

Ius Novum

ISSN 1897-5577

$\frac{3}{2013}$



WARSZAWA 2013

RADA NAUKOWA

- prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Uczelnia Łazarskiego (przewodnicząca)
prof. dr hab. Sylvie Bernigasud, l'Université Lumière Lyon 2 (Francja)
prof. dr hab., dr h.c. Brunon Holyst, rektor Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie
prof. dr hab. Bertil Cottier, Università della Svizzera Italiana w Lugano (Szwajcaria)
prof. dr hab. Regina Garcimartín Montero, Universidad de Zaragoza (Hiszpania)
prof. dr. hab. Hugues Kenfack, Université Toulouse 1 w Tuluzie (Francja)
prof. dr hab. ks. Franciszek Longchamps de Bérier, Uniwersytet Jagielloński
prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski
prof. dr hab. Vinai Kumar Singh, Indian Academy of International Law, New Delhi (Indie)
prof. dr hab. Gintars Švedas, Vilniaus Universitetas (Litwa)
prof. dr hab. Anita Ušacka, sędzia Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze (Holandia)
dr Ewa Weigend, Instytut Prawa Karnego Max-Plancka we Freiburgu (Niemcy)

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Uczelnia Łazarskiego
Sekretarz: dr Jacek Kosonoga, Uczelnia Łazarskiego

Redaktorzy językowi / Linguistic Editors

Natalia Artsiomenko – język białoruski, Grzegorz Butrym – język angielski,
Martin Dahl – język niemiecki, Maria Furman – język polski, Elwira Stefańska – język rosyjski

Redaktorzy tematyczni / Thematic Editors

prawo karne i postępowanie – prof. zw. hab. Barbara Nita-Światłowska
prawo cywilne – dr Helena Ciepła
prawo administracyjne – prof. nadzw. dr hab. Stanisław Hoc
prawo konstytucyjne – dr Jacek Zalesny
prawo międzynarodowe – dr hab. Mariusz Muszyński
statystyka – dr Krystyna Bąk

Korekta

Hanna Januszewska

Spis treści i streszczenia artykułów w języku polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej:

<http://www.lazarski.pl/o-uczelni/wydawnictwo/czasopisma/ius-novum/>
oraz w serwisie The Central European Journal of Social Sciences and Humanities:
<http://cejsh.icm.edu.pl/>

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2013

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel. 22 54-35-450
www.lazarski.edu.pl
wydawnictwo@lazarski.edu.pl



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 22 635 03 01, 22 635 17 85
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl



SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

- dr Janusz Cabaj**, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji
Uczelni Łazarskiego
Critical Legal Studies a liberalna koncepcja prawa 15
- mgr Remigiusz Rabięga**, asystent na Wydziale Prawa
i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego
Kilka refleksji na temat tzw. mieszanej strony podmiotowej
w polskim prawie karnym 39
- dr Igor Zgoliński**, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji
Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy
Zniesławienie w regulacjach prawnych wybranych państw 51
- mgr Anna Szełęgiewicz**, aplikant adwokacki
Stalking i przywłaszczenie tożsamości w polskim prawie karnym
– zagadnienia wybrane 64
- mgr Anna Matusiak**, aplikant radcowski
Przekupstwa menadżerskie 86
- dr Krzysztof Mularski**, adiunkt na Wydziale Prawa
i Administracji UAM
W sprawie charakteru nieważności bezwarunkowej umowy sprzedaży
naruszającej ustawowe prawo pierwokupu 108
- mgr Agnieszka Kilińska-Pękacz**, asystent w Instytucie Prawa,
Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego
w Bydgoszczy
Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych 126

dr hab. Maciej Rogalski, prof. w Uczelni Łazarskiego Umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych na czas określony (art. 56 ust. 4a Prawa telekomunikacyjnego)	141
dr Marcin Mazuryk, Ministerstwo Sprawiedliwości Pracownicy samorządowi. Zarys problematyki	153
dr hab. Przemysław Szustakiewicz, prof. w Uczelni Łazarskiego Świadczenia pieniężne związane z prawem do lokalu mieszkalnego emerytów i funkcjonariuszy służb mundurowych w orzecznictwie sądów administracyjnych	167
mgr Mateusz Kaczocha, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego Istota i struktura administracyjnych kar pieniężnych uregulowanych w ustawie z dnia 7 czerwca 2001r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków	184
dr Wojciech M. Hrynicki, adiunkt na Wydziale Nauk Społeczno- -Prawnych w Wyższej Szkole Bezpieczeństwa Publicznego w Krakowie Normatywne aspekty nadawania imion w orzecznictwie sądów administracyjnych	195
dr Paweł Daniel, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu Orzeczenie lekarskie jako dowód w postępowaniu w przedmiocie stwierdzenia choroby zawodowej	215
Dr Jarosław Sozański, adiunkt w Instytucie Prawa Uczelni Vistula w Warszawie Niedostatki unijnej ochrony indywidualnych praw konsumenta w Polsce	226
dr Piotr Bożym, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji w Uczelni Łazarskiego Druga izba parlamentu w świetle pierwszych projektów konstytucji odrodzonego państwa polskiego	255

G L O S Y

mgr D o r o t a M i e c z k o w s k a, asystent na Wydziale Prawa
Uniwersytetu w Białymstoku

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r.,
I KZP 22/11 266

mgr M a r c i n D u d z i k, doktorant na Wydziale Prawa, Administracji
i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2012 r.,
I KPS 1/12 276



CONTENTS

ARTICLES

- Janusz Cabaj, PhD, Assistant Professor at the Department of Law and Administration, Lazarski University**
Critical Legal Studies and the Liberal Conception of Law 15
- Remigiusz Rabięga, MA, Professor Assistant at the Department of Law and Administration, Szczecin University**
A Few Thoughts on the So-Called Mixed Elements of a Crime in the Polish Criminal Law 39
- Igor Zgoliński, PhD, Assistant Professor at the Department of Law and Administration, Kujawy and Pomorze University in Bydgoszcz**
Defamation in Legal Regulations of Selected Countries 51
- Anna Szelegiewicz, MA, bar apprentice**
Stalking and Appropriation of Identity in the Polish Criminal Law – Selected Issues 64
- Anna Matusiak, MA, solicitor apprentice**
Managerial Bribery 86
- Krzysztof Mularski, PhD, Assistant Professor at the Department of Law and Administration, Adam Mickiewicz University**
On the Character of Invalidity of an Unconditioned Sale Contract Violating the Statutory Right of First Refusal 108
- Agnieszka Kilińska-Pękacz, MA, Professor Assistant at the Institute of Law, Administration and Management, Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz**
Public Officers' Financial Liability 126

Maciej Rogalski, PhD, Lazarski University Professor Fixed Time Contracts to Provide Telecommunications Services (Article 56 item 4a of the Telecommunications Law)	141
Marcin Mazuryk, PhD, Ministry of Justice Self Government Employees – Outline of the Issue	153
Przemysław Szustakiewicz, PhD, Lazarski University Professor Financial Benefits Resulting from the Ministry of the Interior Officers' and Pensioners' Entitlement to Apartments in the Decisions of the Administrative Courts	167
Mateusz Kaczocha, MA, doctoral student at the Department of Law and Administration, Warsaw University The Essence and Structure of Administrative Fines Regulated in the Act on Collective Provision of Water and Collective Sewage Systems of 7 June 2001	184
Wojciech M. Hrynicki, PhD, Assistant Professor at the Department of Social and Legal Sciences, Assistant Professor at Higher School of Social Security in Cracow Normative Aspects of Naming in Administrative Courts Decisions	195
Paweł Daniel, PhD, Voivodeship Administrative Court in Poznan Medical Opinion as Evidence in the Proceeding to Declare an Occupational Disease	215
Jarosław Sozański, PhD, Assistant Professor at the Institute of Law, Vistula University in Warsaw Deficiencies of the European Union System of Protecting Customers' Rights in Poland	226
Piotr Bożym, PhD, Assistant Professor at the Department of Law and Administration, Lazarski University The Second Chamber of Parliament in the Light of the Reborn Polish State's Constitution Bills	255

G L O S S E S

**Dorota Mieczkowska, MA, Professor Assistant at the Department
of Law, University in Bialystok**

Gloss to the sentence of the Supreme Court of 19 January 2012,
I KZP 22/11 266

**Marcin Dudzik, MA, doctoral student at the Department of Law,
Administration and Economics, Wrocław University**

Gloss to the sentence of the Supreme Court of 28 March 2012,
I KPS 1/12. 276



TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Dr Janusz Cabaj, maître de conférence à la Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université Łazarski Critical Legal Studies contre la conception libérale du droit	15
Remigiusz Rabięga, assistant à la Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université de Szczecin Quelques remarques sur le côté mixte du sujet (appelé ainsi) dans le droit pénal polonais	39
Dr Igor Zgoliński, maître de conférence à la Faculté de Droit et de l'Administration de l'École supérieure Kujawy-Poméranie de Bydgoszcz La diffamation dans les régularisations juridiques de quelques pays choisis	51
Anna Szelegiewicz, stagiaire d'avocat <i>Stalking</i> et l'appropriation de l'identité dans le droit pénal polonais – quelques questions choisies	64
Anna Matusiak, stagiaire de conseiller juridique Corruptions des responsables	86
Dr Krzysztof Mularski, maître de conférence de la Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université Adam Mickiewicz Au sujet du caractère invalide du contrat absolu de vente violant le droit de primoachat	108
Agnieszka Kilińska-Pękać, assistant à l'Institut de Droit, d'Administration et de Gestion de l'Université Kazimierz Wielki de Bydgoszcz La responsabilité de fortune des fonctionnaires	126

Dr hab. Maciej Rogalski, professeur de l'Université Łazarski Contrats d'exécution des services de télécommunication à durée déterminée (art.56 loi 4a du Droit de télécommunication)	141
Dr Marcin Mazuryk, Ministère de la Justice Les employés de l'autonomie locale – précis de la problématique	153
Dr hab. Przemysław Szustakiewicz, professeur de l'Université Łazarski Les prestations pécuniaires portées au droit du logement des retraités et fonctionnaires en uniforme dans la jurisprudence des cours administratives	167
Mateusz Kaczocha, doctorant à la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie L'essentiel et la structure des amendes administratives d'après la loi du 7 juin 2001 relative au ravitaillement collectif de l'eau et de l'évacuation collective des égouts	184
Dr Wojciech M. Hryński, maître de conférence à la Faculté des sciences socio-juridiques de l'Ecole Supérieure de la Sécurité publique de Kraków Les aspects normatifs de donner des prénoms dans la jurisprudence des cours administratives	195
Dr Paweł Daniel, Tribunal Administratif de voievodie de Poznań La décision médicale comme preuve dans la procédure de confirmation de la maladie professionnelle	215
Dr Jarosław Sozański, maître de conférence à l'Institut de Droit de l'Université Vistula de Varsovie Les pénuries de la protection des droits individuels du consommateur de l'Union européenne en Pologne	226
Dr Piotr Bożym, maître de conférence de la Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université Łazarski La deuxième chambre du parlement d'après les premiers projets de la constitution de l'Etat polonais après 1918	255

G L O S S A I R E

**Dorota Mieczkowska, assistant à la Faculté de Droit
de l'Université de Białystok**

Glose de la décision de la Cour Suprême du 19 janvier 2012,
I KZP 22/11 266

**Marcin Dudzik, doctorant à la Faculté de Droit, d'Administration
et d'Economie de l'Université de Wrocław**

Glose de la décision de la Cour Suprême du 28 mars 2012,
I KPS 1/12 276



ОГЛАВЛЕНИЕ

С Т А Т Ь И

Кандидат наук Я н у ш Ц а б а й, преподаватель кафедры Права и Администрации Университета Лазарского Critical Legal Studies и либеральная концепция права	15
Магистр Р е м и г и у ш Р а б е г а, ассистент кафедры Права и Администрации Щецинского университета Некоторые размышления по поводу так называемой смешанной субъективной стороны в польском уголовном праве	39
Кандидат наук И г о р ь З г о л и н ь с к и, преподаватель кафедры Права и Администрации Куявско-Поморской Высшей школы в Быдгошчи Диффамация в правовых нормах выбранных государств	51
Магистр А н н а Ш е л и г е в и ч, стажёр-юрист (специальность – адвокат) <i>Преследование (stalking)</i> и незаконное присвоение идентичности в польском уголовном праве – избранная проблематика	64
Магистр А н н а М а т у с я к, стажёр-юрист (специальность – юрисконсульт) Управленческая коррупция	86
Кандидат наук К ш и ш т о ф М у л я р с к и, преподаватель кафедры Права и Администрации Университета имени Адама Мицкевича в Познани По вопросу о характере недействительности безоговорочного договора по продаже, нарушающей преимущественное право купли	108

Магистр Агнешка Килиньска-Пэнкач, ассистент Института Права, Администрации и Управления Университета Казимежа Великого в Быдгощи	
Имущественная ответственность государственных должностных лиц	126
Доктор наук Мачей Рогальски, профессор Университета Лазарского	
Срочные контракты о предоставлении услуг телефонной связи (ст. 56 абзац 4а Закона «О связи»)	141
Кандидат Наук Мартин Мазурык, Министерство Юстиции	
Представители местных органов власти. Общие черты проблематики	153
Доктор наук Пшемислав Шустакевич, профессор Университета Лазарского	
Денежные пособия, связанные с правом на жилище у пенсионеров и должностных лиц в офицерской форме в судебной практике административных судов	167
Магистр Матеуш Качоха, аспирант кафедры Права и Администрации Варшавского Университета	
Суть и структура административных штрафов, регулируемых в Законе от 7 июня 2001 года об общественном водоснабжении и отводе и очистке сточных вод	184
Кандидат наук Войчех М. Хрыницки, преподаватель кафедры Общественно-Правовых наук Высшей Школы Общественной Безопасности в Кракове	
Нормативные аспекты присвоения имён в судебной практике административных судов	195
Кандидат наук Павел Даниэль, Окружной Административный Суд в Познани	
Врачебное заключение как доказательство в ходе разбирательства по делу установления наличия профессионального заболевания	215
Кандидат наук Ярослав Созаньски, преподаватель Института Права Университета Вистуля в Варшаве	
Недостатки защиты в ЕС индивидуальных прав польского потребителя . .	226

Кандидат наук Пётр Божим, преподаватель кафедры Права и Администрации Университета Лазарского Вторая палата парламента в свете первых проектов конституции возродившегося польского государства	255
--	-----

КОММЕНТАРИИ

Магистр Дорота Мечковска, ассистент кафедры Права Университета в Белостоке Прения касательно постановления Верховного Суда от дня 19 января 2012 года, I KZP 22/11	266
Магистр Мартин Дудзик, аспирант кафедры Права и Администрации Вроцлавского Университета Прения касательно постановления Верховного Суда от дня 28 марта 2012 года, I KPS 1/12	276

JANUSZ CABAJ



CRITICAL LEGAL STUDIES
A LIBERALNA KONCEPCJA PRAWA

Geneza. Jedną z ważniejszych przyczyn, która miała wpływ na wyłonienie się ruchu pod nazwą CLS, były niemalże rewolucyjne nastroje społeczne przełomu lat 60. i 70. Ten intelektualny ferment opanował znaczną część zachodniego społeczeństwa, a w Stanach Zjednoczonych okazał się na tyle silny, że w latach 70. i 80. XX wieku doprowadził do rozkwitu CLS¹.

Nastroje, o których tu mowa, ujawniły się na tle wydarzeń kulturowych, co zaowocowało zmianami amerykańskiego klimatu społecznego. Wprawdzie szeroko rozumiane liberalne ramy polityczne i ekonomiczne pozostawały nienaruszone², ale atmosfera społeczna zaczęła nabrzmiewać konfliktem rasowym, roszczeniami mniejszości seksualnych i feministycznymi oraz coraz wyraźniej rysującym się konfliktem pokoleniowym. Zjawiskom tym towarzyszyły: polaryzacja polityczna społeczeństwa, demonstracje przeciwko wojnie w Wietnamie, walka o poszanowanie praw obywatelskich, w szczególności praw mniejszości pod przewodnictwem Martina Luthera Kinga, a politycy dołożyli do tego skandale korupcyjne i afery typu *Watergate*³. Z drugiej strony, należy zauważyć – szczególnie w kontekście lewicowych inklinacji CLS – że zimna wojna zbliżała się do swej szczytowej fazy. MaCarthy już co prawda nie żył, ale amerykański strach przed komunizmem, jeżeli się zmniejszył, to niewiele⁴. W takich warunkach *status quo* wypracowany w ramach doktryny liberalnej musiał stawić czoło nowym wyzwaniom.

Wskazanie nastrojów społecznych za jedną z najważniejszych przyczyn wyłonienia się nowej formacji krytycznej przesłania pewne konkretne fakty, które miały istotny wpływ na genezę CLS. W późnych latach 60. ubiegłego stulecia Duncan Kennedy, który z czasem stał się jednym z czołowych reprezentantów

¹ M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 2001, s. 1040.

² Szerzej: M.J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1870–1960: the crisis of legal orthodoxy*, Oxford University Press, 1992.

³ W. Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 2000, s. 455.

⁴ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford University Press, 2005, s. 260.

ruchu, opublikował artykuł ujawniający stosunki panujące na wydziale prawa (*Yale Law School*), na którym odbywał studia prawnicze⁵. Stosunki te – w jego ocenie – charakteryzowały się wrogością, niepewnością i cynizmem. Artykuł Kennedy’ego nie przeszedł bez echa, a w ogólności został uznany przez kadre profesorską za kalający własne gniazdo. Niestety, podobne doświadczenia z *Yale Law School* mieli także inni studenci. *Fajerwerki próżności* (*Bonfire of the Vanities*) – tytuł książki Toma Wolfe’a⁶ jest wymownym przykładem oceny stosunków panujących w Yale. Jak autor zauważa z przekąsem: „Yale może być [miejscem] wspaniałym do robienia wszystkiego co chcesz, o ile tylko nie angażuje się tam ludzi w adidasach, z bronią, narkotykami, lubieżnych czy gnuśnych (*lust or sloth*)⁷. Wybiórcza tolerancja, autorytaryzm i inne praktyki na wydziale prawa sprawiły, że dla wielu potencjalnych studentów studiowanie prawa nie było już tak atrakcyjnym zajęciem, jak w przeszłości. Guyora Binder przyrównuje studia prawnicze w późnych latach 60. do obowiązku uczęszczania do szkoły letniej, podczas gdy inni w tym czasie zajmują się grą w piłkę⁸. Stosowane metody nauczania sprawiały, że studenci postrzegali profesorów jako ludzi, którzy chcą ich skrzywdzić, a w opinii Kennedy’ego krzywda ta często była realna i głęboka⁹. Dosadność sformułowań Kennedy’ego musiała zmącić dobre samopoczucie niektórych nauczycieli akademickich, kiedy przeczytali o studentach przepełnionych strachem przed „...nauczycielską dezaprobatą, akceptujących swój własny status nie-osoby, [o punkcie], w którym żadna miara korzyści intelektualnej nie przewyżczy... strachu i wstrętu do widowiska, w którym profesor, uśmiechając się do siebie łagodnie, przygotowuje się aby raz jeszcze, po ojcowsku, wywalić twoje bebechy na podłogę”¹⁰.

