sip.lex.pl/#/commentary/587327081/124521/miasik-dawid-red-poltorak-nina-red-wrobel-andrzej-red-traktat-o-funkcjonowaniu-unii-europejskiej...?cm=URELATIONS>. [dostęp: 19.03.20].

podniosła problem ograniczeń związanych m.in. z uprawnieniem osób trzecich do korzystania z instalacji energetyki odnawialnej czy budową tzw. linii bezpośredniej łączącej wytwórcę energii ze źródeł odnawialnych bezpośrednio z jej odbiorcą.³¹

Omawiany art. 15 ust. 8 dyrektywy 2018/2001 zobowiązuje państwa członkowskie do oceny oraz usunięcia jedynie tych barier administracyjnych i regulacyjnych dla długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, które są nieuzasadnione. Pojęcie „nieuzasadnionych barier” nie zostało zdefiniowane w omawianym akcie prawnym i stanowi klauzulę generalną, która została zastosowana w omawianej dyrektywie także w odniesieniu do regulacji promujących rozwój prosumpcji oraz społeczności energetycznych. Wydaje się, że głównym celem zastosowania tej klauzuli generalnej było wygospodarowanie pewnej swobody w dostosowywaniu dyrektywy do konkretnych uwarunkowań państw członkowskich, które nie mogły zostać przewidziane i uregulowane w ramach abstrakcyjnych norm prawnych omawianej dyrektywy³². Ma to funkcjonalny związek z art. 4 ust. 2 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym dziedzina energii stanowi tzw. kompetencję dzieloną. Oznacza to, że zarówno Unia Europejska, jak i państwa członkowskie uprawnione są do stanowienia prawa i przyjmowania aktów prawnych wiążących w tej dziedzinie. Sposób wykonywania kompetencji dzielonych uregulowany został w art. 2 ust. 2 TFUE, stanowiącym, iż państwa członkowskie wykonują swoją kompetencję w zakresie, w jakim Unia nie wykonała albo postanowiła zaprzestać wykonywania swoich kompetencji. Wyklucza on zatem wydawanie przepisów sprzecznych z dyrektywą lub regulacji utrudniających jej stosowanie³³. Prowadzi to do wniosku,

31 RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations/charter- June 2019*, <http://resource-platform.eu/wp-content/uploads/files/downloads/RE-Source-Platform-Policy-Recommendations.pdf>. [dostęp: 19.03.20].

RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations*

32 Zob. Tadeusz Zieliński, „Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym” *Państwo I Prawo*, z. 11-12 (1997): 134.

33 Przemysław Saganek, „Art. 4.”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. Dawid Miąsik, Nina Półtorak, Andrzej Wróbel (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), <https://sip.lex.pl/#/commentary/587327078/124518/miasik-dawid-red-poltorak-nina-red-wrobel-andrzej-red-traktat-o-funkcjonowaniu-unii-europejskiej...?pit=2020-05-16&cm=URELATIONS>. [dostęp: 21.03.20].

RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations*

iz w pierwszej kolejności przesłanka nieuzasadnienia barier dla długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych dotyczy tych regulacji krajowych, które nie znajdują podstaw w świetle konieczności osiągnięcia rezultatów określonych w dyrektywie 2018/2001, tj. w szczególności realizacji wiążącego celu co najmniej trzydziestodwuprocentowego udziału energii ze źródeł odnawialnych w bilansie zużycia energetycznego Unii Europejskiej do 2030 r., przeciwdziałania zmianom klimatycznym, ochronie środowiska oraz zmniejszaniu zależności energetycznej³⁴. Należy ponadto wskazać, iż omawiana przesłanka nieuzasadnienia barier dla długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych aktualizuje się również wobec tych regulacji krajowych, które udaremniają lub ograniczają realizację celów określonych w traktatach unijnych, ze szczególnym uwzględnieniem traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Podstawą do tego twierdzenia jest tzw. zasada lojalnej współpracy, wynikająca z art. 4 ust. 3 traktatu o Unii Europejskiej, wedle którego państwa członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii, a ponadto ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii. Jak stanowi art. 2 ust. 6 TFUE, zakres i warunki wykonywania kompetencji Unii określają postanowienia Traktatów odnoszące się do każdej dziedziny. W przypadku energii zakres i zastosowanie wykonywania kompetencji przez Unię określone zostały przede wszystkim w art. 194 ust.1 TFUE. Do tego przepisu odwołuje się również motyw 2 dyrektywy 2018/2001, stanowiący, iż dyrektywa realizuje nadrzędny cel, wynikający z art. 194 ust.1 TFUE, w postaci wspierania rozwoju odnawialnych form energii. W art. 194 ust. 1. TFUE unijny prawodawca wskazał na cztery cele szczegółowe, których wykonanie powinno zapewnić realizację celu systemowego w postaci zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego Unii Europejskiej jako całości i poszczególnym państwom członkowskim³⁵. Należą do nich: zapewnienie funkcjonowania rynku energii, zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii

34 Rada Unii Europejskiej: Streszczenie Dyrektywy (UE) 2018/2001 w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych.

35 Marcin Nowacki, „Art. 194.”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, red. Krystyna Kowalik-Bańczyk, Monika Szwarc-Kurczner (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), <https://sip.lex.pl/#/commentary/587648156/445596/kowalik-banczyk-krystyna-red-szwarc-kurczner-monika-red-wrobel-andrzej-red-traktat-o-funkcjonowaniu...?pit=2020-05-16&cm=URELATIONS>. [dostęp: 22.03.20].

RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations*

w Unii, wspieranie efektywności energetycznej i oszczędności energii, jak również rozwoju nowych i odnawialnych form energii oraz wspieranie wzajemnych połączeń między sieciami energii. Warto przy tym wspomnieć – oprócz rzeczonego art. 194 ust.1 TFUE – o innych przepisach bezpośrednio powiązanych z problematyką długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Mowa tu między innymi o art. 11 TFUE stanowiącym, iż w związku z realizacją polityk i działań Unii, w szczególności w celu wspierania zrównoważonego rozwoju, muszą być brane pod uwagę wymogi ochrony środowiska. Wyjątkowe znaczenie ma również zastosowanie do wewnętrznego rynku energii reguł konkurencji uregulowanych w art. 101-109 TFUE, a także postanowienia art. 170-172 w sprawie ustanowienia i rozwoju sieci transeuropejskich w infrastrukturach energetyki³⁶.

4. Nieuzasadnione bariery związane z budową linii bezpośredniej

Zgodnie z art. 3 pkt. 11f prawa energetycznego linia bezpośrednia oznacza linię elektroenergetyczną łączącą wydzieloną jednostkę wytwarzania energii elektrycznej bezpośrednio z odbiorcą lub linię elektroenergetyczną łączącą jednostkę wytwarzania energii elektrycznej przedsiębiorstwa energetycznego z instalacjami należącymi do tego przedsiębiorstwa albo instalacjami należącymi do przedsiębiorstw od niego zależnych. Linia bezpośrednia jest zatem odrębną od systemu elektroenergetycznego infrastrukturą techniczną, umożliwiającą alternatywny sposób dostarczania energii elektrycznej. Jak trafnie wskazuje Eryk Kosiński, linia bezpośrednia stanowi instrument regulacyjny o charakterze ekonomicznym, w tym prokonkurencyjnym, który może także służyć do realizacji celów o charakterze proekologicznym i prospołecznym³⁷. Zastosowanie linii bezpośredniej pozwala na uelastycznienie systemu sieci energetycznych. Linie bezpośrednie zwiększają dostępność lokalizacji pod budowę elektrowni produkujących energię ze źródeł odnawialnych. Jak dotąd, w myśl art. 7 ust. 8d³ prawa energetycznego, umiejscowienie instalacji odnawialnych źródeł energii determinowane jest dostępnością

36 Marcin Nowacki, „Art. 194.”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587648156/445596/kowalik-banczyk-krystyna-red-szwarc-kuczer-monika-red-wrobel-andrzej-red-traktat-o-funkcjonowaniu...?pit=2020-05-16&cm=URELATIONS>. [dostęp: 22.03.20].

RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations*

37 Eryk Kosiński, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne”, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. Marzena Czarnecka, Tomasz Oglódek (Warszawa: C. H. Beck, 2020), 226.

mocy przyłączeniowej w sieci operatora systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego, co z kolei istotnie ogranicza lokowanie nowych elektrowni na terenach o słabiej rozwiniętej infrastrukturze sieciowej. Tymczasem zastosowanie linii bezpośredniej, funkcjonującej poza siecią dystrybucyjną oraz siecią przesyłową, umożliwia dostarczanie energii z instalacji nieprzyłączonej do sieci funkcjonującej w ramach Krajowego Systemu Elektroenergetycznego. Stan techniczny sieci na danym obszarze nie musi zatem ograniczać rozwoju instalacji odnawialnych źródeł energii. Poza tym dostarczanie energii elektrycznej za pośrednictwem linii bezpośredniej umożliwia uniknięcie opłat przesyłowych, które uiszczane są na rzecz przedsiębiorstw sieciowych, co wpływa na cenę sprzedaży energii elektrycznej³⁸. Mając na uwadze powyższe, linia bezpośrednia może być atrakcyjnym instrumentem realizacji długoterminowej umowy zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, jako infrastruktury umożliwiającej bezpośrednio dostarczanie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych pomiędzy wytwórcą a odbiorcą końcowym.

Niezależnie od wyżej przedstawionych możliwości, budowa linii bezpośrednich poddana została szczególnym ograniczeniom, które uzasadniane są koniecznością zachowania jednolitości oraz spójności systemu elektroenergetycznego³⁹. Pierwszym przykładem jest wymóg uzyskania zgody Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na budowę linii bezpośredniej jeszcze przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę w rozumieniu przepisów prawa budowlanego⁴⁰. Zgoda Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki ma charakter prejudycjalny dla orzeczenia organu budowlanego, w związku z tym do czasu uzyskania zgody Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki decyzja o pozwoleniu na budowę nie może być wydana⁴¹. Art. 7a ust. 4 prawa energetycznego wskazuje na restrykcje związane z udzieleniem zgody przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Po pierwsze, decydując w przedmiocie budowy linii bezpośredniej, jest on zobowiązany do uwzględnienia wykorzystania zdolności przesyłowych istniejącej sieci elektroenergetycznej, po drugie musi on wziąć pod uwagę odmowę świadczenia usług przesyłania lub dystrybucji energii

38 Małgorzata Nowaczek-Zaręba, Zdzisław Muras, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne urządzeń, instalacji i sieci”, [w:] *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1-11s*, red. Zdzisław Muras, Mariusz Swora (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016). <https://sip.lex.pl/#/commentary/587297053/516215>. [dostęp: 23.03.20].

RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations*

39 Eryk Kosiński, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne”, 227.

40 Art. 7a ust. 3 Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 755 z późn. zm.).

41 Nowaczek-Zaręba, Muras, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne urządzeń, instalacji i sieci”.

elektrycznej istniejącą siecią elektroenergetyczną podmiotowi występującemu o uzyskanie zgody oraz nieuwzględnienie złożonej przez niego skargi na tę odmowę. Oznacza to, że niezależnie od przyjętego modelu działalności, aby uzyskać zgodę na budowę linii bezpośredniej, wytwórca staje przed koniecznością wykazania braku możliwości przyłączenia do istniejącej infrastruktury należącej do operatora systemu dystrybucyjnego lub przesyłowego, nie zważając m.in. na skutki finansowe budowy przyłącza elektroenergetycznego pomiędzy siecią a znacznie oddaloną od niej instalacją odnawialnych źródeł energii. Jako że uznaje się, iż linie bezpośrednie stanowią odstępstwo od spójności i jednolitości systemu elektroenergetycznego⁴², Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, dysponując zakresem luzu decyzyjnego wchodzącym w zakres uznania regulacyjnego⁴³, udziela zgody na budowę linii bezpośrednich wyjątkowo rzadko, a co za tym idzie, praktyczna możliwość stosowania tego typu rozwiązań infrastrukturalnych w Polsce jest niewielka⁴⁴.

Ograniczona możliwość zastosowania linii bezpośredniej w związku z realizacją umów długoterminowego zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych wynika również z obecnie funkcjonującej definicji tego pojęcia w prawie energetycznym. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 3 pkt. 11f prawa energetycznego linia bezpośrednia to linia elektroenergetyczna łącząca wydzieloną jednostkę wytwarzania energii elektrycznej bezpośrednio z odbiorcą. Na szczególną uwagę zasługuje pojęcie wydzielenia jednostki wytwarzania energii elektrycznej. W orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI ACa 1365/15 mowa jest o tym, że wydzielenie oznacza, iż jednostka wytwórcza nie pracuje synchronicznie z systemem elektroenergetycznym, rozumianym jako sieci elektroenergetyczne z przyłączonymi do nich urządzeniami i instalacjami współpracującymi z siecią, a energia elektryczna wytwarzana w tej jednostce wytwórczej nie jest wprowadzana do systemu elektroenergetycznego, a zarówno ta jednostka, jak i odbiorca nie są przyłączeni do systemu elektroenergetycznego⁴⁵. Znajduje to potwierdzenie w stanowisku doktryny wskazującej, iż uregulowanie linii bezpośredniej odnosi się do umożliwienia dostarczania energii elektrycznej do odbiorcy, który nie ma

42 Nowaczek-Zaręba, Muras, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne urządzeń, instalacji i sieci”.

43 Szerzej zob. Krzysztof Jaroszyński, Marek Wierzbowski, „Rozdział IV. Organy regulacyjne”, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. VI, *Podmioty administrujące*, red. Roman Hauser, Andrzej Wróbel (Warszawa: C. H. Beck, 2011), 317-320.

44 Christian Schnell, Olga Wasilewska, *Perspektywy rozwoju Corporate PPA w Polsce. Możliwość kontraktowania dostaw zielonej energii dla przemysłu* (Warszawa: Instytut Jagielloński, 2020), 11.

45 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16.12.2016 r., VI ACa 1365/15 (LEX nr 2200360).

możliwości skorzystania z dostarczania za pośrednictwem właściwej sieci⁴⁶. W szczególności oznacza to, że przepisy dotyczące linii bezpośredniej znajdują zastosowanie dopiero wtedy, gdy brak jest możliwości zaspokojenia potrzeb odbiorcy końcowego za pośrednictwem istniejącej infrastruktury, natomiast nie będą one stosowane w przypadku odbiorcy końcowego przyłączonego do sieci elektroenergetycznej, ale pomocniczo zasilanego przez instalację odnawialnych źródeł energii. Zasadniczo ogranicza to możliwość zastosowania linii bezpośredniej jako instrumentu o charakterze ekonomicznym, prokonkurencyjnym, alternatywnego wobec dotychczasowego modelu dostarczania energii elektrycznej⁴⁷, a tym samym stosowanie jej do długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione tu szczególne możliwości dotyczące zastosowania linii bezpośredniej w związku z realizacją długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, należy stwierdzić, że wskazane ograniczenia stanowią bariery administracyjne i regulacyjne w rozumieniu art. 15 ust. 8 dyrektywy 2018/2001. Wysoce problematyczny wymóg uzyskania zgody Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na budowę linii bezpośredniej może być nadto postrzegany jako tzw. długotrwała procedura administracyjna, wedle motywu 51 dyrektywy 2018/2001. Jednocześnie wydaje się, że występowanie powyższych barier nie znajduje uzasadnienia w świetle realizacji głównego celu dyrektywy tj. zwiększenia udziału energii ze źródeł odnawialnych w bilansie zużycia energetycznego Unii Europejskiej do 2030 r. Poza tym, w myśl art. 3 ust.5 lit. b dyrektywy 2018/2001 Komisja wspiera ambicje państw członkowskich dotyczące m.in. zwiększenia elastyczności systemu energetycznego, utrzymania stabilności sieci i rozwiązywania zatorów w sieci, w świetle czego wątpliwe są podstawy zachowania tak restrykcyjnych regulacji dotyczących budowy oraz zastosowania linii bezpośredniej w polskim systemie prawnym.

5. Nieuzasadniona bariera dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych związane z obowiązkiem uzyskania świadectw pochodzenia

Omawiana bariera nie dotyczy formalnej możliwości wykonywania działalności w ramach długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych, natomiast ogranicza opłacalność tego modelu stosunków gospodarczych. Na podstawie art. 52 ustawy o odnawialnych źródłach energii określony został krąg podmiotów obciążonych obowiązkami polegającymi na uzyskaniu i przedstawieniu do umorzenia świadectw pochodzenia albo uiszczeniu opłaty zastępczej w przeliczeniu na energię elektryczną, jaka

46 Nowaczek-Zaręba, Muras, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne urządzeń, instalacji i sieci”.

47 Eryk Kosiński, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne”, 226.

odpowiada określonej udziałowi wykonanej, całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej w danym roku przez wymienione podmioty⁴⁸. Na gruncie art. 52 ust. 2 pkt. 2 ustawy o odnawialnych źródłach energii, obowiązek ten wykonują także przedsiębiorstwa energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej lub obrotu tą energią i sprzedające tę energię odbiorcom końcowym, niebędącym odbiorcami przemysłowymi. Przywołana regulacja nie wprowadza żadnego rozróżnienia pomiędzy wytwórcami energii ze źródeł nieodnawialnych, które najczęściej cechują się wysokim poziomem emisyjności a wytwórcami energii ze źródeł odnawialnych, w obu przypadkach obciążając przedsiębiorców sprzedających energię elektryczną odbiorcom końcowym obowiązkiem uzyskania i przedstawienia świadectw pochodzenia lub uiszczenia opłaty zastępczej⁴⁹. Omawiany obowiązek stanowi przejaw pewnej niekonsekwencji ustawodawcy. Art. 69a ustawy o odnawialnych źródłach energii wyraźnie wskazuje bowiem, iż system świadectw pochodzenia jest systemem wsparcia wytwarzania energii elektrycznej w instalacjach odnawialnego źródła energii. Powyższe prowadzi do wniosku, że wytwórca energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, który sprzedaje ją bezpośrednio odbiorcy końcowemu, w ramach długoterminowych umowy zakupu energii ze źródeł odnawialnych, zostaje dodatkowo obciążony obowiązkiem współfinansowania systemu wsparcia wytwórstwa energii ze źródeł odnawialnych, z którego nie może lub nie chce korzystać,⁵⁰ dokładnie na tych samych warunkach jak wytwórca produkujący energię elektryczną w źródłach wysokoemisyjnych. W tym kontekście warto nawiązać do dyspozycji art. 15 ust. 8 dyrektywy 2018/2001 stanowiącego, że długoterminowe umowy zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych nie będą podlegać nieproporcjonalnym lub dyskryminacyjnym procedurom i opłatom. Wydaje się, że obciążenie wytwórców sprzedających energię ze źródeł odnawialnych bezpośrednio odbiorcom końcowym obowiązkiem uzyskania świadectw pochodzenia, stanowi rodzaj nieproporcjonalnej

48 Adam Frąckowiak, „Art.52”, [w:] *Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Komentarz*, red. Jerzy Baehr, Piotr Lissoń (Warszawa: Wolters Kluwer, 2016). <https://sip.lex.pl/#/commentary/587704378>. [dostęp: 23.03.20].

RE-Source European platform for corporate renewable energy sourcing, *Key policy recommendations*

49 Schnell, Wasilewska, *Perspektywy rozwoju Corporate PPA w Polsce*, 12.

50 Od 2016 roku funkcjonuje nowy system wsparcia produkcji energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii, tzw. system aukcyjny. Z systemu świadectw pochodzenia energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych korzystać mogą jedynie wytwórcy, którzy przystąpili do systemu świadectw pochodzenia przed reformą wprowadzającą system aukcyjny.

opłaty, utrudnia upowszechnianie długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, a w konsekwencji stanowi nieuzasadnioną barierę regulacyjną dla ich rozwoju. Analizowany obowiązek wpływa negatywnie na atrakcyjność cenową sprzedaży energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, co kłóci się z motywem 3 dyrektywy 2018/2001, stanowiącym, że zwiększone stosowanie energii ze źródeł odnawialnych ma fundamentalne znaczenie dla promowania „zrównoważonej energii po przystępnych cenach”. Ponadto, jako że art. 52 ust. 2 pkt. 2 ustawy o odnawialnych źródłach energii nie różnicuje sytuacji prawnej wytwórców energii ze źródeł odnawialnych od pozostałych przedsiębiorstw energetycznych wykonujących działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej lub obrotu tą energią, realizacja obowiązku pozyskania świadectw pochodzenia nie może być uzasadniona promowaniem odnawialnych źródeł energii. Omawiany przepis w swej obecnej treści prowadzi bowiem do bezpodstawnego uprzywilejowania przedsiębiorców energetycznych, funkcjonujących w ramach systemu wsparcia świadectw pochodzenia kosztem wytwórców energii ze źródeł odnawialnych, sprzedających ją bezpośrednio odbiorcom końcowym.

6. Nieuzasadniona bariera dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych wynikająca z ustawy o efektywności energetycznej

Zakres przedmiotowy ustawy o efektywności energetycznej obejmuje m.in. zasady realizacji obowiązku uzyskania oszczędności energii przez podmioty objęte systemem świadectw efektywności energetycznej. Omawiany obowiązek, na zasadzie alternatywy rozłącznej, dotyczy następujących czynności: 1) realizacji przedsięwzięć służących poprawie efektywności energetycznej u odbiorcy końcowego, w wyniku których uzyskuje się oszczędności energii finalnej, 2) uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectw efektywności energetycznej⁵¹, 3) uiszczenia opłaty zastępczej⁵². Zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt. 1 ustawy o efektywności energetycznej, powyższe obowiązki stosuje się m.in. do przedsiębiorstw energetycznych wykonujących działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania lub obrotu energią elektryczną, ciepłem lub gazem ziemnym i sprzedających energię elektryczną, ciepło lub gaz ziemny odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Definiując pojęcie odbiorcy końcowego ustawa o efektywności energetycznej odwołuje się do art. 3 pkt 13a prawa energetycznego, zgodnie z którym określenie to oznacza „odbiorcę dokonującego zakupu paliw lub energii na własny użytek;

51 Art. 10 ust. 1 Ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 264 z późn. zm.).

52 Art. 11 ust. 1 Ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 264 z późn. zm.).

do własnego użytku nie zalicza się energii elektrycznej zakupionej w celu jej zużycia na potrzeby wytwarzania, przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej oraz paliw gazowych zakupionych w celu ich zużycia na potrzeby przesyłania, dystrybucji, magazynowania paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego lub regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego⁵³. Biorąc pod uwagę tak pojemną definicję określenia „odbiorca końcowy” należy zauważyć, że wspomniany art. 10 ust. 2 pkt. 1 ustawy o efektywności energetycznej znajduje zastosowanie także do stron długoterminowej umowy zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, na podstawie której, w myśl art. 2 pkt. 17 dyrektywy 2018/2001, osoba fizyczna lub prawna zgadza się na zakup energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych bezpośrednio od producenta energii elektrycznej. Podobnie jak w przypadku wyżej opisywanego obowiązku pozyskania świadectw pochodzenia, również w odniesieniu do systemu świadectw efektywności energetycznej ustawodawca nie dokonał rozróżnienia przedsiębiorstw energetycznych wytwarzających energię elektryczną w zależności od źródła pochodzenia energii. Dokonanie tego podziału wydawałoby się jednak słuszne, biorąc pod uwagę, iż podstawowym celem wprowadzenia omawianego systemu jest dążenie do osiągnięcia wzrostu efektywności energetycznej jako realizacji celów ustalonych w ramach pakietu klimatyczno-energetycznego⁵⁴, którego częścią jest m.in. osiągnięcie 15% udziału energii ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto w 2020 r.⁵⁵. Poza tym, poprawa efektywności energetycznej obiektów poprzez istotną redukcję zużycia energii elektrycznej pobieranej z sieci zewnętrznej może być realizowana właśnie poprzez odnawialne źródła energii, w szczególności energię wiatru i promieniowania słonecznego funkcjonujące w ramach tzw. układów hybrydowych⁵⁶, do których zastosowanie mogą mieć również długoterminowej umowy zakupu energii ze źródeł odnawialnych. W świetle

- 53 Art.3 pkt. 13a Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 833 z późn. zm.).
- 54 Krzysztof Glibowski, *Białe certyfikaty i świadectwa efektywności energetycznej w UE. Analiza porównawcza regulacji systemowych przyjętych w Wielkiej Brytanii, Francji, we Włoszech i w Polsce* (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 3.
- 55 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 140, str. 16 z późn. zm.).
- 56 Sławomir Sowa, „Odnawialne źródła energii jako czynnik wpływający na poprawę efektywności energetycznej” *Zeszyty Naukowe Instytutu Gospodarki Surowcami Mineralnymi i Energią Polskiej Akademii Nauk*, nr 105 (2018): 192.

powyższych argumentów obowiązki wynikające z systemu świadectw efektywności energetycznej w obecnym kształcie mogą być postrzegane jako nieuzasadniona bariera regulacyjna dla długoterminowych umów zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Realizacja tych obowiązków podważa konkurencyjność finansową omawianego modelu sprzedaży energii, skłaniając wytwórców do korzystania z systemów wsparcia uregulowanych w art. 69a ustawy o odnawialnych źródłach energii. Ponieważ wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych umożliwia zwiększenie efektywności energetycznej, a rozwój obu dziedzin podyktowany jest realizacją wspólnego pakietu energetyczno-klimatycznego, legislator winien w sposób szczególnie uwzględnić problematykę wytwórstwa energii ze źródeł odnawialnych, kształtując system świadectw efektywności energetycznej. Omawiana bariera regulacyjna nie znajduje uzasadnienia w świetle, wynikającego z dyrektywy 2018/2001, dążenia do upowszechniania długoterminowych umów sprzedaży energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, jak również w kontekście osiągnięcia celu w postaci zwiększenia udziału energii ze źródeł odnawialnych w bilansie zużycia energetycznego Unii Europejskiej do 2030 r.

7. Zakończenie

Przedstawiona analiza dowodzi, iż w polskim systemie występują nieuzasadnione bariery regulacyjne i administracyjne dla zawierania długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych. Z pewnością, niniejszy artykuł nie obejmuje wszystkich przeszkód prawnych, z którymi konfrontują się ich strony. W tym kontekście wystarczy wspomnieć o niestabilności ustawodawstwa energetycznego, czego przykładem jest dysfunkcyjna⁵⁷ ustawa z dnia 20 maja 2016 roku o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Wskazane w niniejszym artykule bariery odnoszą się jednak w sposób szczególnie do specyfiki długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych. Co prawda nie mają one charakteru bezwzględnie, natomiast ich zniesienie mogłoby istotnie przyczynić się do upowszechniania tego typu stosunków gospodarczych na terenie Polski. W ocenie autora, podjęcie kroków celem ułatwienia zawierania długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych wydaje się konieczne nie tylko ze względu na obowiązek implementacji dyrektywy 2018/2001 w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych. Dotychczas funkcjonujące głównie mechanizmy wsparcia odnawialnych źródeł energii mają charakter jedynie

57 Sandra Sekuła-Barańska, „Rozdział XXII. Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego na przykładzie inwestycji w zakresie elektrowni wiatrowych w Polsce”, [w:] *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, red. Marian Zdyb, Emil Kruk, Grzegorz Lubeńczuk (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 340.

tymczasowy⁵⁸, celem realizacji nałożonych na Polskę zobowiązań w zakresie wytworzenia określonego wolumenu energii ze źródeł odnawialnych, w sposób najbardziej efektywny kosztowo⁵⁹. Oznacza to, że *de lege ferenda* ustawodawca stanie przed koniecznością dostosowania warunków prawnych do sprzedaży „zielonej energii” na warunkach rynkowych, poza systemami wsparcia odnawialnych źródeł energii. W tym kontekście tym bardziej aktualizować się będzie konieczność zniesienia barier prawnych do zawierania długoterminowych umów zakupu energii ze źródeł odnawialnych.

Bibliografia

- Bralczyk, Jerzy. *Słownik 100 tysięcy potrzebnych słów*. Warszawa: Wydawnictwo naukowe PWN, 2005.
- Czarnecka Marzena, Oglódek Tomasz, „Art. 5. Umowy o dostarczanie”, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. Marzena Czarnecka, Tomasz Oglódek, 114-153. Warszawa: C. H. Beck, 2020.
- Długosz Tomasz, „X. Instrumenty wspierania energetyki niekonwencjonalnej”, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego tom 8B*, red. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel, 263-311. Warszawa: C.H. Beck, 2018.
- Frąckowiak Adam, „Art.52.”, [w:] *Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Komentarz*, red. Jerzy Baehr, Piotr Lissoń, 164-169. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.