Jak dowodzi Ellen Coughlin: „Pod wpływem politycznego podniecenia lat 60. [radikalni studenci prawa, którzy później staną się zwolennikami CLS] byli zjednoczeni, z początku, w bezkompromisowym niezadowoleniu ze wzrastających konserwatywnych skłonności wielu swych profesorów i w bolesnej świadomości, jak marnie, do realnego życia pasuje koncepcja prawa przekazywana studentom...”¹¹. „CLS zrodziło się z rozdzwienku pomiędzy politycznymi doświadczeniami

⁵ D. Kennedy, *How the Law Schools Fails: A Polemic*, (1970) 1 *Yale Review of Law and Social Action* 71–90.

⁶ T. Wolf, *The Bonfire of the Vanities*, London: Picador, 1988.

⁷ Wolf, *The Bonfire...*, op. cit., s. 417; za: N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 2001, s. 422.

⁸ G. Binder, *On Critical Legal Studies As Guerrilla Warfare*, (1987) 76 *Georgetown Law Journal* 1–36, s. 24; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 422, przypis 4.

⁹ D. Kennedy, *How the Law...*, op. cit., s. 73; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 422.

¹⁰ D. Kennedy, *How the Law...*, op. cit., s. 80; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 422.

¹¹ E.K. Coughlin, *The Crits v. the Legal Academy: Arguing the Case Against the Law* (17 VII 1985) *The Chronicle of Higher Education*, 5–6, s. 6, kolumna 3; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 436, przypis 74.

studentów lat sześćdziesiątych i programem nauczania na wydziałach prawa w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych”¹².

Pomijając formę przekazywania wiedzy prawniczej studentom, należy podkreślić poważne zastrzeżenia co do jej treści, a pojęcia, które najlepiej charakteryzują sposób postrzegania prawa przez konserwatywną kadre profesorską, to tradycjonalizm i formalizm.

Przeciwko tradycyjnemu (w tym znaczeniu – formalistycznemu) rozwojowi prawa już od lat dwudziestych XX wieku protestowali amerykańscy realiści prawnicy. Nie zgadzali się na obraz ewolucji prawa kształtowany przez ówczesne analizy doktrynalne. Zarzut realistów, najogólniej rzecz biorąc, opierał się na przeświadczeniu, że główny nurt doktryny prawniczej traktował prawo jako kompletny i autonomiczny system logicznie niesprzecznych reguł, zasad i pojęć prawnych. Stosowanie tak rozumianego prawa nie wymagało żadnego większego wysiłku. Metodologia orzecznicza była wolna od prywatnych poglądów sędziego i neutralna społecznie. Wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia sprowadzało się do ustalenia faktów i oznajmienia, adekwatnego do nich, prawa. W rzeczywistości ostateczna decyzja jawiła się jako nieuchronna konieczność, a nie jako owoc takich czy innych wyborów. Realisci dowodzili, że taki model stosowania prawa powinien być zastąpiony modelem, który będzie uwzględniał społecznie pożądane rezultaty¹³.

CLS, jako ruch, jest zasadniczo uważany za kontynuację myśli realistycznej, choć z drugiej strony zwraca się uwagę na postmodernistyczny i poststrukturalistyczny charakter tego przedsięwzięcia¹⁴. Kwestionując przydatność idei uprawnień, różnią się od innych nurtów krytycznych, jakimi są krytyczna teoria rasowa oraz feminizm prawniczy, choć w kwestionowaniu istniejącego podziału władzy znajdują wspólny cel¹⁵. Różni ich także to, że kiedy CLS kwestionuje model edukacji prawniczej, przedstawiciele *outsider jurisprudence*¹⁶ skarżą się, że w nauce prawa punkt widzenia kobiet i kolorowych jest w ogóle niedostrzegany, a w najlepszym wypadku – dostrzegany i ignorowany¹⁷. Dodajmy, że niektórzy dopatrują

¹² G. Binder, *On Critical Legal Studies As Guerrilla Warfare*, (1987) 76 *Georgetown Law Journal* 1–36, s. 23; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 437.

¹³ W. Morrison, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 455.

¹⁴ H. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1998, s. 180.

¹⁵ D.L. Rhode, *Feminist Critical Theories*, (1990) 42 *Stanford Law Review* 617, s. 619; za: R.E. Rhodes, Jr, *Schools of Jurisprudence*, Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 2011, s. 176.

¹⁶ Pojęcie proponowane przez niektórych przedstawicieli jursprudenji krytycznej. Obejmuje ono jursprudenje feministyczną i krytyczne teorie rasowe; M. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320, s. 2323; M. Coombs, *Outsider Scholarship: The Law Review Stories*, (1992) 63 *University of Colorado Law Review*, 683, s. 683–684; za: B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 221, przypis 24.

¹⁷ H. Barnett, *Introduction to...*, op. cit., s. 202–204.

się podobieństw między poglądami CLS a autopojetyczną teorią prawa. Zakres tego podobieństwa wydaje się jednak bardzo ograniczony¹⁸.

Stosunek CLS do koncepcji u p r a w n i eń zasługuje na szerszą analizę, na którą nie ma tu miejsca. Aby nie pozostawiać jednak tego zagadnienia bez żadnego komentarza, przywołajmy opinię Richarda Delgado: „[J]ednym z wyjaśnień postawy CLS wobec uprawnień może być fakt, że przeciętny *Crit*, osobnik rasy białej, płci męskiej, nauczyciel akademicki, zasadniczo na wydziale prawa, rzadko korzysta z uprawnień. Ci, z którymi się styka w swym codziennym życiu – wynajmujący, pracodawcy, przedstawiciele władz publicznych – w ogólności traktują go z poszanowaniem i estymą. Rzadko jest ofiarą przemocy, znieważania czy pogardy”¹⁹.

Jednakże u źródła sceptycyzmu wobec uprawnień leży wpływ ideologii marksistowskiej. Marks co prawda nie odrzucał całkowicie koncepcji uprawnienia, ale wskazywał, że przynosi ono jedynie polityczną emancypację, nie dając prawdziwej wolności, jaka przysługuje istocie ludzkiej. Uprawnienia w istocie mają charakter egoistyczny – są „uprawnieniami człowieka oddzielonego od innych ludzi i od społeczności”, chronią wolność „wyizolowanej i zamkniętej w sobie monady”²⁰.

Te marksistowskie inklinacje, w polemice z E.P. Thompsonem²¹, pośrednio potwierdza Morton Horowitz, kiedy pisze: „Nie mogę zrozumieć, jak człowiek lewicy może opisywać rządy prawa jako «niekwestionowane ludzkie dobro»! Niewątpliwie rządy prawa ograniczają władzę, ale także uniemożliwiają dobroczynne wykonywanie tej władzy... Sankcjonują i legitymują sporną, konkurencyjną i atomistyczną koncepcję ludzkich relacji”²². Podkreślmy jednak, że sama koncepcja uprawnień nie jest wolna od wewnętrznych sprzeczności. I wyeksponowanie tych właśnie sprzeczności bywa uznawane za ważny wkład CLS w dyskurs dotyczący uprawnień, tym bardziej że toczy się on nie tylko w kontekście typowo prawnym, ale ma miejsce również w debatach politycznych²³.

Dokonuje się niekiedy, raczej tytułem wprowadzenia, analizy podobieństw i różnic między amerykańskim realizmem prawniczym a CLS, przy czym charakter sukcesji bywa określany nader obrazowo. Uznając realizm prawniczy za *jazz*, klasykę amerykańskiej jurysprudencji, dla CLS rezerwuje się etykietę sukcesora

¹⁸ R. Nobles, D. Schiff, *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, s. 166–173.

¹⁹ R. Delgado, *The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?*, (1987) 22 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 301, s. 305–306; za: D. Meyerson, *Understanding Jurisprudence*, Routledge Cavendish, s. 115.

²⁰ K. Marks, *On the Jewish Question*, (w:) K. Marx, F. Engels, *Collected Works*, vol 3, London: Lawrence and Wishart, 1975 (1843), 146–174, s. 162; za: D. Meyerson, *Understanding...*, op. cit., s. 113.

²¹ Chodzi o obronę przez Thopsona koncepcji uprawnień w: E.P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London: Allen Lane, 1975, w szczególności s. 266–267.

²² M. Horowitz, *The Rule of Law: An Unqualified Human Good?*, (1977) 86 *Yale Law Journal* 561, s. 566; za: D. Mayerson, *Understanding...*, op. cit., s. 114.

²³ A. Hunt, *Marxist theory of law*, (w:) D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd., 2003, s. 357.

spod znaku zbuntowanego i bardziej dynamicznego *rock*²⁴. Dworkin w swej krytycznej i nieco przesadzonej ocenie CLS²⁵ widzi jedynie dwie różnice pomiędzy realistami a CLS. Jak zauważa z przekąsem: „...z wyjątkiem świadomej lewicowej pozy, i osobliwego doboru dyscyplin uznawanych za najważniejsze [CLS] przypomina starszy ruch amerykańskiego realizmu prawniczego i jest jeszcze zbyt wcześnie, by ocenić [chodzi tu o ocenę dokonywaną przez Dworkina nie później niż w roku 1986] czy jest to coś więcej niż anachroniczna próba wskrzeszenia tego przestarzałego ruchu... W swej najlepszej i najbardziej obiecującej wersji krytyczne studia prawnicze przekraczają jednak ograniczenia realizmu prawniczego, sięgając do... globalnej postaci wewnętrznego sceptycyzmu”²⁶. Dworkin zdaje się nie dostrzegać innych różnic, a pośród nich zasadnicza jest ta, że realisci byli zwolennikami liberalizmu, natomiast zwolennicy CLS – zdecydowanie go odrzucali. Ponadto, o ile realisci postrzegali decyzje sędziowskie jako podejmowane pod wpływem różnorodnych czynników zewnętrznych, o tyle dla przedstawicieli CLS były one „czysto polityczne”²⁷. Że o ile dla CLS całe prawo było nieokreślone, o tyle dla realistów tylko ta jego mała część, która w danym momencie miała stanowić podstawę rozstrzygnięcia sprawy sądowej i to zazwyczaj już w sądzie apelacyjnym²⁸. Ponadto inspiracji dla CLS dostarczają filozofowie głównie spoza Stanów Zjednoczonych – J. Habermas, R. Marcuse, J. Derrida czy M. Foucault²⁹, choć także niektórzy filozofie amerykańscy, jak R. Rorty³⁰.

A zatem tradycyjna (a może lepiej – tradycjonalistyczna) nauka prawa kreowała wyobrażenie ówczesnego stanu rzeczy i systemu prawnego, który stanowił podporę społeczeństwa jako funkcjonalnej, rozwijającej się całości. Tego poglądu nie podzielała znaczna część studentów prawa, która z czasem zasiła szereg CLS³¹. Wizja prawa, a raczej, co należy podkreślić – nauki prawa, którą przedstawia się jako „...naukę autonomiczną, która jest samowystarczalna w tym znaczeniu, że poszczególne decyzje mogą być wywiedzione z zasad prawnych, precedensów i procedur bez odnoszenia się do wartości, celów społecznych czy też politycznego lub ekonomicznego kontekstu”³² jest wyobrażeniem wypaczo-

²⁴ D. Kennedy, P. Gable, *Roll over Beethoven*, (1984) 36 *Stanford Law Review* 1, za: R. Wacks, *Understanding Jurisprudence. An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, 2009, s. 338.

²⁵ Na krzywe stanowisko Dworkina w stosunku do CLS zwraca także uwagę: H. Barnett, *Introduction to...*, op. cit., s. 108.

²⁶ R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa: Wolter Kluwer, 2006, s. 273.

²⁷ J.S. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, (w:) J. Coleman, S. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, s. 691.

²⁸ B. Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, (w:) tenże, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, s. 19–20.

²⁹ R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 342.

³⁰ J.W. Harris, *Legal Philosophies*, Oxford University Press, 2004, s. 110.

³¹ W. Morrison, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 456.

³² L. Schwartz, *With gun and camera through darkest CLS-land*, (1984) 36 *Stanford Law Review* 413, s. 431; za: J.E. Penner, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press, 2008, s. 155.

nym. Swe stanowisko wyjściowe CLS określa jasno i dobitnie: *Law is politics, pure and simple*³³. Czy to hasło należy przyjmować dosłownie? Czy polityką jest rzeczywiście całe prawo? Czy odnosi się jedynie do sytuacji, kiedy uwzględnienie zasad prawnych jest niezbędne do przyjęcia jakiegoś rozstrzygnięcia. Istnieje przecież cała masa spraw, tzw. *easy cases*, w których rozstrzygnięcia nie budzą kontrowersji. Zarzut Posnera, że CLS ignorują istnienie takich spraw świadczy o tym, że powyższe hasło traktuje dosłownie³⁴. Należy zgodzić się, że dla CLS całe prawo jest uwikłane ideologicznie, co nie stoi w sprzeczności z faktem, że rozstrzygnięcia w *easy cases* nie budzą kontrowersji. Problem polega na tym, że znaczenie wyrażen składających się na reguły, stanowiące podstawę rozstrzygnięć, także *easy cases*, nie jest egzogenne, ale „ukonstytuowane społecznie i podlegające zmianom z uwagi na określoną politykę”³⁵. Podobne stanowisko zajmuje Thomas Morawetz, wskazując, że dla CLS „każda kwestia prawna jest rozstrzygana politycznie, a ci, którzy twierdzą, że prawo w ogólności ucieleśnia pewien konsens moralny i/lub neutralność pod względem wartości, oszukują sami siebie”³⁶.

Wizja prawniczego rozumowania, której uczono na wydziałach prawa, jest, oczywiście, dla przedstawicieli CLS wizją fałszywą, to po pierwsze. Ale po drugie, jest ona również tym aspektem nauki prawa, który jest utożsamiany z szeroko i miękko rozumianym formalizmem. A przy takim rozumieniu, jaki proponuje nam Roberto Unger, atak CLS jest prowadzony na bardzo szerokim froncie.

Jak wyjaśnia Unger: „Przez formalizm nie mam na myśli tego, jak zazwyczaj termin ten jest opisywany: wiary w dostępność dedukcyjnej, czy też *quasi*-dedukcyjnej metody, zdolnej do wskazania określonego rozwiązania konkretnego problemu związanego z dokonaniem prawniczego wyboru. Tym co rozumiem przez formalizm w tym kontekście [to znaczy w kontekście rozumowania prawniczego], jest zobowiązanie wobec, a zatem także wiara w możliwości, metody uzasadnienia prawnego, którą w sposób oczywisty można przeciwstawić sporom bez końca, dotyczącym podstawowych kategorii życia społecznego, sporów, które ludzie zwykli określać ideologicznymi, politycznymi czy wizjonerskimi”³⁷.

Krytyka CLS wymierzona w liberalny legalizm zasadza się na kilku tezach, z których za podstawowe można uznać:

³³ Ch. Tomlins, *Law and History*, (w:) K.E. Whittington, R.D. Keleman, G.A. Calderia, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2010, s. 723.

³⁴ R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, London & Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990, s. 154.

³⁵ Jako przykład, Brest analizuje wyrażenie *interesy* (*interests*): P. Brest, *Interpretation & interest*, (1982) 34 *Stanfor Law Review* 765; za: W.N. Eskridge, Jr, *Interpretation of statutes*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 205.

³⁶ T. Morawetz, *Law and literature*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 458.

³⁷ R.M. Unger, *The critical legal studies movement*, (1983) 96 *Harvard Law Review* 563, s. 564; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 156.

1. Edukacja studentów prawa przebiegała w taki sposób, aby zaszczepić i utrwalić w nich ideał rządów prawa, liberalnego legalizmu³⁸ czy liberalnej demokracji.
2. Wartości stanowiące podstawy powyższych pojęć i uprawnienia z nich wynikające często pozostają w kolizji. Kolizje te są rozstrzygane przez sądy.
3. Proces sądowy jest sprowadzony przez akademików do modelu wyidealizowanego; odzwierciedla ideę rządów prawa (a nie ludzi).
4. Prawo w ogóle, a w szczególności w pojęciu *rządów prawa*, posiada walor neutralności, obiektywizmu, określoności. Prawo jest spójne, konieczne, racjonalne.
5. W procesie sądowym w szczególności, a w analizach prawnych w ogólności, prawnicy posługują się swoistą metodologią (inną aniżeli, przykładowo, w dyskursach etycznych), która często występuje pod nazwą rozumowania prawniczego. Jest to rozumowanie wolne od wartościowania i politycznych osądów, neutralne, obiektywne – posiada zatem takie same przymioty jak samo prawo. Stosując to rozumowanie, sądy dokonują m.in. prawidłowego doboru precedensów i ważenia zasad prawnych.

W dalszej części artykułu tezy powyższe zostaną poddane analizie krytycznej. Krytyka ta odzwierciedla stanowisko CLS, a jest to stanowisko radykalne, nie do negocjacji. Zapewne mało kto podpisze się dziś pod tak radykalną krytyką. Rzecz jednak w czym innym. Analizy CLS dostarczają pewnych, mniej lub bardziej użytecznych narzędzi intelektualnych i skłaniają do przemyślenia powyższych tez w świetle stawianych zarzutów. Ponadto CLS na trwale wpisało się już w anglosaskie podręczniki do jurysprudencki³⁹, choć wywołało tak ostrą i szeroką reakcję oponentów, że niektórzy zaczęli zadawać sobie pytanie, czy nie jest to aby reakcja nazbyt alergiczna, na zasadzie „uderz w stół, a nożyce się odezwą”. I chociażby z tego powodu można powątpiewać, czy – jak twierdzi Brian Tamanaha – CLS to sprawa stracona (*dead horse*)⁴⁰.

Fundamentalne sprzeczności. Doktryna legalizmu prawniczego konserwuje fundamentalne sprzeczności, które są inherentne dla prawa w ujęciu systemowym – konflikt między indywidualistycznymi regułami a altruistycznymi zasadami. Idea uprawnień maskuje permanentny konflikt społeczny. W konsekwencji prawo jest hamulcem zmian społecznych.

Prawo, posługując się pojęciami, pośród których królują takie, jak *prawa* (w rozumieniu – uprawnienia) i *wolności*, pozwala ludziom myśleć o tym, co

³⁸ Krótką charakterystykę „liberalno-legalistycznego paradygmatu” przedstawiają Galanter i Trubek w: W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009, s. 344–345.

³⁹ Wiele podręczników poświęca osobny rozdział temu zjawisku, przykładowo *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, jedna ze sztandarowych pozycji z zakresu jurysprudencki, posiadająca kilkanaście wznowień (od roku 1959), rezerwuje dla CLS osobny rozdział, tak jak przykładowo dla H. Kelsena czy marksistowski teorii państwa i prawa.

⁴⁰ M.D.A. Freeman, *Lloyd's...*, op. cit., s. 1055.

w rzeczywistości jest politycznym i ekonomicznym uzależnieniem, jak o samorealizacji jednostki, dokonującej wolnych wyborów. Czy przykładowo wolny wybór dokonany w ramach realizacji uprawnienia do posiadania broni: kupić pistolet automatyczny czy strzelbę, służy podstawowym celom kapitalizmu czy samorealizacji jednostki? Powyższy przykład, zapewne nazbyt uproszczony, może ilustrować korzyści jednostki wynikające z gospodarki wolnorynkowej. Korzyści te są opisywane jako wolności a odstąpienie od realiów wolnorynkowych byłoby utratą wolności. W ten sposób są bagatelizowane społecznie niepożądane aspekty wolnego rynku. Jak zauważa Duncan Kennedy: „Przynajmniej część ludzi wierzy w takie teorie, ponieważ myślą, że są one prawdziwe, nawet jeżeli im się wydają zbyt złe aby były prawdziwe... Dla wielu ludzi... teorie które ukazują racjonalizm, konieczność i skuteczność... służą jako rodzaj mechanizmu obronnego. Teorie te są... sposobem przymykania oczu na okropieństwa rzeczy, jakimi one są w swej istocie”⁴¹.

W swej książce, *A Guide to Critical Legal Studies*, Mark Kelman identyfikuje, w kolejnych rozdziałach, trzy podstawowe sprzeczności liberalnej myśli prawniczej⁴²:

1. Sprzeczność między zobowiązaniem do mechanicznego stosowania reguł (ponieważ są właściwym instrumentem rozwiązywania sporów) a zobowiązaniem do stosowania standardów (niekiedy sformułowanych *ad hoc*), które pozwalają w należyty sposób uwzględnić specyfikę danej sytuacji⁴³.
2. Sprzeczność między zaangażowaniem w tradycyjną liberalną ideę (wartości czy też pragnienia są arbitralne, subiektywne i zindywidualizowane, podczas gdy fakty i przyczyny mają charakter obiektywny i uniwersalny) a zaangażowaniem w ideę (możemy poznać obiektywnie społeczne i etyczne prawdy albo też towarzyszy nam nadzieja, że jest możliwe, w celu poszukiwania prawdy moralnej, wyjście poza klasyczne odróżnienie tego, co obiektywne i tego, co subiektywne)⁴⁴.
3. Sprzeczność między zobowiązaniem do dyskursu intencjonalistycznego, w którym ludzkie działania są postrzegane jako przejaw wolnej woli a dyskursem zdeterminowanym, w którym działanie podmiotu jednostkowego nie może zasługiwać ani na szacunek ani na potępienie, ponieważ jest traktowane jako oczekiwany rezultat istniejących układów⁴⁵.

Sprzecznością bodaj najczęściej analizowaną jest sprzeczność wymieniona jako pierwsza. Kelman w swej analizie odwołuje się do piśmiennictwa Duncana

⁴¹ D. Kennedy, *Cost-reduction theory as legitimation*, (1981) 90 Yale Law Journal 1275, s. 1283; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 154.

⁴² M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press & London, 1987, s. 3.

⁴³ M. Kleman, *Rules and Standards*, (w:) tenże, *A Guide to...*, op. cit., s. 15–63.

⁴⁴ M. Kelman, *The Subjectivity and Value*, (w:) tenże, *A Guide to...*, op. cit., s. 64–85.

⁴⁵ M. Kelman, *Intentionalism and Determinism*, (w:) tenże, *A Guide to...*, op. cit., s. 86–113.

Kennedy'ego.⁴⁶ Kennedy analizuje sprzeczność związaną ze stosowaniem przez sądy reguł i zasad w kontekście sprzeczności postaw, odpowiednio: indywidualistycznej i altruistycznej. Jak konkluduje: „Altruizm neguje sędziowskie prawo do stosowania reguł, bez oglądania się przez ramię na skutki swego działania. Altruizm ponadto zaprzecza, jakoby jedyną alternatywą dla pasywnej postawy było domaganie się totalnej sędziowskiej dyskrekcji... Altruizm zapewnia, że możemy zrozumieć wartości ludzi uwikłanych w swe partykularne relacje oraz zrozumieć motywy moralne, którymi się kierują. Takie zrozumienie pozwala czasami sędziemu podjąć decyzję... na podstawie wszelkich okoliczności, bardziej z perspektywy członka społeczeństwa aniżeli jednostki”⁴⁷. Postulat większego zrozumienia dla społecznych postaw i zachowań zgłasza również Unger, dla którego społeczeństwo jest „strefą podwyższonej wzajemnej wrażliwości”⁴⁸.

Poglądy Kennedy'ego zdają się ukazywać jedynie sędziowskie rozterki, które mogą pojawić się w procesie orzeczniczym. W późniejszej publikacji⁴⁹ Kennedy jednak dowodzi, że rozterki sędziowskie są niejako czubkiem góry lodowej, w tym znaczeniu, że ilustrują jedynie to, czym przesiąknięte jest całe liberalne społeczeństwo. Tak rozumiane i wszechobecne sprzeczności zostają uznane przez niego za sprzeczności fundamentalne (*fundamental contradiction*).

„Sprzeczność fundamentalna – polegająca na tym, że relacje z innymi są zarówno konieczne dla, i nie do pogodzenia z naszą wolnością – nie jest jedynie intensywna. Jest wręcz przenikająca. Po pierwsze jest aspektem różnorodnych przeżyć, których doświadczamy w każdej formie życia społecznego. Ujawnia się w relacjach zakochanych, małżonków, rodziców i dzieci... partnerów w interesach, kolegów itp. Po drugie, w przypadku prawa, przynajmniej takiego prawa jak je się powszechnie definiuje, [fundamentalna sprzeczność] nie jest już jakimś tam aspektem, ale prawdziwym sednem problemu”⁵⁰.

Podobną analizę, choć może jeszcze bardziej obszerną i złożoną, przedstawia Unger. Fundamentalne sprzeczności wynikają z naszej tęsknoty do funkcjonowania w grupie społecznej z jednoczesnym przeświadczeniem, że często w takiej grupie społecznej doznajemy wielu przykrości. Jednostki do pełnej samorealizacji potrzebują siebie wzajemnie. Szukając akceptacji innych, przeżywają jednocześnie niepokój, a niekiedy wręcz strach przed brakiem tej akceptacji, przed instrumentalnym traktowaniem przez innych. Jednostki mają świadomość, że

⁴⁶ W szczególności do: D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, (1976) 89 Harvard Law Review 1685.

⁴⁷ D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, (w:) D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, Blackwell Publishing Ltd., 2006, s. 240.

⁴⁸ R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, s. 66; za: J. McGowan, *Postmodernism and Its Critics*, Ithaca & London: Cornell University Press, 1994, s. 223.

⁴⁹ D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, (1979) 28 Buffalo Law Review 209.

⁵⁰ D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, (w:) A.C. Hutchinson, *Critical Legal Studies*, Totowa: Rowman & Littlefield Publishers, 1989, s. 140.

grupa społeczna nie jest monolitem, i że znajdują się w niej tacy, którzy wykorzystają jej słabe punkty. Z drugiej strony kontaktów społecznych nie można uniknąć, a za bezsporny przykład mogą posłużyć relacje rodzinne czy interakcje wynikające z zaspakajania podstawowych potrzeb życiowych. Proces wymiany dóbr czy stosunek pracy często służy ujarzmieniu jednostki przez tych, których z uwagi na swą pozycję w strukturze władzy lub status majątkowy uzurpują sobie prawo do wykorzystywania innych⁵¹.

Prawo nie jest obiektywne ani neutralne ani określone. Prawo legitymizuje hierarchię i strukturę władzy, maskuje i utrwala sprzeczności. Poprzez kategoryzacje podmiotów prawa – tłumii indywidualności a poprzez reifikację pojęć i idei – indoktrynuje. Generalnie rzecz biorąc, jest głęboko niesprawiedliwe.

Pomimo swej destruktywnej roli, prawo nie jest dla przedstawicieli CLS instrumentem wyzysku i ucisku w rozumieniu marksistowskim. Warto o tym wspomnieć, ponieważ powszechnie uznaje się CLS za lewicową spuściznę realizmu amerykańskiego, tak jak szkołę *Law & Economics* za pravicową. Nie przyjmują oni czysto instrumentalistycznego punktu widzenia, choć pewne bardziej wyrafinowane powiązania między tym, co marksiści nazywają bazą, a tym, co nazywają nadbudową mogą być wyczuwalne⁵². „[P]rawo nie może być użytecznie rozumiane przez kogoś, kto ma z nim do czynienia, przy całej jego złożoności, jako nadbudowa. Reguły prawne, egzekwowane przez państwo i pojęcia prawne, które przenikają wszelkie aspekty myśli społecznej konstytuują kapitalizm równie dobrze jak i służą interesom prowadzonym wewnątrz systemu. Prawo jest aspektem całokształtu społecznego a nie jakimś psim ogonem”⁵³. Przedstawiciele CLS nie prorokują również, tak jak to czyni klasyczny marksizm, wyzwolenia się spod jarzma ciemności prawa. W tym znaczeniu – jak uważa Harris – nie wykazują takiego optymizmu jak marksiści⁵⁴.

Ze szczególną uwagą należy potraktować jeden z najbardziej solidnych fundamentów liberalnego prawa – jego neutralność i obiektywizm. Chodzi tu przede wszystkim o neutralność wobec wartości, tylko co to właściwie oznacza? Przede wszystkim nie chodzi tu o odniesienie do jakiegoś konkretnego systemu prawa, ale do prawa ujmowanego w kategoriach abstrakcyjnych. System prawa, w którym przepisy prawa karnego zakazują zabójstwa czy kradzieży, nie jest moralnie

⁵¹ R.M. Unger, *Passion: An Essay on Personality*, New York: Free Press, 1984, s. 96; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 197.

⁵² A. Thompson, *Critical...*, op. cit., s. 6, za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 153.

⁵³ D. Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy*, (w:) D. Kairys (ed), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York: Pantheon Books, 1990, s. 47.

⁵⁴ J.W. Harris, *Legal...*, op. cit., s. 110.

neutralny. Nie jest nim także taki system prawa, który „zakazuje, tak samo bogatym jak i biednym, spać pod mostami, żebrać na ulicach i kraść chleb”⁵⁵.

Liberalny ideał prawa, zdaniem liberałów, odnosi się bardziej do formy aniżeli do treści. Treść prawa może być uwarunkowana politycznie, podczas gdy jego forma pozostaje zasadniczo neutralna. Nie zgadzają się z tym przedstawiciele CLS. Duncan Kennedy w artykule *Form and Substance in Private Law Adjudication*⁵⁶ wskazuje na dwa formalne rodzaje prawa (artykuł Kennedy’ego dotyczy prawa prywatnego) – reguły i standardy.

„Są dwa przeciwstawne tryby dotyczące kwestii formy, która powinna być zastosowana dla rozwiązania materialnoprawnych problemów. Jeden tryb formalny faworyzuje wykorzystanie jasno zdefiniowanych, wygodnych w stosowaniu (*highly administrable*), reguł ogólnych; drugi wspiera wykorzystanie godziwych standardów znajdujących zastosowanie w tworzeniu rozstrzygnięć *ad hoc*, ale mających względnie niewielką wartość jako precedens”⁵⁷.

Reguły mogą być stosowane niemalże mechanicznie i – jak dowodzi Kennedy – ich najważniejszą cechą charakterystyczną jest formalna możliwość ich urzeczywistnienia (*formal realizability*). Pojęcie to Kennedy zapożycza od Rudolfa von Iheringa a ma ono „...opisywać stopień, w jakim prawna dyrektywa posiada cechę powtarzalnej reguły zdolnej do rządzenia społeczeństwem (*ruleness*)”⁵⁸. Przeciwnieństwem reguł są standardy, które podobnie jak Dworkin, Kennedy dzieli na *principle* i *policy*⁵⁹. Sędziowie, stosując standardy, wini nie tylko ustalić istotne w danej sprawie fakty, ale także oceniać je, biorąc pod uwagę wartości wyznawane przez dane społeczeństwo, których wyrazem są właśnie standardy. Jako przykład standardów Kennedy podaje: „dobrą wiarę, należyta staranność, słuszność, brak świadomości, niesłuszne wzbogacenie i racjonalność”⁶⁰.

Kennedy dowodzi, że bezosobowe reguły lepiej wspierają indywidualizm, któremu towarzyszy m.in. wiara we własne możliwości. Dla Kennedy’ego istotą indywidualizmu jest wytyczenie „ostrego rozróżnienia pomiędzy własnymi interesami i interesami innych, połączone z wiarą, że uzasadnione i słuszne jest uznanie pierwszeństwa własnych interesów, ale powinno się wykazywać gotowość do przestrzegania reguł, które czynią możliwym współistnienie z innymi jednostkami, w podobny sposób uwarunkowanymi do realizacji swych własnych

⁵⁵ A. France, *Czerwona lilia*, Czytelnik, 1962; cytat zaczerpnięty z: J.A. Baer, *Feminist Theory and the Law*, (w:) K.E. Whittington, R. Keleman, G.A. Caldeira, *The Oxford...*, op. cit., s. 439.

⁵⁶ D. Kennedy, *Form and Substance...*, op. cit., (w:) D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law...*, op. cit., s. 193–253; pierwotnie opublikowany w (1976) 89 *Harvard Law Review* 1685–1778.

⁵⁷ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 193.

⁵⁸ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 194.

⁵⁹ Przeciwwstawianie sobie reguł i zasad bywa kwestionowane. Jak dowodzi MacCormick, nie jest możliwe ustalenie w wielu sprawach znaczenia reguły bez uwzględnienia zasad czy wartości. „Standardy nie są czymś odrębnym od reguły, ale jednym z możliwych jej komponentów”; N. MacCormick, *Reconstruction after Deconstruction*, (w:) A. Norrie (ed.), *Closure or Critique. New Direction in Legal Theory*, Edinburgh University Press, 1993, s. 145.

⁶⁰ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 194.

interesów”⁶¹. Standardy z kolei lepiej odzwierciedlają postawy altruistyczne. Co prawda retoryka liberalnego indywidualizmu zdominowała prawniczy dyskurs, nie mniej jednak możliwe jest także zdefiniowanie etyki innego rodzaju. Zdaniem Kennedy’ego, istotą altruizmu jest „wiara, że nie powinno się dogadzać nałogowi uznawania wyraźnego pierwszeństwa własnych interesów przed interesami innych. Altruizm nakazuje nam poświęcanie się, dzielenie się i bycie miłosiernym”⁶².

Standardy pozwalają zatem sądom dostosowywać prawo, do tego, co uznają za słuszne rozstrzygnięcie z uwzględnieniem zarówno sytuacji stron jak również dobra ogólnospołecznego. Ani reguły ani standardy nie są, w odniesieniu do wartości, neutralne. Pojęcie *rozsądna osoba* może co innego oznaczać z perspektywy mężczyzny a co innego z perspektywy kobiety. Pojęcie *słuszne wynagrodzenie* – co innego z perspektywy pracodawcy a co innego – pracownika. Jednostka może być wolna w kierowaniu się takimi czy innymi wartościami ale prawo takiej wolności nie ma. Koncepcja, że liberalny system wartości polega po części na tym, że deklaruje wolność wobec wartości – w ocenie Kairysa – maskuje istnienie konfliktów społecznych⁶³.

Przykładem krytyki dotyczącej pozornej neutralności pojęć prawnych – jak wskazuje Brian Bix – może być rozróżnienie na sferę prywatną i publiczną⁶⁴. Problem wspomnianej dychotomii jest także obecny w jurysprudencji feministycznej. Podejmuje go, między innymi Frances Olsen, zastępując pojęcia prywatne/publiczne pojęciami rodzina/rynek. Rozważania Olsen, silnie zabarwione poglądami marksistowskimi, ukazują, że „...rodzina nie jest uznawana za byt zintegrowany ze strukturą liberalizmu”, choć inni mogą nadawać jej większe znaczenie, to niekiedy „uświęcają ją jako socjalistyczną wspólnotę”⁶⁵. Carl Degler powoływany przez Olsen dowodzi, że najbardziej znany slogan komunizmu „«od każdego stosownie do jego zdolności, każdemu stosownie do jego potrzeb» jest podstawową zasadą życia rodzinnego”⁶⁶.

Dychotomią publiczne/prywatne zajmowali się również realiści amerykańscy. Jednym z podstawowych argumentów przeciwko utrzymywaniu neutralnej dychotomii sfery prywatnej i publicznej, autorstwa duetu: Robert Hale (ekonomista) i Morris Cohen (filozof) – jak wskazuje Brian Leiter⁶⁷ – jest sposób kreacji sfery prywatnej. Argumentowi temu z czasem nadali rozgłos przedstawiciele CLS, ukazując przewrotność tej konstrukcji. Sformułowany jest następująco: „od

⁶¹ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 207.

⁶² D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 209.

⁶³ D. Kairys, *Introduction*, (w:) tenże, *The Politics...*, op. cit., s. 6.

⁶⁴ B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 220.