-
- 58 Zgodnie z art. 44 ust. 5 Ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, świadectwo pochodzenia dla energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wytworzonej w mikroinstalacji albo w instalacji odnawialnego źródła energii innej niż mikroinstalacja przysługuje przez okres kolejnych 15 lat, nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2035 r, natomiast art. 92 ust. 6 Ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii stanowi, iż wynikający z wygranej aukcji obowiązek zakupu energii elektrycznej przez sprzedawcę zobowiązanego oraz przysługujące wytwórcy prawo do pokrycia ujemnego salda przysługuje w okresie, który nie może trwać dłużej niż do dnia: 30 czerwca 2039 r. – w odniesieniu do instalacji odnawialnego źródła energii, o których mowa w art. 72 ust. 1 pkt 1 oraz art. 72 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii.
- 59 Tomasz Długosz, „X. Instrumenty wspierania energetyki niekonwencjonalnej”, [w:] *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego tom 8B*, red. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 278- 279.

- Glibowski, Krzysztof. *Białe certyfikaty i świadectwa efektywności energetycznej w UE. Analiza porównawcza regulacji systemowych przyjętych w Wielkiej Brytanii, Francji, we Włoszech i w Polsce*. Warszawa: C. H. Beck, 2018.
- Gutowski, Maciej, Katarzyna Smagieł, „Art. 5. IV. Składniki umowy”, [w:] *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1-11s*, red. Zdzisław Muras, Mariusz Swora. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016. LEX.
- Jaroszyński Krzysztof, Marek Wierzbowski, „Rozdział IV. Organy regulacyjne”, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. VI, *Podmioty administrujące*, red. Roman Hauser, Andrzej Wróbel, 299-354 Warszawa: C.H. Beck, 2011.
- Kosiński Eryk, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne”, [w:] *Prawo energetyczne. Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Ustawa o rynku mocy. Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, red. Marzena Czarnecka, Tomasz Ogłódek, 223-229 Warszawa: C. H. Beck, 2020.
- Kosiński Eryk, *Regulacja sektora energetycznego w Unii Europejskiej oraz na Ukrainie. Cele i prawne środki regulacji sektora energetycznego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2019.
- Koziół Agata. „Art. 535.”, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna*, red. Mariusz Frasz, Magdalena Habdas. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018. LEX.
- Marszałek Marcin, *Swoboda działalności gospodarczej wytwórcy – sprzedawcy energii elektrycznej*. Warszawa: C. H. Beck, 2015.
- Miąsik Dawid, „Art.7.”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. Dawid Miąsik, Nina Półtorak, Andrzej Wróbel. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012. LEX.
- Nowacki, Marcin. „Art. 194.”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, red. Krystyna Kowalik-Bańczyk, Monika Szwarz-Kurczer. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012. LEX.
- Nowaczek-Zaręba Małgorzata, Zdzisław Muras, „Art.7a. Wymagania techniczne i eksploatacyjne urządzeń, instalacji i sieci”, [w:] *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1-11s*, red. Zdzisław Muras, Mariusz Swora. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016. LEX.
- Radwański Zbigniew, Adam Olejniczak, *Prawo cywilne- część ogólna*. Warszawa: C. H. Beck, 2011.
- Rypina Mariusz, Marek Wierzbowski, „Brak zamkniętego katalogu umów w obrocie energią elektryczną” *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 7 (2018): 16-21.
- Saganek Przemysław, „Art. 4.”, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. Dawid Miąsik, Nina Półtorak, Andrzej Wróbel. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012. LEX.

- Schnell Christian, Olga Wasilewska, *Perspektywy rozwoju Corporate PPA w Polsce. Możliwość kontraktowania dostaw zielonej energii dla przemysłu*. Warszawa: Instytut Jagielloński, 2020.
- Sekuła- Barańska Sandra, „Rozdział XXII. Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego na przykładzie inwestycji w zakresie elektrowni wiatrowych w Polsce”, [w:] *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, red. Marian Zdyb, Emil Kruk, Grzegorz Lubeńczuk, 335-349. Warszawa: C. H. Beck, 2018.
- Smagiel Katarzyna, „Art. 3. IX. Sprzedaż”, [w:] *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1-11s*, red. Zdzisław Muras, Mariusz Swora. Warszawa: Wolters Kluwer, 2016. LEX.
- Sowa Sławomir, „Odnawialne źródła energii jako czynnik wpływający na poprawę efektywności energetycznej” *Zeszyty Naukowe Instytutu Gospodarki Surowcami Mineralnymi i Energią Polskiej Akademii Nauk*, nr 105 (2018): 187-196.
- Wesołowski Maciej „Art. 13.”, [w:] *Komentarz do dyrektywy 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych*, red. Zdzisław Muras, Maciej Wesołowski. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018. LEX.
- Zieliński Tadeusz, „Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym” *Państwo i Prawo*, z. 11-12 (1997): 134-147.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license. For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Problematyka tworzenia aktów ustawowych dotyczących służb specjalnych w Polsce

Issues Related to the Creation of the Legal Framework Governing the Intelligence Services

The problem of creating an adequate legal framework governing the essential aspects of the functioning of the intelligence services is, from the perspective of a democratic state and the rule of law, a problem of growing scientific interest. The research in this field concentrates on finding a proper balance between two constitutional principles – ensuring an adequate level of state security and respecting human rights and fundamental freedoms. This problem is more relevant in Poland because of the role the intelligence services played in the communist system during the PRL (The Polish People's Republic) period and their negative social perception. Legislative activities, aimed at shaping the relevant legal provisions of systemic nature in line with the general orientations set out in the Constitution of the Republic of Poland of 1997, are possible instruments for modifying this image. These institutions have been created to serve society with full respect for democratic principles and fundamental rights following the essential constitutional principles. The author examines these issues.

Piotr Burczaniuk

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego*

ORCID – 0000-0002-6685-8769

Słowa kluczowe:

tworzenie prawa, tworzenie prawa legislacja, legislacja służby specjalne, służby specjalne ustawa, ustawa akt prawodawczy, akt prawodawczy

Key words:

lawmaking, legislation, secret services, Act of Parliament, legislative act

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.294>

1. Wstęp

Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżenie problematyki tworzenia prawa rangi ustawowej konstruującego podstawy funkcjonowania służb specjalnych. Przedmiotowe zagadnienie nie spotkało się do chwili obecnej z szerszą analizą prowadzoną w obszarze nauk teoretyczno-prawnych bądź dogmatycznych, choć dotyka – jak się wydaje – istotnego problemu badawczego, jakim jest wyznaczenie zakresu i sposobu konstruowania przepisów ustawowych określających zadania i zasady funkcjonowania służb specjalnych. Zagadnienie to jest szczególnie ciekawe, gdyż wymaga wyznaczenia

swoistego balansu pomiędzy dwoma fundamentalnymi wartościami: z jednej strony, zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa państwa a z drugiej zachowania standardu wyznaczonego zasadą demokratycznego państwa prawnego, w szczególności poszanowania praw i wolności obywatelskich. Niższe opracowanie podejmuje więc próbę rozpoczęcia dyskursu nad tym zagadnieniem.

Podjęcie określonych rozważań nie jest możliwe bez zdefiniowania, choćby na poziomie podstawowym, pojęć dla niej kluczowych, do których należą „służby specjalne” oraz „ustawa”.

Zakres pojęciowy terminu „służby specjalne” może być rozumiany z dwóch głównych perspektyw: podmiotowej i przedmiotowej. Perspektywa podmiotowa koncentruje się na wyznaczeniu organów, które uznaje się w danym porządku prawnym za służby specjalne. Takie rozumienie przyjął współcześnie polski ustawodawca, który w art. 11 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹ wskazał katalog służb specjalnych, zaliczając do niego Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencję Wywiadu, Służbę Kontrywiadu Wojskowego, Służbę Wywiadu Wojskowego i Centralne Biuro Antykorupcyjne, zwane dalej odpowiednio „ABW”, „AW”, „SKW”, „SWW”, „CBA”. Perspektywa przedmiotowa zaś, identyfikuje służby specjalne poprzez odwołanie do: po pierwsze rodzaju realizowanych przez nie zadań, skoncentrowanych na rozpoznawaniu zagrożeń godzących w bezpieczeństwo państwa i zbieraniu informacji ich dotyczących na potrzeby najważniejszych osób w państwie, oraz po drugie, charakteru realizowanych czynności tj. czynności operacyjno-rozpoznawcze dokonywanych w sposób niejawni. Z uwagi na przekrojowość rozważań podjętych w opracowaniu odwołuje się ono do rozumienia pojęcia służby specjalne w obu zarysowanych powyżej perspektywach.

Z kolei termin ustawa, będzie rozumiany zarówno w wymiarze formalnym, jako jedno ze źródeł prawa, o których mowa w art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.², zwanej dalej „Konstytucją RP”, jak i w rozumieniu materialnym, jako akt normatywny o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym, mocy powszechnie obowiązującej, uchwalany przez najwyższe organy państwowe, wyposażone we władzę ustawodawczą³.

Tak zarysowany obszar analityczny będzie przedstawiony zarówno z perspektywy analizy prawnoporównawczej, opartej na analizie historycznej tekstów aktów normatywnych regulujących funkcjonowanie służb specjalnych po 1918 roku, oraz analizy dogmatycznej teksów ustaw obowiązujących,

1 Dz.U. z 2020 poz. 27.

2 Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483, z późn. zm.

3 Por. Ryszard M. Małajny, „Pojęcie ustawy i ich rodzaje”, [w:] *Studia z wykładni prawa*, red. Czesław Martysz, Zbigniew Tobor (Bydgoszcz-Katowice: Branta, 2008), 45-57.

skoncentrowanej w szczególności na ukazaniu ich systematyki oraz zakresu regulowanej materii oraz analizy orzecznictwa konstytucyjnego i wykazania przyjmowanych wobec tych ustaw przez Trybunał Konstytucyjny wzorców konstytucyjnej ochrony.

2. Ustawa jako akt regulujący funkcjonowanie służb specjalnych w Polsce – rys historyczny do 1989 roku

Pełne zarysowanie problematyki tworzenia ustaw regulujących funkcjonowanie służb specjalnych we współczesnej Polsce nie jest możliwe bez odwołania się do kontekstu historycznego, ukazującego rodzaje i zakresy aktów prawnych kreujących i określających funkcjonowanie służb specjalnych w różnych okresach historycznych.

Biorąc pod uwagę, iż niezbędnym warunkiem tworzenia prawa, w tym prawa ustawowego, jest istnienie struktur władzy państwowej zdolnej do realizacji tego zadania, punktem wyjścia do rozważań tła historycznego niniejszych rozważań staje się okres II Rzeczypospolitej (1918-1939)⁴. Jak wskazuje Kazimierz Mordaszewski, „w Polsce w trakcie odzyskiwania niepodległości w 1918 roku również bardzo szybko powołano służby wywiadowcze i kontrwywiadowcze. Jeszcze przed przybyciem do Warszawy Józefa Piłsudskiego, Rada Regencyjna dekretem z 25 października 1918 r. powołała centralny urząd Szefa Sztabu Generalnego, a w jego strukturze początkowo czteroosobowy II Wydział Informacyjny”⁵. W listopadzie 1918 roku został on przekształcony w czterosekcyjny Oddział VI Informacyjny Sztabu Generalnego, a po licznych przekształceniach wewnętrznych w strukturze Sztabu Generalnego Wojska Polskiego w Oddział II. Co istotne, przez cały ten okres, zakres zadań powierzanych mu do realizacji określony był na poziomie rozkazów Szefa Sztabu lub Ministra Spraw Wojskowych, który m.in. 22 czerwca 1921 roku uregulował organizację służb informacyjnych przyjmując zasadę koncentrującą wywiad ofensywny i defensywny w Oddziale II, kierując zaś zadania tzw. defensywy politycznej, czyli działań o charakterze kontrwywiadowczym sfery cywilnej do wyspecjalizowanej komórki Policji Państwowej⁶. Jak wynika z powyższego, w okresie dwudziestolecia międzywojennego służby specjalne przybierały postać jednostek organizacyjnych ulokowanych

4 Poza przedmiotem rozważań pozostaje okres I Rzeczypospolitej (do roku 1795) oraz okres rozbiorów (1795 – 1918). Szerzej na ten temat Jan Larecki, „Zarys historii polskich służb specjalnych”, [w:] *Polskie służby specjalne słownik*, red. Konstanty A. Wojtaszczyk (Warszawa: Aspra-JR, 2011), 21-23.

5 Tak Kazimierz Mordaszewski, „Proces kształtowania służb specjalnych w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej” *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego*, nr 1 (2009): 17.

6 Por. Larecki, „Zarys historii polskich służb specjalnych”, 24.

w strukturze wojska polskiego lub policji państwowej, będąc pozbawione regulacji ustawowej, zaś zakres ich zadań wkomponowany był w strukturę dowodzenia wojskowego lub policyjnego przybierającego formę specyficznego rozkazu zadaniowego o charakterze ogólnym.

Z perspektywy wydarzeń II wojny światowej zadania służb specjalnych na ziemiach polskich realizowane były z jednej strony przez komórki wywiadowczo-kontrwywiadowcze struktur i organizacji ruchu oporu, które – co oczywiste z uwagi na specyfikę realizacji tej kategorii zadań w warunkach wojennych – przyjmowały postać konkretnego zadaniowania o charakterze rozkazu. Z drugiej strony w ramach emigracyjnych władz polityczno – wojskowych powoływane były sformalizowane struktury organizacyjne o charakterze służb specjalnych, do których zaliczyć należy Oddział II i VI Sztabu Naczelnego Wodza, Departament Polityczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych oraz Wydział Spraw Specjalnych Ministerstwa Obrony Narodowej, których zadaniowanie również opierało się na rozkazie właściwego przełożonego.

U schyłku II wojny światowej władze komunistyczne w Polsce zaczęły tworzyć strukturalnie zintegrowany z aparatem państwowym system bezpieczeństwa oparty na służbach specjalnych. Jak podkreśla Jan Larecki „w początkowym okresie, mniej więcej do 1948 r., były one gwarantem istnienia tej władzy, potem – w większym czy mniejszym stopniu – realizatorami polityki narzuconej przez ZSRR i następnie Układ Warszawski”⁷. W ramach tworzonych w PRL służb specjalnych wyraźnie kształtował się podział na dwie odrębne struktury: cywilne i wojskowe tworzone odpowiednio w ramach instytucji cywilnych i wojskowych.

Do instytucji cywilnych obejmującymi struktury służb specjalnych, przyjmując ujęcie chronologiczne, zaliczyć należy:

- 1) w okresie od 21 lipca do 31 grudnia 1944 roku Resort Bezpieczeństwa Publicznego Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z podległymi jednostkami terenowymi, powstały jako jeden z trzynastu resortów, na mocy ustawy z dnia 21 lipca 1944 r. o utworzeniu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego⁸. Do jednostek objętych strukturą tego resortu należały m.in. kontrwywiad i wywiad. Ponadto, jako podległą wobec resortu, dekretem PKWN z dnia 7 października 1944 r. o Milicji Obywatelskiej⁹ powołano rzeczoną formację jako prawnopubliczną formację służby Bezpieczeństwa Publicznego (art. 1), określając w art. 2 jej zadania (art. 2), sprowadzające się do ochrony bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego oraz dochodzenia i ścigania przestępstw, a także wykonywania zleceń władz administracyjnych, sądów i prokuratury

7 Ibidem, 25.

8 Dz. U. z 1944 r. Nr 1, poz. 1.

9 Dz. U. z 1944 r. Nr 7, poz. 33.

w zakresie prawem przewidzianym. Katalog czynów zabronionych został wobec przedwojennego kodeksu karnego rozbudowany o przestępstwa, nakierowane na walkę ze zbrojnym podziemiem i ugruntowanie władzy komunistycznej, co określał dekret PKWN z dnia 30 października 1944 r. o ochronie Państwa¹⁰, który poprzez art. 17 powierzał ich ściganie kierownikom resortu obrony narodowej i bezpieczeństwa publicznego. Co istotne wymienione regulacje nie określały zarówno sposobów, jak i środków służących realizacji powierzonych resortom zadań;

- 2) w okresie od 1 stycznia 1945-6 grudnia 1954 roku Ministerstwo Bezpieczeństwa Publicznego i podległe mu jednostki terenowe, powstałe jako następstwo przekształcenia PKWN w Rząd Tymczasowy na mocy art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 31 grudnia 1944 r. o powołaniu Rządu Tymczasowego Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. W 1953 roku osiągnęło ono największy rozrost organizacyjny obejmując jedenaście departamentów i jeden wydział, w tym kontrwywiad i wywiad;
- 3) w okresie od 7 grudnia 1954-27 listopada 1956 roku Komitet ds. Bezpieczeństwa Publicznego, powołany dekretem z dnia 7 grudnia 1954 r. o naczelnym organach administracji państwowej w zakresie spraw wewnętrznych i bezpieczeństwa publicznego¹², na mocy którego, w tle wydarzeń związanych z ucieczką płk. Józefa Światły na zachód, zlikwidowano Ministerstwo Bezpieczeństwa Publicznego dzieląc je na dwie części: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, w którego strukturach pozostała Milicja Obywatelska, Korpus Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Wojska Ochrony Pogranicza oraz Komitet Rady Ministrów do spraw Bezpieczeństwa Publicznego, obejmujący „wszystkie departament operacyjne i departament śledczy oraz ich bezpośrednio zaplecze techniczne i logistyczne”¹³. Wskazany dekret Rady Państwa uznać należy za pierwszy akt prawny rangi ustawowej, który w odniesieniu do służb specjalnych, poza samym ich wyodrębnieniem podmiotowym, określał również:
 - a) formę organizacyjno-prawną: organ Rządu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w zakresie bezpieczeństwa publicznego (art. 6 ust. 1),
 - b) podstawowe zadanie: ochrona ustroju ludowo-demokratycznego, ustalonego w Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (art. 6 ust. 2) oraz prowadzenie na podstawie praw Polskiej

10 Dz. U. z 1944 r. Nr 10, poz. 50.

11 Dz. U. z 1944 r. Nr 19, poz. 99.

12 Dz. U. z 1954 r. Nr 54, poz. 269.

13 Sylwia Galij-Skarbińska, *Model zmiany cywilnych służb specjalnych w Polsce w latach 1989 – 1990. Powstanie Urzędu Ochrony Państwa* (Toruń: Adam Marszałek, 2019), 188-189.

- Rzeczypospolitej Ludowej walki z wszelką działalnością wymierzoną przeciw ustrojowi ludowo-demokratycznemu (art. 6 ust. 3),
- c) organizację oraz sposób powoływania i odwoływania członków (art. 7 i 8),
 - d) delegację do dookreślenia przez Radę Ministrów trybu pracy (art. 9) oraz szczegółowego zakresu działania, organizacji jego aparatu pracy, jak również trybu tworzenia i organizacji organów terenowych Komitetu (art. 10);
- 4) w okresie od 28 listopada 1956 roku do maja 1990 roku Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i podległe mu jednostki terenowe, na mocy ustawy z dnia 13 listopada 1956 r. o zmianie organizacji naczelnych organów administracji publicznej w zakresie bezpieczeństwa publicznego¹⁴, która w art. 1 zniosła Komitet do Spraw Bezpieczeństwa Publicznego przy Radzie Ministrów (ust. 1) i przeniosła sprawy ochrony ustroju ludowo-demokratycznego ustalonego w Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i interesów Państwa przed wrogą działalnością szpiegowską i terrorystyczną do zakresu działania Ministra Spraw Wewnętrznych (ust. 2). Co istotne, szczegółowe postanowienia organizacyjne wprowadzono na poziomie niejawnej (ściśle tajnej) uchwały Rady Ministrów nr 781 z dnia 13 grudnia 1956 r. w sprawie statutu organizacyjnego MSW, która w sposób faktyczny kwalifikowała elementy struktury organizacyjnej MSW jako jednostki organizacyjne Służby Bezpieczeństwa. Jak wskazuje Sylwia Galij-Skarbińska, „celem reorganizacji z »października« było scalenie SB z MO. Polegało to na zespoleniu ogniw organizacyjnych obu służb i miało na celu ukrycie jednostek SB w strukturach MSW – na szczeblu centralnym oraz w jednostkach MO na poziomie lokalnym”¹⁵. Struktura organizacyjna Służby Bezpieczeństwa, zwanej dalej też „SB”, jej zasady pracy, w tym przede wszystkim pracy operacyjnej oraz status funkcjonariuszy przynależących do SB określane były w szczególności zarządzeniami ministra spraw wewnętrznych jako niejawne (głównie ściśle tajne) akty prawne przybierające formę instrukcji, wytycznych lub rozkazów, w tym rozkazów personalnych. Regulacja ustawowa wyodrębniająca na poziomie ustawowym Służbę Bezpieczeństwa została wprowadzona dopiero ustawą z dnia 14 lipca 1983 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów¹⁶, która w art. 5 ust. 1 wskazywała, iż Minister Spraw Wewnętrznych wykonuje swoje zadania poprzez

14 Dz. U. z 1956 r. Nr 11, poz. 28.

15 Sylwia Galij-Skarbińska, *Model zmiany cywilnych służb specjalnych w Polsce w latach 1989 – 1990. Powstanie Urzędu Ochrony Państwa*, 191-192.

16 Dz. U. z 1983 r. Nr 38, poz. 172.

Służbę Bezpieczeństwa, Milicję Obywatelską, podległe jednostki wojskowe i straż pożarną. Dalsze jednostki redakcyjne tej ustawy określały, po raz pierwszy w historii prawnej regulacji służb specjalnych w Polsce na poziomie ustawowym:

- a) rodzaje wykonywanych przez funkcjonariuszy SB czynności (art. 6 ust. 1),
- b) zadania funkcjonariuszy SB (art. 6 i 7), w tym przypadki użycia środków przymusu bezpośredniego (art. 8) i broni palnej (art. 9),
- c) przypadki nieodpłatnego korzystania z mienia (art. 12),
- d) zasady dochodzenia roszczeń przez obywateli w sytuacji uszczerbku lub szkody z tytułu użycia broni palnej (art. 13),
- e) stosowania środków technicznych w celu utrwalenia śladów i dowodów (art. 14).

Wskazanymi przepisami, które uznać należy za ustrojowe, aparat państwowy „przyznał się” do istnienia SB, tworząc jednocześnie dwa lata później, ustawą z dnia 31 lipca 1985 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej¹⁷ korpus jej funkcjonariuszy. Ustawa ta zawierała przepisy pragmatyczne dotyczące przebiegu służby (rozdział 2), praw i obowiązków funkcjonariuszy (rozdział 4 i 5), urlopów funkcjonariuszy (rozdział 6), wyróżnień i odpowiedzialności dyscyplinarnej (rozdział 7), odpowiedzialności honorowej i dyscyplinarnej (rozdział 8), mieszkań funkcjonariuszy (rozdział 9), uposażeń i innych świadczeń pieniężnych (rozdział 10 i 11).

Powyższa analiza podstaw funkcjonowania cywilnych służb specjalnych okresu PRL wymaga uzupełnienia o informacje dotyczące wojskowych służb specjalnych, konstrukcyjnie wkomponowanych w struktury organizacyjne wojska polskiego Jan Jarecki zalicza do nich:

- 1) służby wywiadowcze: Oddział II Sztabu Głównego/Generalnego Wojska Polskiego (1943-1951) i Zarząd II Sztabu Generalnego Wojska Polskiego (1951-1990);
- 2) służby kontrwywiadowcze: Główny Zarząd Informacji Wojska Polskiego (1943-1957), Wojskowa Służba Wewnętrzna (1957-1990) oraz Zarząd Główny Spraw Wewnętrznych jednostek wojskowych MSW;
- 3) wywiad płytki o charakterze wojskowo – cywilnym np. Zarząd Zwiadu Wojsk Ochrony Pogranicza (1945 - 1991)¹⁸.

Wymiennie podmioty funkcjonowały na zasadach jednostek organizacyjnych wyodrębnionych w strukturze Sztabu Generalnego Wojska Polskiego, zaś prawną podstawą ich działania opierała się – analogicznie jak

17 Dz. U. z 1985 r. Nr 38, poz. 181.

18 Por. Larecki, „Zarys historii polskich służb specjalnych”, 25.

w przypadku Służby Bezpieczeństwa – na aktach prawnych rangi zarządzenia, w tym wypadku ministra obrony narodowej, Szefa sztabu generalnego czy też szefów poszczególnych zarządów, jako niejawne (głównie ściśle tajne) akty prawne przybierające formę instrukcji, wytycznych lub rozkazów.

3. Ustawa jako akt regulujący funkcjonowanie służb specjalnych w Polsce po roku 1989

Wraz ze zmianami ustrojowymi po 1989 roku nastąpił okres tworzenia służb specjalnych, które realizować miały swoje zadania w warunkach i w sposób odpowiadający standardowi demokratycznego państwa prawnego. Z punktu widzenia przedmiotu rozważań niniejszego opracowania, koncentrującego na się problematyce tworzenia aktów ustawowych regulujących funkcjonowanie służb specjalnych, kluczowego znaczenia nabiera ustanowienie w dniu 6 kwietnia 1990 r. ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa¹⁹, na mocy której powołano nową służbę specjalną – Urząd Ochrony Państwa (art. 1), zwaną dalej też „UOP”, rozwiązując Służbę Bezpieczeństwa (art. 129) oraz wprowadzając regulacje dot. statusu jej funkcjonariuszy (art. 131 - art. 134). Wskazana ustawa składała się z 10 rozdziałów, w których wyraźnie można wyodrębnić dwie grupy przepisów:

- 1) ustrojowe, określające zadania i kompetencje oraz organizację, tj.:
 - a) cel działania UOP, sprowadzony do ochrony bezpieczeństwa Państwa i jego porządku konstytucyjnego (art. 1 ust. 1) oraz jego zadania, koncentrujące się na czterech obszarach (art. 1 ust. 2): rozpoznawania i przeciwdziałania zagrożeniom, zapobiegania i wykrywania przestępstw, głównie szpiegostwa i terroryzmu, rozpoznawania i przeciwdziałania naruszeniom tajemnicy państwowej oraz przygotowywania dla najwyższych organów władzy i administracji państwowej informacji i analiz istotnych dla bezpieczeństwa państwa,
 - b) organizację UOP (rozdział 2), z ustawowym uplasowaniem Szefa UOP jako centralnego organu administracji państwowej oraz upoważnieniem do regulowania na poziomie aktów niższej rangi szczegółowej struktury, w tym jednostek terenowych (art. 3 i art. 5),
 - c) zakres kompetencji UOP (rozdział 3), w tym rodzaje wykonywanych czynności (operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze);
- 2) pragmatyczne, obejmujące przepisy poświęcone funkcjonariuszom UOP, w tym: służbie (rozdział 4) oraz korpusom i stopniom im przyśługującym (rozdział 5), ich obowiązkom i prawom (rozdział 6), mieszkaniom funkcjonariuszy UOP (rozdział 7), świadczeniom pieniężnym,

19 Tekst pierwotny ogłoszony w Dz. U. z 1990 r. Nr 30, poz. 180.

w tym uposażeniu (rozdział 8) i wreszcie odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej (rozdział 9).

Analizowana ustawa była nowelizowana dwadzieścia jeden razy przez ponad jedenastoletni okres swojego obowiązywania, przy czym jej zasadnicza konstrukcja i zakres regulowanej materii się nie zmienił. Ustawa była przedmiotem rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego dwukrotnie: w 1995 roku TK ustalił powszechnie obowiązującą wykładnię przepisu jej art. 92 (dot. zasad wypłacania uposażeń)²⁰ oraz w 2002 roku, kiedy TK uznał zgodność art. 50 (dot. zakazu przynależności do partii politycznych) z Konstytucją RP²¹. Ustawa została uchylona na mocy ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu²².

Zmiana modelu funkcjonowania służb specjalnych po roku 1989, w tym modelu prawnego nie dotknął wyłącznie służb cywilnych, ale również wojskowych, choć odbywały się to zdecydowanie wolniej i w mniejszym zakresie wiązało z ustawowymi zmianami podstaw prawnych ich funkcjonowania. 27 lipca 1990 roku, dokonując przekształceń wewnętrznych w organizacji Sztabu Generalnego Wojska Polskiego, włączono część dotychczasowej Wojskowej Służby Wewnętrznej do Zarządu II Sztabu Generalnego, zmieniając jej nazwę na Zarząd II Wywiadu i Kontrwywiadu Sztabu Generalnego WP, zaś drugą część, zajmującą się pracą dochodzeniową, przekształcono w Żandarmerię Wojskową. 9 grudnia 1991 roku, w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 25 października 1991 roku o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej oraz niektórych innych ustaw²³ powołano w miejsce Zarządu II Wojskowe Służby Informacyjne, zwane dalej też „WSI”, których zadania dookreślił dodany nowelizacją art. 15 tej ustawy jako rozpoznawanie i przeciwdziałanie zagrożeniom godzącym w obronność Państwa oraz naruszeniom tajemnicy państwowej w zakresie obronności, jak również przygotowanie dla organów państwowych informacji i analiz istotnych dla obronności Państwa. Funkcjonowanie WSI regulowały także: decyzja Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 sierpnia 1991 oraz art. 2 omawianej wcześniej ustawy o UOP wskazujące, że analogiczne do UOP zadania realizują „służby wywiadu i kontrwywiadu” podległe

20 Por. Uchwała TK z dnia 25 stycznia 1995 r. w sprawie ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni art. 105 w zw. z art. 78 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, art. 92 w zw. z art. 65 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa oraz art. 109 w zw. z art. 82 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej.

21 Por. Wyrok TK z dnia 10 kwietnia 2002 r. w sprawie o sygn. akt K 26/00.

22 Tekst pierwotny ogłoszony w Dz. U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676.

23 Dz. U. z 1991 Nr 113, poz. 491.

Ministrowi Obrony Narodowej. Akt rangi ustawowej zawierający przepisy ustrojowe i pragmatyczne poświęcone Wojskowym Służbom Informacyjnym zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych²⁴. Ustawa zawierała 6 rozdziałów. W trzech pierwszych zawierających przepisy ustrojowe określono zadania WSI, jej organizację oraz zakres kompetencji. Rozdział 4 poświęcony został przepisom pragmatycznym dotyczącym służby wojskowej żołnierzy WSI. Przepisy tej ustawy zostały uchylone wraz z dokonaną w 2006 roku reformą służb wojskowych, ustawą z dnia 9 czerwca 2006 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego²⁵. Wskazaną ustawą wprowadzającą utworzono Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbę Wywiadu Wojskowego, których ustawowa podstawa funkcjonowania została objęta dwiema ustawami:

- 1) zawierającymi przepisy ustrojowe ustawą z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego²⁶;
- 2) zawierającymi przepisy pragmatyczne ustawą z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego²⁷.

Co oczywiste, wskazany katalog aktów ustawowych nie wyczerpuje materii regulującej funkcjonowanie służb specjalnych, które jako element systemu bezpieczeństwa państwa są podmiotem regulowania w przedmiotowych aktach normatywnych konstruujących ten system²⁸. Do najważniejszych w tym zakresie przepisów ustawowych należy bez wątpienia zaliczyć, w obszarze służb cywilnych: ustawę z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym²⁹ oraz ustawę z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych³⁰ oraz w obszarze służb wojskowych ustawę z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej³¹.

24 Tekst pierwotny ogłoszony w Dz. U. z 2003 r. Nr 139, poz. 1326.

25 Tekst pierwotny ogłoszony w Dz. U. z 2006 r. Nr 104, poz. 711.

26 Tekst pierwotny ogłoszony w Dz. U. z 2006 r. Nr 104, poz. 709.

27 Tekst pierwotny ogłoszony w Dz. U. z 2006 r. Nr 104, poz. 710.

28 Z uwagi na fakt, iż wskazane akty prawne dotyczą służb specjalnych komplementarnie, nie będą one przedmiotem szerszej analizy w tym opracowaniu.

29 Dz. U. z 2020 r., poz. 1856, z późn. zm.

30 Dz. U. z 2019 r., poz. 796, z późn. zm.

31 Dz. U. z 2021 r., poz. 372.

4. Charakterystyka przepisów prawnych objętych obowiązującymi ustawami określającymi podstawy funkcjonowania służb specjalnych w Polsce

Dokonując analizy budowy ustaw regulujących funkcjonowanie służb specjalnych we współczesnej Polsce, można stwierdzić, iż jest ona oparta na tożsamym schemacie konstrukcyjnym, który składa się z wyraźnie oddzielonych od siebie treściowo dwóch części. Pierwsza obejmuje przepisy ustrojowe, regulujące wszystkie rodzaje spraw przewidzianych § 26 Zasad Techniki Prawodawczej, tj. zadania, kompetencje, organizację, sposób obsadzania czy też podległość i nadzór tych służb, obejmując kolejno:

- 1) w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu cztery pierwsze rozdziały (z zastrzeżeniem, iż rozdział 2 dot. funkcjonowania Kolegium ds. Służb Specjalnych zawiera regulacje wspólne dla wszystkich służb).
- 2) w ustawie o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego trzy pierwsze rozdziały (bliźniacze dla rozdziałów 1 oraz 3 i 4 ustawy o ABW oraz AW),
- 3) w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym cztery pierwsze rozdziały (przy czym rozdział 4 zawiera rozbudowaną materię dot. czynności kontrolnych, co jest następstwem specyfiki właściwości CBA).

Rozdziały te grupują kolejno:

- 1) postanowienia ogólne, w których określono m.in. status prawny i podległość szefa danej służby, zadania służby, zasady współpracy i współdziałania z innymi służbami i organami, w tym podmiotami prywatnymi oraz sposób finansowania służby;
- 2) przepisy poświęcone organizacji służby, w tym m.in. procedury powoływania i odwoływania szefów i zastępców szefów tych służb oraz powierzonych im obowiązków (w ABW oraz AW, a także SKW oraz SWW są to określone obowiązki informacyjne), a także sposoby określania struktury wewnętrznej służby (przez Prezesa Rady Ministrów w drodze zarządzenia) oraz zadaniowania tak wykreowanych jednostek organizacyjnych (przez szefa danej służby w regulaminie organizacyjnym);
- 3) przepisy dotyczące uprawnień funkcjonariuszy danej służby, w tym m.in. rodzaje wykonywanych przez funkcjonariuszy czynności oraz uprawnienia przysługujące funkcjonariuszom przy ich wykonywaniu, a także zasady przekazywania uzyskanych informacji innym organom.

Druga część obejmuje zaś pragmatykę służbową, regulując prawa i obowiązki oraz status prawny stosunku służbowego funkcjonariuszy tych służb i przysługujące im świadczenia, obejmując kolejno:

- 1) w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu rozdziały 5 – 10a.

- 2) w ustawie o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego rozdział 4 poświęcony statusowi żołnierzy zawodowych pełniących służbę na stanowiskach w SWW i SKW oraz całość tj. 7 rozdziałów ustawy o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, poświęconych statusowi funkcjonariuszy SKW oraz SWW (bliźniacze dla rozdziałów 5 – 10a ustawy o ABW oraz AW).
- 3) w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym rozdziały 5 – 7.

Rozdziały te grupują kolejno postanowienia dotyczące:

- 1) stosunku służbowego funkcjonariusza;
- 2) korpusów i stopni służbowych funkcjonariuszy (z wyłączeniem CBA, w której przedmiotowych rozwiązaniach nie wprowadzono);
- 3) obowiązków i praw funkcjonariuszy;
- 4) mieszkań funkcjonariuszy i świadczeń z nimi związanych (z wyłączeniem CBA, w której przedmiotowych rozwiązaniach nie wprowadzono, poza tzw. dodatkiem mieszkaniowym);
- 5) uposażeń i innych świadczeń pieniężnych funkcjonariuszy;
- 6) odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy;
- 7) przepisy karne wprowadzające nowe typy czynów zabronionych funkcjonariuszom (brak w ustawie o CBA).

W kontekście powyższych rozważań warto pokusić się o kilka uwag. Po pierwsze na tle dokonanej w części drugiej tego opracowania analizy historycznej, można wskazać, iż swoisty pierwowzór konstrukcyjny ustaw regulujących funkcjonowanie służb specjalnych zawarty został – uwzględniając oczywiście aspekt ideologicznego zakotwiczenia w systemie socjalistycznym i brak realizacji standardu wynikającego z zasady demokratycznego państwa prawnego – dla części ustrojowej w ustawie z dnia 14 lipca 1983 r. o Urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów oraz, dla części pragmatycznej w ustawie z dnia 31 lipca 1985 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Schemat ten został następnie dość jednolicie powielony w ustawie z 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa i dalej w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Analizując objętość treści wymienionych ustaw uwagę zwraca, iż przyrost artykułów nimi objętych, choć zauważalny, nie jest znaczny, co obrazuje poniższa tabela.

	ustawa o SB*	ustawa o UOP	ustawa o ABW oraz AW	ustawa o SKW oraz SWW	ustawa o CBA
Ilość przepisów objętych tekstem ogłoszonym	1985 r.: 141	1990 r.: 137	2002 r.: 168	2006 r.: 151	2006 r.: 146
Ilość przepisów objętych ostatnią wersją**	1990 r.: 141	2002 r.: 148	2021 r.: 210	2021 r.: 170	2021 r.: 169

* Dane obejmują łącznie ustawę z dnia 31 lipca 1985 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej oraz przepisy dot. SB zawarte w ustawie z dnia 14 lipca 1983 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów.

** Stan na 6 maja 2021 r.

Ilość przepisów ustrojowych i pragmatycznych objętych ustawami służb specjalnych (z wyłączeniem przepisów zmieniających)³²

Zmienia się jednak i to w sposób istotny ilość ustępów w poszczególnych artykułach, co obrazuje poniższa tabela.

	ustawa o SB*	ustawa o UOP	ustawa o ABW oraz AW	ustawa o SKW oraz SWW	ustawa o CBA
Ilość ustępów objętych tekstem ogłoszonym	1985 r.: 273	1990 r.: 298	2002 r.: 432	2006 r.: 162	2006 r.: 530
Ilość ustępów objętych ostatnią wersją**	1989 r.: 272	2001 r.: 328	2021 r.: 717	2021 r.: 213	2021 r.: 686

* Dane obejmują łącznie ustawę z dnia 31 lipca 1985 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej oraz przepisy dot. SB zawarte w ustawie z dnia 14 lipca 1983 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów.

** Stan na 6 maja 2021 roku.

Ilość ustępów w przepisach ustrojowych i pragmatycznych objętych ustawami służb specjalnych (z wyłączeniem przepisów zmieniających)³³

32 Źródło: opracowanie własne.

33 Źródło: opracowanie własne.

Tak znaczna zmiana ilości ustępów, jest wynikiem kilku czynników. Po pierwsze, zmiany ustroju politycznego po 1989 roku w Polsce zaowocowały koniecznością dostosowania, a czasem po prostu stworzenia od nowa, treści regulacji prawnych określających funkcjonowanie służb specjalnych w standardzie państwa demokratycznego. Po drugie, przyjęcie w 1997 roku obowiązującej Konstytucji RP i wyznaczonego nią standardu ochrony praw i wolności obywatelskich przełożyło się, m.in. poprzez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, na zwiększenie dookreśloności norm objętych treścią tych przepisów oraz przenoszenie znacznej części materii regulacyjnej funkcjonowania służb specjalnych z poziomu aktów powystawowych (często wewnętrznych) kwalifikując je jako materia ustawowa, o czym szerzej poniżej.

Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż czytane łącznie ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (część ustrojowa) oraz ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (część pragmatyczna) stanowią niemal wierną kopię ustawy o ABW oraz AW, nie tylko w zakresie schematu konstrukcyjnego, ale również przyjętych rozwiązań merytorycznych. Na tym tle tylko ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, choć powieliła sam schemat konstrukcyjny, zawiera znaczną część rozwiązań merytorycznie odrębnych czy też nowych w stosunku do wymienionych wcześniej ustaw. Wnioski z tego płynące wskazują więc na dość jednolity sposób konstruowania zarówno samego schematu budowy ustaw regulujących funkcjonowanie służb specjalnych, jak i szczegółowych rozwiązań, czego jednak nie należy traktować w kategorii zarzutu, a raczej opisu swoistego standardu, wyznaczającego w ten sposób jednolitość sposobu regulacji organów państwa realizujących tożsame lub zbliżone zakresowo zadania w podobny sposób, przy pomocy osób – funkcjonariuszy, których status prawny jest zbliżony. Rodzi to nawet ewentualny postulat *de lege ferenda*, podjęcia w przyszłości działań legislacyjnych nakierowanych na wspólne i jednolite unormowanie ustawowe wszystkich służb specjalnych w jednym akcie prawnym w sposób tożsamy zarówno w części ustrojowej, jak i pragmatycznej.

5. Wymogi konstytucyjne kształtowania ustaw dotyczących funkcjonowania służb specjalnych w Polsce

Analizę wymogów konstytucyjnych wyznaczających zakresy norm prawnych objętych przepisami ustawowymi dotyczącymi funkcjonowania służb specjalnych należy prześledzić, przyjmując za podstawę orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące analizowanych ustaw. W tym kontekście po pierwsze wskazać należy, iż orzecznictwo to nie jest zbyt obfite, obejmując łącznie 10 wyroków, co z perspektywy rodzaju materii regulowanej przedmiotowymi aktami prawnymi albo dobrze świadczy o jakości stanowiącym przez ustawodawcę prawa w tym obszarze bądź też odwrotnie,

o niskim zainteresowaniu potrzebą weryfikacji konstytucyjnej norm nimi objętych. Po drugie, istniejące orzecznictwo Trybunału można podzielić na dwie zasadnicze grupy, zgodne z przyjętym wcześniej podziałem, tj. dotyczące przepisów ustrojowych – sześć orzeczeń i przepisów pragmatycznych – cztery orzeczenia³⁴ i taki podział dla dalszej analizy należy przyjąć.

W kontekście przepisów ustrojowych służb specjalnych spośród wskazanych sześciu orzeczeń trzy z nich dotyczyło wyłącznie przepisów konkretnej ustawy, oddziałując wyłącznie na kształt regulacji służby lub służb nią regulowanych. Były to chronologicznie:

- 1) wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2004 r. w sprawie o sygn. akt K 45/02³⁵, w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 14 ust. 1, art. 23 ust. 1 pkt 1 i 6, art. 41 ust. 2 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, przyjmując za wzorzec kontroli art. 2, art. 30, art. 31 oraz art. 2, art. 30, art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3, a także art. 92 ust. 1 i art. 103 ust. 1 Konstytucji RP;
- 2) wyrok TK z dnia 27 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt K 52/07³⁶, w którym stwierdzono zgodność z Konstytucją RP art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 in fine, art. 7 ust. 1 zdanie drugie, art. 27 ust. 7 w zw. z art. 27 ust. 5 i 6 zdanie drugie, art. 41 ust. 4 w zw. z art. 41 ust. 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, przyjmując za wzorzec kontroli art. 26 ust. 1 i art. 134 ust. 2 Konstytucji RP;
- 3) wyrok TK z dnia 23 czerwca 2009 r. w sprawie o sygn. akt K 54/07³⁷ stwierdzając niezgodność z Konstytucją RP art. 1 ust. 3, art. 22 ust. 4-7 i ust. 8 - 10, art. 40 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, przyjmując za wzorzec kontroli art. 2, art. 22, art. 30, art. 31 ust. 3, art. 51 ust. 5 oraz art. 47, art. 50 i art. 51 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP W wyroku tym TK stwierdził jednocześnie zgodność z Konstytucją RP szeregu przepisów analizowanej ustawy.

Pozostałe wyroki Trybunału, dotyczące przepisów ustrojowych służb specjalnych zapadły z perspektywy uczestnictwa tych służb w systemie organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo państwa, w kontekście konkretnego zagadnienia problemowego wspólnego dla wszystkich służb o charakterze policyjnym. Zaliczyć tu należy chronologicznie:

34 Zaliczyć tu należy również dodatkowo wyrok TK w sprawie o sygn. akt K 45.02 obejmujący problematykę przepisów obu grup.

35 Dz. U. z 2004 r. Nr 109, poz. 1159.

36 Dz. U. z 2008 r. Nr 122, poz. 798.

37 Dz. U. z 2009 r. Nr 105, poz. 880.

- 1) wyrok TK z dnia 17 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt K 10/11³⁸ (dot. środków przymusu bezpośredniego), w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 25 ust. 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu i art. 15 ust. 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, przyjmując za wzorzec kontroli art. 92 ust. 1 oraz art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wyrok nie obejmował służb wojskowych, pozbawionych uprawnień dochodzeniowo-śledczych;
- 2) wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. akt K 23/11³⁹ (dot. kontroli operacyjnej), w którym stwierdzono niezgodność zakresową z Konstytucją RP art. 27 i art. 28 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 i art. 32 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz art. 17 i art. 18 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, przyjmując jako wzorzec kontroli art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 i art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;
- 3) wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt K 17/14⁴⁰ (dot. kontroli osobistej), w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 23 ust. 1 pkt 5 i ust. 7 pkt 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 44 ust. 2 pkt 5 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 14 ust. 1 pkt 5 i ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, przyjmując za wzorzec kontroli art. 41 ust. 1 i art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.

Jak wynika z przedstawionych powyżej wzorów kontroli stosowanych przez Trybunał Konstytucyjny w sprawach dotyczących zaskarżanych przepisów ustrojowych służb specjalnych, podstawowym – niemal fundamentalnym – kryterium ich oceny staje się art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym 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. Jak wskazuje Piotr Tuleja, „z art. 31 ust. 3 wynika, że na treść każdego z konstytucyjnych praw składa się wiązka uprawnień. Wśród tych uprawnień są uprawnienia kluczowe dla realizacji prawa konstytucyjnego. Są one immanentnie związane z jego treścią. Ograniczenie lub likwidacja tych

38 Dz. U. z 2012 r., poz. 627.

39 Dz. U. z 2014 r., poz. 1055.

40 Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

uprawnień prowadzi do wyrażenia danego prawa z jego normatywnej treści. Dochodzi wtedy do naruszenia istoty tego prawa⁴¹. Na tle powyższego, wskazać należy, iż do praw i wolności, których istota podlega szczególnej ochronie przez Trybunał, w kontekście przepisów ustrojowych służb specjalnych, wskazywanych przez Trybunał jako najczęstszy wzorzec kontroli, należą: zasada przyrodzonej godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP), nietykalność osobista i wolność osobista (art. 41 ust. 1 Konstytucji RP), prawo do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP), prawo do ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji RP), wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP), prawo ochrony danych osobowych (art. 51 ust. 1 i 2 Konstytucji RP) oraz wolność słowa (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP). Ponadto Trybunał w przedmiotowym orzecznictwie odwołuje się do: zasady dopuszczalności ograniczania wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP), prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), prawa do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej (art. 77 ust. 1 Konstytucji RP).

Przechodząc do drugiej grupy przepisów, tj. przepisów ustrojowych, wskazać należy, iż były one przedmiotem orzecznictwa Trybunału w pięciu przypadkach:

- 1) wyroku TK z dnia 20 kwietnia 2004 r. w sprawie o sygn. akt K 45/02, w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 230 ust. 1 i 7 (zwolnienie za służby) ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, przyjmując za wzorzec kontroli art. 7, art. 32, art. 60 Konstytucji RP;
- 2) wyroku TK z dnia 29 czerwca 2006 r. w sprawie o sygn. akt P 30/05⁴², w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 93 (uprawnienia rodzicielskie) ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, przyjmując za wzorzec kontroli art. 32 i art. 33 Konstytucji RP;
- 3) wyroku TK z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt K 31/08⁴³, w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 129 ust. 1 pkt 5 (postępowania dyscyplinarne) ustawy o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowe-

41 Piotr Tuleja, „Komentarz do art. 31 Konstytucji”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. Piotr Czarny, Monika Florczak-Wątor, Bogumił Naleziński, Piotr Radziejewicz, Piotr Tuleja (Warszawa 2019). <https://https-sip-lex-pl.pulpit.uksw.edu.pl/#/commentary/587806625/604065/tuleja-piotr-red-konstytucja-rzeczypospolitej-polskiej-komentarz?cm=URELATIONS>. [dostęp: 03.05.2021].

42 Dz. U. z 2006 r. Nr 112, poz. 852.

43 Dz. U. z 2009 r. Nr 114, poz. 957.

- go, przyjmując za wzorzec kontroli art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W przedmiotowym orzeczeniu uznano za niekonstytucyjne również dwa rozporządzenia w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy ABW oraz AW;
4. wyroku TK z dnia 15 kwietnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt SK 48/13⁴⁴, w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP art. 128 ust. 1 pkt 2 (ekwiwalent pieniężny za niewykorzystany urlop) ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, przyjmując za wzorzec kontroli art. 66 ust. 2 Konstytucji RP;
 5. wyroku TK z dnia 24 listopada 2015 r. w sprawie o sygn. akt K 18/14⁴⁵, w którym stwierdzono niezgodność z Konstytucją RP 52 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, 11 ustawy o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, 56 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym przyjmując za wzorzec kontroli art. 66 w zw. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Na tle powyższego zestawienia, wskazać należy, iż do praw i wolności, które chronione były istotowo przez Trybunał w kontekście przepisów pragmatycznych służb specjalnych, wskazywanych przez Trybunał jako wzorzec kontroli należą: zasada legalizmu (art. 7 Konstytucji RP), zasada równości z zakazem dyskryminacji oraz równości kobiet i mężczyzn (art. 32 i 33 Konstytucji RP), równości dostępu do służby publicznej (art. 60 Konstytucji RP), prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66 ust. 1 Konstytucji RP) oraz prawo do urlopu (art. 66 ust. 2 Konstytucji RP).

Dodać należy, w kontekście omawianych orzeczeń, iż ważną problematyką poruszaną przez Trybunał w odniesieniu do ustaw normujących funkcjonowanie służb specjalnych, stanowi zagadnienie aktów wykonawczych wydawanych na ich podstawie, zarówno w kontekście właściwego formułowania delegacji ustawowych, zgodnie z zasadami wyrażonymi na gruncie art. 92 Konstytucji RP, jak i zakresu spraw, które mogą być nimi objęte, z uwagi na wyłączność ustawową regulacji niektórych zagadnień, jako bezpośrednia konsekwencja zasad i wolności konstytucyjnych omówionych powyżej.

6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania wskazać należy, iż przyjęty przez polskiego ustawodawcę model konstrukcyjny służb specjalnych opiera się na dwóch grupach przepisów ustrojowych i pragmatycznych, skoncentrowanych

44 Dz. U. z 2014 r., poz. 544.

45 Dz. U. z 2015 r., poz. 2023.

na służbie z perspektywy organu administracji i funkcjonariuszu tej służby, z perspektywy administracyjnej więzi łączącej go z tym organem. W ten sposób przepisy ustrojowe określają, na zasadzie typowo administracyjnej, zadania, kompetencje, organizację, sposób obsadzania czy też podległość i nadzór szefa danej służby jako centralnego organu administracji publicznej i służby, jako urzędu obsługującego ten organ, zaś przepisy pragmatyczne, również w modelu administracyjnym, regulują kwestie stosunku służbowego funkcjonariuszy tych służ (choć z elementami właściwymi prawu pracy). Opisane metody regulacji i sam schemat budowy ustawy wpisuje się w *stricto administracyjny* charakter regulacyjny organów ochrony prawnej o charakterze policyjnym. Materia regulacyjna charakteryzująca służby specjalne z perspektywy ich charakteru przedmiotowego, pozostaje natomiast w swoistym „półcieniu”, warunkując konieczność jej odtwarzania dyrektywami wykładni systemowej lub funkcjonalnej, bądź też zostaje w swoisty sposób delegowana do aktów podustawowych o różnym charakterze, co jak się wydaje może się stać głównym polem dyskusji nad kształtem tych regulacji w przyszłości.

Ponadto, patrząc na problematykę tworzenia prawa ustawowego służb specjalnych z perspektywy wymogów jej zgodności z zasadami konstytucyjnymi, wskazać należy, iż kształtowane są one przede wszystkim przez pryzmat zakresu stosowalności art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a ich istota sprowadza się do wywarzenia proporcjonalności dwóch zasad konstytucyjnych, do których należą z jednej strony zasada bezpieczeństwa powszechnego, a z drugiej, ochrona praw i wolności obywatelskich. Jak się wydaje, dalsza działalność orzecznicza Trybunału będzie wciąż wyznaczona tym kierunkiem rozważań.

Bibliografia

- Galij-Skarbińska Sylwia, *Model zmiany cywilnych służb specjalnych w Polsce w latach 1989 – 1990. Powstanie Urzędu Ochrony Państwa*. Toruń: Adam Marszałek, 2019.
- Larecki Jan, „Zarys historii polskich służb specjalnych”, [w:] *Polskie służby specjalne słownik*, red. Konstanty A. Wojtaszczyk. 21-27. Warszawa: Aspra-JR, 2011.
- Małajny Ryszard M., „Pojęcie ustawy i ich rodzaje”, [w:] *Studia z wykładni prawa*, red. Czesław Martysz, Zygmunt Tobor. 45-57. Bydgoszcz-Katowice: Branta, 2008.
- Mordaszewski Kazimierz, „Proces kształtowania służb specjalnych w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej” *Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego*, nr 1 (2009): 16-22.

Tuleja Piotr, „Komentarz do art. 31 Konstytucji”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. Piotr Czarny, Monika Florczak-Wątor, Bogumił Naleziński, Piotr Radzewicz, Piotr Tuleja. Warszawa 2019. <https://https-sip-lex-pl.pulpit.uksw.edu.pl/#/commentary/587806625/604065/tuleja-piotr-red-konstytucja-rzeczypospolitej-polskiej-komentarz?cm=URELATIONS>.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Szczególne rodzaje przywilejów podatkowych (uwagi na tle artykułu 22 Ordynacji podatkowej)

Unique Types of Tax Privileges (Article 22 of the Tax Ordinance Act, 1997)

A tax collection waiver is a unique privilege functioning pursuant to Article 22 of the Tax Ordinance Act. Apart from this, the said provision regulates equally specific tax reliefs deriving from the preference in question. The author presents the most critical issues related to applying Article 22 of the Tax Ordinance Act. She shows the evolution of legal regulations in the outlined scope, and she analyses the principles and premises for their application. These analyses resulted in the formulation of de lege lata and de lege ferenda conclusions included in the last part of the paper.

Katarzyna Świąch-Kujawska

*doktor habilitowany nauk prawnych
Uniwersytet Szczeciński*

ORCID – 0000-0001-6466-7187

Słowa kluczowe:
przywilej podatkowy, Ordynacja podatkowa, zaniechanie poboru

Key words:
tax privilege, Tax Ordinance Act,
tax collection waiver

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.74>

1. Uwagi wprowadzające

Szczególny charakter przywilejów podatkowych regulowanych przepisami Ordynacji podatkowej¹ determinuje ich rolę i miejsce w prawie podatkowym. Punktem wyjścia do dalszych rozważań należy zatem uczynić rozważania wskazujące na tę specyfikę. Przede wszystkim należy odnotować, że pod pojęciem przywileju, na gruncie języka polskiego, należy rozumieć szczególne uprawnienie przyznane jednostce lub grupie. Współczesne znaczenie tego terminu wywodzić można z obowiązującego w dawnej Polsce prawa uwalniającego jednostkę, grupę społeczną,

1 Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2019 r. poz. 900 z późn.zm.).

miasto itd. od pewnych ciężarów ogólnych². W analogiczny sposób należałoby pojmować „przywilej” na gruncie prawa podatkowego: jako preferencyjne traktowanie wskazanych przez ustawodawcę podmiotów prawa podatkowego. Klasycznymi instrumentami wykorzystywanymi w tej gałęzi prawa do preferencyjnego traktowania wybranych kategorii podatników są zwolnienia i ulgi podatkowe. Uprzedzając dalsze analizy, należy zauważyć, że zaniechanie poboru podatku nie może być zaliczone do żadnej ze wskazanych grup. Wynika to z definicji legalnej ulgi podatkowej, sformułowanej w podstawowym akcie ogólnego prawa podatkowego – Ordynacji podatkowej. W świetle art. 3 pkt 6 powołanej ustawy pod pojęciem tym rozumie się przewidziane w przepisach prawa podatkowego zwolnienia, odliczenia, obniżki albo zmniejszenia, których zastosowanie powoduje obniżenie podstawy opodatkowania lub wysokości podatku, z wyjątkiem obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego w rozumieniu przepisów o podatku od towarów i usług oraz innych odliczeń stanowiących element konstrukcji tego podatku. Jak z tego jednoznacznie wynika ustawodawca przyjął szerokie rozumienie tego terminu, obejmując nim m.in. zwolnienia podatkowe, które w doktrynie prawa podatkowego traktowane są jako osobny element konstrukcji podatku (z czym *notabene* należy w pełni się zgodzić). Przyjąć więc należy, że ulgi podatkowe w rozumieniu Ordynacji to ulgi podatkowe *sensu largo*, a składają się na nie zwolnienia i ulgi podatkowe *sensu stricto* (odliczenia, obniżki, zmniejszenia)³.