⁶⁵ F. Olsen, *The family and the market: A study of ideology and legal reform*, (w:) F. Olsen (ed.), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory within the Law*, New York: New York University Press, 1995, s. 511. Artykuł pierwotnie opublikowany w (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497.

⁶⁶ Olsen, *The Family...*, op. cit., (w:) F. Olesen (ed), *Feminist...*, op. cit., s. 512.

⁶⁷ B. Leiter, *Legal Realism*, (w:) D. Patterson (ed.), *A Companion to...*, op. cit., s. 278.

kiedy to decyzje władzy publicznej (*governmental*) tworzą i strukturyzują tzw. sferę prywatną, to nie powinno się zakładać nie-interwencjonizmu w tą domenę prywatności (przykładowo, wolnego rynku czy stosunków rodzinnych), ponieważ w swej istocie jest to twór publiczny⁶⁸.

Argument CLS nie jest wolny od krytyki, na której analizę nie ma tu miejsca⁶⁹, ale należy uznać, że prawo społeczeństw liberalnych ani nie jest neutralne pod względem wartości, ani nie jest klarowne ideologicznie. Można by powiedzieć, posługując się metaforą zawodów, że między bezosobową i abstrakcyjną regułą z jednej strony i standardem, którego stosowanie często jest związane z dyskrejonalną władzą sądu – z drugiej, trwa nieustanne przeciąganie liny. I jest to walka mająca zapewnić określoną (w danym miejscu i czasie) hierarchię wartości politycznych.

Prawo liberalne nie jest także wystarczająco określone. Choć koncepcji nieokreśloności jest wiele, to większość z nich ma charakter lingwistyczny. Postulat całkowitej określoności zdaje się być nieosiągalnym ideałem. Z drugiej strony – totalna nieokreśloność, gdzie „wszystko staje się dyskursem”⁷⁰ jest koncepcją, pod którą podpisze się tylko Derrida i jego zwolennicy. Pomiędzy tymi skrajnościami znajdziemy koncepcję *open texture* Harta⁷¹, koncepcję wspólnoty interpretacyjnej Fisha⁷², propozycję Lyotarda odwoływania się do autorytetu tych, którzy wiedzą (*the knowers*)⁷³, i wiele innych. Idzie więc raczej o to, czy prawo jest wystarczająco określone. W kwestii nieokreśloności prawa teoretycy CLS przedstawiają różnorodne koncepcje. Odnoszą się one zarówno do przyczyn, jak i do skutków owej nieokreśloności. Swych zarzutów nie ograniczają jedynie do braku precyzji wyrażeń danego języka. Problem nieokreśloności prawa ma głębsze uzasadnienie i wynika z „fundamentalnych różnic dotyczących zasad (*policies and principles*), na których prawo powinno być oparte”⁷⁴. Jednakże w ich ocenie prawo nie jest wystarczająco określone. Jedną z bardziej wyrazistych wersji nieokreśloności prawa zaproponował James Boyle⁷⁵:

„Nic, co jest dla języka czynnikiem wewnętrznym, nie wymusza określonego rezultatu. W każdej sprawie sądowej sędzia może wydać szeroki zakres decyzji, które zgodnie z kanonami prawniczego rozumowania byłyby formalnie poprawne. Oczywiście, przyjmowane powszechnie znaczenie, oczekiwania spo-

⁶⁸ B. Leiter, *Legal...*, op. cit., s. 278.

⁶⁹ Dokonuje jej między innymi: C. Sunstein, *Lochner's Legacy*, (1987) 87 Columbia Law Review 873–919, s. 917–19.

⁷⁰ J. Derrida, *Positions*, London: Althona Press, 1981, s. 280.

⁷¹ H. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998, s. 171–186.

⁷² B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, 2004, s. 104

⁷³ F. Lyotard, *The postmodern conditions: a report on knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1997, s. 19.

⁷⁴ H. Collins, *Laws as Politics: Progressive American Perspective*, (w:) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory. Commentary and Materials*, Oxford University Press, 2005, s. 287.

⁷⁵ B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 219.

łeczne, zwyczaje, a także inne czynniki mogą stwarzać wrażenie, że właśnie taka decyzja jest nieunikniona, choć dzieje się tak dużo rzadziej niż myśli wielu ludzi. Ale nawet w takich przypadkach, to nie słowa danej reguły decydują o treści rozstrzygnięcia, ale mnóstwo innych czynników, których najbardziej znaczącą cechą jest to, że posiadają one przymioty: powszechny, racjonalny czy obiektywny. Od reguł prawnych oczekuje się nie tylko, aby były określone (...), ale także, aby stwarzały stan określoności poprzez stosowanie określonych metod interpretacji. Jednakże same metody interpretacyjne są źródłem niejasnych rezultatów i nie mogą być w wystarczający sposób uzupełnione, aby doprowadzić do bezspornych rezultatów bez jednoczesnego obalenia jakości, których się od nich oczekuje, a którymi są obiektywizm oraz polityczna i moralna neutralność⁷⁶.

Zakres nieokreśloności prawa mógłby zostać ograniczony – tak jak to postuluje Kennedy – poprzez wprowadzenie precyzyjnych metazasad, które rozstrzygałyby kolizje między konkurującymi zasadami⁷⁷.

Czy całe prawo jest niedookreślone? Ci, którzy dosłownie interpretują hasło CLS – *law is politics* – powinni przyznać, że całe. Jednakże Lawrence Solum, powołując się na Kairysa i Tushnet, dochodzi do wniosku, że niekoniecznie. W wersji najbardziej powściągliwej byłyby to jedynie „ważne kwestie w ważnych sprawach”, przykładowo takie jak *Roe v. Wade*⁷⁸, ewentualnie „wszystkie sprawy rozstrzygane przez Sąd Najwyższy”⁷⁹. Sprawy kwalifikowane jako *easy cases* należy uznać wówczas za pozbawione znaczenia.

W najszerszym rozumieniu teza CLS dotycząca nieokreśloności prawa (*indeterminacy thesis*) jest twierdzeniem, które neguje koncepcję, że klasyczny liberalizm, odwołując się do idei rządów prawa, może zagwarantować prawdziwą wolność. Jest to twierdzenie nawet dalej idące, a mianowicie, że żaden system rządów takiej wolności nie jest w stanie zagwarantować. Jednakże – jak wskazuje Guyora Binder – „twierdzenie to jest bardziej prawdziwe niż nowe”⁸⁰.

Rozumowanie prawnicze. Rozumowania prawnicze, szczególnie te w procesach sądowych, nie są neutralne a często są wyborami politycznymi (w szerokim znaczeniu), ukrytymi pod płaszczykiem swoistości rozumowania, wspierane głoszeniem poglądów, że obiektywne ważenie zasad jest w ogóle możliwe. W swej istocie CLS za zadanie podstawowe uznawało dekonstrukcję liberal-

⁷⁶ J. Boyle, *Introduction*, (w:) *Critical Legal Studies*, J. Boyle (red.), New York University Press, 1994, s. xx; za: B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 219.

⁷⁷ D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, (1976) 89 *Harvard Law Review*, 1685–1778, s. 1723–4; za: K. Kress, *Coherence*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 542.

⁷⁸ Dotyczy kwestii dopuszczalności aborcji; [410 U.S. 113 (1973)]; zob.: *Roe v. Wade* (stanowisko jednego z sądów apelacyjnych), (w:) D.K. Weisberg, *Application of Feminist Legal Theory to Women's Lives. Sex, Violence, Work, and Reproduction*, Philadelphia: Temple University Press, 1996, s. 953–961.

⁷⁹ L.B. Solum, *Indeterminacy*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 499.

⁸⁰ B. Binder, *Critical Legal Studies*, (w:) D. Patterson (ed.), *A Companion to...*, op. cit., s. 281.

nych zasad, które z taką wyrazistością ujawniają się w szeroko rozpowszechnionej czołobitności wobec procesu sądowego⁸¹.

Jak należy rozumieć koncepcję wyidealizowanego procesu – wyjaśnia David Kairys. Przede wszystkim do ukonstytuowania się tego modelu orzeczniczego muszą być spełnione określone warunki. Pośród nich za najważniejszy należy uznać wizję samego prawa – autonomicznego i wolnego od wszelkich wpływów, czy to z jednej strony politycznych, czy z drugiej – osobistych przekonań sędziego. Sędzia z kolei ma posiadać określoną pozycję, w szczególności ma być niezawisły i podlegać jedynie Konstytucji i ustawom (dodajmy, że w systemie *common law* – także *precedensom*). Powinien ponadto posiadać (jak również prawnicy występujący przed sądem) stosowną biegłość, zaś sama analiza prawna – naturę obiektywną⁸². Spełnienie tych warunków umożliwia rozstrzyganie sporów w procesie, w którym:

1. Prawo dotyczące konkretnych kwestii istnieje uprzednio. Jest dostępne, a dla każdego kto posiada stosowne prawnicze umiejętności – w pełni zrozumiałe.
2. Postępowanie dowodowe jest obiektywne i gwarantuje ujawnienie prawdy dotyczącej faktów.
3. Prawo jest stosowane do tak ujawnionych faktów.
4. Sędzia, działając w duchu słuszności, jest w stanie wydać poprawne orzeczenie, z wyjątkiem rzadkich przypadków, kiedy jego decyzja jest błędna⁸³.

Jeżeli pojawiają się głosy krytyczne dotyczące przebiegu procesu, a takie głosy, od czasu do czasu pojawiają się, to koncentrują się na uchybieniu standardom procesu idealnego, który w swej formie naszkicowanej powyżej nadal pozostaje wzorcem⁸⁴.

Również na płaszczyźnie krytyki rozumowania prawniczego przedstawiciele CLS nie utożsamiają się z podejściem marksistowskim. Nie próbują przekonać nas, że rozumowania sędziowskie są w prosty sposób zdeterminowane bazą, czy też stosunkami ekonomicznymi. Stosunki ekonomiczne mają wpływ na decyzje sędziowskie, ale w ramach jednego kolektywnego czynnika zewnętrznego, który jest bardziej polityczny niż ekonomiczny (przy czym także po części społeczny, czy osobisty). W zakresie dokonywanych wyborów, w gruncie rzeczy – politycznych, sędziowie mają – jak powiada Allan Hunt – „względną autonomię”⁸⁵. Wnikliwa analiza czynników zewnętrznych nie jest dla przedstawicieli CLS sprawą istotną. Ważne jest, że to one mają wpływ na sędziowskie rozstrzygnięcia, że nie są one rezultatem bezstronnego rozumowania prawniczego. Dlatego zatem sędziow-

⁸¹ S.R. Foster, R.A. Lenhardt, *The Racial Subject in Legal Theory*, (w:) K.E. Whittington, R.D. Keleman, G.A. Caldeira, *The Oxford Handbook...*, op. cit., s. 456.

⁸² D. Kairys, *Introduction*, (w:) tenże, *The Politics...*, op. cit., s. 1.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem, s. 2.

⁸⁵ A. Hunt, *The theory of critical legal studies*, (1986) 6 Oxford Journal Legal Studies 1, s. 28–29, za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 157.

skie decyzje są w miarę zgodne i konsekwentne? Jest to związane z faktem, że dzielą oni pewną wspólną środowiskową ideologię, która umacnia liberalny porządek, a ten zaś odpłaca im możliwością pełnienia prestiżowej funkcji i zapewnienia godziwych środków utrzymania.⁸⁶ Nie oznacza to jednak, że sędziowie postępują tak z wyrachowania. W znacznej części głęboko wierzą w swoją apolityczność i neutralność. Wierzą także, że ich decyzje są rezultatem zdeterminowanym jedynie regułami prawnymi. Ponadto wypracowali już pewne schematy ujmowania zagadnień, logikę rozwiązywania problemów⁸⁷, co sprawia, że ogół ich decyzji posiada to, co Dworkin określiłby pojęciem *integrity*. Zatem CLS nie kwestionują określonej przewidywalności rozstrzygnięć sędziowskich, ale dworkinowskie pojęcie *integrity* uznają za iluzję, ponieważ „obejmuje ono marginalizację tych zasad, które nie pasują. Co więcej... wizja tych zasad, które pasują, które przez sędziów są uprzywilejowane, to wizja, która ucieleśnia raczej polityczno-prawicowe przekonania”⁸⁸. Niekiedy jednak sędziowie przeżywają rozterki moralne; zdają sobie sprawę, że – jak nieco wieloznacznie twierdzi Kairys – mogliby zrobić coś naprawdę dobrego, ale mogącego zaszkodzić ich karierze, czy sądownictwu w ogóle⁸⁹. Jeżeli jednak – jak utrzymują przedstawiciele CLS – nie ma żadnej odrębnej formy prawniczego rozumowania, to prawniczy dyskurs staje się po prostu debatą polityczną, w którym argumenty wspierane esencjalnie sprzecznymi poglądami doktryny nie mogą doprowadzić do żadnego wiążącego rezultatu⁹⁰.

Równie krytycznym recenzentem procesu orzekania jest Unger. Jego stanowisko nie dziwi, od kiedy zidentyfikujemy jeden z podstawowych celów jego teorii politycznoprawnej. Celem tym jest – jak wskazuje Susan Moller Okin – ukazanie i zlikwidowanie „napięcia pomiędzy liberalnym poświęceniem się formalnej równości prawa i rzeczywistymi relacjami dominacji i zależności, które charakteryzują współczesne społeczeństwa liberalno-kapitalistyczne”⁹¹. W ocenie Ungera orzecznictwo (ujmowane kolektywnie) jest uwarunkowane politycznie, a jego celem jest przede wszystkim ułatwienie realizacji określonych politycznych potrzeb lub motywowanie społeczeństwa do pożądanego zachowania. Wszelkie zmiany są hamowane, a utrwalanie *status quo* odbywa się w zgodzie z neutralnymi i jedynie słusznymi zasadami liberalnego prawa⁹². Zresztą większość teorii politycznych i społecznych ma rutynowo wkomponowany element determinizmu, który znacznie ogranicza możliwość zmian. Teorie te starają się kształtować – jak to ujmuje Unger – społeczną „fałszywą konieczność” (*false necessity*) i znacznie

⁸⁶ J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 157.

⁸⁷ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 6.

⁸⁸ H. Collins, *Laws as Politics: Progressive American Perspectives*, (w:) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles (eds), *Introduction to Jurisprudence...*, op. cit., s. 288.

⁸⁹ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 8.

⁹⁰ R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 341 (prawdopodobnie są to poglądy Trubeka).

⁹¹ S.M. Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Inc, 1989, s. 117.

⁹² R. Unger, *Passion: An Essay on Personality*, New York: Free Press, 1984, s. 47; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 166.

ograniczają możliwości objaśnienia rzeczywistości z pozycji bardziej ogólnej czy historycznej⁹³.

Dlatego też problem nie polega na tropieniu odstępstw od procesu idealnego, w tym także odstępstw od kanonów rozumowania prawniczego. Problem polega na tym, że takiego odrębnego rozumowania prawniczego po prostu nie ma. Dlaczego jednak tego nikt nie dostrzega? Zdaniem Davida Kairysa, związane jest to z tym, że prawnicy, szczególnie ci, którzy żyją swoją pracą, wypracowali własny sposób komunikowania się i prowadzenia dyskursu, o którym myślą, że jest szczególnym prawniczym rozumowaniem. Nawet więcej, to co robią, jak się ubierają, wszelkie prawnicze gadzety, atmosfera sądów, kancelarii prawniczych, kształtują sposób życia tak odrębny, że „ich zachowanie może być dla ich małżonków i przyjaciół nie-prawników niezrozumiałe”⁹⁴. Co ciekawsze, sami prawnicy często między sobą dyskutują o nieprzewidywalności rozstrzygnięć sędziowskich, a w dowcipach typu: gdzie dwóch prawników, tam trzy opinie prawne, potrafią dostrzec głębszy problem.

Prawnicy w kontaktach z klientami, w swych rozumowaniach, przeżywają często swoiste rozdwojenie jaźni. Z jednej strony starają się zachować obiektywizm, zaś z drugiej – zaczynają wierzyć, że stanowisko, które przyjmują – najczęściej na korzyść klienta – jest uzasadnione szczególnym trybem rozumowania prawniczego. Ostatecznie, kiedy dochodzi do sytuacji, w której to oni mają być stroną procesową we własnej sprawie, tracą wiarę w obiektywizm swego rozumowania i decydują się na ustanowienie pełnomocnika. Ta „schizofrenia” zaczyna się ujawniać w prawniczych interpretacjach, pozornie obiektywnych, kiedy to z wiarą (nie wiadomo czy prawdziwą) zaczynają wypowiadać opinie, bywa, że niedorzeczne, na korzyść klienta, kwestionując jednocześnie wszystko, co powie przeciwnik. W Stanach Zjednoczonych profesja ta jest uznawana za jedną z najbardziej agresywnych, a jej wykonywanie przynosi często negatywne skutki uboczne⁹⁵.

Problem dotyczący rozumowań prawniczych ujawnia się również w procesie nauczania. Student, kiedy od wykładowcy słyszy inną interpretację prawa, niż ta, dokonana przez sąd, z komentarzem, że sąd nie miał racji – czuje się zagubiony. W innym przypadku, kiedy sam ma dokonać interpretacji, sugeruje mu się, że powinien trzymać się ustalonej linii orzecznictwa. Okazuje się ostatecznie, że każdy może „rościć sobie pretensje do prawdziwości swych twierdzeń”⁹⁶, a student i tak nie jest w stanie tego zweryfikować. Kennedy zwraca jednak uwagę, że równie fatalne skutki przynosi bezrefleksyjne przyjmowanie przeważającej większości reguł prawnych bez uzasadnienia. Aplikowanie takich reguł studentowi,

⁹³ R. Unger, *Social Theory: Its Situation and Its Task*, Cambridge University Press, 1987, s. 145; za: J. McGowan, *Postmodernism and Its Critics*, Ithaca & London: Cornell University Press, 1994, s. 57.

⁹⁴ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 4.

⁹⁵ Ibidem, s. 7.

⁹⁶ Ibidem, s. 4.

który nie ma żadnych instrumentów do oceny krytycznej, jest dla Kennedy'ego chrztem ideologicznym (*ideological immersion*)⁹⁷.

Dekonstrukcja prawa. Należy dokonać dekonstrukcji prawa i języka prawniczego, które utrwalają strukturę władzy, nie posiadającej zasadniczo legitymacji. Metodą odpowiednią do przeprowadzenia tego procesu ma być *trashing* i delegitymizacja.