Poza tym badanie zakresu przytoczonej definicji jednoznacznie wskazuje, że nie obejmuje on ulg, o których mowa w rozdziale 7a Ordynacji podatkowej zatytułowanym „Ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych”. Do tej ostatniej kategorii ustawodawca zaliczył: odroczenie terminu zapłaty podatku lub zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę, rozłożenie zapłaty podatku lub zaległości podatkowej (wraz z odsetkami za zwłokę) na raty oraz umorzenie zaległości podatkowej, odsetek za zwłokę lub opłaty proлонгacyjnej (elementy te nie powodują obniżenia ani podstawy opodatkowania ani podatku)⁴.

-
- 2 *Maty słownik języka polskiego*, red. Edyta Sobol (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 2000), 810.
 - 3 Włodzimierz Nykiel, „Zwolnienia i ulgi podatkowe a konstrukcja podatku (wybrane zagadnienia)”, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Apoloniusza Kosteckiego. Studia z dziedziny prawa podatkowego* (Toruń: TNOiK 1998), 180.
 - 4 Jacek Kulicki, „Konstytucyjne podstawy nakładania podatków”, *Prawo Spółek*, nr 3 (2000): 53.

Definicję legalną ulg podatkowych należy więc jedynie do ulg systemowych, czyli ulg stanowiących element konstrukcyjny podatku w rozumieniu art. 217 Konstytucji⁵.

W związku z powyższym możliwe jest dokonanie generalnej klasyfikacji ulg na tzw. ulgi systemowe, w ramach których można dokonywać uszczegółowionych podziałów oraz ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych (rozdział 7a O.p.).

Artykuł 22 Ordynacji podatkowej wykazuje się godną odnotowania specyfiką. Obejmuje bowiem trzy zbliżone, ale nie tożsame rodzaje przywilejów: zaniechanie poboru podatku i zwolnienie płatnika z obowiązku pobrania podatku, a także postanowienia dotyczące ograniczenia poboru zaliczek na podatek. Zamieszczenie ich w jednym przepisie jest uzasadnione jedynie zdefiniowaniem zaliczki jako podatku oraz wspólnym rodowodem instytucji, a także, co do zasady, przesłankami ich stosowania. W rozumieniu bowiem art. 3 pkt 3 O.p., pod pojęciem podatków rozumie się również m.in. zaliczki na te podatki. Podkreślić jednak należy, że odmienny jest tryb i skutki stosowania wskazanych typów ulg, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

Uprzedzając dalsze rozważania, należy zauważyć, że zaniechanie poboru podatku nie zostało uregulowane w rozdziale ustawy poświęconym ulgom w spłacie zobowiązań podatkowych. Jest to o tyle niezrozumiałe, że przesłanki jego zastosowania są typowe dla tej kategorii ulg. Można więc skonstatować, że jest to specyficzny przywilej podatkowy, którego charakter powinien przesądzać o zaliczeniu go do grupy ulg uznaniowych⁶. Uzupełniając należy zaznaczyć, że zaniechanie poboru podatku na gruncie Ordynacji podatkowej jest również traktowane jako jeden ze sposobów wygasania zobowiązań podatkowych.

Poddając analizie tytułowe preferencje podatkowe należy przyjąć pewną systematykę, umożliwiającą przeprowadzenie uporządkowanych rozważań. Te na pozór nieskomplikowane rozwiązania legislacyjne są bowiem przedmiotem licznych kontrowersji o niejednorodnym podłożu. W związku z tym zasadne jest zwrócenie uwagi kolejno na: rodowód⁷ tych instytucji, zasady oraz przesłanki ich stosowania. Szczególną uwagę zwrócono przy tym na ewolucję zaniechania poboru podatku ze względu na to, że instytucja ta jako

5 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

6 Zgodnie z terminologią stosowaną w doktrynie, do omawianych instytucji będzie stosowana nazwa ulg w spłacie zobowiązań podatkowych lub ulg uznaniowych.

7 Przedstawiono jedynie krótki rys historyczny, obejmujący najistotniejsze zmiany instytucji. Analiza kilkunastu nowelizacji art. 22 Ordynacji podatkowej wykracza poza ramy opracowania.

pierwsza została uregulowana postanowieniami Ordynacji. Kolejne nowelizacje art. 22 O.p skutkowały m.in. wyodrębnieniem następujących, specyficznych przywilejów podatkowych.

Odnotować należy, że przed wprowadzeniem do O.p. rozdziału 7a⁸ (ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych) stosowano w doktrynie pojęcie „ulg w zapłacie podatków”, do których zaliczano zaniechanie poboru podatków, a oprócz tego do momentu nowelizacji Ordynacji – również zaniechanie ustalania podatków⁹. Instytucje te mimo swoich odrębności zamieszczone były w jednym artykule ustawy. Chociaż warto wspomnieć, że jako pierwsza w polskim systemie prawnym pojawiła się instytucja zaniechania ustalania zobowiązań podatkowych. Wskazując na moment, kiedy ulga ta pojawiła się w polskim prawodawstwie należy wskazać na dekret z 1950 roku o zobowiązaniach podatkowych¹⁰, którego postanowienia stanowiły, że Minister Finansów mógł zarządzić zaniechanie ustalania zobowiązania podatkowego w całości lub w części, jeżeli sprawa była małej wagi lub szczególnie okoliczności sprawy tego wymagały. Minister Finansów mógł przenieść swoje uprawnienia na organy finansowe.

Kolejnym aktem prawnym regulującym ogólne prawo podatkowe była ustawa o zobowiązaniach podatkowych¹¹. Na jej mocy po raz pierwszy wprowadzono do polskiego porządku prawnego instytucję zaniechania poboru podatku. Regulacje dotyczące omawianych ulg zostały zamieszczone w art. 8 tej ustawy. Zgodnie z nim Minister Finansów mógł zarządzić zaniechanie w całości lub w części ustalania zobowiązań podatkowych i poboru podatków w wypadkach gospodarczo lub społecznie uzasadnionych, a także gdy wymagały tego inne szczególne okoliczności. Uprawnienie to przysługiwało również, co do zasady, organom podatkowym, w stosunku do poszczególnych podatników, z uwzględnieniem powyżej wskazanych przesłanek – zwłaszcza gdy pobranie podatku mogłoby zagrozić zdolności gospodarczej zakładu lub egzystencji podatnika, w granicach określonych przez Ministra Finansów w drodze rozporządzenia. Kompetencja ta nie została przyznana organom podatkowym gminy zarówno w stosunku do podatków, jak i opłat stanowiących dochody gmin, a wpłacanych bezpośrednio zarówno na rachunek gmin, jak i realizowanych przez urząd skarbowy.

-
- 8 Dodany na mocy art. 1 pkt 33 ustawy z 30 czerwca 2005r. o zmianie ustawy Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2005 r. Nr 143, poz. 1199 z późn. zm.).
 - 9 Bogumił Brzeziński, „Notka do wyroku NSA z dnia 23 lipca 1991r., III SA 452/91”, *Przegląd Orzecznictwa Podatkowego*, nr 4 (1994): 236.
 - 10 Dekret z 26 października 1950 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz. U. z 1950 r. Nr 49, poz. 452 z późn. zm.).
 - 11 Ustawa z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz. U. z 1980 r. Nr 27, poz. 111z późn. zm.).

Analogiczne rozwiązania przyjęto pierwotnie w Ordynacji podatkowej. Istotna zmiana w omawianej instytucji weszła w życie z dniem 1 stycznia 2001 roku¹². Polegała ona przede wszystkim na rezygnacji z ulgi w postaci zaniechania ustalania zobowiązania podatkowego.

W 2001 roku zrezygnowano też z możliwości stosowania instytucji zaniechania poboru podatku przez organy podatkowe w drodze decyzji administracyjnej¹³, przyznając im jedynie uprawnienie w aktualnie obowiązującym kształcie (zwolnienie płatnika z obowiązku pobrania podatku).

Kolejna radykalna zmiana decydująca o kształcie przywileju podatkowego została wprowadzona na mocy art. 6 ustawy z 2012 roku o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce¹⁴. Istotą wskazanej nowelizacji była rezygnacja z uznaniowości preferencji stosowanej przez organ podatkowy w przypadku ograniczenia poboru zaliczek na podatek.

Reasumując, można stwierdzić, że w obecnym stanie prawnym funkcjonuje jedynie zaniechanie poboru podatku, w drodze aktu normatywnego. Oprócz tego w obrocie prawnym stosowane są specyficzne przywileje stosowane przez organy podatkowe. W celu zachowania przejrzystości rozważań będą one prowadzone właśnie z uwzględnieniem specyfiki wynikającej z kompetencji podmiotu przyznającego przywilej podatkowy.

2. Zasady stosowania przywilejów podatkowych w świetle art. 22 Ordynacji podatkowej

Analiza art. 22 Ordynacji podatkowej pozwala na rozróżnienie dwóch form udzielania preferencji wymienionych w tym przepisie¹⁵:

- rozporządzenia Ministra Finansów,
- indywidualnej decyzji organu podatkowego.

W związku z powyższym zasadne jest przedstawienie obu ich typów, co z kolei umożliwi wskazanie na ich cechy wspólne i odrębności.

Charakteryzując zaniechanie poboru podatku przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych należy zauważyć, że w tej części przepis art. 22 O.p. podlegał w zasadzie jedynie redakcyjnym zmianom, w zakresie

12 Zmiana wynikająca z art. 5 pkt 1 lit a-d ustawy z dnia 8 grudnia 2000 r., zmieniającej m.in. ustawę Ordynacja podatkowa z dniem 1 stycznia 2001r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 122, poz.1315).

13 Art. 22§ 3 skreślony przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. zmieniającej m.in. ustawę Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2001 r. Nr 39, poz. 459).

14 Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce (Dz. U. z 2012 r. poz. 1342).

15 Andrzej Gomułowicz, „Powstawanie zobowiązań podatkowych, część II” *Monitor Podatkowy*, nr 7 (1998): 202.

odpowiadającym ewolucji przepisów dotyczących pomocy publicznej dla przedsiębiorców.

Działanie ministra dotyczy wydania aktu o charakterze generalnym i podkreślić należy, że takich samych kompetencji nie posiada on w sprawach indywidualnych¹⁶. Jednocześnie, jak podkreślono w orzecznictwie, przysługujące ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych uprawnienie do zaniechania poboru podatku może być realizowane tylko w formie aktu normatywnego – rozporządzenia. Organy podatkowe nie mają uprawnień do stosowania tego rodzaju ulg w drodze decyzji administracyjnej¹⁷.

Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem, „może wydać rozporządzenie”, oznacza, że jest to uprawnienie, a nie obowiązek działania ministra.

Podkreślić też należy, że analiza użytego w przepisie sformułowania „zaniechanie poboru podatku”, mogłaby prowadzić do wniosku, że stosuje się je tylko do tych zobowiązań podatkowych, które już powstały, ale których termin płatności jeszcze nie upłynął (wówczas powstaje zaległość podatkowa). Wykładnia funkcjonalna przepisu skłania jednak do przychylenia się do poglądu, zgodnie z którym zaniechanie poboru dokonywane przez ministra w formie rozporządzenia jest możliwe w odniesieniu do zobowiązań przyszłych. Obowiązujące rozporządzenie znajduje zastosowanie do wszystkich określonych w nim zobowiązań, w tym również do tych, które powstaną w przyszłości. Wynika to z charakteru zaniechania poboru dokonywanego przez Ministra Finansów w formie rozporządzenia. Nie ma tu wniosku podatnika, a zaniechanie jest dokonywane na mocy aktu prawnego, który musi wejść w życie w odpowiednim trybie i z pewnym wyprzedzeniem. Minister nie byłby w stanie, przy założeniu, że może tylko zaniechać poboru zobowiązań, które już powstały, zastosować tej instytucji w większości uzasadnionych przypadków z uwagi na zbyt krótki okres pomiędzy powstaniem zobowiązania a upływem terminu płatności¹⁸.

Dodatkowo wskazane zostały dyrektywy¹⁹, którymi Minister winien kierować się podejmując decyzję o wydaniu rozporządzenia.

W drodze wskazanego aktu wykonawczego minister jest uprawniony do:

-
- 16 Eugeniusz Ruśkowski, „Zaniechanie poboru podatku a umorzenie zaległości podatkowych” *Przegląd Podatkowy*, nr 7 (1995): 6.
 - 17 Wyrok WSA z dnia 27 lutego 2018r., ISA/GI 859/17, Lex nr 2458225, tak też wyrok WSA z dnia 10 października 2007 r. I SA/Sz 459/07, Lex nr 456791.
 - 18 *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. Leonard Etel, System informacji prawnej Lex 2019 [dostęp: 28.11.2019].
 - 19 W celu uniknięcia powtórzeń, przesłanki te zostaną scharakteryzowane w dalszej części opracowania.

- 1) zaniechania w całości lub w części poboru podatków. W takim przypadku należy określić rodzaj podatku, okres, w którym następuje zaniechanie, i grupy podatników, których ono dotyczy,
- 2) zwolnienia niektórych grup płatników z obowiązku pobierania podatków lub zaliczek na podatki. Jednocześnie należy określić termin wpłaty podatku i wynikające z tego zwolnienia obowiązki informacyjne podatników, chyba że podatnik jest obowiązany do dokonania rocznego lub innego okresowego rozliczenia tego podatku.

Analiza powołanego § 1 art. 22 Ordynacji podatkowej pozwala na następujące konstatacje. Formułując delegację ustawową uwzględniono specyfikę zobowiązań podatkowych obliczanych i realizowanych za pośrednictwem płatnika (pkt 2). W tym jednak przypadku nie dochodzi do definitywnego wygaśnięcia zobowiązania podatkowego, lecz praktycznie odroczenia terminu płatności. Na marginesie należy zauważyć, że nawet w przypadku „klasycznego” zaniechania poboru podatku (pkt 1) może dojść jedynie do częściowego wygaśnięcia zobowiązania podatkowego. Ma to miejsce w sytuacji, gdy korzystając ze swojej kompetencji minister dokona zaniechania poboru jedynie części podatku. Poza tym akt wykonawczy w każdym przypadku winien mieć czasową moc obowiązującą, co stanowi odzwierciedlenie nie tylko postanowień pkt 1, ale również specyfiki instytucji, a dokładniej przesłanek jej stosowania.

Dodać należy, że jeżeli wydane rozporządzenie odnosi się do podatników prowadzących działalność gospodarczą, którzy w wyniku zaniechania staną się beneficjentami pomocy publicznej, w rozumieniu odrębnych przepisów, winno dodatkowo zawierać program pomocowy, określający przeznaczenie i warunki dopuszczalności pomocy publicznej. Warto też odnotować, że w okresie obowiązywania ustawy minister skorzystał ze swojej kompetencji ponad 130 razy, z czego blisko trzydzieści rozporządzeń nie utraciło mocy obowiązującej²⁰. Większość z wydanych aktów wykonawczych dotyczyła zaniechania poboru podatku dochodowego.

Jak już zaznaczono, drugą formą stosowania preferencji regulowanych art. 22 O.p. jest wydanie indywidualnej decyzji przez organ podatkowy. Instytucja ta nie może być jednak stosowana w przypadku zrealizowania zobowiązania podatkowego, późniejszy wniosek o zwolnienie płatnika z obowiązku jego poboru staje się bezprzedmiotowy, a postępowanie powinno zostać umorzone²¹.

20 Badaniu podlegał stan prawny ustalony na dzień 24 października 2019 r.

21 Por. wyroki: wyrok NSA w Białymstoku z dnia 23 listopada 1999 r., SA/Bk 1540/98, niepublikowany, wyrok NSA w Warszawie z dnia 2 grudnia 1999 r., III SA 7973/98, niepublikowany, wyrok NSA w Lublinie z dnia 6 stycznia 1999 r., I SA/Lu 1358/97, niepublikowany, wyrok

Mając na uwadze powyższe, wstępne uwagi należy przejść do charakterystyki uprawnienia organu podatkowego. Z tym że jak już zaznaczono, na gruncie analizowanego przepisu Ordynacji podatkowej można wyróżnić dwa rodzaje ulg stosowanych przez organ podatkowy, którymi są:

- 1) zwolnienie płatnika z obowiązku pobrania podatku,
- 2) ograniczenia poboru zaliczek na podatek.

Istotne różnice pomiędzy wskazanymi instytucjami wymagają odrębnego scharakteryzowania każdej z nich.

Odnosząc się do zwolnienia płatnika z obowiązku pobrania podatku w pierwszej kolejności nasuwa się istotna wątpliwość, czy możliwe jest stosowanie tego rozwiązania, w przypadku gdy wymiar i pobór podatku następuje bez udziału pośrednika podatkowego. Wykładnia językowa przepisu przeczy takiej ewentualności.

Świadczyć o tym może również porównanie brzmienia przepisu przed i po nowelizacji. W pierwotnym brzmieniu wyraźnie wskazywano, że organ może na wniosek podatnika zaniechać poboru podatku, możliwość zwolnienia płatnika z poboru była zupełnie nową instytucją. Porównując z kolei konstrukcję pojęć podatnika i płatnika nie sposób przyjąć, że można ich używać zamiennie lub chociażby uznać, że termin „płatnik” jest pojęciem szerszym, którym można w niektórych sytuacjach objąć podatników.

Uprzedzając niejako dalsze wywody, należy w tym miejscu wskazać na nie mniej istotną wątpliwość, związaną z interpretacją § 5 cytowanego artykułu, a dotyczącą charakteru tej ulgi w ogóle. Zgodnie bowiem z tym paragrafem w przypadku wydania decyzji, o której mowa wyżej, organ podatkowy określa termin wpłacenia przez podatnika podatku lub zaliczki na podatek, chyba że podatnik jest obowiązany do dokonania rocznego lub innego okresowego rozliczenia tego podatku. Analiza tej części przepisu prowadzi do wniosku, że ulga ta nie ma charakteru definitywnego zwolnienia z obowiązku uiszczenia danego podatku, nie wywołuje skutku w postaci wygaśnięcia zobowiązania podatkowego. Jest w obecnym stanie prawnym bardziej zbliżona do odroczenia terminu płatności podatku, co jak zasygnalizowano nie może być utożsamiane z wygaśnięciem zobowiązania podatkowego. Tym samym można podważyć zasadność, o ile nie samej instytucji, o tyle miejsca jej regulacji. Ze względu na czytelność aktu prawnego zbliżone charakterem instytucje powinny być regulowane w jednej lub następujących po sobie jednostkach redakcyjnych. Niewątpliwie natomiast rozstrzygnięcie organu

NSA w Katowicach z dnia 15 czerwca 1998r., I SA/Ka 1889/96, niepublikowany.

podatkowego następuje tu w parciu o uznanie administracyjne²², a dodatkowo wskazane zostały jeszcze dyrektywy kierunkowe²³, którymi organ kieruje się w procesie podejmowania decyzji. Chociaż w art. 22 §2 wskazano dwie grupy determinantów podejmowania decyzji. I tak Organ podatkowy, na wniosek podatnika, może zwolnić płatnika z obowiązku pobrania podatku, jeżeli:

- 1) pobranie go zagraża ważnym interesom podatnika, a w szczególności jego egzystencji, lub
- 2) podatnik uprawdopodobni, że pobrany podatek byłoby niewspółmiernie wysoki w stosunku do podatku należnego za rok podatkowy lub inny okres rozliczeniowy.

Jak z powyższego jednoznacznie wynika, w każdym przypadku wydania decyzji przez organ podatkowy, ma ona charakter rozstrzygnięcia uznaniowego, podejmowanego na wniosek podatnika. Jest on więc jedynym inicjatorem postępowania podatkowego w przedmiotowej sprawie. Z punktu widzenia postępowania dowodowego istotne znacznie ma użyte w powołanym przepisie uprawdopodobnienie. W języku polskim uprawdopodobnić znaczy uczynić prawdopodobnym. Prawdopodobny z kolei to taki, co do którego można przypuszczać, że jest prawdziwy²⁴. Należałoby zatem zgodzić się ze stanowiskiem, że zasadniczym celem posłużenia się przez ustawodawcę wskazaną konstrukcją, było odformalizowanie postępowania i złagodzenie w interesie podatnika rygorów dowodowych²⁵.

Ostatnim ze specyficznych przywilejów podatkowych regulowanych art. 22 O.p. jest ograniczenie poboru zaliczek na podatek. Stosowane jest w sposób analogiczny do zwolnienia płatnika z obowiązku pobrania podatku, z różnicą wynikającą ze specyfiki zaliczkowego poboru należności podatkowych. Jak podkreślono w orzecznictwie instytucja ograniczenia poboru zaliczek na podatek dochodowy może zostać zastosowana przez organ podatkowy wyłącznie wtedy, gdy podatnik uprawdopodobni, że zaliczki miesięczne byłyby niewspółmiernie wysokie w stosunku do podatku należnego od dochodu przewidywanego na dany rok podatkowy. Uprawdopodobnienie jest swoistym środkiem zastępczym w relacji do dowodu, w znaczeniu ścisłym, niedającym całkowitej pewności co do faktów, ale pozwalającym na

22 Por. też wyrok NSA w Gdańsku z dnia 25 listopada 1998 r., I SA/Gd 122/97, „Biuletyn Skarbowy” nr 2 (2000): 18; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 19 sierpnia 2011 r., I SA/PO 586/10 LEX nr 907409.

23 Jak sygnalizowano, zostaną one scharakteryzowane w odrębnej części opracowania.

24 Por. *Mały słownik języka polskiego*, 1087, 746.

25 Maciej Wojtuń, „Ograniczenie poboru zaliczek na podatek a problem uprawdopodobnienia” *Glosa*, nr 3 (2018): 96.

stwierdzenie, że ich istnienie w takiej czy innej formule jest prawdopodobne. Podkreślenia wymaga, że same tylko oświadczenia czy twierdzenia podatnika są w aspekcie uznania określonego faktu za uprawdopodobniony niewystarczające²⁶. Składając wniosek o ograniczenie poboru zaliczek podatnik jest inicjatorem tego postępowania, co wymaga jego szczególnego zaangażowania, gdyż to on posiada wiedzę co do okoliczności, które mogą uprawdopodobnić, że zaliczki obliczone według zasad określonych w ustawach podatkowych byłyby niewspółmiernie wysokie w stosunku do podatku należnego od dochodu przewidywanego za dany rok²⁷.

3. Przesłanki stosowania przywilejów, o których mowa w art. 22 Ordynacji podatkowej

Charakterystyczną cechą regulacji zamieszczonych w komentowanym przepisie Ordynacji podatkowej jest między innymi wskazanie przesłanek ich stosowania. Stanowią one kierunkowe dyrektywy wyboru, sformułowane przy użyciu pojęć nieostrych i klauzul generalnych. Ustawodawca dokonał przy tym odmiennego ich wskazania, w zależności od podmiotu stosującego dany przywilej. W odniesieniu do aktu wydawanego przez ministra finansów są to: interes publiczny lub ważny interes podatnika. Decyzja organu podatkowego jest natomiast podejmowana jedynie z uwzględnieniem przesłanki ważnego interesu podatnika, a zdaniem ustawodawcy jest on zagrożony w szczególności, gdy pobranie podatku zagrażałoby jego egzystencji. W tym ostatnim przypadku zauważalne jest odstępianie od powołania się na pojęcie interesu publicznego. Biorąc z kolei pod uwagę charakter ulgi – w istocie stanowiącej o odroczeniu terminu płatności podatku – uprawniony jest wniosek o nadmiernej reglamentacji jej stosowania. Sformułowanie powyższe dotyczy rozwinięcia warunku dotyczącego naruszenia egzystencji podatnika. Wprawdzie ma ono charakter przykładowy, niemniej jednak wydaje się zbędne jako kierunkujące postępowanie dowodowe.

Charakterystyczne jest przy tym użycie spójnika „lub”, świadczące o uznaniu, że wystarczające jest spełnienie przynajmniej jednej z przesłanek zastosowania przywileju.

Jak sygnalizowano, cechą wyróżniającą charakteryzowane przywileje, na tle innych ulg podatkowych jest ich konstrukcja, w której uwzględnia się klauzule generalne. Jak się wskazuje pozwalają one na otwarcie treści prawa, co należy rozumieć w ten sposób, że przesunięta zostaje część odpowiedzialności za jego treść z organów je stanowiących na organy stosujące prawo. Wynika to z rozszerzenia udziału praktyki prawniczej podejmującej decyzje stosowania prawa również na podstawie kryteriów wskazanych w tych

26 Wyrok WSA z dnia 16 maja 2018 r., I SA/Gd 120/18, LEX nr 2504594.

27 Wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r., I SA/Gd 65/16, LEX nr 2045408.

klauzulach w ustalaniu treści tworzonego prawa²⁸. Należy za zauważyć, że w literaturze nie istnieje jednoznacznie sformułowana definicja tego pojęcia. Cechą wspólną i niebudzącą kontrowersji, formułowanych przez naukę poglądów jest stwierdzenie, że klauzule generalne zawierają odesłanie do odrębnego od prawa systemu normatywnego²⁹ (systemu pozaprawnego).

Wynika z tego, że są instrumentem służącym zapewnieniu elastyczności prawa, jednocześnie wywołując szereg wątpliwości interpretacyjnych. Dotyczą one w równej mierze użytych w analizowanym przepisie zwrotów: „interes publiczny” i „ważny interes podatnika”. Podlegają zatem każdorazowo interpretacji uwzględniającej stan faktyczny będący podstawą rozstrzygnięcia³⁰. Nie oznacza to jednak, że nie są podejmowane zarówno w doktrynie, jak i judykaturze próby generalnego dookreślenia wskazanych pojęć³¹.

Podkreśla się przy tym, że nauka prawa zajmuje się raczej wyjaśnieniem roli w procesie stanowienia i stosowania prawa, a nie definiowaniem pojęcia interes³². Wśród sformułowanych definicji, szczególne znaczenie ma ta, w której pojęcie „interes” zostało zdefiniowane jako „stan pewnego napięcia, które ustaje z chwilą zaspokojenia interesu lub stosunek powstający między człowiekiem a czymś pomyślanym czy istniejącym na skutek pożądania tego czegoś przez człowieka. Od interesu odróżnia się najczęściej „dobro”, służące zaspokojeniu interesu”³³.

Przenosząc tę definicję na grunt prawa podatkowego można uznać, że interes podatnika jest interesem indywidualnym, który jest identyfikowany ze sferą uprawnień, potrzeb, czy wartości dostrzeganych u konkretnego podmiotu, który się nań powołuje, albo co do którego jest odniesiony³⁴. Prowadzi

- 28 Leszek Leszczyński, „Funkcje klauzul odsyłających a model ich tworzenia w systemie prawa” *Państwo i Prawo*, nr 7 (2000): 4.
- 29 Krystyna Wójcik, „Klauzule generalne jako odesłanie pozasystemowe” *Acta Universitatis Lodziensis*, nr 32, (1987): 124.
- 30 Por. Antoni Hanusz, Paulina Krukowska-Siembida, „Ważny interes podatnika i interes publiczny w klauzulach generalnych Ordynacji podatkowej” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2 Sectio G (2016): 182 i nast.
- 31 Por. Eliza Komierzyńska, Marian Zdyb, „Klauzula interesu publicznego w działaniach administracji publicznej”, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* vol. LXIII, 2 Sectio G (2016): 164 i nast.
- 32 Sławomir Presnarowicz, „Zwolnienia i ulgi uznaniowe – przesłanki rozstrzygnięć” *Przegląd Podatkowy*, nr 7, (1998): 31.
- 33 Jacek Lang, „Z rozważań nad pojęciem interesu w prawie administracyjnym” *Przegląd Prawa i Administracji*, t. XXXVIII (1997): 129-130.
- 34 Janusz Orłowski, „Przesłanki umorzenia zaległości podatkowych w ordynacji podatkowej” *Radca Prawny*, nr 4 (2000): 96.

to bezpośrednio do wniosku, że interesem podatnika będzie chęć zachowania posiadanych już korzyści (walorów), bądź stan oczekiwania na nowe dobro³⁵. Może więc być również postrzegany jako relacja między jakimś stanem obiektywnym a oceną tego stanu dokonywaną z punktu widzenia korzyści, jaką on przynosi, czy może przynieść jednostce³⁶.

Dodatkowo wprowadzono gradację „interesu”, który to musi być „ważny”, aby mogło nastąpić preferencyjne traktowanie osoby legitymującej się jego posiadaniem.