Dekonstrukcji w najszerszym ujęciu podlegają prawdy liberalnego legalizmu. Niestety, i należy do powiedziec już na wstępie, przedstawiciele CLS, stosując własną aparaturę pojęciową, nie są w stanie przedstawić teorii liberalnym żadnej konkretnej, w miarę spójnej alternatywy (*the alternative*) (może z wyjątkiem nieco naiwnej koncepcji superliberalizmu Ungera), a jedynie alternatywę w ogóle (*an alternative*)⁹⁸.

Dekonstrukcji poprzez *trashing*, czy też *debunking*, poświęca swój artykuł Mark Kelman⁹⁹. Ponieważ tradycyjne metody nauczania prawa stały się jednym z ważniejszych celów krytyki CLS, również Kelman podejmuje ten wątek w swojej analizie, zwracając uwagę, że *trashing* może być szczególnie użyteczny w demaskowaniu rzeczywistych hierarchii i struktury władzy w relacjach lokalnych, przykładowo, na uniwersyteckich *law schools*. Sposób nauczania, retoryka akademicka – dla Kelmana – jawią się jako brednie, które należy zdemaskować. Zaś cały demaskatorski projekt zaczyna nabierać charakteru – jak powiada – politycznego anarchosyndykalizmu¹⁰⁰. Przedmiotem *trashing'u* może być i był sam proces rozumowania prawniczego. Po ukazaniu jego prawdziwego oblicza okazywał się jedynie wyborem – nieświadomym, nieuzasadnionym i powierzchownym. Collins porównuje *trashing* do czerwonej płachty na byka, gdzie w roli byka występują profesorowie prawa, którym odmawia się zachowywania „jakichkolwiek użytecznych czy intelektualnych rygorów służących nauczaniu adeptów prawa”¹⁰¹.

Jak wskazuje Penner, krytyka metod nauczania prawa przyniosła pewne pozytywne rezultaty. Do programów amerykańskich i brytyjskich uniwersytetów (choć nie wszystkich) włączono elementy koncepcji głoszonych przez CLS¹⁰².

⁹⁷ D. Kennedy, *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, wykład wygłoszony w lutym, 1980 na University of Victoria, Kanada; za: M. O'Brien, S. McIntre, *Patriarchal Hegemony and Legal Education*, (w:) F.E. Olsen (ed), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory Within the Law*, New York University Press, 1995, s. 31.

⁹⁸ J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 154.

⁹⁹ M. Kelman, *Trashing*, (1984) 36 *Stanford Law Review* 293.

¹⁰⁰ M. Kelman, *Trashing*, op. cit., (w:) A.C. Hutchinson, *Critical...*, op. cit., s. 216.

¹⁰¹ H. Collins, *Law as Politics: Progressive American Perspective*, (w:) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence...*, op. cit., s. 302.

¹⁰² J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 160.

Deligitymizacja jest zabiegiem innego rodzaju. W pierwszej kolejności należy wyłowić istotę tego, co uznawane jest za najważniejszą funkcję liberalnego prawa. Jest to funkcja legitymizująca dany system ekonomiczno-społeczny. „CLS... postrzega wszelkie zadania [tradycyjnej] jurysprudencji... jako funkcjonujące tak aby nadawać fałszywą legitymację prawu i prawnym systemom”¹⁰³. Legitymacja ta, niczym cienka powłoka zabezpiecza system przed destrukcją a zarazem ukrywa jego prawdziwe oblicze. Zerwanie tej cienkiej powłoki ukazuje prawdziwe oblicze systemu, który w gruncie rzeczy jest zepsuty i ma jedynie zabezpieczać ukształtowane relacje władcze, które niewiele mają wspólnego z równością czy sprawiedliwością, przed politycznymi, ideologicznymi czy materialnymi wyzwaniem.

Prawna legitymacja – jak dowodzi Kairys – „przyznaje systemowi i ideologii bardziej ogólną legitymację..., które pomimo swych roszczeń do panowania wynikającego z natury, nauki, albo Bożego nadania, najlepiej mogą być scharakteryzowane jako dominacja bardzo małej, zasadniczo kolektywnej elity. Tak postrzegana legitymacja jest pierwotnie oparta na pojęciu technicznej biegłości, obiektywizmie i wyidealizowanym modelu procesu sądowego... Ale legitymacja prawa jest ponadto znacznie wzmocniona, ponieważ w niektórych przypadkach prawo jest sprawiedliwe i niekiedy służy ograniczaniu władzy”¹⁰⁴.

Kategoryzacja i reifikacja. Należy także dokonać dereifikacji prawa (zabieg ten jest uznawany również za formę dekonstrukcji¹⁰⁵). Reifikacja¹⁰⁶ bowiem prowadzi do wypaczenia rozumienia pewnych procesów społecznych, natomiast kategoryzacja prowadzi do alienacji członków społeczeństwa.

Poznanie otaczającego nas świata, jego zrozumienie, a także zakomunikowanie wyników naszych badań nie będzie efektywne, o ile w ogóle możliwe, przy zastosowaniu metody deskryptywnej, w odniesieniu do każdego jednostkowego przedmiotu poznania. Nawet gdyby zastosować tę metodę, to sam opis będzie zawierał pewne pojęcia, które można określić jako *kategorie*. Nie odnoszą się one do jakiegoś realnego bytu czy elementów jego opisu; tworzą raczej jego ogólne wyobrażenie. Także w życiu codziennym nieustannie posługujemy się takimi kategoriami i dla wielu jest oczywiste, że są to kategorie abstrakcyjne. Podobnie jest w przypadku języka prawnego, który w znacznej części posługuje się kategoriami. Naukowcy spod znaku CLS stoją na stanowisku, że to

¹⁰³ A. Thompson, *Critical approaches to law: who needs legal theory?* (w:) I. Grigg-Spall, P. Ireland, *The Critical Lawyers' Handbook*, London: Pluto Press, 1992, s. 2; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 152.

¹⁰⁴ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 7.

¹⁰⁵ J. E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 160.

¹⁰⁶ Pojęcie to używane już było przez Marksa a rozwinięte zostało w piśmiennictwie węgierskiego marksysty, György Lukács'a; R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 339–340. Przejrzysty przykład dekonstrukcji pojęcia prywatność (*privacy*) został zaprezentowany w: H. Collins, *The Decline of Privacy in Private Law*, (1987) 14 *Journal of Law and Society* 91–103, s. 92–96.

nieustanne posługiwanie się kategoriami, w szczególności w przypadku prawa, powoduje, że zaczynamy o tych kategoriach myśleć jak o rzeczach istniejących realnie. Traktowanie pojęć czy idei jak rzeczy istniejących fizycznie jest określane jako reifikacja. Zjawisko to, w szczególności jako forma prawniczego myślenia, dostrzegane już było przez amerykańskich realistów prawniczych, przykładowo przez Felixa Cohena (1907–1953). Cohen na potrzeby swych badań zaproponował nawet neologizm, *thingification*¹⁰⁷. Należy jednak zauważyć, że posługiwanie się kategoriami jest nieuniknione, jeżeli zgodzimy się, że prawo jest środkiem wdrażania ideału sprawiedliwości nie tylko prawnej (*justice according to law*), ale pośrednio także etycznej, czyli po prostu realizacji postulatu sprawiedliwego prawa (*justice of the law*). Nawet więcej, dzisiaj efektywne dążenia do osiągnięcia stanu sprawiedliwości społecznej (jakkolwiek rozumianej) nie jest możliwe bez korzystania ze środków prawnych¹⁰⁸.

Jak dochodzi do reifikacji, wyjaśnia Robert Gordon: „Wymyślamy skrótowe określenia, takie jak *modernizacja*, jako sposób podsumowania tego, co się wydarzyło w danym społeczeństwie, a następnie usiłujemy dokonać generalizacji dotyczących konkretnych społeczeństw. Poprzez tę intelektualną sztukę dokonujemy reifikacji naszej etykiety w odniesieniu do procesu, który m u s i a ł przebiegać w taki sposób, w jaki przebiegał. Następnie całą przypadkową zbieraninę współczesnych praktyk społecznych (w szczególności praktyk nieprzyjemnych i dokuczliwych) zaczynamy wyjaśniać jako n a t u r a l n y skutek modernistycznego procesu. Ale jeżeli nie ma żadnego takiego pojedynczego procesu, to także nie może istnieć żaden zbiór funkcjonalnych reakcji na ten proces”¹⁰⁹.

Gordon przedstawił nam swój opis reifikacji pewnego ewolucyjnego procesu, ale reifikacji podlegają również kategorie osób. Nie będziemy wówczas Kowalskim kupującym pralkę, ale konsumentem, ani Nowakiem pożyczającym pieniądze od Wiśniewskiego, ale pożyczkobiorcą itd. (kategoryzacja). Jednostki w ten sposób zatracają swoją indywidualność, zostają zaszufladkowane zgodnie z przypadającym im ogółem praw i obowiązków, stają się podmiotami traktowanymi w pewien stereotypowy sposób. Gdyby teraz spytać prawnika, co może powiedzieć o Nowaku pożyczającym pieniądze od Wiśniewskiego, to zapewne ustaliłby jego sytuację prawną na podstawie art. 720–724 KC. Tak też zacznie myśleć o sobie również Nowak. Z czasem sam dla siebie przestanie być indywiduum, a zacznie postrzegać siebie jako aktora występującego w różnych rolach: pożyczkodawcy, kupującego czy najemcy. Kiedy jednak zacznie o tych rolach myśleć, choćby nieświadomie, jak o bytach realnie istniejących, dojdzie do ich reifikacji.

¹⁰⁷ B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 185

¹⁰⁸ J. Balkin, *Transcendental deconstruction, transcendental justice*, (1994) 92 Michigan Law Review, 1131–1186, s. 1149–1154; za: R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2003, s. 248.

¹⁰⁹ R. Gordon, *Critical Legal Histories*, (1984) 36 Stanford Law Review 57–127; za: J. Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, Dartmouth Aldershot, 1992, s. xxiii; za: R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 341.

Czy do takiej reifikacji dojdzie czy nie, to już sama tak daleko posunięta kategoryzacja deprecjonuje osobowość jednostki i marginalizuje znaczenie indywidualnych relacji wzajemnych. Naukowcy z CLS nazywają taki stan rzeczy alienacją. Jest o nią oskarżany zarówno liberalizm, jak i kapitalizm. Dla Gabela alienacja wyraża się w traumatycznym i nieuświadomionym braku łączności wzajemnej pomiędzy członkami społeczeństwa. Jak dowodzi:

„Źródłem tego braku wzajemnej łączności jest pasywność, niemoc i izolacja wynikająca ze struktury grup, które same są zorganizowane na bazie przepływów kapitału. W grupach tych nikt w normalnych warunkach nie jest świadomy poczucia swego braku powiązania z innymi, swej pasywności, niemocy i izolacji, ponieważ takie poczucie rzeczywistości jest wypierane przez społecznie komunikowaną rzeczywistość. Każda osoba zaprzecza wobec drugiej, że cierpi, dlatego że takie zbiorowe odrzucenie cierpienia zostało uczynione warunkiem tego, czym są relacje społeczne”¹¹⁰.

Dla przedstawicieli CLS nieprzekonujące będą zapewnienia tak zindoktrynowanych osób, że wcale nie odczuwają one swojej alienacji. Raczej powiedzą, że jest to dowód na to, że ich indoktrynacja jest całkowita, że zostali zsocjalizowani do myślenia w określony sposób. Nie odczuwają z tego powodu żadnego dyskomfortu albo też nie dopuszczają do siebie myśli, że zostali odarci ze swej niepowtarzalności, skoro całe społeczeństwo wokół też tego tak nie odczuwa. Jest to rodzaj presji społecznej, która póki co skutecznie tłumi niepokoje jednostek. Siła tej presji jest tym większa, im większa jest zbieżność w odczuwaniu rzeczywistości przez jednostki. Mamy zatem przedsmak marksistowskiej rewolucji. Jeżeli świadomość alienacji będzie udziałem większej części społeczeństwa, to presja pozostałych będzie mniejsza i już niewystarczająca dla stłumienia realnego cierpienia wyalienowanych jednostek.

Jak już nadmieniono, techniki dekonstrukcji mogą być różne. Można jednak zasadnie pytać o jej granice, tak jak pytamy o granice wykładni funkcjonalnej. Czy, przykładowo, artykuł II Konstytucji Stanów Zjednoczonych, zgodnie z którym prezydentem Stanów Zjednoczonych może być osoba po ukończeniu 35 lat, może być interpretowany, tak jak próbują to czynić niektórzy przedstawiciele CLS, że chodzi tu nie o wiek biologiczny, ale o dojrzałość mentalną przeciętnego 35-latka?¹¹¹ Teoretycznie sama propozycja nie jest bezsensowna. Gorzej, kiedy próbuje się dowodzić, że wiek 35-letniej osoby, urodzonej 29 lutego w roku przestępnym, to p r a w n i e rzecz biorąc 8 lat¹¹².

Należy podkreślić, że ostrze krytyki CLS, choć wymierzone bezpośrednio w ideał rządów prawa, czy liberalnego legalizmu jest również krytyką ówczesnego

¹¹⁰ P. Gable, *Reification in Legal Reasoning*, (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 25–46, s. 28 (w:) M.D.A. Freeman, *Lloyd's...*, op. cit., s. 1075.

¹¹¹ R. Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, London & Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988, s. 219.

¹¹² R. Posner, *Law and...*, op. cit., s. 219, przypis 14.

systemu edukacyjnego i to krytyką, która na tym obszarze przyniosła pozytywne zmiany. Wpajanie studentom – a jesteśmy już na naszym rodzimym podwórku – różnorodnych zasad prawnych, czy to wywiedzionych przez TK z Konstytucji czy to uchwalonych przez SN, bez rozważenia, wyjaśnienia i podania kontrargumentów można równie dobrze nazwać nauką prawa jak i indoktrynacją. A zatem aplikacja wiedzy, przykładowo, z zakresu prawa kontraktowego powinna być poprzedzona ewentualnie zwieńczona pewną refleksją teoretyczną, czy doktrynalną, jak postrzegana jest natura kontraktu zgodnie z taką czy inną postawą polityczną czy filozoficzną. Odnosząc się do rozumowań prawniczych, warto byłoby ujawnić studentowi tajemnicę, „przy pomocy jakiej to logiki wyprowadził on [tzn. Trybunał Konstytucyjny], z kilku słów zawartych w art. 1 [Konstytucji, po noweli grudniowej 1989 – zasada państwa prawa] taki ogrom zasad o tak zróżnicowanych zakresach zastosowania i normowania, a przy tym uzasadnił tyle wyjątków od nich”¹¹³. Jest więc prawo uwarunkowane politycznie czy nie jest? Powoływanie się na „wątpliwą logikę i mętne interpretacje” świadczą o braku odwagi aby uczciwie powiedzieć, że „pozytywistyczna idea państwa prawnego jest dzisiaj już martwa, a wszelkie próby jej reanimacji albo prowadzą do nadużyć, albo w najlepszym razie do śmieszności”¹¹⁴.

STRESZCZENIE

W artykule autor starał się zidentyfikować i dokonać analizy podstawowych tez, podanych przez CLS krytyce, przyjmując stanowisko nie tyle aprobujące ile refleksyjne i mające na celu przemyślenie owych tez w otoczeniu społecznym, w którym doktryna liberalna ciągle oczekuje na rzetelną i merytoryczną ocenę krytyczną, wolną od sympatii czy antypatii politycznych. Analizowane tezy można w skrócie ująć następująco: (1) edukacja prawnicza jest zabarwiona zapatrywaniami politycznymi kadry akademickiej, w przypadku CLS były to zapatrywania o charakterze liberalnym; (2) wartości leżące u podstaw wspomnianych zapatrywań są czynnikiem mającym istotny wpływ na treść uprawnień, które często pozostają w sprzeczności – sprzeczności te rozstrzygają sądy; (3) proces sądowy jest modelem wyidealizowanym i odzwierciedla ideę rządów prawa; (4) prawo posiada walor neutralności, obiektywizmu, określoności, racjonalności itd.; (5) stosując prawo w procesach sądowych (i nie tylko) prawnicy posługują się swoistą metodologią, zwaną rozumowaniem prawniczym; (6) w rzeczywistości wydziały prawa, same posiadające hierarchię „równoległą”, ukrywają prawdziwe oblicze prawa, legitymizują ukrytą strukturę władzy, utrwalają niesprawiedliwości społeczne i indoktrynują studentów.

¹¹³ L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 4, s. 12.

¹¹⁴ *Ibidem*.

SUMMARY

The author tries to identify and analyze basic theses criticized by CLS. He adopts a reflexive rather than approving attitude that aims at considering those theses in a social surrounding in which the liberal doctrine is still waiting for a fair and substantial critical assessment that will be politically unbiased. The analyzed theses can be shortly presented as follows: (1) legal education is influenced by the political opinions of the academic staff; in case of CLS, these were liberal attitudes; (2) basic values of those attitudes are a key factor having influence on the contents of rights that are often contradictory; those contradictions are examined and solved by courts; (3) a court proceeding is an idealized model and it reflects the idea of the rule of law; (4) law is neutral, objective, definite, rational and the like in its character; (5) using law in court proceedings (but not only there) lawyers use specific methodology called legal reasoning; (6) in reality, law departments, having their own “parallel” hierarchy, hide the true character of law, legitimize the hidden structure of governance, strengthen social injustice and indoctrinate students.

RÉSUMÉ

Dans l'article l'auteur essaie d'identifier et analyser des questions principales qui ont été déjà critiquées par CLS et dans ce contexte il présente son attitude non seulement approbative mais plutôt méditative parce qu'il a pour but de montrer la réflexion sur les questions surtout dans l'entourage sociale où la doctrine libérale attend toujours pour une évaluation critique mais aussi honnête et fondamentale, libre de sympathie ou d'antipathie politique. En résumant, on peut présenter ces questions de la manière suivante: (1) l'éducation juridique reste toujours influencée par les opinions politiques du cadre académique – dans le cas de CLS c'était toujours des idées du caractère libéral; (2) les éléments qui forment la base de ces opinions ont une influence décisive sur les législations qui peuvent être contradictoires – et ces contradictions sont décidées par des tribunaux; (3) le procès juridique est un modèle idéal et présente l'idée du gouvernement de droit; (4) le droit possède la valeur de neutralité, d'objectivité, de définition, de rationalité etc.; (5) en appliquant le droit dans des procès juridiques (et non seulement dans ce contexte) les juristes appliquent une méthode spécifique appelée le raisonnement juridique; (6) en réalité, les facultés de droit possèdent une hiérarchie „parallèle” et ainsi cachent la vraie image du droit, rendent vraisemblable la structure cachée du pouvoir, font maintenir l'injustice sociale et propager les idées parmi des étudiants.

РЕЗЮМЕ

Автор статьи делает попытку идентифицировать и провести анализ основных тезисов, подвергнутых критике CLS, принимая позицию не столько одобрения, сколько рефлексии и имея целью обсуждение этих тезисов в социальной среде, в которой либеральная доктрина по-прежнему нуждается в солидной и основательной критической оценке, независимой от политических симпатий либо антипатий. Анализируемые тезисы можно кратко резюмировать следующим образом: (1) юридическое образование приобретает оттенки политических взглядов профессорско-преподавательского состава; в случае CLS это были взгляды либерального характера; (2) категории, служащие основанием упомянутых взглядов, оказывают существенное влияние на определение полномочий, которые часто входят в противоречия – противоречия эти разрешают суды; (3) судебный процесс является идеализированной моделью и отражает идеи верховенства права; (4) праву присущи такие качества, как нейтральность, объективность, определённая рациональность и т.д.; (5) применяя право в судебных процессах (и не только), юристы используют свою методологию, называемую правовым обоснованием; (6) в действительности, специальности права, сами обладающие параллельной иерархией, скрывают настоящий облик права, узаконивают базовую структуру власти, упрочняют социальную несправедливость и индоктринируют студентов.

REMIGIUSZ RABIEGA



KILKA REFLEKSJI NA TEMAT TZW. MIESZANEJ STRONY PODMIOTOWEJ W POLSKIM PRAWIE KARNYM

Perspektywa, jaka nakreślona została przez czas od roku 1997, kiedy to ostatecznie światło dzienne ujrzał obecnie obowiązujący w Polsce Kodeks karny, pozwala nam się współcześnie odnieść do licznych zagadnień pod innym kątem, aniżeli czynili to twórcy kodeksu. Rozwiązania legislacyjne, które przeprowadzone zostały przez pryzmat rzeczywistości, mogą dziś być analizowane i rozpatrywane w odmienny sposób, niż zakładała to Komisja kodyfikacyjna piętnaście lat temu. Intencje ustawodawcy spotkały się z cieplejszym lub chłodniejszym przyjęciem. Pewne zamysły zostały znowelizowane, a inne pozostały w niezmienionej formie.

Zależność, jaka charakterystyczna jest dla każdej ustawy, gdzie poszczególne regulacje oddziałują na siebie wzajemnie, sprawia, iż stworzenie kodyfikacji idealnej jest praktycznie niemożliwe. Nie wyklucza to jednak możliwości, a nawet nakazu prowadzenia ciągłych dociekań i dyskusji, które pozwolą uczynić z tej ułomnej istoty, jaką jest prawo, tworu jak najbliższego ideałowi.

W jednej ze swych publikacji I. Andrejew, potwierdzając ten punkt widzenia w ponadczasowy i uniwersalny sposób, tak oto pisze: „Nikt chyba się nie łudził, że w nowym kodeksie¹ można będzie wyczytać jednoznaczną odpowiedź na każdą kwestię, która się wyłoni w praktyce albo w dyskusji teoretycznej. Nie zdarzyło się to i chyba nie zdarzy z żadnym kodeksem. Jest rzeczą wykładni dać taką odpowiedź. Problem polega więc nie na tym, że kwestie są, lecz na tym, żeby wykładnia, zgodnie z założeniami ustawy, była rozsądnym rozwinięciem i uzupełnieniem tego, co w przepisach jest powiedziane wyraźnie. I jeszcze, aby wykładnia, kiedy przybierze postać orzeczenia instancji sądowej, nie była decyzją tylko *ad casu*, lecz przeciwnie, aby wchodziła do trwałego dorobku teorii i praktyki prawa karnego. A na to znowu potrzebna jest dyskusja”².

¹ Chodzi, oczywiście, o Kodeks karny z 1969 r., choć wypowiedziana przez Autora teza znajduje zastosowanie również dzisiaj.

² I. Andrejew, *Sporne kwestie w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 7, s. 3.

Głównym celem niniejszej publikacji – co wynika z tytułu przedmiotowych analiz – jest ukazanie konstruktu tzw. mieszanej strony podmiotowej w polskim prawie karnym, jako instytucji opiewającej przypadki połączenia w określonych przypadkach znamion składających się na elementy strony podmiotowej. Tradycyjnie owa kombinacja polega na zmieszaniu umyślności z nieumyślnością, choć na kanwie obecnej ustawy są dopuszczalne również sytuacje, w których nieumyślne dalsze następstwo czynu wynika z także nieumyślnego czynu podstawowego. Nadto ideą, która przyświecała mi w wyborze niniejszego tematu, pozostaje fakt swoistego braku zainteresowania przedstawicieli doktryny poruszonymi przeze mnie zagadnieniami. Rzeczywiście, *prima facie* w stosunku do poprzednio obowiązującego kodeksu karnego nie zaszły jakieś kardynalne zmiany, choć z mojego punktu widzenia wysubtelnić można, na podstawie ustawy z 1997 r., pewne założenia godne dywagacji. Dodatkowo postaram się, choćby w minimalnym stopniu, przedstawić omawiane tu kwestie w nieco odmienny sposób, co być może stanie się przyczynkiem dla dalszych polemik nad poruszonymi w toku artykułu kwestiami.

W niniejszym szkicu postaram się pokrótce przedstawić i scharakteryzować zrębowość art. 9 § 3 k.k., w kontekście wyznacznika podmiotu karanego surowiej za przewidywalne następstwa czynu zabronionego pod groźbą kary. Nawiążę do konstruktu błędu co do znamienia kwalifikowanego przez zamię dynamiczne oraz zaprezentuję swoje stanowisko dotyczące możliwości dopuszczenia się zbrodni, opierając się na tzw. mieszanej stronie podmiotowej³ w systemie subiektywnych podstaw odpowiedzialności karnej. Mam nadzieję, iż podjęte przeze mnie analizy pozwolą syntetycznie ująć tak rzadko poruszany temat *culpa dolo exorta* oraz dzięki rozważaniom *stricte* dogmatycznym w nieco pełniejszy sposób rozjaśnią pewne kwestie związane z tytułową tematyką tegoż wywodu⁴.

Zgodnie z regułami wykładni⁵, opartymi na racjonalnie zastosowanych przez prawodawcę funkcjach sugestywnej i pragmatycznej, w normach karnych należy przyjąć, że w analizowanym przypadku nie przepis typu: „Kto powoduje S” (gdzie S oznacza dalszy skutek) jest właściwy dla wskazania podmiotu czynu zabronio-

³ Warto odwołać się w tym miejscu do słów J. Kochanowskiego, który podnosi, że przestępstwa kwalifikowane przez element „wartości” (występującej bezpośrednio z czynem zabronionym), należą do przestępstw kwalifikowanych przez okoliczności (zob. np. art. 294 § 1 k.k.). Z kolei przestępstwa kwalifikowane przez rozmiary i zasięg „szkody” (będącej wynikiem czynu), które wystąpić mogą nawet na długo po jego popełnieniu, są przestępstwami kwalifikowanymi przez następstwa (zob. np. art. 296 § 3 k.k.). Zob. także: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I (art. 1–31), Gdańsk 1999, s. 122–123.

⁴ Dopełniający charakter dla niniejszych kwestii stanowią zagadnienia ujęte przeze mnie w innym miejscu. Zob. R. Rabiega, *O zaniechaniu i usiłowaniu w kontekście mieszanej strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary*, „Ius Novum” 2011, nr 2, s. 22–38.

⁵ Chodzi mi o wykładnię teleologiczną, z którą immanentnie jest powiązana wykładnia logiczna – *argumentum a minori ad maius*; skoro bowiem społecznie poprawne jest, by sprawca odpowiadał za wyrządzone przez siebie społecznie szkodliwe czyny, których umyślnie lub nieumyślnie dokonał, to tym słuszniejsze jest również, aby przewidywane przez niego (a przynajmniej możliwe do przewidzenia) następstwa czynu były także odpowiednio surowiej kwalifikowane.

nego, lecz zadanie to spoczywa na szczególnym przepisie zawartym w kodeksie karnym – w art. 9 § 3, który zrębowo wysłowia zasadę odpowiedzialności przywołanego powyżej podmiotu.

Ł. Pohl pisze, iż na poziomie deskryptywnym interesujący nas przepis główny (przypomnę, iż w moim przypadku jest to art. 9 § 3 k.k.) nie wskazuje bezpośrednio [dalszego – dop. R.R.] skutku, jaki wystąpi w tym, czy innym kazusie. „Nie zmienia to jednak faktu jego zrębowości i tym samym jego kluczowej roli w procesie egzekucji interesujących nas norm. Jest on bowiem w istocie przepisem zrębowo niepełnym logicznie (przypomnę, że za przepis tego typu uchodzi ten, w którego sformułowaniu dające się odszukać normatywne elementy syntaktyczne, a przynajmniej jeden z nich, są zwrotami relatywnymi, wymagającymi stosownej relatywizacji)”⁶. Autor ten słusznie podnosi dalej, że taka sytuacja przywołuje: „(...) konieczność dokonania stosownych uadekwatnień treściowych w oparciu o tzw. »przepisy modyfikujące« (modyfikatory). Przepisami tymi są te, które wyznaczają określone podmiotowi obowiązek zapobiegnięcia skutkowi [dalszemu, który był albo mógł być przez sprawcę przewidziany – dop. R.R.]”⁷.

Jak zatem z powyższego wynika, jeśli chcemy poprawnie wskazać adresata określonej *sui generis* normy sankcjonowanej, zakazującej nieumyślnego wywołania dalszych następstw czynu zabronionego pod groźbą kary, musimy w pierwszej kolejności odnieść się do pierwotnego przepisu z części ogólnej kodeksu karnego. Dopiero na tym podłożu można właściwie odczytywać precyzujące normy karnoprawne. Na marginesie dotkniętych rozważań zastanowić się również można nad regułą uwzględniającą w kwalifikacji prawnej nie tylko przepis z części szczególnej, ale nadto właśnie art. 9 § 3 k.k. Dla wielu z pewnością poczynanie takie jest mało racjonalne i prowadzi do tzw. mnożenia bytów ponad konieczność. Z drugiej jednak strony ujawnienie art. 9 § 3 k.k. w kwalifikacji prawnej czynu transparentnie wskazuje miejsce, w którym zakodowany jest jeden z syntaktycznych elementów wyrażenia normokształtnego, czyli adresat analizowanego w danym przypadku wyrażenia, ujęty zrębowo.

Uważam przeto, że w rzeczony kwestii art. 9 § 3 k.k. pełni niezwykle doniosłą rolę. Zrębowość owego przepisu daje nam klarowne podstawy ku temu, by uznać wyższą karalność czynów, stypizowanych w części szczególnej k.k. J. Majewski wskazuje, że przy określaniu adresata czynu zabronionego znamię czasownikowe jest obarczone zbyt silnym ładunkiem ocennym, co budzić może pewne

⁶ Zob. Ł. Pohl, *Artykuł 2 Kodeksu karnego w roli wyznacznika podmiotu przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, nr 3, s. 92. Na temat odpowiedniej relatywizacji zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006, s. 111–113.

⁷ Ł. Pohl, op. cit., s. 94. Z twierdzeń Autora wywieść można także, iż fakt wystąpienia w odpowiednich modyfikatorach konkretnych norm zakazujących popełniania czynów zabronionych (kwalifikowanych przez następstwo), nie klóci się z założeniem, jakoby punktem wyjścia dla określenia podmiotu konkretnych typów czynów zabronionych pod groźbą kary, zawartych w części szczególnej, był właśnie art. 9 § 3 k.k.

kontrowersje interpretacyjne⁸. Tymczasem, posiadając art. 9 § 3 k.k. – który to *expressis verbis* wskazuje podstawę zwiększenia zagrożenia karnego dla podmiotu powodującego wtórne, negatywne skutki – nie musimy w rzeczywistości zaprzętać sobie głowy ewentualnymi problemami, gdyż całą sprawę rozwiązują *explicite* słowa ustawy. Konkludując, powyższe wywody pozwalają dostrzec, iż interesujący mnie przepis spełnia rolę wyznacznika podmiotu przestępstwa, za które sprawca odpowiada surowiej, jeśli tylko mógł albo był on w stanie przewidzieć kwalifikujące następstwa swego czynu zabronionego. A zatem mamy tutaj do czynienia niejako z pewną uniformizacją, sprowadzającą podmiotowo czyny zabronione, charakteryzujące się tzw. mieszaną stroną podmiotową *sui generis*, do jednej normy zawartej w ocenianym paragrafie.

Badając zagadnienie błędu co do znamienia kwalifikowanego przez znamię dynamiczne, pozwolę sobie w pierwszej kolejności na lapidarne przypomnienie podstaw przedmiotowej materii. Zgodnie ze słowami W. Woltera: „Przez błąd rozumiemy niezgodność między obiektywną rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości człowieka”⁹. Rozwijając to stwierdzenie, autor *Funkcji błędu w prawie karnym* podniósł m.in., że należy dokonać pewnej konfrontacji między stanem rzeczywistym a stanem świadomości człowieka¹⁰. Teoretycznie wyróżnione zostały dwie możliwości wystąpienia błędu. Po pierwsze, objawiać się on może w formie nieświadomości, gdy podmiot nie obejmuje swoją percepcją pewnych elementów natury obiektywnej, które z racjonalnego punktu widzenia winny się w jego świadomości pojawić; a nadto, po drugie – wystąpić może urojenie, charakterystyczne dla powstania w psychice sprawcy błędnego mniemania o fragmencie rzeczywistości, którego wbrew jego przekonaniu, obiektywnie rzecz biorąc, nie ma. Wydaje się jednak, iż bardziej interesująca w tej kwestii jest teoria podniesiona przez J. Gieźka, która w pewien sposób systematyzuje i rzuca nowe światło na badaną problematykę¹¹, uznająca jedynie urojenie (błędne mniemanie) za faktyczny przejaw błędu.

Odnosząc się do słów zawartych we wspomnianej już uprzednio pracy W. Woltera, metodologicznie poprawne będzie wskazanie w pierwszej kolejności rozróżnienia błędu co do znamienia typu kwalifikowanego przez następstwo, od błędu

⁸ Zob. J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 121.

⁹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 220.

¹⁰ Zob. W. Wolter, *loc. cit.*

¹¹ J. Giezek podczas swojej prelekcji na IV Bielańskim Kolokwium Karnistycznym, które odbyło się 13 V 2009 r. na Uniwersytecie im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, wskazał, że każdy błąd uznawać można za urojenie, sama li tylko nieświadomość sprawcy co do jakiegoś znamienia nie powinna stanowić jakiegokolwiek podstawy do przyszłej odpowiedzialności; dopiero urojenie znamienia stanowiącego element wypełniający lukę w nieświadomości, powstałe w percepcji podmiotu sprawczego, z punktu widzenia prawa karnego, ma znaczenie relewantne. Wskazano tu przykład, w którym nieświadomość sprawcy odnosząca się do znamienia „znacznej wartości” przedmiotu zastąpiona jest błędnym mniemaniem sprawcy, że dany obiekt posiada wartość „nieznaczną”.

co do znamienia typu zasadniczego. Badacz wskazuje, iż stosunek ten wsparty jest na takiej relacji, jak odniesienie *lex specialis* do specyficznie ujmowanej *lex generalis*. Oznacza to, że *lex generalis* (czyli typ zasadniczy) nie jest tożsamy z ogółem przypadków, a jedynie stanowi on pozostałość, jaka zostanie się po wyłuszczeniu wszystkich przypadków szczególnych, czyli *leges speciales* (w analizowanym przypadku będą to, rzecz oczywista, typy kwalifikowane przez znamię dynamiczne)¹². W niniejszym przypadku występuje zatem wyraźna rozłączność, która winna nam uzmysłowić, że jeśli dopuścimy się czynu zabronionego w typie kwalifikowanym przez następstwo, to niemożliwe jest jednoczesne wypełnienie znamion typu zasadniczego lub uprzywilejowanego danego przepisu¹³.

Błąd co do ustawowego znamienia typu kwalifikowanego na podstawie okoliczności dynamicznych, w związku ze znamieniem pozytywnym, odbiega swymi założeniami od innych podobnych konstrukcji. Przy typie podstawowym czynu zabronionego pod groźbą kary niezbędna jest umyślność czynu wyjściowego, tak, by sprawca swoją świadomością mógł objąć ogół znamion stypizowanych w przepisie części szczególnej. Sytuacja przedstawia się antagonistycznie w przypadku nieumyślności implikującej typizację wyjściowego typu czynu zabronionego – tu sprawca nie obejmuje swoją świadomością hipotezy normy prawnej, przez co całość nosi znamię nieumyślności.

Interesują mnie jednak głównie zagadnienia dotyczące typów kwalifikowanych związanych z tzw. mieszaną stroną podmiotową. Właściwe będzie tu zatem wskazanie rozróżnienia między elementami kwalifikującymi, które występują w postaci statycznej albo dynamicznej¹⁴. Elementy statyczne występują już *ex ante*, w chwili podjęcia określonej akcji. W. Wolter jako przykład podaje obecny art. 160 k.k., który sankcjonuje umyślne narażenie człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (§ 1); dla których to § 2 omawianego przepisu zwiększa karalność tegoż występku w sytuacji, gdy na sprawcy ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia (określone w uprzednim paragrafie) skutkowi. Jak wskazałem uprzednio, jest to znamię statyczne, ponieważ już od samego początku, gdy tylko rozpoczyna się akcja przestępna, sprawca taki (będąc świadomym, rzecz jasna, swego obowiązku troszczenia się o narażoną na niebezpieczeństwo osobę), odpowiadać będzie surowiej. Zgoła inaczej sytuacja będzie się plasowała w odniesieniu do elementów dynamicznych, związanych z zagadnieniem dalszego następstwa *sensu stricto*. Za następstwo czynu, od którego zależy wyższa karalność, sprawca

¹² Zob. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 79–80.