Nasuwa się również wniosek, że w odniesieniu do przywileju stosowanego przez ministra finansów w drodze aktu normatywnego, wymagane jest, aby wszyscy podatnicy, których to rozporządzenie dotyczy, posiadali ten sam „ważny interes”, którym w zasadzie musi być szczególna sytuacja tych podmiotów (majątkowa, lub wykorzystywanie funkcji stymulacyjnej podatków). Tylko bowiem w takim przypadku podatnicy mają prawo oczekiwać, że państwo świadomie zrezygnuje z pewnych dochodów podatkowych, do których ponoszenia w „normalnych warunkach” są bezwarunkowo zobowiązani. Zaakcentowano również, że „ważnym interesie podatnika” nie decyduje subiektywne przekonanie podatnika. Jego oceny należy dokonać w oparciu o kryteria zobiektywizowane, które są zgodne z powszechną aprobowaną hierarchią wartości³⁷.

W orzecznictwie sądów administracyjnych zwraca się uwagę na szczególny, niezależny od woli podatnika charakter okoliczności uzasadniających zastosowanie charakteryzowanych przywilejów. W szczególności dotyczy to decyzji gospodarczych podatników, które nie stanowią o naruszeniu ich ważnego interesu³⁸.

Interes publiczny, o którym mowa w art. 22 § 1 O.p, będzie, w największym uproszeniu, utożsamiany ze sferą publicznej gospodarki finansowej i podstawową, fiskalną funkcją podatków. Najczęściej jest on wiązany z faktem uspołecznienia jednostki i bywa pojmowany jako wypadkowa

35 Presnarowicz, „Zwolnienia i ulgi uznaniowe”, 30.

36 Lang, „Z rozważań”, 130.

37 Wyrok NSA z dnia 10 kwietnia 2002 r., III SA 3063/00, LEX nr 73503; por. Antoni Hanusz, „Klauzule generalne w ordynacji podatkowej” *Państwo i Prawo*, nr 8 (2016): 5.

38 Por. Wyrok WSA z dnia 14 października 2016 r., I SA/Łd 542/16, LEX nr 2154091; wyrok WSA z dnia 10 grudnia 2008 r., I SA/Bk 328/08, LEX nr 519211, wyrok NSA z dnia 24 kwietnia 2003r., III SA 2512/01, www.nsa.gov.pl.

interesów jednostkowych³⁹. Można mówić o nim jako o interesie państwa reprezentującego wszystkich jego obywateli. Dochodzi tu nierzadko do konfliktu w związku, z czym nieodzowne jest wypracowanie swego rodzaju kompromisu. Jest to tym bardziej utrudnione, gdy chodzi o „kompromis pomiędzy wartościami symbolizującymi wolności jednostkowe a wartościami będącymi symbolami pewnych konieczności warunkujących ład publiczny”⁴⁰.

Z powyższych analiz wynika poza tym, że precyzyjne odróżnienie „ważnego interesu podatników” od „interesu publicznego” w praktyce bywa jeśli nie niemożliwe, to znacznie utrudnione, z tym jednak zastrzeżeniem, że ich ustawowe rozgraniczenie wskazuje na odrębne ich pojmowanie.

4. Podsumowanie

Przywileje podatkowe, realizowane na podstawie art. 22 O. p., nie stanowią grupy homogenicznej. Wynika to przede wszystkim z ewolucji przepisów dotyczących zaniechania poboru podatku. W tym zakresie zauważalna jest stopniowa rezygnacja z tej instytucji.

W porównaniu do pierwotnie obowiązujących, obecne przepisy mają postać „szczątkową”. Typowego zaniechania poboru podatku może dokonywać jedynie minister właściwy do spraw finansów publicznych w drodze wydania aktu normatywnego. Kompetencje organów podatkowych zostały istotnie ograniczone. Są one bowiem uprawnione jedynie do udzielania dwóch rodzajów ulgi. Pierwsza z nich polega na możliwości zwolnienia płatnika z obowiązku pobrania podatku, który jednak ostatecznie jest uiszczany. Stanowi to o cechach typowych dla odroczenia terminu płatności. Drugą formą przywileju podatkowego, stosowanego w drodze decyzji organu podatkowego jest ograniczenie poboru zaliczek na podatek.

Jak z powyższego jednoznacznie wynika, instytucje regulowane jednym przepisem Ordynacji podatkowej diametralnie różnią się od siebie, w zakresie odmiennych skutków ich zastosowania – od wygaśnięcia zobowiązania podatkowego do odroczenia terminu płatności.

Cechą wspólną rozwiązań prawnych, stosowanych na mocy komentowanego art. 22 O.p. jest posłużenie się przez ustawodawcę w ich konstrukcji klauzulami generalnymi. Podstawowym walorem takiego zabiegu jest uelastycznienie stosowania prawa podatkowego.

Poza tym, co do zasady, stosowanie przywilejów oparto o uznanie administracyjne.

39 Marian Zdyb, „Interes jednostki a interes publiczny (społeczny). Konflikt interesów” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie*, z. 31 (1993): 299.

40 Marian Zdyb, „Interes jednostki a interes publiczny (społeczny). Konflikt interesów” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie*, z. 31 (1993): 302.

Reasumując, należy stwierdzić, że kolejne nowelizacje Ordynacji podatkowej w analizowanym obszarze w zdecydowany sposób zmieniły charakter ulgi podatkowej polegającej na zaniechaniu poboru podatku, prowadząc do funkcjonowania niejednorodnych regulacji w ramach jednej jednostki redakcyjnej ustawy.

Należałoby zatem postulować, w pierwszej kolejności, o ujednolicenie stosowanej przez ustawodawcę terminologii – ujęcie zaniechania poboru podatku w kategorii ulg w spłacie zobowiązań podatkowych. Poza tym regulacje dotyczące pozostałych preferencji stosowanych na mocy art. 22 O.p. powinny być zamieszczone łącznie z zasadami dotyczącymi odroczenia terminu płatności podatku.

Bibliografia

- Brzeziński Bogumił, „Notka do wyroku NSA z dnia 23 lipca 1991r., III SA 452/91” *Przegląd Orzecznictwa Podatkowego*, nr 4 (1994): 236-237.
- Gomułowicz Andrzej, „Powstawanie zobowiązań podatkowych, część II” *Monitor Podatkowy*, nr 7 (1998): 201-205.
- Hanusz Antoni, Paulina Krukowska-Siembida, „Ważny interes podatnika i interes publiczny w klauzulach generalnych Ordynacji podatkowej” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2 Sectio G (2016): 181-189.
- Komierzyńska Eliza, Marian Zdyb, „Klauzula interesu publicznego w działaniach administracji publicznej” *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2 Sectio G (2016): 161-179.
- Kulicki Jacek, „Konstytucyjne podstawy nakładania podatków” *Prawo Spółek*, nr 3 (2000): 47-54.
- Lang Jacek, „Z rozważań nad pojęciem interesu w prawie administracyjnym” *Przegląd Prawa i Administracji*, t. XXXVIII (1997): 127-137.
- Leszczyński Leszek, „Funkcje klauzul odsyłających a model ich tworzenia w systemie prawa” *Państwo i Prawo*, nr 7 (2000): 3-17.
- Maciej Wojtuń, „Ograniczenie poboru zaliczek na podatek a problem uprawdomobnienia” *Glosa*, nr 3 (2018): 96-103.
- Mały słownik języka polskiego*, red. Edyta Sobol. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2000.
- Nykiel Włodzimierz, „Zwolnienia i ulgi podatkowe a konstrukcja podatku (wybrane zagadnienia)”, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Apoliniusza Kosteckiego. Studia z dziedziny prawa podatkowego*. 173-180. Toruń: TNOiK, 1998.
- Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, red. Leonard Eteł, Lex 2019.
- Orłowski Janusz, „Przesłanki umorzenia zaległości podatkowych w ordynacji podatkowej” *Radca Prawny*, nr 4 (2000): 87-110.

Presnarowicz Sławomir, „Zwolnienia i ulgi uznaniowe – przesłanki rozstrzygnięć” *Przegląd Podatkowy*, nr 7 (1998): 29-31.

Ruśkowski Eugeniusz, „Zaniechanie poboru podatku a umorzenie zaległości podatkowych” *Przegląd Podatkowy*, nr 7 (1995): 5-6.

Wójcik Krystyna, „Klauzule generalne jako odesłanie pozasystemowe” *Acta Universitatis Lodziensis*, nr 32 (1987): 122-143. <http://hdl.handle.net/11089/11637>.

Zdyb Marian, „Interes jednostki a interes publiczny (społeczny). Konflikt interesów” *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie*, z. 31 (1993): 299-307.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Ewolucja prawa do urlopu w Polsce

Evolution of the Right to Vacation in Poland

It has been a hundred years since the adoption of the first regulations of the right to vacation in Poland. The right to vacation, an element of the right to rest and leisure, is one of the contemporary standards of employee rights in Poland and all Western countries. Unlike other social human rights, the degree of its implementation depends on social and political thought and the role of trade unions.

The research objective of this article is to indicate the evolution of tasks and the role of the state in the implementation of the right to vacation in Poland. The author analyses the state's attitude towards exercising the right to vacation during the Second Republic of Poland, the Polish People's Republic, and the present day. The author used the comparative method and the analysis of the evolution of the right to vacation.

Ewa Milczarek

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Szczeciński*

ORCID – 0000-0003-0726-0959

Słowa kluczowe:

prawo do urlopu, polityka socjalna, prawo pracy, FWP, prawo do wypoczynku

Key words:

the right to vacation, social policy, labor law, FWP, the right to rest and leisure

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.112>

Wstęp

Okres rewolucji przemysłowej był czasem gwałtownych przemian gospodarczych, politycznych i społecznych, w tym zasadniczej zmiany w organizacji pracy. Przemiany społeczne, spowodowane umasowieniem produkcji, koncentracją kapitału i urbanizacją, doprowadziły do powstania społeczeństwa masowego i klasy robotniczej. Kiepskiej jakości warunki socjalne, zdrowotne i oświatowe wywoływały powszechny sprzeciw, a w konsekwencji doprowadziły do powstania ruchu robotniczego. Dążył on do ochrony praw pracowników i realizowany był poprzez aktywność związków zawodowych oraz partii politycznych¹.

1 O czym szerzej: Marek Żejmo, „Istota przemian industrialnych w XIX wieku” *Studia Gdańskie. Wizje i rzeczywistość*, t. XII (2015): 169-178.

Jednym z najważniejszych jego postulatów było zagwarantowanie pracownikom prawa do czasu wolnego, realizowanego zarówno jako ograniczenie dziennego czasu pracy, jak i prawa do odpłatnego urlopu. Czas ten niezbędny był dla regeneracji sił fizycznych i psychicznych oraz nawiązywania i rozwijania kontaktów międzyludzkich².

Prawna realizacja postulatów znalazła odzwierciedlenie w Konwencji Nr 52 Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1936 roku³. Wprowadzała prawo do corocznego płatnego urlopu dla osób zatrudnionych w państwowych lub prywatnych zakładach lub przedsiębiorstwach. W zasadzie wszystkie międzynarodowe dokumenty odnoszące się do problematyki praw jednostki poruszają kwestię praw pracowniczych⁴, w tym prawa do wypoczynku i urlopu. Wskazać można tutaj postanowienia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 roku⁵, która gwarantuje „każdemu człowiekowi prawo do urlopu i wypoczynku, włączając w to rozsądne ograniczenie godzin pracy i okresowe płatne urlopy⁶”. Analogiczne unormowanie znajdziemy w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 19 grudnia 1966 roku⁷.

Jednym z elementów rozwoju praw pracowniczych oraz stopień ich realizacji w danym państwie jest siła i pozycja związków zawodowych. Artykuł analizuje postawę państwa w stosunku do realizacji prawa do urlopu. Badaniu podlegały okres II Rzeczypospolitej Polskiej, okres Polskiej Rzeczypospolitej

- 2 Rafał Mizerski, „Prawa pracownicze”, [w:] Bożena Gronowska, Tadeusz Jasudowicz, Mateusz Balcerzak, Maciej Lubiszewski, Rafał Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona* (Toruń: Wydawnictwo TNOiK, 2005), 479; Andrzej Bigaj, „Wybrane aspekty ujmowania prawa do wypoczynku”, [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki socjalnej (zbiór studiów)*, red. Bolesław Maciej Ćwiertniak, t. II, (Sosnowiec: Oficyna Wydawnicza Humanitas, 2013), 82.
- 3 Konferencja Ogólna Międzynarodowej Organizacji Pracy, zwołana do Genewy przez Radę Administracyjną Międzynarodowego Biura Pracy i zebrana tam w dniu 4 czerwca 1936 r. na dwudziestej sesji
- 4 Paweł Kuczma, *Prawa pracownicze* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. Mariusz Jabłoński (Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2014), 562.
- 5 Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, przyjęta i proklamowana rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ. 217 A (III) w dniu 10.12.1948 r.
- 6 Art. 24 *ibidem*.
- 7 Art. 7, ust II, pkt d) Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169).

Ludowej oraz czasy współczesne. Celem badawczym artykułu jest wskazanie na ewolucję zadań i roli państwa w realizacji prawa do urlopu. Jednocześnie doprecyzować należy, że obszarem dla prowadzonych badań jest prawo polskie. Podstawowymi metodami badawczymi wykorzystanymi w pracy są metoda komparatystyczna i analizy ewolucji prawa do urlopu.

1. Początki regulacji prawa do urlopu

W Polsce historia prawa do wypoczynku i związanego z nim prawa do urlopu rozpoczyna się wraz z nastaniem II Rzeczypospolitej Polskiej. Pierwsze normy regulujące wymiar i kwestie uprawnienia do urlopu regulowane były na mocy umów zbiorowych⁸. Ostatecznie powszechnie unormowania tej kwestii znalazło swój wyraz w ustawie z dnia 16 maja 1922 o urlopach dla pracowników zatrudnionych w przemyśle i handlu⁹. Wprowadzanie w życie postanowień ustawy napotykało liczne trudności i upowszechniło się głównie w dużych zakładach pracy¹⁰. Kryzys gospodarczy w latach trzydziestych XX wieku doprowadził do masowego omijania przepisów związanych z urlopami przez pracodawców¹¹. Pomimo trudności ustawa, a także inne czynniki, jak postępująca urbanizacja i doprowadziły do rozwoju bazy hotelowej i przemysłu turystycznego¹².

Po II wojnie światowej Polska znalazła się w obszarze wpływów Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich. Idee myśli społeczno-politycznej ruchu robotniczego znalazły więc swoje odzwierciedlenie również w prawodawstwie. Umasowienie wypoczynku stanowiło jeden z filarów rewolucji społecznej. Panująca wówczas ideologia dążyła również do centralnego zarządzania życiem obywateli zarówno ich pracy jak i czasu wolnego, co wpłynęło również na sposób realizacji prawa do wypoczynku. Znalazło to

8 Anna Jarosz-Nojszewska, „Urlopy wypoczynkowe pracowników najemnych w Drugiej Rzeczypospolitej. Ustawodawstwo a praktyka”, [w:] *Od kwestii robotniczej do nowoczesnej kwestii socjalnej. Studia z polskiej polityki społecznej XX i XXI wieku*, t. III, red. Paweł Grat (Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, 2015), 68.

9 Dz. U. R. P. Nr 40 poz. 334

10 Zarys działalności inspekcji pracy w latach 1919–1923. Sprawozdania Okręgowych Inspektorów Pracy z działalności w 1923 roku (Warszawa 1925), 86.

11 Maria Ciechocińska, *Położenie klasy robotniczej w Polsce 1929-1939* (Warszawa: Wydawnictwo Książka i Wiedza, 1965), 52.

12 Anna Kaczmarek, „Wybrane czynniki rozwoju turystyki” *Studia Ekonomiczne*, 176 (2014): 202-215.

wyraz w art. 59 ust 1 Konstytucji PRL z 1952¹³, który stanowił, że „obywatele Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej mają prawo do wypoczynku”. Prawo do wypoczynku robotników i pracowników umysłowych zapewniają: ustawowe skrócenie czasu pracy przez urzeczywistnienie ośmiogodzinnego dania pracy oraz krótszego czasu pracy w przypadkach przewidzianych ustawami, ustawowo określone dni wolne od pracy, coroczne płatne urlopy.

Państwo nie tylko przyznawało obywatelom prawo do wypoczynku, ale również wzięło na siebie obowiązek zagwarantowania jego realizacji poprzez „organizację wczasów, rozwój turystyki, uzdrowisk, urzędzeń sportowych, domów kultury, klubów, świetlic, parków i innych urządzeń wypoczynkowych”, które stwarzać miały „możliwości zdrowego i kulturalnego wypoczynku dla coraz szerszych rzesz ludu pracującego miast i wsi¹⁴”. Instytucjonalne formy realizacji obejmowały cztery sfery: wczasy pracownicze — organizowane przez związki zawodowe, wyjazdy dzieci i młodzieży — nadzorowane przez Ministerstwo Oświaty, turystykę wycieczkową i kwalifikowaną — skupioną wokół Polskie Towarzystwo Turystyczno-Krajoznawcze oraz turystykę zagraniczną — nadzorowaną przez Orbis¹⁵.

Silna rola związków zawodowych podkreślana była zarówno w aktach rangi konstytucyjnej, jak i ustawowej. Odpowiadały one za realizację wczasów pracowniczych, które odegrały kluczową rolę w upowszechnieniu realizacji prawa do urlopu. Prawem tym objęto pracowników w szerokim słowa tego znaczeniu: bez względu na podstawę nawiązania stosunku pracy i bez względu na charakter zakładu pracy. Obejmowało również osoby wykonujące pracę nakładczą (podlegającą obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu). Wyłączone były jedynie osoby zatrudnione na innej podstawie niż stosunek pracy np. ajenci¹⁶.

Głównym narzędziem realizacji uprawnień robotników do wypoczynku był utworzony w 1949 roku Fundusz Wczasów Pracowniczych Komisji Centralnej Związków Zawodowych¹⁷ (dalej FWP). Fundusz funkcjonował jako osoba prawna prawa publicznego. Posiadał on wyłączność prowadzenia,

13 Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r., Dz.U. 1952 nr 33 poz. 232

14 Art. 51 ust 3 Ibidem.

15 Agnieszka Chłosta-Sikorska, „Zorganizowany wypoczynek mieszkańców Nowej Huty w latach 60. w świetle „Głosu Nowej Huty” *Rocznik Historii Prasy Polskiej*, t. XXIII, z. 4 (2020): 161.

16 Mieczysław Piekarski, „Pracownicze urlopy wypoczynkowe” *Palestra*, nr 9 (1969): 31.

17 Ustawa z dnia 4 lutego 1949 r. o Funduszu Wczasów Pracowniczych Komisji Centralnej Związków Zawodowych w Polsce, Dz.U. 1949 nr 9 poz. 48.

na obszarze całego państwa, „wczasów urlopowych” dla członków związków zawodowych. Wśród jego głównych zadań było organizowanie i prowadzenie domów wypoczynkowych¹⁸. Na majątek FWP składały się m.in. środki finansowe pochodzące z dopłat Skarbu Państwa, dochody z majątku własnego oraz z majątku Skarbu Państwa i przedsiębiorstw państwowych przekazanego tej jednostce w zarząd i użytkowanie¹⁹. Fundusz miał praktycznie monopol na organizację wypoczynku. Do realizacji swoich zadań gromadził nieruchomości w atrakcyjnych turystycznie lokalizacjach położonych w pasie nadmorskim i górskim. Zasadnicze znaczenie dla powstania majątku FWP miał przepis przejściowy (art. 14. ust. 1), zgodnie z którym wszystkie jednostki organizacyjne i instytucje państwowe, samorządowe oraz przedsiębiorstwa i związki zawodowe, mające w swojej administracji domy wypoczynkowe i urzędnia wczasowe, objęte ogólną akcją wczasów pracowniczych i korzystające z dotacji FWP lub innych dotacji ze środków publicznych, miały przekazać Funduszowi nieodpłatnie w zarząd i użytkowanie administrowane przez siebie domy i inne urzędnia wczasowe wraz z ich całym inwentarzem.

Realizacja prawa do urlopu w latach czterdziestych i pięćdziesiątych XX wieku ze względu na trudną sytuację ekonomiczną, niski popyt na usługi turystyczne oraz brak środków transportu nie była priorytetem polityki państwa. Jednak w miarę stabilizacji sytuacji gospodarczej nastąpił również rozwój turystyki krajowej i zwiększała się liczba osób korzystających z oferty FWP²⁰. FWP wypracował system realizacji prawa do urlopu, który opierał się o skierowania na wczasy, które następnie rozdzielały rady zakładowe. Wprowadzenie pierwszeństwa w podziale „wakacji” dla członków partii, robotników i małorolnych chłopów związane było ściśle z realizowaną polityką państwową. Jednocześnie pozytywnie wpłynęło to na upowszechnienie prawa do urlopu, który w poprzednich systemach wykorzystywany był głównie przez grupy społeczne o wyższym statusie materialnym i społecznym. Opłaty za skierowania zależały od miesięcznego wynagrodzenia brutto danego pracownika i wynosiły około 12-16% miesięcznej pensji za wczasy dwutygodniowe²¹. O znaczącej roli FWP i samych związków zawodowych, w realizacji prawa do urlopu świadczyć mogą badania wskazujące, że brak skierowania

18 Statut Funduszu Wczasów Pracowniczych Centralnej Rady Związków Zawodowych z dnia 2 września 1949 r. MP z 1950 r. Nr A-3 poz. 27).

19 Art. 9 Ibidem

20 Romuald Okrasa, *Organizacja, finansowanie i formy wczasów pracowniczych* (Warszawa: Instytut Wydawniczy Związków Zawodowych, 1988).

21 Chłosta-Sikorska, „Zorganizowany wypoczynek mieszkańców Nowej Huty” *Rocznik Historii Prasy Polskiej*, t. XXIII (2020): 162.

będz dofinansowania z zakładu pracy był głównym powodem niepodejmania wyjazdów turystycznych²².

Analizując ewolucję prawa do urlopu nadmienić należy, że omawiana wcześniej ustawa z 1922 roku obowiązywała również w okresie PRL aż do roku 1969. W roku tym weszła w życie kolejna ustawa regulująca tę kwestię: ustawa z dnia 29 kwietnia 1969 r. o pracowniczych urloпах wypoczynkowych.²³ Jej postanowienia zostały potem wprowadzone do działu VII Kodeksu pracy²⁴ z 1974 r. Kodeks wprowadzał m.in. zakaz zrzeczenia się prawa do urlopu²⁵. Urlop, w zależności od stażu pracy, wynosił od 14 do 26 dni roboczych²⁶. Rozporządzeniem przez Radę Ministrów, w porozumieniu z Centralną Radą Związków Zawodowych, dodatkowe płatne dni urlopowe mogły zostać przyznane poszczególnym grupom zawodowym pracującym w warunkach uciążliwych²⁷.

2. Prawo do urlopu wobec przemian społeczno-gospodarczych

Zmiany społeczno-gospodarcze na przełomie lat dziewięćdziesiątych XX wieku związane ze zmianą ustroju wymusiły również zmiany w podejściu do realizacji prawa do urlopu. Samo prawo jako takie nie zmieniło się zasadniczo w swojej treści. Art. 66 Konstytucji RP z 1997 roku²⁸ stanowi, że pracownik ma prawo do określonych w ustawie dni wolnych od pracy i corocznych płatnych urlopow oraz że maksymalne normy czasu pracy określa ustawa. W polskim prawie pracy definiuje się urlop wypoczynkowy jako coroczny, nieprzerwany, płatny okres ustawowego zwolnienia pracownika od obowiązku pracy u danego pracodawcy, przysługujący pracownikowi w celu wypoczynku, w wymiarze określonym przepisami prawa pracy i w czasie

22 Jakub Grabowski, „Turystyka społeczna w wybranych zakładach pracy”, [w:] *Turystyka społeczna w regionie łódzkim*, red. Andrzej Stasiak (Łódź: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Turystyki i Hotelarstwa w Łodzi, 2010), 158.

23 Dz. U. Nr 12, poz. 85.

24 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502.

25 Art. 152 § 2 Ibidem.

26 Art. 154 Ibidem.

27 Art. 180 ibidem.

28 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 Nr 78 poz. 483).

ustalonym przez pracodawcę²⁹. Ewolucję przeszła natomiast rola państwa w realizacji tego prawa.

PRL charakteryzował się gospodarką opartą na własności państwowej i zdominowany był przez duże publiczne zakłady pracy. Zakłady te realizowały w związku z tym nie tylko zadania o charakterze gospodarczym, ale również stawały się „narzędziem rękach władzy” w realizacji polityki społecznej państwa. Gospodarka wolnorynkowa charakteryzuje się występowaniem różnorodnych wielkościowo przedsiębiorstw i opiera się o własność prywatną. Przerzucanie zatem na przedsiębiorstwa prywatne obowiązków finansowych i organizacyjnych w realizacji zadań państwa nie mieściło się w ramach nowego systemu politycznego. Szeroka prywatyzacja w latach dziewięćdziesiątych XX wieku również pogłębiła i przyspieszyła ten proces. Zmiany dotyczyły również głównego narzędzia realizacji prawa do urlopu, czyli FWP. W 1988 roku FWP zostaje przekształcony ustawą w „samodzielną jednostkę organizacyjną ogólnokrajowej organizacji międzyzwiązkowej”³⁰, czyli Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych³¹. Przepisy ustawy o FWP zaliczały do jego majątku m.in. własność nieruchomości i rzeczy ruchomych oraz inne prawa majątkowe, a w szczególności prawa do przedmiotów oddanych FWP przez państwo. Środki finansowe FWP składały się m.in. z wpływów z prowadzonej działalności, w tym ze sprzedaży skierowań na wczasy, dotacji z budżetu państwa, subwencji i zapisów i in., w tym kredytów. Związek zawodowy nie stał się jednak właścicielem majątku, ustawa nadawała jedynie uprawnienia organizacyjne. Status prawny majątku zmieniła dopiero Ustawa z 9 maja 1997 roku o zmianie ustawy o związkach zawodowych³², na mocy której doszło do nieodpłatnego przejęcia całego majątku FWP przez spółkę utworzoną przez OPZZ tj. FWP Sp. z o.o. Ustawa pominęła w ustaleniu praw do majątku inne działające w tym czasie związki zawodowe, co doprowadziło do zakwestionowania tych przepisów przez

29 Art. 152, [w:], Ryszard Celeda, Ewa Chmielek-Łubińska, Ludwik Florek, Grzegorz Goździewicz, Anna Hintz, Andrzej Kijowski, Łukasz Piasarczyk, Jacek Skoczyński, Barbara Wagner, Tadeusz Zieliński, *Komentarz do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy* (Dz.U.98.21.94), (LEX, 2009, wyd. V).

30 Art. 1, Ustawa z dnia 21 kwietnia 1988 r. o Funduszu Wczasów Pracowniczych FWP (Dz.U. Nr 11, poz. 84 ze zm.)

31 Na mocy ustawy z dnia 8 października 1982 r. o związkach zawodowych (Dz.U. 1982 nr 32 poz. 216) unieważniono rejestrację dotychczas działających organizacji, w tym NSZZ „Solidarność” i NSZZ Rolników Indywidualnych. OPZZ stanowił jedyną legalnie działającą organizację związkową.

32 Dz. U. Nr 82, poz. 518.

Solidarność³³, a w konsekwencji do przekazania majątku po FWP do reprezentatywnych organizacji związkowych³⁴.

Problemy gospodarcze w latach osiemdziesiątych XX wieku negatywnie odbiły się na kondycji majątku FWP. Niemniej oszacowana na podstawie zlecenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej wartość przedsiębiorstwa FWP wynosiła na dzień 30 czerwca 1997 roku 104 124 000 zł.³⁵ Składniki mienia FWP były przez spółkę sukcesywnie sprzedawane. Jak wykazał raport pokontrolny Najwyższej Izby Kontroli z 2015 roku³⁶ w okresie osiemnastoletniej działalności gospodarczej (1997-2015) FWP Sp. z o.o. doszło do znaczącego zmniejszenia ilościowego zasobu, składającego się na majątek byłego Funduszu. W okresie objętym kontrolą FWP Sp. z o.o. dokonywała zbywania praw do nieruchomości uzyskanych w ramach aportu składników przedsiębiorstwa – 153 razy za łączną kwotę 99 124 286,79 zł. Zbywanie i obciążanie przez FWP Sp. z o.o. prawa własności lub użytkowania wieczystego nieruchomości spółka wykorzystywała jako narzędzie poprawy swojej płynności finansowej, źródło finansowania inwestycji oraz dywidend dla wspólników. Na skutek zbywania składników majątkowych nastąpiło znaczące zmniejszenie skali działalności. Jednocześnie nie doszło do wzrostu efektywności wykorzystania bazy noclegowej. Konkretnie przypadki przekształceń własnościowych oraz rozporządzeń składnikami majątkowymi FWP były, na przestrzeni lat, przedmiotem zarówno skarg obywatelskich, wystąpień organizacji związkowych, medialnych publikacji, jak i też zawiadomień Ministra Skarbu Państwa kierowanych do organów ścigania. Jednak legalność tych przypadków nie została ostatecznie zakwestionowana przez właściwe organy³⁷. Obecnie rola FWP w realizacji prawa do urlopu jest znikoma.