¹³ Konkluzję tę wyraża także Ł. Pohl. Zob. *idem*: *Zbieg przepisu ustanawiającego kwalifikowaną postać czynu zabronionego z przepisem ustanawiającym jego postać uprzywilejowaną*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 5, s. 134 i nast.

¹⁴ Elementy te noszą także nazwę tzw. dalszych następstw (skutków) czynu zabronionego pod groźbą kary.

odpowiada bowiem wówczas¹⁵, gdy rzeczony podmiot na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach bądź to przewiduje wtórne następstwo swego czynu, lecz błędnie zakłada, iż owy skutek nie nastąpi, bądź też nie przewiduje, ale powinien albo może taki dalszy skutek przewidzieć.

Zajmując się błędem dynamicznym, nie sposób przeoczyć przykładu, w którym sprawca pobicia pozostawia nieprzytomną ofiarę na mrozie zakładając, że ta zaraz się ocknie i wróci do domu. Tymczasem obrażenia sprawiają, że pobity nie jest w stanie o własnych siłach się podnieść lub wezwać pomocy, przez co umiera na skutek wychłodzenia organizmu. Podobna sytuacja przedstawia się na gruncie przypadku, w którym ofiara pobicia, ślaniając się na nogach, wpada pod koła nadjeżdżającego samochodu ponosząc śmierć¹⁶. Przykłady te mają uzmysłowić, na czym polega owa dynamiczność, pojawiająca się dopiero po całym zajściu stanowiącym podłoże analizowanych przypadków. Jeśli sprawca nie jest świadomy dynamicznego znamienia kwalifikującego, to i tak będzie on odpowiadał za przestępstwo kwalifikowane przez następstwo, albowiem w zakresie następstwa czynu charakterystyczna jest właśnie nieumyślność występująca w znamionach strony podmiotowej typu czynu zabronionego pod groźbą kary (wynika to z art. 9 § 3 k.k.). *A contrario*, gdy jednak chodzi o nieświadomość znamienia kwalifikującego w postaci okoliczności statycznej, to sprawcy zostanie przypisana jedynie odpowiedzialność za typ zasadniczy danego czynu zabronionego, czego egzemplifikacją może być zastosowanie art. 284 § 1, a nie art. 284 § 2 k.k. Wynika to z tego, iż okoliczności kwalifikujące muszą być objęte umyślnością na równi ze znamionami typu podstawowego¹⁷.

Odpowiedzialność za elementy kwalifikujące (w związku z dalszym następstwem) występuje już wówczas, gdy w stosunku do nich przyjąć można nieumyślność. Oczywiście, jeśli występuje zawiniony błąd co do okoliczności kwalifikujących, to sprawca zostanie obciążony surowszą odpowiedzialnością. Podkreśla to W. Wolter, pisząc: „(...) należało poprawnie odpowiedzialnością za przestępstwo kwalifikowane obciążyć tego, co do którego odnośnie elementów czynu bez kwalifikacji zachodzi wina umyślna, natomiast co do samych czynników kwalifikujących już wtedy, gdy w tym kierunku zaistniał zawiniony błąd”¹⁸.

W ramach podsumowania chciałbym jeszcze odwołać się do innego postulatu W. Woltera, którego poglądy korespondują z moimi konkluzjami: „Nieświadomość pozytywnego znamienia kwalifikującego wyłącza odpowiedzialność za typ

¹⁵ Owa słuszność karania wpisuje się w odpowiedzialność za cały czyn zabroniony.

¹⁶ Pozwolę sobie pozostawić na uboczu tak kwestię dowodową, jak i samo zagadnienie związku przyczynowo-skutkowego, ponieważ wychodzę z założenia, że sprawca miał tutaj możliwość przewidzenia dalszego następstwa w postaci śmierci człowieka.

¹⁷ Zob. T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 177–178.

¹⁸ W. Wolter, op. cit., s. 87. Abstrahując od samego sensu wypowiedzi W. Woltera – przypomnę jedynie, że na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego, określenie „wina umyślna” nie ma umocowania ustawowego, gdyż elementy strony podmiotowej (umyślność) oraz zarzucalności (wina) umiejscowione są na zgola odmiennych płaszczyznach w strukturze przestępstwa.

kwalifikowany, natomiast powoduje odpowiedzialność za przestępstwo umyślne kwalifikowane przez następstwo w myśl przepisu art. 8 k.k. [obecnie art. 9 § 3 k.k. – przyp. R.R.], jeżeli sprawca powinien i mógł przewidzieć następstwo; jeżeli nie powinien lub nie mógł przewidzieć następstwa, wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo kwalifikowane.¹⁹ W przeciwieństwie do sytuacji kwalifikowanych przez okoliczność statyczną – gdzie usprawiedliwione zachowanie się sprawcy niejako „redukuje” zakres karalności, zezwalając na wymierzenie sankcji w oparciu o typ podstawowy zamiast kwalifikowanego – przy okolicznościach kwalifikowanych przez znamię dynamiczne nieświadomość sprawcy, co do elementów karalności czynu, nie odgrywa znaczącej roli, albowiem tzw. mieszana strona podmiotowa generalnie²⁰ odnosi się do sytuacji, w których kwalifikujące znamię jest obleczone w nieumyślność.

Culpa dolo exorta to figura bardzo specyficzna. K. Buchała w kwestii odpowiedzialności karnej opisuje ten konstrukt stwierdzeniem, iż stanowi on niejako zatrzymanie się w połowie drogi²¹. W ogólnym obrazie tzw. mieszana strona podmiotowa jest traktowana przeze mnie, jako przejaw umyślności. Nawet *Uzasadnienia* uprzednio obowiązujących kodeksów karnych stały na stanowisku (według wytycznych Sądu Najwyższego), że: „Przestępstwo kwalifikowane przez następstwa pozostaje przestępstwem umyślnym, jeżeli jest ono takim w zakresie typu podstawowego”²².

J. Kochanowski w swym artykule prezentuje całą kaskadę, ukazującą ewolucję poglądu dotyczącego subiektywizacji odpowiedzialności karnej – od zasady *versanti in re illicita*²³ do tzw. mieszanej strony podmiotowej. Autor peroruje swój pogląd tymi słowami: „Każda z tych konstrukcji traktuje niezamierzone

¹⁹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 236–237.

²⁰ Interesujący punkt widzenia odnośnie logicznego uznania czynów umyślno-umyślnych zaprezentował w swoim komentarzu J. Giezek. Zob. tegoż autora: *Komentarz do art. 9 k.k. Kombinacja strony podmiotowej*, (w:) J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 86.

²¹ Zob. K. Buchała, *Odpowiedzialność za przestępstwa kwalifikowane przez następstwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1972, nr 1, s. 18–30.

²² *Uzasadnienie projektu kodeksu karnego*, Warszawa 1968, podobnie: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1930.

²³ Odnosząc się na moment do rysu historycznego omawianej konstrukcji, pozwolę sobie na przytoczenie słów Z. Papierkowskiego, który tak oto pisze o poprzednicze współczesnej tzw. mieszanej strony podmiotowej: „Mimo (...) zarzutów krytycznych koncepcja *versanti in re illicita* (*operam dare rei illicitae*) okazała się zasadą z punktu widzenia praktycznego korzystną, gdyż rozwiązywała trudny problem winy mieszanej, teoretycznie zaś przedstawia się jako interesujący problem kontrowersyjny, godny wnikliwych dociekań. Nic więc dziwnego, że zajęli się nią prawnicy włoskiego średniowiecza (również późniejsi glosatorzy i komentatorzy), przetwarzający prawo rzymsko-kanoniczne na użytek krajowych praw narodowych. Chociaż punktem wyjścia dla ich doktryny było pojęcie rzymskiego *dolus malus* i tylko tę formę winy umyślnej uznawali za podstawę do odpowiedzialności karnej za zabójstwo człowieka, to jednak pod wpływem teorii *versanti in re illicita* rozszerzyli pojęcie rzymskich form winy i zgodzili się na odpowiedzialność za wszelkie skutki, nawet przypadkowe, wynikające z niedozwolonego działania (traktowali taką sytuację jako *casus mixtus*).” Z. Papierkowski, *Wina kombinowana (Odpowiedzialność karna za niezamierzony skutek umyślnego działania przestępczego)*, „Prawo kanoniczne” 1965, nr 3–4, s. 115–116.

następstwa umyślnego działania na równi z zamierzonymi, każda włącza do umyślności elementy, które znajdować się w niej nie powinny; tyle, że są one stopniowo ograniczone. Wyłom, jaki w ogólnych zasadach zawinienia czyni *culpa dolo exorta*, jest więc pozostałością dawnych konstrukcji, a w szczególności bezpośrednio ją poprzedzającej konstrukcji obiektywnych warunków karalności, również opartej na zasadzie, że o umyślności typu kwalifikowanego rozstrzyga umyślność typu podstawowego”. Uczony kontynuuje dalej: „(...) przy *culpa dolo exorta* trzeba się liczyć z odpowiedzialnością z winy umyślnej za te skutki, które można było przewidzieć, choćby w rzeczywistości w ogóle ich się nie przewidywało”²⁴. Ponadto J. Kochanowski powołuje się w cytowanym właśnie artykule na słowa I. Andrejewa, wskazujące tendencję do zwięzania zakresu tzw. mieszanej strony podmiotowej, która – według głównego twórcy Kodeksu karnego z 1969 r. – nie ma wszakże zastosowania do zbrodni.

Już dawno przyjąłem, że (przynajmniej w stosunku do przestępstw umyślno-nieumyślnych) mamy do czynienia finalnie z umyślnością takowego zachowania się po stronie sprawcy. Dlatego też m. in. postanowiłem uznać możliwość usiłowania analizowanych czynów zabronionych²⁵ (co, rzecz oczywista, wiąże się z możliwością odpowiedzialności za taki czyn zabroniony). Sprawa nie jest jednak do końca klarowna, a nawet można by powiedzieć, że jest kontrowersyjna w pewnych założeniach.

Czytając wcześniejszy artykuł J. Kochanowskiego pt.: *Czy zbrodnię można popełnić z winy mieszanej?*²⁶, postanowiłem ten mało popularny pomysł, ujęty przez Autora w przytoczonej publikacji, wykorzystać jako punkt zaczepienia dla moich supozycji. Otóż zastanawiając się nad istotą zagadnienia poruszanego w powyższym szkicu (gdzie Autor afirmatywnie odpowiedział na zadane w tytule pytanie²⁷), również doszedłem do odpowiedzi twierdzącej. Badacz powołał się na konstatację I. Andrejewa, który także roztrząsał przedmiotową problematykę, zastanawiając się nad tym, czy dopuszczalne jest popełnienie zbrodni w ramach tzw. mieszanej strony podmiotowej, skoro ta jest zawsze zagrożona karą, której dolna granica opiewa na okres krótszy, aniżeli 3 lata pozbawienia wolności²⁸. I. Andrejew nie reprezentuje podobnego jak ja stanowiska. Twierdzi on, iż w opozycji do uznania możliwości popełnienia zbrodni za pośrednictwem *culpa dolo exorta* stoją dwa zasadnicze argumenty. Po pierwsze, obecny art. 8 k.k. *expressis verbis* wysłowia zasadę, że: „zbrodnię można popełnić tylko umyślnie”, przy czym pada tu domniemanie, iż umyślność ta musi być pełna, a nie jedynie kombinowana. Drugim argumentem jest tutaj karalność czynów zabronionych z tzw.

²⁴ J. Kochanowski, *Przeciwko umyślności winy kombinowanej*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 4, s. 70–80.

²⁵ Zob. R. Rabiega, op. cit., s. 34 i nast.

²⁶ Zob. J. Kochanowski, *Czy zbrodnię można popełnić z winy mieszanej?*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12, s. 991–994.

²⁷ Czego nie podtrzymawał już tak radykalnie w swych kolejnych pracach.

²⁸ Zob. I. Andrejew, *Sporne kwestie w kodeksie karnym...*, s. 3–17.

mieszanej strony podmiotowej, która zawsze w swej dolnej granicy zawiera się maksymalnie w wymiarze lat 2. Ewentualnym, choć – moim zdaniem – błahym wyznacznikiem, miało być stwierdzenie I. Andrejewa, że przy innych czynach (poza *culpa dolo exorta*) nie funkcjonuje zwrot: „Jeżeli następstwem czynu...”; aczkolwiek już J. Kochanowski słusznie odpowiedział na ten zarzut słowami: „Wydaje się, że o uznaniu przestępstwa za kwalifikowane przez następstwo decyduje nie to, czy sformułowanie przepisu odpowiada jakiemś jednemu wzorcowi, ale czy jego treść odpowiada merytorycznym wymaganiom art. 8 [obecnie art. 9 § 3 k.k. – dop. R.R.]”²⁹.

Ponadto warto zwrócić uwagę na fakt, że: „Przestępstwem kwalifikowanym jest przestępstwo, za które ustawa grozi odrębną i samoistną surowszą sankcją karną przy określeniu istoty danego przestępstwa (nie w przepisie natury ogólnej), bez względu na to, czy chodzi o wyodrębnienie danego przestępstwa w osobnym artykule (...), czy w odrębnej części tego samego artykułu (...)”³⁰. Powyższa uwaga, ze względu na swój kształt, uzasadnia moje przypuszczenie, iż wskazanie surowszej odpowiedzialności za następczy skutek może wystąpić również w jednostce redakcyjnej innego przepisu, niż jedynie tego, który sankcjonuje karalność za typ podstawowy określonego czynu zabronionego pod groźbą kary. Przemawiać za tym może również przyjęta przez normodawcę możliwość stosowania tzw. przepisów blankietowych.

Uważam, że możliwość zakwalifikowania pewnych czynów zabronionych jako zbrodni, podpadających współcześnie pod konstrukcję *culpa dolo exorta*, jest obecnie w pełni dozwolona i ma swoje legislacyjne umocowanie. Naturalnie, w tym względzie niezbędna okazać się musi polemika z moim interlokutorem, którym w chwili obecnej jest I. Andrejew. W swej pierwszej tezie uczony podnosi, że zbrodnię można popełnić tylko umyślnie. Przypomnę, że już uprzednio zaznaczyłem, iż czyn umyślno-nieumyślny jest uważany przez *communis opinio* ostatecznie właśnie za umyślny³¹. Sądzę, że w takiej sytuacji można w ramy art. 8 k.k. wpisać także umyślność powstałą z połączenia umyślności czynu podstawowego oraz nieumyślnego następstwa. Nadto uważam, że stanowisku temu nie przeczy wykładnia art. 9 § 3 k.k., gdyż nie ma tam wyraźnego wyłączenia zbrodni, jako gatunkowego rodzaju popełnianego przestępstwa karanego surowiej. Drugie zastrzeżenie I. Andrejewa odnosiło się do wysokości kary grożącej za przestępstwo popełnione w związku z tzw. mieszaną stroną podmiotową. Uczony twierdzi, że niechęć prawodawcy do sankcjonowania *culpa dolo exorta* karami od

²⁹ J. Kochanowski, op. cit., s. 993.

³⁰ S. Słowiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 82–83. Zob. też W. Wolter, *Szczególne typy przestępstw a nadzwyczajny wymiar kary*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 3, s. 512 i nast., W. Wolter, *Z rozważań nad winą nieumyślną*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 5–6, s. 25. Przywołane za A. Wąsek, op. cit., s. 121–122.

³¹ Ma to doniosłe znaczenie chociażby w kwestii zagadnienia powrotu do przestępstwa, o czym jeszcze za moment pomknę (art. 64 § 3 k.k.).

3 lat w górę musi mieć pewne znaczenie; być może, choć na gruncie współczesnej ustawy karnej pogląd ten nie jest aktualny.

W tezie czwartej swojego komentarza A. Zoll wyraźnie podkreśla, iż: „Zbrodnią nie może być też przestępstwo umyślnie-nieumyślne (kwalifikowane przez nieumyślne następstwo – art. 9 § 3)”³². Dziwi jednak fakt, że nieco wcześniej (teza trzecia) Autor pisze: „Kryterium podziału przestępstw na zbrodnie i występki ma charakter wyłącznie formalny i jest związane wyłącznie z ustawowym zagrożeniem karą.”³³. Skoro decydujące znaczenie ma aspekt *stricte* formalny, to nie sposób przejść obojętnie obok przykładu, określonego w art. 166 § 3 k.k.³⁴, który wprost wysławia karę grożącą w wymiarze charakterystycznym dla zbrodni³⁵. Przywołana jednostka redakcyjna pozwala mi w tym miejscu zakończyć wszelkie dywagacje, gdyż *explicite* wskazuje ona zagrożenie przywołanego czynu zabronionego karą pozbawienia wolności, opiewające na czas nie krótszy aniżeli 5 lat albo karę 25 lat pozbawienia wolności. Myślę więc, że ten argument – wespół z niejednokrotnie już przywołanym przeze mnie poglądem, jakoby czyny umyślnie-nieumyślne uznawane były *de facto* za umyślne³⁶ – stanowią wystarczająco płodne

³² A. Zoll, *Komentarz do art. 7 k.k.*, (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Tom I, Warszawa 2007, s. 101–102.

³³ A. Zoll, *loc. cit.*

³⁴ „Jeżeli następstwem czynu określonego w § 2 jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności”.

³⁵ W komentarzu B. Kunickiej-Michalskiej takiego „rozdźwięku” już nie ma. Autorka, podobnie jak A. Zoll, wskazuje, iż przy rozróżnieniu zbrodni od występków – decydujące znaczenie ma określona przez ustawodawcę karalność, charakterystyczna dla konkretnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. B. Kunicka-Michalska jednakże *explicite* wymienia art. 166 § 3 k.k. w enumeratywnie przedstawionym katalogu zbrodni występujących w Kodeksie karnym. Zob. B. Kunicka-Michalska, *Zasady odpowiedzialności karnej. Problemy wybrane. Art. 1 § 1 i 2, art. 3–7 KK, Komentarz*, Warszawa 2006, s. 401, 405 i 410.