Obecnie aktywność związków zawodowych i przedsiębiorców realizowana jest poprzez Zakładowe Fundusze Świadczeń Socjalnych (dalej:

33 Potwierdzone wyrokiem TK z dnia 11.12.1996, K. 11/96 (OTK Z U Nr 6/1996, s. 524).

34 Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o uprawnieniach do mienia Funduszu Wczasów Pracowniczych Dz.U. 2015 poz. 1824

35 Informacja o wynikach kontroli zarządzania majątkiem byłego Funduszu Wczasów Pracowniczych i jego prywatyzacji, Najwyższa Izba Kontroli, syg. S/04/001, Warszawa 2004, 4.

36 Działania dotyczące Uregulowania Uprawnień Do Mienia byłego Funduszu Wczasów Pracowniczych i Zarządzania Jego Majątkiem, Informacja o wynikach kontroli, KGP.411.001.01.2015 Nr ewid. 4/2016/S/15/001/KGP.

37 Ibidem.

ZFŚS), które stanowią podstawę do działalności socjalnej w przedsiębiorstwach³⁸. ZFŚS występuje w większych przedsiębiorstwach i obciąża ich koszty poprzez odpisy naliczane w odniesieniu do przeciętnej liczby zatrudnionych. W art. 8 ust. 1 ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych zostały ustanowione kryteria dysponowania środkami funduszu, od spełnienia których uzależnione jest przyznawanie ulgowych usług i świadczeń oraz dopłat z funduszu. Kryteria te to: sytuacja życiowa, rodzinna i materialna osoby uprawnionej do korzystania z funduszu³⁹. Obecnie przedsiębiorstwa rzadko posiadają własne bazy noclegowe. Formami wsparcia dla pracowników są refundacja określonej części kosztów lub przyznawanie dodatku wypoczynkowego. Obecnie, jeżeli chodzi o instytucjonalne formy wsparcia państwa realizacji prawa do urlopu mają charakter incydentalny. Przykładem czego może być m.in. bon turystyczny⁴⁰ wprowadzony w celu promocji krajowej turystyki w trakcie pandemii COVID-19.

Po 2004 roku Polska związana jest również prawem unijnym, które również nie pozostało obojętne na potrzeby pracowników⁴¹. Unijna integracja i związany z nią swobodny przepływ pracowników, wymusił konieczność zagwarantowania praw pracowniczych, w tym prawa do urlopu, również pracownikom migrującym. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 roku⁴² wskazuje, że obywatele państw trzecich, którzy

-
- 38 Ustawa z dnia 4 marca 1994r.o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych, Dz. U. z 1994 r. Nr 43 poz. 163.
- 39 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 lutego 2013 r. III AUa 1326/12.
- 40 Ustawa z dnia 15 lipca 2020 r.o Polskim Bonie Turystycznym Dz. U. z 2020 r., poz. 1262.
- 41 Dyrektywa Rady 96/34/WE z dnia 3 czerwca 1996 r. w sprawie Porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców /UNICE/, Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych /CEEP/ oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych /ETUC/; Dyrektywa Rady 2010/18/UE z dnia 8 marca 2010 r. w sprawie wdrożenia zmienionego porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego zawartego przez BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC oraz uchylająca dyrektywę 96/34/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG); Dyrektywa 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotycząca niektórych aspektów organizacji czasu pracy, Dz. U. UE L 299/9.
- 42 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej w brzmieniu ustalonym Traktatem z Lizbony, podpisana w Lizbonie 13.12.2007 r. Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r.

posiadają zezwolenie na pracę na terytorium państw członkowskich UE, mają prawo do korzystania z takich samych warunków pracy, jakie przewidziane są dla obywateli Unii. W zakres ten wchodzi również prawo do corocznego płatnego urlopu⁴³.

Samo prawo do urlopu nie przeszło dużych zmian w zakresie samej kodeksowej regulacji⁴⁴ w kontekście dostosowania do zmian ustrojowych. Wprowadzone zmiany przyspieszyły nabycie prawa do urlopu oraz podniosły minimalny wymiar urlopu o blisko połowę. Utrzymano również zasadę uwzględniania łącznego okresu zatrudnienia jako wyznacznika wymiaru urlopu wypoczynkowego, w sytuacji gdy dla ustalania innych uprawnień wynikających ze stosunku pracy przyjęto za podstawę zakładowy staż pracy⁴⁵. Wprowadzane zmiany miały zatem korzystny wymiar dla pracowników.

Obecnie pracownik ma dowolność w zakresie możliwości wykorzystania urlopu wypoczynkowego, z pewnymi wyjątkami. Pracownik, jako strona słabsza stosunku pracy, chroniona musi być również przed presją pracodawcy dążącą do ograniczenia jego konstytucyjnych i ustawowych praw. Przykładem takiego rozwiązania jest np. zakaz zrzeczenia się przez pracownika prawa do urlopu wypoczynkowego⁴⁶ oraz zakaz „sprzedaży” urlopu⁴⁷, czyli uzgodnienie zapłaty ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy w czasie trwania stosunku pracy w zamian za niekorzystanie z urlopu w formie czasu wolnego. Urlop ma charakter stały, cykliczny i powtarzający się, a prawo do urlopu, mimo że powiązane ze świadczeniem pracy, jest trwałe i stałe⁴⁸. Konstytucja dopuszcza ograniczenie prawa do wypoczynku w sytuacji wprowadzenia stanu klęski żywiołowej⁴⁹.

Z racji powiązania urlopu wypoczynkowego ze stosunkiem pracy problematyczna staje się realizacja praw quazi-pracowników, jakimi są osoby zatrudnione na umowę zlecenie czy umowę o dzieło. W tej kategorii wyróżnić

43 Art. 31 ibidem.

44 Nowelizacja 7 kwietnia 1989 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz. U. Nr 20, poz. 107.

45 Anna Kosut, „Przemiany regulacji prawnej urlopów wypoczynkowych w Kodeksie pracy” *Studia iuridica Lublinensia*, vol. XXIV, 3 (2015): 193.

46 Art. 152 § 2 k.p.

47 Wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 2015 r. Sygn. akt I PK 303/14.

48 Jan Boć, Bogusław Banaszak, Mariusz Jabłoński, „Art. 66”, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do konstytucji RP z 1997 roku*, red. Jan Boć (Wrocław: Wydawnictwo Kolonia Limited, 1998), 124.

49 art. 233 Konstytucji RP.

możemy dwie grupy. Pierwszą z nich stanowią osoby, które umowę tą wykonują zgodnie z jej gospodarczym i społecznym przeznaczeniem. Drugą grupę, którzy *de facto* wykonują pracę w rozumieniu prawa pracy, gdzie zastosowano umowy oparte na prawie cywilnym w celu uniknięcia kosztów. W konsekwencji osoby te pozbawione są m.in. prawa do urlopu⁵⁰. Obecnie również rozważania składania się ku postulatом zapewniającym większą swobodę w elastycznym kształtowaniu czasu pracy i wypoczynku⁵¹.

3. Podsumowanie

Ewolucja, jaką przeszło prawo do urlopu i jego faktyczna realizacja pokazuje, jak silny związek ma ono z systemem politycznym oraz panującym światopoglądem. Na podstawie analizy uregulowania prawa do urlopu możemy prześledzić stosunek państw do obywatela i priorytety polityki państwowej.

W trakcie II RP doszło do pierwszego unormowania prawa do urlopu, jednak ze względu na m.in. kryzys gospodarczy w latach trzydziestych XX wieku nie został on wprowadzony powszechnie. Słabość w realizacji prawa do urlopu poczytywać możemy w słabej kondycji rodzącego się przecież dopiero państwa polskiego. Pamiętać należy, że prawo do urlopu w okresie tym stanowiło *novum* nie tylko na terenach polski, ale powoli adaptowane było również w innych krajach.

Prawodawstwo w okresie PRL doprowadziło do objęcia prawem do urlopu wszystkie kategorie pracowników, a także stworzono instytucjonalne formy, w postaci m.in. FWP, które *de facto* realizowały to prawo. Realizacja prawa do urlopu w tym okresie idealnie obrazuje relacje pomiędzy obywatelami a państwem, w którym to władza publiczna z jednej strony odpowiada za realizację tego prawa pod kątem zarówno organizacyjnym, jak i finansowym, z drugiej jednak strony pozbawia jednostkę możliwości wyboru form wypoczynku. Warto zauważyć, że na początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku, czyli pod koniec swojej aktywnej działalności, FWP, główne narzędzie realizacji prawa do urlopu w okresie PRL, oceniana była pozytywnie⁵². Aktualnie jej działalność jest znikoma.

Prawo do urlopu jest jednym z podstawowych świadczeń pracowniczych. Obecnie jednak państwo nie tworzy instytucjonalnych form wsparcia

50 O czym szerzej: Beata Bury, „Dylematy na tle prawa do wypoczynku w zatrudnieniu niepracowniczym typu cywilnoprawnego” *Studia Iuridica Lublinensia*, vol. XXIV, 3 (2015), 377-390.

51 O czym szerzej: Monika Nowak, *Urlop wypoczynkowy jako instrument realizacji prawa pracownika do odpoczynku* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2018).

52 Andrzej Bogus, „Zakładowe świadczenia socjalne w ocenie pracowników” *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Oeconomica*, 121 (1992): 135.

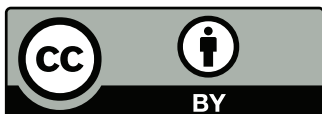
realizacji tego prawa ani pod względem finansowym, ani organizacyjnym. Elementami polityki socjalnej skierowanej na pomoc w realizacji prawa do urlopu są ZFŚS, które występują w dużych przedsiębiorstwach. Obecny stosunek państwa do prawa do urlopu idealnie odwzorowuje aktualną myśl społeczno-polityczną i odejście od państwa opiekuńczego. Stan prawny i faktyczny realizacji prawa do urlopu nie pozwala na nadużycia ze strony pracodawców⁵³ i prawo do rzeczywiście jest realizowane. Wyzwaniem, w którym pracodawca nie może poradzić sobie od wielu lat, jest problem zagwarantowania praw do urlopu pracownikom pracującym na podstawie pozakodeksowych regulacji, czyli tzw. umowach śmieciowych. Jednak problem ten wynika z samego faktu obchodzenia prawa przez pracodawców i konieczności rewizji całego systemu. Analiza zebranego materiału pozwala na stwierdzenie, że prawo do urlopu na przestrzeni prawie stu lat obowiązywania w Polsce przeszło ewolucję, od pobieżnie zrealizowanej deklaracji w okresie II RP, po zadanie państwa w okresie PRL, by ostatecznie ukształtować się jako oczywisty standard praw pracownika z dowolnością form jego realizacji.

Bibliografia

- Bigaj Andrzej, „Wybrane aspekty ujmowania prawa do wypoczynku”, [w:] *Aktualne zagadnienia prawa pracy i polityki socjalnej (zbiór studiów)*, red. Bolesław Ćwiertniak Maciej, t. II. 79-92. Sosnowiec: Oficyna Wydawnicza Humanitas 2013.
- Boć Jan, Bogusław Banaszak, Mariusz Jabłoński, „Art. 66”, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do konstytucji RP z 1997 roku*, red. Jan Boć. Wrocław: Wydawnictwo. Kolonia Limited 1998.
- Bogus Andrzej, „Zakładowe świadczenia socjalne w ocenie pracowników” *Acta Universitatis Lodzianis. Folia Oeconomica*, 121 (1992): 129-143.
- Bury Beata, „Dylematy na tle prawa do wypoczynku w zatrudnieniu niepracowniczym typu cywilnoprawnego” *Studia Iuridica Lublinensia*, vol. XXIV, 3 (2015): 377-390.
- Celeda Ryszard, Ewa Chmielek-Łubińska, Grzegorz Goździewicz, Anna Hintz, Andrzej Kijowski, Łukasz Pisarczyk, Jacek Skoczyński, Barbara Wagner, Tadeusz Zieliński, Tadeusz Zieliński, *Komentarz do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy*. LEX, 2009, wyd. V.
- Chłosta-Sikorska Agnieszka, „Zorganizowany wypoczynek mieszkańców Nowej Huty w latach 60. w świetle „Głosu Nowej Huty” *Rocznik Historii Prasy Polskiej*, t. XXIII, z. 4 (2020): 159-169.

53 Katarzyna Majchrzak, „Urlopy wypoczynkowe w świetle przepisów prawa pracy” *Prawo Kanoniczne*, nr 4 (2015): 176.

- Chłosta-Sikorska Agnieszka, „Zorganizowany wypoczynek mieszkańców Nowej Huty w latach 60. w świetle „Głosu Nowej Huty” *Rocznik Historii Prasy Polskiej*, t. XXIII, z. 4 (2020): 159-169.
- Ciechocińska Maria, *Położenie klasy robotniczej w Polsce 1929-1939*. Warszawa: Wydawnictwo Książka i Wiedza, 1965.
- Grabowski Jakub, „Turystyka społeczna w wybranych zakładach pracy”, [w:] *Turystyka społeczna w regionie łódzkim*, red. Andrzej Stasiak. 157-172. Łódź: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Turystyki i Hotelarstwa w Łodzi, 2010.
- Jarosz-Nojszewska Anna, „Urlopy wypoczynkowe pracowników najemnych w Drugiej Rzeczypospolitej. Ustawodawstwo a praktyka”, [w:] *Od kwestii robotniczej do nowoczesnej kwestii socjalnej. Studia z polskiej polityki społecznej XX i XXI wieku*, t. III, Paweł Grata Paweł. 26-40. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, 2015.
- Kaczmarek Anna, „Wybrane czynniki rozwoju turystyki” *Studia Ekonomiczne*, 176 (2014): 202-215.
- Kosut Anna, „Przemiany regulacji prawnej urlopów wypoczynkowych w Kodeksie pracy” *Studia iuridica Lublinensia*, vol. XXIV, 3 (2015): 181-196.
- Kuczma Paweł, „Prawa pracownicze”, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. Mariusz Jabłoński. 29-44. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2014.
- Majchrzak Katarzyna, „Urlopy wypoczynkowe w świetle przepisów prawa pracy” *Prawo Kanoniczne*, 58, nr 4 (2015): 175-191.
- Mizerski Rafał, „Prawa pracownicze”, [w:] Bożena Gronowska, Tadeusz Jasudowicz, Mateusz Balcerzak, Maciej Lubiszewski, Rafał Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*. 471-559. Toruń: Wydawnictwo TNOiK, 2005.
- Nowak Monika, *Urlop wypoczynkowy jako instrument realizacji prawa pracownika do odpoczynku*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2018.
- Okrasa Romuald, *Organizacja, finansowanie i formy wczasów pracowniczych*. Warszawa: Instytut Wydawniczy Związków Zawodowych, 1988.
- Piekarski Mieczysław, „Pracownicze urlopy wypoczynkowe” *Palestra*, nr 9 (1969): 30-49.
- Zarys działalności inspekcji pracy w latach 1919–1923. Sprawozdania Okręgowych Inspektorów Pracy z działalności w 1923 roku*. Warszawa 1925.
- Żejmo Marek, „Istota przemian industrialnych w XIX wieku” *Studia Gdańskie. Wizje i rzeczywistość*, t. XII (2015): 169-178.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license. For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Utrata urzędu kościelnego w świetle norm zawartych w Kodeksie prawa kanonicznego z 1983 roku

The Loss of the Church Position in the Light of the 1983 Code of the Canon Law

The author presents the ways of losing an ecclesiastical position considering the 1983 Code of Canon Law norms. In the 1983 Code of Canon Law in canon 145§1, one finds „stabiliter constitutum”. This term means that every position, whether by Divine or ecclesiastical nomination, is characterized by constancy. This feature gives the ecclesiastical position its subjectivity, regardless of changes in the person holding the post or a situation where the post is in a state of interest. The ecclesiastical position exists independently of the persons holding it, which means that once called into existence, it lasts. Therefore, the objective and subjective dimensions of the ecclesiastical position are distinguished.

Ecclesiastical positions are generally single ones, but in some cases, they can be performed by collegiate bodies, e.g., Episcopal Conferences in specific countries. The loss of ecclesiastical position in the canonical legal order may occur for the following reasons: expiration of the prescribed period, reaching the age prescribed by law, resignation, transfer, removal from office, and removal of the position. The author explains the reasons for the loss of the ecclesiastical position in the light of the applicable canon law, which is valid throughout the Latin – universal Church.

ks. Grzegorz Świst

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Gdański*

ORCID – 0000-0001-6723-5371

Słowa kluczowe:

urząd kościelny, utrata urzędu kościelnego, rezygnacja, przeniesienie, usunięcie, pozbawienie

Key words:

ecclesiastical position, loss of ecclesiastical position, resignation, transfer, deletion, removal of the position

<https://doi.org/10.36128/priv.wi37.336>

1. Pojęcie urzędu kościelnego

Urząd kościelny w tradycji chrześcijańskiej zawsze był kojarzony z posługą lub ze służbą w kościele. Pojęcie urzędu kościelnego w okresie reformy karolińskiej doznało obiektywizacji, co oznacza, że urzędem nazywano zespół uprawnień i obowiązków określonych prawem: urząd istniał dla dobra wspólnego i był sprawą publiczną w kościele. Kodeks Prawa Kanonicznego z 1917 roku rozróżniał natomiast urząd kościelny w znaczeniu szerokim i w znaczeniu ścisłym. Ustawodawca kościelny w KPK z 1917 roku zdefiniował pojęcie urzędu kościelnego zapisując w Kan. 145§1: „*officium ecclesiasticum lato sensu est quodlibet minus*

quo in spiritualem finem legi time exercetor” – urzędem kościelnym w szerszym znaczeniu jest każde zajęcie zadania, prawnie wykonywane w celu duchowym¹. Natomiast w znaczeniu ścisłym ustawodawca precyzuje, iż jest to urząd ustanowiony na stałe mocą postanowienia Bożego lub kościelnego, dający przynajmniej w pewnej mierze udział we władzy święceń lub jurysdykcji, nadawany według przepisów kanonicznych². W prawie termin „urząd kościelny” z zasady miał znaczenie ścisłe (KPK 1917 kan.145§2).

Obowiązki i prawa właściwe każdemu urzędowi kościelnemu określa albo samo prawo, które ustanawia dany urząd, albo dekret kompetentnej władzy, który go ustanawia, a jednocześnie go nadaje (Kan.145§2). Z urzędem kościelnym zawsze było mocno związane beneficjum, które stanowiło jego uposażenie i dlatego kanoniczny system beneficjalny zaciemniał samo spojrzenie na urząd kościelny. Związane to było z faktem, iż nie było obowiązku wykonywania osobiście nadanego urzędu. Dopiero w XVI wieku Sobór Trydencki wprowadził obowiązek kanonicznej rezydencji beneficjariuszy, którzy pełnili jakiś urząd kościelny.

Pojęcie urzędu kościelnego zostało zasadniczo zmienione w XX wieku przez Sobór Watykański II. W dekrete Soboru Watykańskiego II O posłudze i życiu kapłanów pod nr 20 czytamy: „Urzędowi zaś, który sprawują święci szafarze należy przyznać szczególną wagę, dlatego tzw. system beneficjalny należy porzucić, lub przynajmniej tak zreformować, aby stroną beneficjalną, czyli prawo do dochodów z uposażenia złączonego z urzędem, uważać za coś drugorzędnego, a pierwsze miejsce przyznać prawnie samemu urzędowi kościelnemu, przez który z kolei należy rozumieć jakikolwiek obowiązek powierzony na stałe dla realizacji celu duchowego”³.

Powyższy tekst z dekretu Soboru Watykańskiego II *Presbyterorum ordinis* z 1965 roku używa określenia *stabilter collatum*, natomiast w Kodeksie Prawa Kanonicznego Jana Pawła II z 1983 roku ustawodawca posługuje się określeniem *stabilter constitutum*, które nadaje mu własną podmiotowość, niezależnie od zmian osoby piastującej urząd, czy w sytuacji, gdy urząd wakuje. Zatem można zauważyć, że urząd kościelny istnieje niezależnie od osób go piastujących, co oznacza, że raz powołany do istnienia – trwa.

W tym kontekście wyróżnia się wymiar obiektywny i subiektywny urzędu kościelnego. Z punktu widzenia obiektywnego urząd kościelny charakteryzuje się ciągłością i trwałością. Natomiast wymiar subiektywny jest

- 1 Franciszek Bączkiewicz, *Prawo Kanoniczne: podręcznik dla duchowieństwa*, t. I (Opole: Wydawnictwo Diecezjalne św. Krzyża 1957), 334.
- 2 „Codex Iuris Cannonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti PP.XV auctoritate promulgatus” *Acta Apostolicae Sedis*, 9,2 (1917), dalej KPK 1917, kan.145§1,3-521.
- 3 Dekret Soboru Watykańskiego II, *Presbyterorum ordinis*, 7.XII 1965, w: AAS 58 (1966), 991-1024.

ściśle związane z osobą, która pełni dany urząd kościelny i dotyczy wykonalności zadań związanych z tym urzędem. Ustawodawca w KPK z 1983 roku wyróżnia trzy rodzaje urzędów:

- powierzone na czas nieokreślony; np. urząd proboszcza (KPK kan.522);
- powierzone na czas określony; np. wikariusz generalny i biskupi (KPK kan.477§1),
- ekonom diecezjalny (KPK kan.494§2), kolegium konsultorów (KPK kan. 502 §1), dziekan (KPK 554 §2);
- urzędy, których trwanie zależy od uznania władzy kościelnej; np. kanclerz i notariusz (KPK Kan.485), wikariusz parafialny (KPK kan.552), rektor kościoła (KPK kan.563).

Na urząd kościelny składa się kilka zasadniczych elementów:

- zadanie kościelne
- ustanowienie Boże lub kościelne
- stałość urzędu
- cel duchowy
- podmiot pełniący urząd⁴.

Zasadniczym elementem tworzącym urząd kościelny jest *munus* (zadanie), przez co należy rozumieć, że ma to być jakiegokolwiek zadanie zlecone do realizacji.

Urząd kościelny ma charakter publiczny i jest zadaniem, które zostało powierzone przez władzę kościelną dla dobra i w imię Kościoła. W związku z tym, że ma charakter publiczny i wykonywany jest w imieniu Kościoła, uściśla się go określeniem „kościelny”⁵.

Kolejnym elementem wynikającym z pojęcia urzędu kościelnego jest jego ustanowienie. Ustawodawca Kościelny podkreśla, że obowiązki i prawa właściwe każdemu urzędowi kościelnemu są określane albo samym prawem, którym urząd ustanowiono, albo dekretem kompetentnej władzy, którym jest on równocześnie ustanowiony i nadany⁶. Urzędy pochodzące z ustanowienia Bożego, to urząd Biskupa Rzymu (czyli papież, lub urząd biskupa), natomiast pozostałe urzędy (takie jak np. wikariusz generalny, wikariusz sądowy) zostały powołane przez kompetentną władzę dla spełnienia misji Kościoła.

4 Mirosław Sitarz, „Urząd kościelny”, [w:] *Słownik Prawa Kanonicznego* (Warszawa: Instytut Wydawniczy Pax, 2004), kol.186.

5 Janusz Sądel, *Kanoniczne powierzenie urzędu kościelnego w kodeksach Prawa Kanonicznego z 1917 i 1983 r. (studium historyczno-prawne)* (Rzeszów: Wydawnictwo Bonus Liber, 2008), 200.

6 Tomaso Vanzetto, „Provvisione e cessazione dell'ufficio ecclesiastico” *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1 (2011): 72-95.

Ustanowienie urzędu dokonuje się mocą ustawy, dekretu administracyjnego, prawa zwyczajowego lub statutów⁷.

Następnym elementem urzędu kościelnego jest jego *stabilter constitutum* (stałość)⁸. Stałość urzędu jest wyrazem troski o zapewnienie praw pełniącym urząd oraz tym, dla których dobra został ustanowiony⁹.

Kolejnym elementem urzędu kościelnego jest jego cel. Tym celem jest cel duchowy, czyli zbawienie dusz. Ten cel osiąga się poprzez realizowanie zadań związanych ze sprawowaniem władzy w Kościele, przez którą rozumie się: wykonywanie funkcji administracyjnych, czy zadań duszpasterskich i liturgicznych oraz zarządzanie majątkiem kościelnym. Te wszystkie działania mają służyć dla większego dobra wierzących oraz doprowadzić ich do najważniejszego celu, jakim jest zbawienie dusz.

Ostatnim elementem, który tworzy urząd kościelny jest podmiot fizyczny, co oznacza, że urząd istnieje niezależnie od osoby go piastującej. Dlatego wypełnienie danego urzędu kościelnego zależy od konkretnego tytulariusza, zależy także od funkcji lub zadania, do którego urząd został powołany. Można zauważyć, że urząd istnieje mimo wakatu, a dopiero wtedy, gdy zostanie powierzony konkretnej osobie fizycznej, będzie funkcjonował zgodnie z prawem kanonicznym¹⁰.

Mówiąc na temat urzędów kościelnych trzeba podkreślić, że zasadniczo są to urzędy jednoosobowe, jednak mogą być pełnione przez organy kolegialne. Kiedy mówimy o urzędach kolegialnych, to możemy wyróżnić: np. konferencje episkopatu, kolegia konsultorów czy dykasterie – kongregacje rzymskie, które to urzędy składają się z wielu podmiotów, pomimo że te podmioty nie zawsze piastują urząd we właściwym sensie¹¹.

Sprawowanie urzędu kościelnego może być powierzone zarówno duchownym, jak i świeckim. Zauważyć jednak należy, że sprawowanie większości urzędów kościelnych związane jest z wypełnieniem posług liturgicznych, jak również z zadaniem uświęcenia czy nauczania w kościele, i w związku z tym nie wszystkie urzędy mogą być powierzone świeckim (KPK Kan.129)¹².

7 Remigiusz Sobański, „Komentarz do c. 94–203”, [w:] *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. I, *Normy Ogólne*, red. Józef Krukowski (Poznań: Wydawnictwo Pallottinum, 2003), 234-235.

8 Juan Ignacio Arieta, Komentarz do kan.145, w: *Kodeks Prawa kanonicznego, komentarz*, red. P. Majer, Kraków, 2011,164.

9 Sądel, „Kanoniczne powierzenie urzędu kościelnego”, 206-207.

10 Sądel, „Kanoniczne powierzenie urzędu kościelnego”, 208-210.

11 Juan Ignacio Arieta, Komentarz do kan.145, w: *Kodeks Prawa kanonicznego, komentarz*, red. P. Majer, Kraków, 2011,165.

12 Józef Krukowski, *Prawo administracyjne w Kościele*, Warszawa, 2011, 6.

Każdy urząd kościelny powierzony zarówno duchownym, jak i świeckim jest udziałem we władzy rządzenia i ma służyć dla dobra wspólnego wszystkich wierzących.

2. Utrata urzędu kościelnego

2.1. Postanowienia ogólne

W Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 roku usystematyzowano instrumenty prawne prowadzące do utraty urzędu kościelnego, które mogą być sprawowane zarówno przez duchownych, jak i świeckich. W Kan.184 §1 czytamy: „Urząd kościelny traci się po upływie wyznaczonego czasu, po osiągnięciu określonego prawem wieku, na skutek rezygnacji, przeniesienia, usunięcia, a także pozbawienia”. Prawodawca kościelny zaznacza w tym samym kanonie w §2, że urzędu kościelnego nie traci się „po ustaniu w jakikolwiek sposób władzy, która go nadała, chyba że prawo zastrzega coś innego”. Należy podkreślić, że z chwilą utraty urzędu następuje także utrata wszystkich uprawnień związanych z wcześniej sprawowanym urzędem i w związku z tym wszelkie podejmowane decyzje tracą moc prawną. Każda osoba, która utraciła urząd może odwołać się od tej decyzji poprzez rekurs administracyjny lub w przypadku wyroku – poprzez apelację¹³.

Normy prawa kanonicznego dotyczące utraty urzędu kościelnego zostały zebrane w I Księdze w kanonach od 187 do 196. W podręczniku prawa kanonicznego księdza profesora Edwarda Szafrrowskiego czytamy: „Utratę urzędu można określić jako zdarzenie prawne, którego następstwem jest opróżnienie urzędu. Zdarzenie to zależy od woli piastującego urząd lub przełożonego, kiedy indziej dokonuje się siłą samego faktu”¹⁴. Należy jednak zwrócić uwagę, że aby utrata urzędu stała się faktem, konieczny jest akt formalny wydany przez kompetentną władzę kościelną i jest on uzależniony od władzy, która go wydała. Najczęściej przybiera on formę dekretu administracyjnego lub wyroku sądowego. Jednak w dwóch przypadkach władza kościelna nie jest zobligowana do udziału w postępowaniu dotyczącym utraty urzędu. Pierwszy przypadek dotyczy władzy wikariusza generalnego i wikariusza biskupiego, których władza wygasa po upływie określonego czasu, na skutek zrzeczenia się z urzędu, lub przez usunięcie z urzędu mocą władzy biskupa diecezjalnego (KPK Kan. 481§1). Urząd wikariusza generalnego i wikariusza biskupiego zostaje zawieszony mocą samego prawa, kiedy zostaje zawieszona władza biskupa diecezjalnego (KPK Kan. 481§2). W drugim przypadku mamy do czynienia z faktem, gdy władza kościelna nie powinna przyjmować rezygnacji z urzędu w każdym przypadku, gdy nie ma słusznej i uzasadnionej przyczyny rezygnacji z danego urzędu (KPK Kan.189). W niektórych

13 Sądcl, „Kanoniczne powierzenie urzędu kościelnego”, 310.

14 Edward Szafrrowski, Podręcznik Prawa Kanonicznego, t.1, Warszawa, 1985, 272.

sytuacjach utrata urzędu zależy, w pewnej mierze od woli samego zainteresowanego (rezygnacja), w innych przypadkach wynika z upływu czasu (powołanie na określony czas, ukończenie wyraźnie ustalonego wieku), może być również ustanowiona przez ustawę (Kan.194), bądź pozostawiona uznaniowej decyzji władzy kościelnej (zniesienie urzędu, przeniesienie, usunięcie, pozabawienie).

2.2. Rezygnacja

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 roku w kan. 187 daje możliwość, aby osoba, która pełni jakikolwiek urząd kościelny mogła z niego ustąpić (zrezygnować). Rezygnacja to świadome i dobrowolne zrzeczenie się urzędu kościelnego i przyjęte przez właściwą władzę¹⁵. Prawodawca podkreśla w tym krótkim kanonie, iż rezygnacja musi zawsze wynikać z *iusta causa*, czyli ze słusznej przyczyny. Trwanie na urzędzie wbrew własnej woli może skutkować szkodą dla osoby sprawującej urząd, a także może wyrządzać szkodę dla wspólnoty kościelnej. Aby rezygnacja była ważna, powinna zostać złożona przez osobę zdolną do czynności prawnych i powinna zawierać wszystkie elementy decydujące o ważności aktu prawnego (KPK, Kan.124§1)¹⁶.

Rezygnacja z urzędu musi być dokonana w sposób przemyślany, nie może być wymuszona, nie może być podjęta w sposób pochopny lub wynikający z innej błahej przyczyny. W kan. 188 ustawodawca kościelny podaje przypadki, które powodują, że mocą samego prawa rezygnacja z urzędu kościelnego jest nieważna. W tym kanonie czytamy: „Mocą samego prawa nieważna jest rezygnacja pod wpływem ciężkiej i niesprawiedliwej bojaźni, podstęp, błędu istotnego lub symonii”.

W „Komentarzu do Prawa Kanonicznego” ks. prof. R. Sobański wyjaśnia przyczyny nieważności rezygnacji z urzędu kościelnego mocą samego prawa:

1. „ciężka i niesprawiedliwa bojaźń; bojaźń jest niesprawiedliwa wtedy, gdy przymuszający nie ma żadnego prawa domagania się rezygnacji od tego, który pełni jakiś urząd;
2. podstęp; ma miejsce wtedy, gdy w sposób zamierzony wywołuje się słowami lub czynami u tego, który pełni urząd fałszywe wyobrażenie, które go skłoni do rezygnacji (np. przez wmówienie mu, że przełożeni są z niego niezadowoleni);

15 Tadeusz Pawluk, *Prawo Kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t I, *Zagadnienia wstępne i normy ogólne* (Olsztyn: Warmińskie Wydawnictwo Diecezjalne, 1985), 310.

16 Pio Vito Pinto, „Komentarz do c. 1–203”, [w:] *Commento al Codice di Diritto Canonico*, red. Pio Vito Pinto (Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana 2001), 76.

3. istotny błąd; jest wtedy, gdy dotyczy istoty samej rezygnacji lub jej skutków, albo też rzekomych przyczyn rezygnacji;
4. symonia; ma miejsce wtedy, gdy została spowodowana przekupstwem, także na korzyść osób trzecich¹⁷.

Warunkiem przyjęcia rezygnacji jest złożenie jej na piśmie lub ustnie w obecności dwóch świadków, o czym czytamy w kan.189 §1. Jest to warunek *ad validitatem* i ma zastosowanie do wszystkich przypadków, kiedy osoba składa rezygnację z urzędu kościelnego. Zazwyczaj samo powiadomienie władzy kościelnej o rezygnacji z urzędu nie wywiera skutku prawnego. Prawo wymaga weryfikacji przyczyn, które spowodowały podjęcie decyzji o złożeniu rezygnacji z urzędu, i dlatego zabrania przyjęcia rezygnacji, jeżeli przyczyny są niewłaściwie uzasadnione. Jeżeli rezygnacja wymaga przyjęcia przez władzę kościelną, to jest ona zobowiązana do jej przyjęcia w terminie 3 miesięcy. Jeżeli rezygnacja nie wymaga przyjęcia przez władzę kościelną, to osiąga swój skutek z chwilą, gdy rezygnujący zakomunikuje ją zgodnie z prawem (kan.189§3). Rezygnacja osiąga skutek z chwilą, gdy rezygnujący z urzędu otrzyma powiadomienie o przyjęciu jego rezygnacji przez kompetentną władzę kościelną.

Jedynym przypadkiem rezygnacji, która nie wymaga przyjęcia, jest rezygnacja z urzędu Biskupa Rzymskiego, która jest klasycznym przykładem rezygnacji konstytutywnej (kan.332§2)¹⁸. Nie wymaga się, aby rezygnacja z urzędu Biskupa Rzymu była przez kogokolwiek przyjmowana w sensie jej akceptacji lub odrzucenia. Papież Benedykt XVI, składając rezygnację z urzędu Biskupa Rzymu, wyraźnie podkreślił, że swoją decyzję podjął „w pełni świadom powagi tego aktu, z pełną wolnością”¹⁹. W czasie ostatniej audyencji generalnej papież Benedykt XVI w dniu 28 lutego 2013 roku ponownie podkreślił, że decyzję o rezygnacji z urzędu podjął „z całą świadomością jego znaczenia”. Po ogłoszeniu rezygnacji Benedykt XVI uznał, że jego tytułami, którymi będzie oficjalnie się posługiwał będą: „emerytowany Biskup Rzymu” lub „emerytowany Papież”. Po złożeniu rezygnacji, aby nie wywołać wrażenia, że istnieje „dwóch papieży” Benedykt XVI sam podjął decyzję, aby powstrzymać się od publicznych wystąpień i wycofać się z publicznych funkcji. Powiedział: „Chciałbym dalej moim sercem, moją miłością, moją modlitwą, moją refleksją, wszystkimi duchowymi siłami działać dla wspólnego dobra i dla dobra Kościoła oraz ludzkości”²⁰.

17 Sobański, „Komentarz do c. 94–203”, 277.

18 Konstytucja Apostolska Jana Pawła II *Universi Dominici Gregis* z 22 lutego 1996, w AAS 88(1996), 305-343.

19 Benedykt XVI, „Do mieszkańców Castel Gandolfo, 28.02.2013” *L'Osservatore Romano*, nr 3-4 (2013): 4-7 (wydanie polskie).

20 Benedykt XVI, „Do mieszkańców Castel Gandolfo, 28.02.2013”, 9.

Papież Franciszek w *motu proprio* *Imparare a congedarsi* z dnia 12 lutego 2018 roku uregulował z punktu widzenia prawa kanonicznego kwestie ustąpienia z niektórych urzędów kościelnych z nominacji papieskiej. Pierwsze słowa tego dokumentu (*Imparare a congedarsi*) w tłumaczeniu z języka włoskiego na język polski oznaczają dosłownie: „uczyć się odchodzić”. W tym dokumencie papież reguluje kwestie rezygnacji tylko z urzędów biskupów diecezjalnych oraz z nimi zrównanych, biskupów koadiutorów, pomocniczych i innych biskupów tytularnych, którym powierzono specjalne zadania duszpasterskie oraz innych urzędów *di nomina pontificia*: biskupów nie kardynałów stojących na czele dykasterii i pozostałych wyższych prałatów Kurii Rzymskiej, innych biskupów pełniących urzędy, na które zostali mianowani przez papieża oraz legatów Biskupa Rzymskiego²¹.

W artykule 2 tego dokumentu możemy zauważyć zasadniczą zmianę dotyczącą ustępowania z urzędów wyższych duchownych pracujących w Kurii Rzymskiej, a którzy nie są kardynałami. Zmiana ta dotyczy sposobu odejścia z pełnienia urzędów w Kurii Rzymskiej „nie ustępują *ipso facto* ze swych urzędów wraz z ukończeniem siedemdziesiątego piątego roku życia, ale mają obowiązek złożyć rezygnację Biskupowi Rzymskiemu”.

W oparciu o nowelizację dokonaną przez papieża Franciszka można zauważyć, że pozostało bardzo niewiele urzędów, które traci się wraz z ukończeniem określonego przez prawo wieku, czyli siedemdziesięciu pięciu lat. Można wskazać następujące urzędy, które zgodnie z przepisami prawa traci się wraz z osiągnięciem tego określonego wieku:

- dziekan Trybunału Roty Rzymskiej po ukończeniu siedemdziesiątego piątego roku życia;
- sędziowie Trybunału Apostolskiego wraz z rozpoczęciem siedemdziesiątego piątego roku życia;
- pozostali urzędnicy Kurii Rzymskiej, którzy są duchownymi lub zakonnikami, po ukończeniu siedemdziesiątego roku życia;
- świeccy po ukończeniu sześćdziesiątego piątego roku życia.

Wszyscy członkowie dykasterii i innych struktur Kurii Rzymskiej ustępują ze swych funkcji wraz z ukończeniem osiemdziesiątego roku życia. Należy podkreślić, że utrata urzędu następuje od momentu pisemnego zawiadomienia przez kompetentną władzę, a nie z chwilą przekroczenia określonego wieku. Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy utratą urzędu kościelnego z uwagi na określoną granicę wieku, a utratą urzędu spowodowaną złożeniem rezygnacji. Osiągnięcie wieku stanowi czynnik zewnętrzny, natomiast

21 Piotr Majer, „Rezygnacja z urzędu kościelnego – wybrane aspekty ascetyczne i prawne w oparciu o *motu proprio* papieża Franciszka, *Imparare a congedarsi* z 12 lutego 2018 roku” *Annales Canonici*, nr 1 (2018): 23-50.

rezygnacja wymaga, aby osoba, która pełni urząd złożyła rezygnację kompetentnym władzom, przy czym należy zaznaczyć, że przełożony kościelny może ją przyjąć lub nie. Oznacza to, że zmiana przepisów prawa dokonana przez papieża Franciszka dotycząca obowiązku składania rezygnacji zamiast dotychczasowej utraty niektórych urzędów na skutek osiągnięcia określonego wieku przewidzianego w prawie kanonicznym jest zmianą pozytywną, gdyż respektuje wolność tego, który ma odejść z urzędu.

2.3. Przeniesienie

W I księdze Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku w rozdziale IX o „Utracie Urzędu Kościelnego” znajdują się dyspozycje dotyczące przeniesienia. Przeniesienie to akt prawny, mocą którego władza zwalnia kogoś z pełnionego dotychczas urzędu i jednocześnie powierza mu inny²². Może być dokonane tylko przez kompetentną władzę, która zarówno nadaje dany urząd, jak i zwalnia z jakiegoś urzędu. Przeniesienia może dokonywać tylko biskup diecezjalny i tylko na terenie swojej diecezji.

Kompetentna władza kościelna ma dwie możliwości przeniesienia na inny urząd. Pierwsza możliwość przeniesienia na inny urząd kościelny może być dokonana zgodnie z wolą przenoszonoego, zachowane są wtedy ogólne normy prowizji kanonicznej, co oznacza, że nie zostaje wprowadzona specjalna procedura. Druga możliwość dotyczy przeniesienia na inny urząd wbrew woli piastującego urząd o czym czytamy w kan.190§2: „Jeżeli przeniesienie jest dokonywane wbrew woli zajmującego urząd, wymagana jest poważna przyczyna z zachowaniem zawsze prawa do przedstawienia przeciwnych racji, przy czym należy przestrzegać sposobu postępowania przepisanej prawem”. W tym przypadku konieczne jest postępowanie zgodne z prawem, polegające na przedstawieniu argumentów, które uzasadniają decyzję o przeniesieniu na inny urząd i może dokonać się na drodze karnej lub administracyjnej²³. W kan.190§3 jest dyspozycja prawna, która mówi o tym, że aby przeniesienie osiągnęło swój skutek musi być przekazana na piśmie. Kanoniczne objęcie drugiego urzędu jest możliwe przy przenoszeniu, kiedy pierwszy urząd wakuje. W związku z tym przeniesieniem ten, który pobiera wynagrodzenie, otrzymuje je z pierwszego urzędu do czasu kanonicznego objęcia drugiego urzędu (kan.191§2).

2.4. Usunięcie

Ustawodawca kościelny w kan.192-195 KPK podał przepisy dotyczące utraty urzędu kościelnego związane z usunięciem z zajmowanego urzędu. Usunięcie polega na utracie urzędu wbrew woli osoby go zajmującej, bez nadania tytułu do innego urzędu. Osoba sprawująca urząd na czas nieokreślony

22 Pawluk, *Prawo Kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, 311.

23 Sobański, „Komentarz do c. 94–203”, 280.

może być z niego usunięta tylko w przypadku bardzo poważnych przyczyn, które ocenia kompetentna władza kościelna. Przyczyną taką może być sprawowanie urzędu ze szkodą dla wspólnoty czy też nieefektywne sprawowanie danego urzędu. W kan.193§1 prawodawca kościelny zaznaczył, że przy takim usunięciu konieczne jest zachowanie sposobu postępowania określonego prawem. Podobne procedury dotyczące usunięcia z urzędu mają miejsce, gdy osoba sprawuje urząd na czas określony. Osoba ta może być z niego usunięta przed upływem czasu, w którym miała zakończyć sprawowanie urzędu. Warto podkreślić, że oba przykłady usunięć ze sprawowanego urzędu mają służyć przede wszystkim dobru publicznemu. Każdej osobie, która ma zostać usunięta ze sprawowanego urzędu należy przedstawić przyczyny zamierzonego usunięcia z urzędu, po to, by osoba ta miała możliwość przedstawienia swoich racji i możliwość obrony przed usunięciem. Dlatego, aby usunięcie z urzędu osiągnęło swój prawny skutek, musi zostać doręczony dekret na piśmie do osoby, która ma zostać usunięta ze sprawowanego urzędu. Prawodawca w kan.194§1 określił przypadki, które mocą samego prawa powodują usunięcie z urzędu kościelnego:

- kto utracił stan duchowny;
- kto publicznie odstąpił od wiary katolickiej lub wspólnoty z Kościołem;
- duchowny, który usiłował zawrzeć małżeństwo, choćby tylko cywilne.

W odniesieniu do pierwszego przypadku ustawodawca w kan.290§1-3 KPK powołuje się na następujące kazusy dotyczące utraty stanu duchownego:

- przez wyrok sądowy lub dekret administracyjny, stwierdzający nieważność święceń;
- przez karę wydalenia nałożoną zgodnie z przepisami prawa;
- przez reskrypt Stolicy Apostolskiej, którego to reskryptu Stolica Apostolska udziela diakonom tylko z poważnych przyczyn, a prezbiterom z najpoważniejszych przyczyn.

Jak podkreśla Pablo Gafaell, usunięcie z piastowanego urzędu z tytułu utracenia stanu duchownego nie ma charakteru karnego, ma wyłącznie charakter administracyjny²⁴. W drugim przypadku usunięcie z urzędu kościelnego na skutek odstąpienia od wiary lub wspólnoty z Kościołem może mieć miejsce tylko wtedy, gdy czyny te będą miały charakter publiczny i zostaną udowodnione. Trzecią przyczyną, na mocy której można dokonać usunięcia z urzędu kościelnego jest zdarzenie, w którym duchowny usiłuje zawrzeć małżeństwo, „choćby tylko cywilne”. Zwrócić tu należy uwagę na fakt,

24 Pablo Gafaell, „Comentario al. can.194”, [w:] A. Marzoa, J. Miras, R. Rodriguez-Ocana, *Comentario exegetico alCodigo de Derecho Canonico*, t. I (Pamplona: EUNSA, 1996), 1077-1083.

że choć ustawodawca kościelny nie posiada władzy nad małżeństwem cywilnym, to jednak ma władzę jurysdykcyjną nad duchownym. Duchowny kościoła katolickiego nie może ważnie zawrzeć małżeństwa cywilnego, ponieważ w Kościele łacińskim duchowni zobowiązani są do życia w celibacie. W kanonie 194§1 nr.3 ustawodawca wyraźnie podkreślił, że duchowny, który chciałby zawrzeć małżeństwo (choćby tylko cywilne) mocą samego prawa zostaje usunięty z urzędu kościelnego.

2.5. Pozbawienie

Jedną z kar ekspiacyjnych w prawie karnym kanonicznym, polegających na przywróceniu sprawiedliwości we wspólnocie kościelnej jest pozbawienie urzędu. Jest to ciężka kara, która jest przewidziana za ciężkie przestępstwa, między innymi za:

- nakłanianie przez kapłana podczas spowiedzi do grzechu przeciw 6 przykazaniu Dekalogu (kan.1387);
- naruszenie przez spowiednika tajemnicy sakramentalnej spowiedzi, która z mocy samego prawa nakłada na spowiednika ekskomunikę (kan. 1388§1);
- nadużywanie władzy lub zadania wynikającego z urzędu (kan.1389§1);
- poważne naruszenie obowiązku rezydencji, do której duchowny jest zobowiązany z racji pełnionego urzędu kościelnego (kan.1396).

Prawo kanoniczne przewiduje, aby duchowny został pozbawiony urzędu kościelnego, wymagane jest przeprowadzenie postępowania przez promotora sprawiedliwości²⁵. Pozbawienie urzędu może być dokonane na czas określony – dokonuje się tego na podstawie dekretu administracyjnego. Natomiast gdy pozbawienie urzędu jest na stałe, wymagana jest wyłącznie droga sądowa zakończona wydaniem prawomocnego wyroku. Osoba pozbawiona urzędu na czas określony lub na stałe traci wszelkie prawa i obowiązki wynikające ze sprawowania danego urzędu. Z punktu widzenia prawnego władza kościelna nie ma obowiązku zapewnienia utrzymania osobie pozbawionej urzędu. Osobie pozbawionej urzędu czy to na czas określony, czy na stałe przysługuje prawo do apelacji. Dlatego w kan.196§2 ustawodawca kościelny podkreśla, że: „Pozbawienie osiąga skutek według przepisów kanonów prawa karnego”.

3. Zakończenie

W artykule przedstawiono problematykę utraty urzędu kościelnego, która jest zawarta w I księdze Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku w kan. 184-196. Ustawodawca kościelny skodyfikował regulacje prawne

25 Marian Żurowski, *Problem władzy i powierzania urzędów w Kościele Katolickim* (Kraków: WAM, 1984), 264.

dotyczące utraty urzędu kościelnego. Urzędy kościelne mogą być powierzone na czas określony lub na czas nieokreślony i dlatego kompetentna władza kościelna powierza urzędy zgodnie z przepisami prawa kanonicznego w obrębie swoich diecezji lub prowincji kościelnych. Biskup diecezjalny może swobodnie powierzać urzędy takie jak, między innymi: urząd proboszcza, dziekana, kanclerza kurii, notariusza, adwokata sądowego, ekonoma, a także dyrektora Caritas na terenie swojej diecezji. Te urzędy są powierzane jednoosobowo i bezpośrednio podlegają jurysdykcji biskupa diecezjalnego, którego obowiązkiem jest dbałość o przestrzeganie prawa kanonicznego i dbałość o dobro wspólnoty kościelnej.

W przypadku, gdy dochodzi do zaniedbań wynikających ze sprawowania urzędów kościelnych, biskup diecezjalny zobowiązany jest do podjęcia decyzji, czy należy pozbawić kogoś pełnionego urzędu. W podejmowaniu tej decyzji konieczne jest wzięcie pod uwagę dwóch elementów: z jednej strony dobro wspólnoty kościelnej, a drugiej strony dobro osoby pełniącej urząd. Dlatego należy podkreślić, że dobro społeczności kościoła oraz zachowanie godności urzędów kościelnych powinno być oparte na stabilności. Prawodawca kościelny w szczególnych przypadkach przyjął zasadę, że z uwagi na dobro wspólnoty kościelnej należy przyjąć rezygnację z urzędu, albo też dokonać przeniesienia, usunięcia lub pozbawienia urzędu.

Bibliografia

- Arrieta Juan Ignacio, „Komentarz do c. 129–196”, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego, Komentarz*, red. Piotr Majer. 150-195. Kraków: Wolters Kluwer 2011.
- Bączkiewicz Franciszek, *Prawo Kanoniczne: podręcznik dla duchowieństwa*, t. I. Opole: Wydawnictwo diecezjalne św. Krzyża 1957.
- Gafaell Pablo, „Comentario al. can.194”, [w:] A. Marzoa, J. Miras, R. Rodriguez-Ocana, *Comentario exegetico al Codice de Derecho Canonico*, t. I. 1077-1083. Pamplona: EUNSA, 1996.
- Majer Piotr, „Rezygnacja z urzędu kościelnego – wybrane aspekty ascetyczne i prawne w oparciu o motu proprio papieża Franciszka, Imaprare a congedarsi z 12 lutego 2018 roku” *Annales Canonici*, nr 1 (2018): 23-50.
- Pawluk Tadeusz, *Prawo Kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. I, *Zagadnienia wstępne i normy ogólne*. Olsztyn: Warmińskie Wydawnictwo Diecezjalne, 1985.
- Pinto Pio Vito, „Komentarz do c. 1–203”, [w:] *Commento al Codice di Diritto Canonico*, red. Pio Vito Pinto. 1-109. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana 2001.
- Sądel Janusz, *Kanoniczne powierzenie urzędu kościelnego w kodeksach Prawa Kanonicznego z 1917 i 1983 r. (studium historyczno-prawne)*. Rzeszów: Wydawnictwo Bonus Liber, 2008.

- Sitarz Mirosław, „Urząd kościelny”, [w:] *Słownik Prawa Kanonicznego. (kol. 186)*. Warszawa: Instytut Wydawniczy Pax, 2004.
- Sitarz Mirosław, „Usunięcie”, [w:] *Słownik Prawa Kanonicznego. (kol. 186–187)*. Warszawa: Instytut Wydawniczy Pax, 2004.
- Sobański Remigiusz, „Komentarz do c. 94–203”, [w:] *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. I, *Normy Ogólne*, red. Józef Krukowski. 160-296. Poznań: Wydawnictwo Pallottinum, 2003.
- Sztafrowski Edward, *Podręcznik prawa kanonicznego*, t. I. Warszawa: Akademia Teologii Katolickiej, 1985.
- Vanzetto Tomaso, „Provisione e cessazione dell'ufficio ecclesiastico” *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1 (2011): 72-95.
- Żurowski Marian, *Problem władzy i powierzenia urzędów w Kościele katolickim*. Kraków: WAM, 1984.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>



GLOSÝ

Anna Haładyj, Wojciech Wytrązek

Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt II SA/Lu 617/18 (orz. prawomocne) – glosa krytyczna

Judgment of the Provincial Administrative Court in Lublin of November 15, 2018, reference number Act II SA / Lu 617/18 (final decision) – Critical Vote

Gloss to the ruling of the Provincial Administrative Court in Lublin regarding the imposition of an administrative fine on an entrepreneur who did not submit a report on emptying non-drainage tanks on time. The imposed penalty was maintained by the appeal body and the administrative court. The adjudicating bodies in the case did not carry out an extensive investigation into the grounds for withdrawal from the penalty provided for in the amended Code of Administrative Procedure (Section IVa, Administrative Financial Penalties), adopted just to remove the excessive rigor of the national system of administrative fines imposed for formal irregularities, without the possibility of examining the circumstances justifying withdrawal from their imposition.

Anna Haładyj

*doktor habilitowany nauk prawnych
profesor Katolickiego Uniwersytetu
Jana Pawła II*

ORCID – 0000-0002-8827-3657

Wojciech Wytrązek

*doktor habilitowany nauk prawnych
Katolicki Uniwersytet Jana Pawła II*

ORCID – 0000-0002-9311-9419

Słowa kluczowe:

administracyjne kary pieniężne, postępowanie administracyjne, sąd administracyjny, czystość i porządek w gminie, sprawozdanie za opróżnianie zbiorników bezodpływowych

Keywords:

administrative financial penalty, administrative proceedings, administrative court, maintaining cleanliness and order in the commune, emptying of drainage tanks' report

<https://doi.org/10.36128/priw.vi37.140>

Stan faktyczny:

Głosowane orzeczenie zapadło w następującym stanie faktycznym: A.P., prowadzący na podstawie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych na terenie gminy R., nie wykonał ciężącego na nim z mocy prawa obowiązku złożenia kwartalnego sprawozdania podmiotu prowadzącego działalność w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych za I kwartał 2017 r. Podstawę prawną obowiązku jego składania stanowi art. 90 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przewidujący obowiązek sporządzania sprawozdań oraz ich przedkładania wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta) w terminie do końca miesiąca następującego po kwartale, którego

dotyczy (art. 9o ust. 2 uuczpg). W związku z tym, że A.P. nie złożył stosownego sprawozdania do dnia 30 kwietnia 2017 r., pismem z dnia 19 września 2017 r. organ I instancji wezwał A. P. do przedłożenia sprawozdania, powołując się przy tym na przepis art. 9xb pkt 2 uuczpg. Zaległe sprawozdanie wpłynęło do organu I instancji w dniu 22 listopada 2017 r. Wójt wszczął postępowanie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej w dniu 5 grudnia 2017 r., A.P. przed wydaniem decyzji wniósł o odstąpienie od wymierzenia kary wskazując, iż wprawdzie sprawozdanie zostało złożone po terminie, było jednak rzetelne, on sam natomiast nie zdawał sobie sprawy z wysokości kary. Zaznaczył też, że jej nałożenie może spowodować zakłócenie płynności finansowej prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa, co wynika z faktu, że stawka administracyjnej kary pieniężnej za niezłożenie sprawozdania w terminie wynosi 100 zł dziennie za każdy dzień opóźnienia, nie więcej jednak niż za 365 dni (co wynika wprost z art. 9xb pkt 2 uuczpg). Wójt Gminy R. nałożył na stronę karę pieniężną w kwocie 20 500 zł (przekroczenie terminu na złożenie sprawozdania o 205 dni). Pismem z dnia 14 lutego 2018 r. A.P. wniósł o umorzenie nałożonej kary, uzasadniając swoje podanie trudną sytuacją finansową firmy. Samorządowe Kolegium Odwoławcze podtrzymało rozstrzygnięcie organu I instancji. Wojewódzki Sąd Administracyjny w L. oddalając skargę nie zakwestionował wysokości nałożonej kary.

Glosa

Dokonując oceny orzeczenia glosatorzy w mniejszym stopniu podkreślają elementy, na które zwrócił uwagę sąd administracyjny (stosowanie przepisów ordynacji podatkowej, informowanie stron z urzędu o istotnych okolicznościach sprawy), skupiając swoją uwagę na tym, co umknęło zarówno organom administracji, jak i sądowi w badanej sprawie, tj. kwestie uregulowania w Kodeksie postępowania administracyjnego¹ przesłanek wymiaru administracyjnych kar pieniężnych od 1 czerwca 2017 r.², co czyni niniejszą wypowiedź glosą krytyczną. Z uwagi na brak odniesienia sądu administracyjnego do konieczności zastosowania w przedmiotowej sprawie przepisów znowelizowanego kpa, glosa nie odnosi się do konkretnych tez wyroku, a raczej wskazuje na jego braki.

1 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 256 ze zm., dalej cytowana jako kpa.

2 Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r., poz. 935.

Głosowane orzeczenie zapadło w odniesieniu do sprawy, której stan faktyczny obejmował niezłożenie należnego sprawozdania z tytułu działalności polegającej na prowadzeniu, po uzyskaniu stosownego zezwolenia, opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych. W sprawie bezsporne jest zarówno, że podmiot będący adresatem decyzji o wymiarze administracyjnej kary pieniężnej taką decyzję posiadał, jak również fakt, że obowiązki wynikające z regulującej zasady wykonywania działalności objętej zezwoleniem ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach³ nakazywały przedsiębiorcy bez wezwania składać stosowne sprawozdania kwartalne (art. 9o ust. 1-2 uuczpg). Obowiązek ich składania bez wezwania jako wyrażony wprost w przepisach prawa, a także konieczność ich składania (nawet jeśli mają one charakter sprawozdań tzw. zerowych) jest współcześnie bezsporny⁴ i w tym zakresie tezy z głosowanego orzeczenia autorzy niniejszego opracowania podzielają. Tym, co w głosowanym wyroku budzi wątpliwości, to przede wszystkim kwestia, czy naliczona kara pieniężna winna była zostać wymierzona, zarówno z uwagi na podniesione przed skarżącego okoliczności, tj. złą sytuację finansową przedsiębiorstwa, jak też z uwagi na niepodniesione przez skarżącego powody, związane z zaniechaniem uwzględnienia przez organ I instancji obowiązujących w chwili wymiaru administracyjnej kary pieniężnej znowelizowane przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, wskazujące przesłanki odstąpienia od nałożenia tej kary.

Rozpocząć jednak należy od wskazania argumentów, które pozwalają na zastosowanie w sprawie będącej przedmiotem glosy przepisów kodeksu postępowania administracyjnego w zakresie nakładania administracyjnych kar pieniężnych. Wyjść wypada od ustalenia faktu, że znowelizowane brzmienie kpa wprowadziło po pierwsze, samą definicję ustawową administracyjnej kary pieniężnej, a także określiło przesłanki odstąpienia od jej wymiaru oraz przesłanki miarkowania administracyjnych kar pieniężnych, zaś po drugie, że wprowadziło zasadniczą dla omawianej sprawy zasadę zastosowania przepisów kpa w sytuacji, gdy w przepisach odrębnych nie uregulowano: przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej; odstąpienia od

-
- 3 Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm., dalej cytowana jako uuczpg.
 - 4 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 marca 2019 r., sygn. akt IV SA/Wa 3105/18, LEX nr 3032039, wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia, sygn. akt II SA/Go 854/19, LEX nr 2847966, nieprawomocn. W wyrokach w sprawach: II SA/Gd 709/17, II SA/GI 1196/17 oraz IV SA/Wa 2664/16 sądy podkreślały, że to na podmiocie prowadzącym działalność gospodarczą spoczywa obowiązek znajomości przepisów prawa dotyczących prowadzonej przez niego działalności, aby ustrzec się ewentualnych negatywnych skutków.

nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub udzielenia pouczenia; terminów przedawnienia nakładania administracyjnej kary pieniężnej; terminów przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej; odsetek od zaległej administracyjnej kary pieniężnej; udzielania ulg w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej (art. 189a § 2 kpa).

Wprowadzenie do kpa działu IVa „Administracyjne kary pieniężne” z mocą obowiązującą od 1 czerwca 2017 r. stanowi reakcją prawodawcy na zjawisko nadregulacji w prawie publicznym (w tym: w prawie ochrony środowiska) wywołaną po pierwsze przez znaczące rozbudowanie przepisów przewidujących możliwość zastosowania administracyjnych kar pieniężnych⁵, a po drugie – przez swoiste zatarcie granic pomiędzy przestępstwem, wykroczeniem i deliktem administracyjnym⁶. To ostatnie zjawisko dostrzegł już Trybunał Konstytucyjny, wskazując w jednym ze swoich wyroków, że „obok oficjalnego trybu pociągania do odpowiedzialności za czyny bezprawne wyczerpujące znamiona przestępstwa lub wykroczenia, zawinione przez sprawcę, opartego na kodeksach karnych, rozwija się poboczny nurt represjonowania przy pomocy sankcji ekonomicznych, często bardziej dolegliwych niż grzywny przewidziane przez prawo karne lub prawo wykroczeń, stosowanych bez zachowywania standardów ochronnych obowiązujących w postępowaniu karnym, w szczególności winy jako przesłanki odpowiedzialności, prawa do obrony i zasady *ne bis in idem*”⁷, przy czym – jak podkreśla D. Danecka – zjawisko to coraz częściej nie pojawia się obok, ale w miejsce – jak określił to TK – „oficjalnego trybu pociągania do odpowiedzialności”⁸. Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że „tam gdzie przepisy nakładają na osoby fizyczne lub prawne obowiązki, winien się również znaleźć przepis określający konsekwencję niespełnienia obowiązku. Brak stosownej sankcji powoduje, że

5 W 2000 r. było to około 100 ustaw. Analiza własna na podstawie danych w Systemie Informacji Prawnej LEX [stan – marzec 2020 r.]. W 2017 ich liczbę Tomasz Bąkowski oceniał na około 40. (Tomasz Bąkowski, „Zasady nakładania kary administracyjnej i udzielania ulg w jej wykonaniu według projektu nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego” *Gdańskie Studia Prawnicze*, 37 (2017): 378.

6 Bartosz Majchrzak, „Problematyka prawna administracyjnych kar pieniężnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych”, [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. Mateusz Błachucki (Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2015), 64.

7 Wyrok TK z dnia 18.11.2010 r., P 29/09, OTK-A 2010, nr 9, poz. 104.

8 Daria Danecka, *Konwersja odpowiedzialności karnej w administracyjną w prawie polskim* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 18.

przepis staje się martwy, a niespełnianie obowiązku nagminne⁹, ale systemowemu przesuwaniu wektora preferencji w systemie prawa represyjnego *sensu largo* nie towarzyszyło wykreowanie adekwatnego i analogicznego względem prawa karnego standardu ochrony praw jednostki.¹⁰ Dlatego też prawodawca, nowelizując kpa, zdecydował się na objęcie ochroną wprowadzającą regulację prawną administracyjnych kar pieniężnych w sposób kompleksowy i ogólny zarazem.

Jak wynika z brzmienia art. 198a § 2 kpa, jego przepisy stosuje się w przypadku braku uregulowania w przepisach odrębnych: 1) przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, 2) odstąpienia od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub udzielenia pouczenia, 3) terminów przedawnienia nakładania administracyjnej kary pieniężnej, 4) terminów przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej, 5) odsetek od zaległej administracyjnej kary pieniężnej, 6) udzielania ulg w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej. Na tym tle warto podkreślić, że o ile przepisem szczególnym jest przepis regulujący tę samą materię co przepis ogólny, jednakże regulacja tej samej materii w tym przepisie następuje w odmienny sposób niż w przepisie ogólnym, o tyle przepis odrębny w stosunku do kpa to taki, który określa inną materię aniżeli uregulowana w kodeksie. A jednocześnie kontekst i brzmienie przepisu wskazywałby raczej na relację przepis ogólny – przepis szczególny, a nie przepis ogólny – przepis odrębny¹¹.

Rodzi to pytanie, czy w dacie orzekania o wysokości należnej kary za niezłożenie sprawozdania w terminie organ orzekający winien był uwzględnić przepisy kpa o administracyjnych karach pieniężnych, a także, czy w sposób pełny (objęty dyspozycja art. 198a § 2 pkt 1-6 kpa) określają one wszystkie niezbędne przepisy składające się na okoliczności związane z „nakładaniem lub wymierzaniem” tej kary.

Bezsprzeczne w stanie faktycznym objętym głosowanym wyrokiem istniały przepisy stanowiące podstawę „nakładania i wymiaru” administracyjnej kary pieniężnej za niezłożenie w terminie sprawozdania – a mianowicie przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie

9 Wyrok TK z dnia 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 23/99, OTK ZU 2000, nr 3, poz. 89.

10 Lucyna Staniszewska, „Dostosowanie administracyjnych kar pieniężnych do wymogów demokratycznego państwa prawnego”, [w:] *Nowe instytucje procesowe w postępowaniu administracyjnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r.*, red. Anna Gronkiewicz, Agnieszka Ziółkowska (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2017), 367. Zob. także wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 29 stycznia 2013 r., RPO-722886-V/2013/PM.

11 Staniszewska, *Dostosowanie administracyjnych kar pieniężnych*, 373.

z jej art. 9o ust 1-2, „Podmiot prowadzący działalność w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych jest obowiązany do sporządzania kwartalnych sprawozdań. 2. Sprawozdanie jest przekazywane wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta w terminie do końca miesiąca następującego po kwartale, którego dotyczy”, natomiast zgodnie z jej art. 9xb. „Podmiot prowadzący działalność w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, który: 1) przekazuje nierzetelne sprawozdanie, o którym mowa w art. 9o – podlega karze pieniężnej w wysokości od 200 zł do 500 zł, jeżeli sprawozdanie zostanie uzupełnione lub poprawione w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania, o którym mowa w art. 9p ust. 2, a w przypadku niezastosowania się do wezwania od 500 zł do 5000 zł; 2) przekazuje po terminie sprawozdanie, o którym mowa w art. 9o – podlega karze pieniężnej w wysokości 100 zł za każdy dzień opóźnienia, nie więcej jednak niż za 365 dni”. Zgodnie z art. Art. 9zb ust. 1b uucpg „Kary pieniężne, o których mowa w art. 9xb, nakłada, w drodze decyzji, wójt, burmistrz lub prezydent miasta, właściwy ze względu na miejsce prowadzenia działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych”. Co na tym tle godne podkreślenia, wprawdzie przepisy uucpg określają zasady miarkowania administracyjnych kar pieniężnych o następującym brzmieniu: „Art. 9zc. 1. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 9x ust. 1 pkt 2–4, art. 9xa pkt 2, art. 9xaa pkt 1, art. 9xb pkt 1, art. 9y ust. 1 pkt 2–4 i art. 9z ust. 1 pkt 2 i ust. 4, właściwy organ bierze pod uwagę stopień szkodliwości czynu, zakres naruszenia oraz dotychczasową działalność podmiotu. 2. Administracyjna kara pieniężna na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 4, art. 9xa pkt 2, art. 9xaa pkt 1, art. 9xb pkt 1, art. 9y ust. 1 pkt 4 albo art. 9z ust. 1 pkt 2 w przypadku niezastosowania się do wezwania, o którym odpowiednio mowa w art. 9p ust. 2 albo w art. 9r ust. 2, może być wymierzana wielokrotnie, z tym że łączna wysokość kar, za dany rok kalendarzowy, dotycząca danego sprawozdania, nie może przekroczyć 50 000 zł.”, to jednak nie określają one zasad miarkowania wobec deliktów opisanych w art. 9xb pkt 2 uucpg, stanowiącym podstawę nałożenia administracyjnej kary pieniężnej w analizowanym stanie faktycznym.

Dodać należy, że zgodnie z art. 9zf uucpg „Do kar pieniężnych stosuje się przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, z tym że uprawnienia organów podatkowych przysługują wójtowi, burmistrzowi, prezydentowi miasta oraz wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska”.

Przytoczenie odnośnej treści uucpg na sformułowanie pytania, czy przywołane przepisy określają uregulowania: przesłanek wymiaru, odstąpienia od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub udzielenia pouczenia, terminów przedawnienia nakładania lub przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej, a także odsetek od zaległej administracyjnej kary

pieniężnej i udzielania ulg w jej wykonaniu, jak wynika z brzmienia art. 189a § 2 kpa?

Odpowiedź na to pytanie, zdaniem glosatorów, musi być negatywna, ponieważ z zacytowanych przepisów nie wynikają wobec kar wymierzanych w trybie art. 9xb pkt 2 uczpg ani przesłanki odstąpienia od wymiaru tej kary, ani udzielenia pouczenia, jak również przesłanki jej miarkowania. Sprawia to, zdaniem glosatorów, że w przedmiotowym postępowaniu organ I instancji winien był wziąć pod uwagę przesłanki odstąpienia od jej wymiaru, wynikające z kpa.

Za takim podejściem do wzajemnej relacji przepisów uczpg oraz kpa przemawiają argumenty natury walidacyjnej: z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, wprost wynika, że „celem art. 189a § 2 k.p.a. jest **uzupełniająca** [wszystkie podkreślenia w cytacie pochodzą od Autorów] stosowanie przepisów k.p.a. w tym zakresie, który nie został uregulowany odmiennie w przepisach odrębnych. Jeżeli któryś z wskazanych aspektów regulacji dotyczącej kar (np. odstąpienie od nałożenia kary) nie został objęty regulacją ustawy odrębnej, **„w to miejsce” stosowane będą przepisy k.p.a.** Jednocześnie, jeśli przepisy szczególne regulują określoną kwestię, np. wskazują przesłanki wymiaru kary, to wyłączone zostaje zastosowanie wszystkich przepisów k.p.a. określających przesłanki wymiaru kary (**tego aspektu objętego jednym z punktów art. 189a § 2 k.p.a.**). Skoro bowiem ustawodawca w przepisach odrębnych ustaw uregulował w przepisach odrębnych kwestię kar administracyjnych kompleksowo albo uregulował dany „wycinek” tematyki stosowania kar administracyjnych, w tym konkretnie zakresie zastosowanie przepisów k.p.a. powinno być wyłączone. **Nie wyklucza to stosowania przepisów k.p.a. w zakresie aspektów wskazanych w art. 189a § 2 pkt 2–6**¹², co więcej, nie wyklucza to stosowania znowelizowanych przepisów

12 Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, druk nr 1183. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183>. [dostęp: 24.07.2019]. Stanowisko to potwierdzają także: Mateusz Strączek, „Kary administracyjne – analiza prawnooporównawcza stanu prawnego sprzed i po nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z 2017 roku”, [w:] *Nowe instytucje procesowe w postępowaniu administracyjnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r.*, red. Anna Gronkiewicz, Agnieszka Ziółkowska, (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2017), 352 oraz Piotr Ruczkowski, „Wypieranie prawa karnego przez prawo administracyjne a standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego”, [w:] *Standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego*, red. Zofia Duniewska, Małgorzata Stahl, Agnieszka Rabięga-Przyłęcka

kpa do orzekania w sprawach regulowanych przepisami, które weszły w życie przed tą nowelizacją. Oznacza to, że prawodawca wyraźnie wskazuje konieczność uwzględniania regulacji działu IVa kpa wobec przepisów stanowiących *lex specialis* (do której uuczpg bezsprzecznie należy) w braku pokrycia tą regulacją wszystkich etapów postępowania w sprawie wymiaru (nałożenia) administracyjnej kary pieniężnej, tj. zarówno kwalifikacji czynu (przesłanki wymiaru), miarkowania wysokości kary (obejmującego odstępnie i pouczenie), oraz przedawnienia uprawnienia do jej nałożenia, wraz z etapem następującym po jej nałożeniu, tj. egzekucji i jej przedawnienia, naliczania odsetek oraz udzielania ulg w spłacie. Tak również uznał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 8 listopada 2018 r.¹³, wskazując, iż „treść przytoczonego przepisu wskazuje, że wymienione w nim przesłanki (instytucje) są autonomiczne i **przepisy k.p.a. nie znajdują zastosowania tylko w takim zakresie, w jakim każdą z tych przesłanek regulują samodzielnie przepisy odrębne**”. O konieczności uwzględnienia w rozstrzygnięciu przez organ I instancji konieczności zastosowania przepisów kpa wypowiedziały się także składy orzekające WSA w Olsztynie¹⁴, Łodzi¹⁵ i Poznaniu¹⁶.

Brak taki przemawia za zastosowaniem norm znowelizowanego kpa, czego organy orzekające w sprawie nie uczyniły. Za takim ujęciem przemawiają już także pierwsze wyroki zapadłe nowym stanie prawnym, uznające brak rozważenia przez organ wydający decyzję okoliczności zastosowania art. 189f kpa w sprawach dotyczących administracyjnych kar pieniężnych nakładanych na podstawie art. 9xb uuczpg za mające wpływ na wynik sprawy¹⁷.

Zastosowanie art. 189f kpa ma charakter normy obligatoryjnej, a więc organ z urzędu zobowiązany był, po dokonaniu oceny, że regulacja

(Warszawa-Łódź: Wolters Kluwer, 2019), 109. Inaczej: Andrzej Wróbel, „Art. 189(a)”, [w:] *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego. System Informacji Prawnej* (LEX, 2019) oraz Piotr Przybysz, „Art. 189(a)”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany* (LEX, 2019).

- 13 Wyrok WSA z dnia 08.11.2018 r., sygn. akt IV SA/Wa 1878/18, prawomocny, LEX nr 651533.
- 14 Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 20 sierpnia 2019 r., II SA/Ol 447/19, LEX nr 2715137.
- 15 Wyrok WSA w Łodzi z dnia 2 października 2019 r., III SA/Łd 115/19, LEX nr 2727616.
- 16 Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 19 września 2019 r., II SA/Po 1115/18, LEX nr 2734377.
- 17 Wyrok NSA z dnia 14.07.2020, sygn. akt II OSK 942/20, LEX nr 3071659, wyrok NSA z dnia 14.07.2020, sygn. akt II OSK 943/20, LEX nr 3071720.

uczpg nie zawiera kryteriów odstąpienia od wymiaru kary, powrócić na grunt regulacji ogólnej, tj. kpa i poddać analizie, czy wystąpiły przesłanki odstąpienia od jej wymiaru i poprzestania na pouczeniu lub dokonać oceny, czy wystąpiły w sprawie przesłanki umożliwiające zastosowanie dyrektyw wymiaru kary, określonych w art. 189d k.p.a.

Należy jednocześnie podkreślić, że w sprawie to ostatnie nie było możliwe, ponieważ stawka kary określona jest kwotowo, a zdaniem doktryny nie sposób dokonać miarkowania sankcji przy decyzjach związanych¹⁸. Sprawia to, że argument o osobistej sytuacji strony, który skarżący sprowadził do złej sytuacji finansowej firmy, uznać należy za chybiony, jednakże Sąd nie wziął go pod uwagę („Bez znaczenia pozostają w tej sytuacji podniesione przez skarżącego w odwołaniu oraz we wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji Kolegium, okoliczności dotyczące złej kondycji finansowej jego firmy”¹⁹) bez wskazania przyczyn, dla których nie pochylił się nad sytuacją osobista strony, co także należy poddać ocenie krytycznej. A skoro organy administracji orzekające w sprawie nie mogły dokonać miarkowania kary, winny były dokonać analizy możliwości odstąpienia od wymiaru kary i poprzestania na pouczeniu – tej regulacji nie zawiera bowiem uuczpg, czego niestety nie podniósł sąd orzekający w sprawie.

Zgodnie z art. 189f k.p.a. organ administracji publicznej, w drodze decyzji, odstępuje od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestaje na pouczeniu, jeżeli waga naruszenia prawa jest znikoma, a strona zaprzestała naruszania prawa. Podkreślić wypada, że organ orzekający w sprawie zobowiązany był wziąć pod uwagę powyższe przesłanki z urzędu, rozważając zwłaszcza stopień naruszenia prawa. Zgodnie z poglądami doktryny naruszenie znikome, to naruszenie nieistotne²⁰, a nieistotne naruszenie to takie, które nie wywołało negatywnych następstw dla wartości podlegających ochronie²¹. Rolą organu właściwego w sprawie było wykazanie, że waga naruszenia

- 18 Dawid Gregorczyk, „Administracyjne kary pieniężne w nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego”, [w:] *Nowe instytucje procesowe w postępowaniu administracyjnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r.*, red. Anna Gronkiewicz, Agnieszka Ziółkowska (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2017), 381.
- 19 Zob. uzasadnienie komentowanego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 15 listopada 2018 r., sygn. akt II SA/Lu 617/18, LEX nr 2590087.
- 20 Izabela Wereśniak-Masri, „Wybrane problemy administracyjnych kar pieniężnych w ustawie o odpadach”, [w:] *Prawo o odpadach*, red. Bartosz Rakoczy (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 230.
- 21 Barbara Adamiak, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania Administracyjnego, komentarz* (Warszawa: C.H. Beck, 2017), 969.

miała cechę istotności, tj. wywołała negatywne następstwa dla środowiska i jego komponentów jako przedmiotu ochrony, ponieważ, jak pisze Marek Bojarski, z punktu widzenia tego, co w ochronie środowiska jest najważniejsze, ocenia się zanieczyszczenie lub zagrożenie zanieczyszczeniem²².

Oznacza to, że organy administracji orzekające w sprawie zastosowały błędną wykładnię przepisów prawa procesowego, przez niedokonanie wszystkich czynności niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy i brak dokonania wszechstronnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, poprzez zaniechanie rozważenia zastosowania przesłanek przemawiających za odstąpieniem nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestania na pouczeniu oraz zaniechaniem zbadania skali naruszenia prawa przez przedsiębiorcę-adresata decyzji. To skutkowało winno uchyceniem decyzji w całości, a nie odrzuceniem skargi, ponieważ kontrola sądownoadministracyjna obejmuje nie tylko wykładnię relewantnych norm prawa materialnego dokonaną przez organ, ale również zastosowanie tych norm przez organ w danym stanie faktycznym, czyli proces subsumpcji, co czyni niniejszą głosę krytyczną.

Podsumowując podkreślić należy, że postulat powrotu do *lex generalis*, gdy uucpg nie określa wszystkich przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, skutkuje zasadniczym przekształceniem toku postępowania w sprawie. O ile bowiem dotąd zaletą postępowania w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej była szybkość postępowania, a sama kara uznawana była za „szybki, obiektywny i nieuchronny środek dążący do zapewnienia przestrzegania prawa administracyjnego”²³, o tyle skutkiem nowelizacji kpa jest konieczność przeprowadzenia szerokiego postępowania wyjaśniającego okoliczność wystąpienia podstaw odstąpienia od wymiaru kary (oraz badania okoliczności wyłączających winę w postaci siły wyższej)²⁴; oznacza to odejście od reguły odpowiedzialności obiektywnej na rzecz uwzględnienia i miarkowania szeregu wartości, które dają gwarancję prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy w tym przedmiocie²⁵.

22 Marek Bojarski, „W sprawie zakresu prawa karnego ochrony środowiska”, [w:] *Prawo ochrony środowiska i prawo karne. Książka jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. W. Radeckiego* (Wrocław: Wydawnictwo Towarzystwa naukowego Prawa Ochrony Środowiska, 2008), 41.

23 Wyrok TK z 1 lipca 2014 r., SK 6/12, wyrok z dnia 21 października 2015 r., P 32/12.

24 Gregorczyk, *Administracyjne kary pieniężne*, 386.

25 Adamiak, [w:] *Kodeks*, 967.

Bibliografia

- Adamiak Barbara, Janusz Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C. H. Beck, 2017.
- Bąkowski Tomasz, „Zasady nakładania kary administracyjnej i udzielania ulg w jej wykonaniu według projektu nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego” *Gdańskie Studia Prawnicze*, 37 (2017): 377-388.
- Bojarski Marek, „W sprawie zakresu prawa karnego ochrony środowiska”, [w:] *Prawo ochrony środowiska i prawo karne. Książka jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. Wojciecha Radeckiego*. 39-43. Wrocław: Wydawnictwo Towarzystwa Naukowego Prawa Ochrony Środowiska, 2008.
- Danecka Daria, *Konwersja odpowiedzialności karnej w administracyjną w prawie polskim*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2018.
- Gregorczyk Dawid, „Administracyjne kary pieniężne w nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego”, [w:] *Nowe instytucje procesowe w postępowaniu administracyjnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r.*, red. Anna Gronkiewicz, Agnieszka Ziółkowska. 377-390. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2017.
- Majchrzak Bartosz, „Problematyka prawna administracyjnych kar pieniężnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych”, [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. Mateusz Błachucki. 63-71. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2015.
- Przybysz Piotr Marek, „Art. 189(a)”, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*. LEX, 2019.
- Ruczkowski Piotr, „Wypieranie prawa karnego przez prawo administracyjne a standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego”, [w:] *Standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego*, red. Zofia Duniewska, Agnieszka Rabiega-Przyłęcka, Małgorzata Stahl. LEX, 2019.
- Staniszewska Lucyna, „Dostosowanie administracyjnych kar pieniężnych do wymogów demokratycznego państwa prawnego”, [w:] *Nowe instytucje procesowe w postępowaniu administracyjnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r.*, red. Anna Gronkiewicz, Agnieszka Ziółkowska. 361-376. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2017.
- Strączek Mateusz, „Kary administracyjne – analiza prawnoporównawcza stanu prawnego sprzed i po nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z 2017 roku”, [w:] *Nowe instytucje procesowe w postępowaniu administracyjnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r.*, red. Anna Gronkiewicz, Agnieszka

Ziółkowska. 345-360. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2017.

Wereśniak-Masri Izabela, „Wybrane problemy administracyjnych kar pieniężnych w ustawie o odpadach”, [w:] *Prawo o odpadach. Wybrane problemy*, red. Bartosz Rakoczy. 217-250. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.

Wróbel Andrzej, „Art. 189a”, [w:] *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*. LEX, 2019.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>



AUTORZY

Noty o autorach

Renata Badowiec – magister prawa, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: r.badowiec@umk.pl.

Piotr Burczaniuk – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: chp.burczaniuk@uksw.edu.pl.

Tomasz Brzezicki – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: brzoza@umk.pl.

Anna Haładyj – doktor habilitowany nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Jana Pawła II. Adres e-mail: anna.haladyj@gmail.com.

Aneta Jakubiak-Mironczuk – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: a.mironczuk@uksw.edu.pl.

Marcin Kałduński – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: mmk@umk.pl.

Artur Kotowski – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: a.kotowski@uksw.edu.pl.

Arkadiusz Lach – profesor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika Adres e-mail: arkadl@umk.pl.

Ewa Milczarek – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Szczeciński. Adres e-mail: ewa.milczarek@usz.edu.pl.

Cezary Mik – profesor nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: c.mik@uksw.edu.pl.

Wojciech Morawski – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: wmoraw@umk.pl.

Mariusz Muszyński – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: m.muszynski@onet.eu.

Jakub Plebański – magister prawa, Szkoła Doktorska Nauk Humanistycznych i Społecznych Uniwersytetu Gdańskiego. Adres e-mail: jakubplebanski@wp.pl.

Katarzyna Roszewska – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: katarzyna.roszewska@gmail.com.

Leszek Stępka – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika Adres e-mail: lstepka@umk.pl.

Katarzyna Święch-Kujawska – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Szczeciński. Adres e-mail: k.swiech@interia.pl.

Maria Szczepaniec – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Adres e-mail: m.szczepaniec@uksw.edu.pl.

ks. Grzegorz Świst – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Gdański. Adres e-mail: grzegorz.swist@prawo.ug.edu.pl.

Katarzyna Tomaszewska – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Wrocławski. Adres e-mail: katarzyna.tomaszewska@uwr.edu.pl.

Jacek Wantoch-Rekowski – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: rekowski@umk.pl.

Tadeusz Wasilewski – profesor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: tadwas@umk.pl.

Wojciech Wytrzązek – doktor habilitowany nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Jana Pawła II. Adres e-mail: wojtek.wytrazek@gmail.com.

Agata Ziółkowska – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika. Adres e-mail: a.ga.zioolko@gmail.com.

**Instytucja compliance
w sektorze spółdzielczych kas
oszczędnościowo-kredytowych
oraz banków spółdzielczych
(studium prawno-porównawcze)**

Piotr Pałka



Biblioteka kwartalnika naukowego „Pieniądze i Więź”
Sopot 2021

Poruszane w pracy zagadnienia są niezwykle istotne i aktualne zwłaszcza ze względu na to, że kształt, forma i zasady funkcjonowania compliance w sektorze polskiej spółdzielczości finansowej mają znaczenie nie tylko dla całego systemu bankowego, ale także dla ochrony interesów deponentów nie tylko banków spółdzielczych i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych.

z recenzji prof. dr hab. Jadwigi Glumińskiej-Pawlic

Ponadto należy zauważyć, że recenzowana rozprawa wypełnia pewną lukę w literaturze, co upoważnia do stwierdzenia, iż tematyka pracy jest w istocie oryginalna, by nie powiedzieć nowatorska.

z recenzji dra hab. Mariusza Jerzego Goleckiego



LECZENIE BEZ KOLEJEK

**Indywidualne Ubezpieczenia Zdrowotne
w placówkach wybranych Spółdzielczych Kas**

www.saltus.pl/zdrowotne

Informacja o charakterze reklamowym i marketingowym

SALTUS
UBEZPIECZENIA