³⁶ Podobny pogląd sytuuje przywołany już uprzednio A. Wąsek, tak oto pisząc: „Kodeks karny zna dychotomiczny podział przestępstw na umyślne i nieumyślne (art. 8). To, że czyn sprawcy kwalifikowany jest jako przestępstwo umyślne lub nieumyślne, ma znaczenie z punktu widzenia różnych instytucji prawa karnego, np. art. 64 § 1, 66 § 1, 68 § 1 k.k., 60 § 2 pkt. 3 k.k., 47 § 1 k.k. Do jakiej kategorii należy zaliczyć przestępstwo popełnione z tzw. winy kombinowanej (umyślnie-nieumyślne) – do przestępstw umyślnych czy też przestępstw nieumyślnych? Większość przedstawicieli doktryny powstałej na gruncie art. 8 k.k. z 1969 r. (jak też uzasadnienie projektu k.k. z 1968 r.) utrzymywała, że takie przestępstwo winno być traktowane w całości jako przestępstwo umyślne. Stanowisko takie przyjmowało też orzecznictwo SN. Zob. W. Wolter, *głosa do wyroku SN z dn. 10 VI 1977 r. (IV KR 110/77)*, „Nowe Prawo” 1978, nr 7–8. Odmienne ocenianie takiego przestępstwa – jako przestępstwa nieumyślnego – oznaczałoby niesłuszne premiowanie sprawcy przestępstwa umyślnego, który przecież uczynił coś więcej – nieumyślnie spowodował następstwo czynu.” A. Wąsek, *op. cit.*, s. 125. J. Kochanowski poszukując stanowiska kompromisowego dla pytania zadane przez A. Wąska przywołuje w swojej polemice cytaty z powołanej powyżej glosy W. Woltera, w której (*à propos* docelowej umyślności przestępstw z tzw. mieszanej strony podmiotowej) czytamy: „Sprawa jest w rzeczywistości tak bezsporna, iż pogląd wyrażony przez Sąd I instancji może zadziwiać [nieuznanie przez Sąd *culpa dolo exorta* za przejaw umyślności]. Jednakże skoro już ta wątpliwość wystąpiła, a Sąd Najwyższy musiał się nią zająć, przeto i glosator nie może przejść nad nią do porządku dziennego. (...) pod względem konsekwencji wynikających z charakteru jakiegoś czynu jako przestępstwa umyślnego – przestępstwo z winy kombinowanej musi być traktowane jak przestępstwo umyślne”. J. Kochanowski, *Czy traktowanie winy kombinowanej jako umyślnej jest sprawą bezsporną?*, „Nowe Prawo” 1979, nr 5, s. 80.

podłoże dla uznania moich postulatów i jednocześnie pretekst dla odrzucenia anachronicznych poglądów I. Andrejewa.

Wymienione poglądy być może nie spotkają się z dużym entuzjazmem, lecz bez manicheizmu i ciągłego ścierania się poglądów różnych ludzi świat już dawno poległby w otchłani stagnacji. Na zakończenie moich dociekań chciałbym jeszcze przytoczyć pouczające słowa W. Woltera: „Miejmy nadzieję, że wszechstronna analiza doprowadzi do zadowalających rezultatów. Na razie widzę nagłą potrzebę dyskusji, by wyłączyć wszelką jednostronność, która nieodzownie towarzyszyć musi naświetleniu sprawy przez jedną osobę [lub jedno stanowisko – dop. R.R.]. I właśnie ta okoliczność zmusiła mnie do zabrania głosu i podzielenia się z innymi tą próbą rozwiązania. Jeżeli w całym rozumowaniu albo w jakiejś poszczególniej kwestii zbłądziłem, której to możliwości wykluczyć nigdy nie można, nie będę ubolewał, gdyż pozostanie mi ta pociecha, że najlepiej uczymy się wszyscy na cudzych błędach. Trzeba je jednak koniecznie wykazać przez odpowiednią argumentację”³⁷.

STRESZCZENIE

Celem artykułu jest odświeżenie zagadnień związanych z konstruktem tzw. mieszanej strony podmiotowej. Autor uzasadnia zrębowość art. 9 § 3 k.k., ujmowanego w kontekście wyznacznika podmiotu karanego surowiej za przewidywalne następstwa czynu zabronionego pod groźbą kary. Niniejszy szkic w swej treści nawiązuje również do prawnej figury błędu co do znamienia kwalifikowanego przez element dynamiczny. Dodatkowo autor prezentuje swoje stanowisko dotyczące możliwości dopuszczenia się zbrodni, opierając się na tzw. mieszanej stronie podmiotowej w systemie subiektywnych podstaw odpowiedzialności karnej.

Warto zaznaczyć, iż ostatnia część przedmiotowego opracowania ma charakter dyskusyjny i ujmuje rzeczoną kwestię w innym świetle, aniżeli czyni to większość przedstawicieli doktryny polskiego prawa karnego.

SUMMARY

The article aims to refresh the issues connected with the construction of the so-called mixed elements of a crime. The author presents arguments for the framework of Article 9 § 3 of the Penal Code in the context of factors determining stricter punishment of a defendant for predictable consequences of a forbidden punishable act. The present outline also refers to a legal concept of an error as far as the

³⁷ W. Wolter, *Nadzwyczajne złagodzenie kary przestępcom pierwotnym*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12, s. 990.

hallmark qualified by the dynamic element is concerned. Additionally, the author presents his opinion on the possibility to commit a crime based on the so-called mixed elements of a crime in the system of subjective grounds for criminal liability. It is worth mentioning that the last part of the outline is a discussion and presents the issue from a different perspective than most representatives of the Polish criminal law doctrine do.

RÉSUMÉ

Cet article a pour but de rappeler les questions qui indiquent l'élément constitutif du côté subjectif appelé mixte. L'auteur justifie des cadences de l'art.9 §3 du code pénal compris dans le contexte de l'indicateur du sujet puni plus gravement contre les suites prévues d'un acte interdit sous la menace de punition. Dans son contenu cette ébauche donne suite à une figure juridique de faute traitée comme signe qualifié par un élément dynamique. En plus, l'auteur présente son attitude concernant la possibilité d'exécuter une crime en s'appuyant sur le côté subjectif appelé mixte dans le système des bases subjectives de la responsabilité pénale.

Il faut souligner que la dernière partie de ce travail a le caractère de discussion et montre le sujet dans l'optique différente de celle proposée par la plupart des représentants de la doctrine du droit pénal polonais.

РЕЗЮМЕ

Целью статьи является обновление тематики, связанной со структурой так называемой смешанной субъективной стороны. Автор обосновывает шаткость ст. 9 § 3 УК, признаваемого в контексте определителя стороны, подвергнутой более строгому наказанию за предсказуемые последствия уголовного преступления. Настоящий эскиз своим содержанием подразумевает также юридическую ошибку как отличительный признак, квалифицируемый посредством динамического элемента. Кроме того, автор представляет свою позицию относительно возможности совершения преступления, опираясь на так называемую смешанную субъективную сторону в системе субъективных оснований уголовной ответственности.

Стоит отметить, что последняя часть работы имеет дискуссионный характер и рассматривает обсуждаемую проблему в ином свете, по сравнению с большинством представителей доктрины польского уголовного права.

IGOR ZGOLIŃSKI

ZNIESŁAWIENIE W REGULACJACH PRAWNYCH
WYBRANYCH PAŃSTW

Od wielu lat trwają dyskusje nie tylko na temat kształtu i treści występków zniesławienia, lecz także jego dalszej egzystencji w kodeksie karnym. Obecnie silnie zaznacza się trend zmierzający do dekryminalizacji zniesławienia, przybierający nawet postać zorganizowanego ruchu społecznego¹. Jak się wydaje, głównie z tego właśnie powodu temat jest wciąż aktualny. Jednym z koronnych argumentów przeciwników kryminalizacji zniesławienia jest natomiast to, że większość państw zrezygnowała z karaniami za słowo. Mając na uwadze powyższe okoliczności, warto dokonać analizy, czy rzeczywiście w aspekcie globalnym wolność słowa na tyle wyparła prawo do czci i godności, że konieczne staje się pilne rozważenie usunięcia zniesławienia z polskiego katalogu przestępstw. Wspomnieć również należy, że polski ustawodawca uregulował zniesławienie w sposób zbliżony do tego, który obowiązywał w k.k. z 1932 r. Stanął bowiem na stanowisku, że konieczne jest wzmocnienie ochrony czci jednostki względem dotychczas gwarantowanej, czemu miało służyć ograniczenie prawa do krytyki, zwłaszcza gdy miała dotyczyć życia prywatnego lub rodzinnego, sprawca zaś swoje zarzuty przedstawił publicznie. Temu celowi służyło także bardziej precyzyjne określenie usprawiedliwiającego błędu osoby stawiającej zarzut. Przewidziano więc generalnie zniesławienie w typie zwykłym (art. 212 § 1 k.k.) oraz w typie kwalifikowanym, które ustawodawca wyodrębnił z uwagi na szczególnie sposób działania sprawcy. Zrezygnował przy tym z penalizacji oszczerstwa, obowiązującego pod rządami k.k. z 1969 r. jako typ kwalifikowany zniesławienia. Jest to zatem rozwiązanie co do zasady samodzielne, aczkolwiek można zaobserwować w nim także pewne podobieństwa z normatywnymi konstrukcjami przyjętymi w tym zakresie przez inne kraje. Dość zbliżone regulacje w tym zakresie posiada np. Tajwan.

Badania porównawcze prowadzą zaś do wniosku, że wiele porządków prawnych innych państw przewiduje penalizację zniesławienia zarówno dokonanego publicznie, jak i niepublicznie². Jest ono rozmaicie definiowane, podobnie jak

¹ <http://www.wykresl212kk.pl/>

² A. Kustra, Glosa do wyroku TK z dnia 30 października 2006, P 10/06, PiP 2007, z. 5, s. 134.

różne są sankcje za tego typu naruszenia. Ogólnie rzecz ujmując, wyróżnić można dwa modele regulacji zniesławienia.

Pierwszy z nich, spotykany najczęściej w ustawodawstwach europejskich, sprowadza się do penalizacji zniesławienia, polegającego na pomówieniu o takie postępowanie lub właściwości, które są nieprawdziwe, a jednocześnie zdolne do poniżenia innej osoby w opinii publicznej³.

Drugi model statuuje zniesławienie jako delikt prawa cywilnego, przy jednoczesnym rozróżnieniu zniesławienia ustnego od pisemnego⁴.

W niektórych porządkach prawnych można także zaobserwować, podobnie jak w Polsce, wyraźne tendencje do ograniczania penalizacji zniesławienia lub wręcz jego depenalizacji. Zaryzykować wypada stwierdzenie, że nurt zmierzający w stronę dekryminalizacji zniesławienia jest wyrazem dokonujących się na całym świecie przemian społeczno-kulturowych. Objawiają się one w wyraźnej, postępującej degradacji znaczenia godności, czci, dobrego imienia, kosztem wolności wyrażania poglądów i opinii oraz wolności mediów. Należy podkreślić, że na tym tle rozwiązania przyjęte w innych krajach nie są jednolite, stanowiąc równocześnie pewną wypadkową poglądów państw na penalizację zniesławienia oraz jej niezbędny zakres. Państwa te posiadają różne systemy prawne, odmienne tradycje w zakresie penalizacji zniesławienia, a ponadto różną kulturę prawną i obyczajową. Z tego względu nie tylko konstrukcja normatywna, lecz także praktyka stosowania przepisów, niekiedy wręcz zbliżonych, jest niemalże nieporównywalna⁵. Kompleksowe natomiast usystematyzowanie tego zagadnienia, uwzględniające interpretację konkretnych przepisów przez doktrynę oraz orzecznictwo danego państwa, przekraczałoby z kolei ramy niniejszego opracowania. W konsekwencji w dalszej części przedstawiono jedynie ogólny stan prawny określonych państw. Warto także zaznaczyć, że wybór państw, których rozwiązania normatywne zostały scharakteryzowane, nie był przypadkowy, albowiem założeniem było przedstawienie rozwiązań prawnych obowiązujących zarówno w modelu pierwszym, penalizującym zniesławienia, jak i drugim, który czyni tego rodzaju pozostawił ochronie prawa cywilnego.

Kryminalizacja zniesławienia obowiązuje we włoskim kodeksie karnym (art. 594–595)⁶. Co istotne, sądy włoskie dość restrykcyjnie postrzegają konieczność ochrony czci, uważając zachowania tego typu za szczególnie szkodliwe, gdy podważają zaufanie do instytucji publicznych oraz urzędników⁷. We Włoszech toczy się od dłuższego czasu dyskusja nad zasadnością penalizacji zniesławienia. Głównymi argumentami na poparcie dekryminalizacji jest uznanie, że

³ M. Siwicki, *Przestępstwo zniesławienia w ujęciu prawnoporównawczym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 6, s. 12.

⁴ *Ibidem*, s. 13.

⁵ W tym zakresie zob. M. Kulik, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej w wybranych państwach europejskich*, (w:) *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2013, s. 65.

⁶ Codice Penale, Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398.

⁷ Por. F. Bico, A. Sorgato, *Diffamazione. Aspetti pratici e nuove problematiche*, Torino 2007, s. 2–4.

tego rodzaju czyny powinny być rozstrzygane w drodze postępowań cywilnych, zaś przepisy dotyczące zniesławienia utraciły swoją przydatność, gdyż zostały skonstruowane wtedy, kiedy wolność wyrażania poglądów nie była uznawana za prawo. Za zniesławienie jest uznawane naruszenie honoru i godności innej osoby⁸. Włoski kodeks karny jako karę za zniesławienie przewiduje m.in. pozbawienie wolności w wymiarze od sześciu miesięcy do trzech lat. Typami kwalifikowanymi są zniesławienia skierowane do szerszego kręgu osób lub dokonane za pomocą środków masowego komunikowania. Za ich popełnienie przewidziane są surowsze sankcje, sięgające nawet trzech lat pozbawienia wolności. Co istotne, zniesławienie jest przestępstwem prywatnoskargowym. W przypadku śmierci pokrzywdzonego skargę inicjującą postępowanie sądowe mogą złożyć także osoby najbliższe (art. 597 włoskiego k.k.). Jako przestępstwa przeciwko czci traktowane są także zachowania tego rodzaju dokonane w pismach lub wystąpieniach skierowanych do organów władzy oraz sądów (art. 598 włoskiego k.k.).

W niemieckim prawie karnym zniesławienie także jest uregulowane⁹. Regulacja w tym zakresie jest znacznie szersza, co sprawia, że zniesławienie jest bardziej szczegółowe. Ogólnie o występku tym mówi art. 186–200¹⁰. Sankcja za jego dokonanie kształtuje się natomiast na poziomie od trzech miesięcy, w przypadku dolnej granicy ustawowego zagrożenia, do pięciu lat pozbawienia wolności. Niemiecki kodeks karny przewiduje także możliwość orzeczenia kary grzywny. W sposób analogiczny do polskiego kodeksu karnego uregulowano kwestie przedawnienia karalności, bowiem wynosi ona trzy lata od daty popełnienia czynu oraz rok od chwili, kiedy pokrzywdzony dowiedział się o tożsamości sprawcy. Co istotne, w niektórych przypadkach toczącego się postępowania karnego o zniesławienie (oszczerstwo) bieg przedawnienia spoczywa (§ 154e ust. 3 StPO). Zwykle rozgłaszanie faktów zniesławiających inną osobę zagrożone jest grzywną lub karą pozbawienia wolności do roku, zaś w ściśle określonych przez niemiecki kodeks karny sytuacjach nawet do lat dwóch. Jeśli czyn dokonany został w zamiarze bezpośrednim, sprawca podlega karze surowszej. Sąd może wówczas orzec karę grzywny lub pozbawienia wolności do lat dwóch. Jeśli natomiast zniesławienie popełniono publicznie lub w formie pisemnej, sankcja grożąca za czyn wzrasta do pięciu lat pozbawienia wolności. W sytuacji, gdy pomówienie dotyczy osoby publicznej i ma związek z jej działalnością publiczną, górna granica sankcji również wynosi pięć lat pozbawienia wolności. Z uwagi na specyfikę niemieckiego unormowania wypada przedstawić ją jednak bliżej, w ramach konkretnych unormowań. Klasyczne zniesławienie przewiduje § 186 niemieckiego k.k. Polega on na rozpowszechnianiu bądź utrzymywaniu

⁸ Por. G. Civello, *Il concetto penalistico di „onore”: per una concezione „relazionale” del bene giuridico tutelato*, Università Degli Studi di Padova, Scuola di dottorato di ricerca in giurisprudenza, XXI Ciclo, Padova 2009, <http://paduaresearch.cab.unipd.it/1834/1/CIVELLO.PDF>, dostęp dnia 29 stycznia 2013 r.

⁹ R. Youngs, *English, French and German Comparative Law*, London 1998, s. 265.

¹⁰ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.01.2013 (BGBl. I S. 95).

w obiegu informacji, która może spowodować pogardę lub poniżyć inną osobę w opinii publicznej. Czyn ten podlega karze, jeśli nie można udowodnić prawdziwości informacji. Surowsza kara przewidziana została w sytuacji, gdy sprawca działał publicznie lub poprzez rozpowszechnianie pism (górną granicą sankcji jest wówczas kara dwóch lat pozbawienia wolności). Oszczerstwo reguluje natomiast § 187, który sprowadza je do zachowania polegającego na świadomym rozpowszechnianiu lub utrzymywaniu w obiegu nieprawdziwych informacji o innej osobie, które mogą spowodować pogardę lub poniżyć go w opinii publicznej. Sprawca oszczerstwa podlega karze do dwóch lat pozbawienia wolności lub grzywnie. Jeśli oszczerstwo zostało popełnione publicznie, wówczas kara pozbawienia wolności wzrasta do lat pięciu. Paragraf 188 niemieckiego k.k. odnosi się do zniesławienia polityków. Wedle brzmienia tego przepisu popełnienie zniesławienia publicznie, na zebraniu lub za pomocą pism przeciw osobie uczestniczącej w życiu politycznym narodu, podlega karze do pięciu lat pozbawienia wolności, ale tylko w sytuacji, gdy czyn w sposób znaczny utrudnił działalność publiczną pokrzywdzonego. Paragraf 189 niemieckiego k.k. dotyczy osób zmarłych. Karze podlega tu sprawca, który dokonuje czynu wyczerpującego znamiona zniesławienia, lecz wobec osoby już nieżyjącej. Paragraf 190 niemieckiego k.k. tyczy się kwestii procesowych, związanych z dowodem prawdy. Przyjmuje się tu ograniczenie postępowania dowodowego poprzez domniemanie, iż jeśli wydany został wyrok skazujący pokrzywdzonego, uważa się, że informacja o charakterze zniesławiającym była prawdziwa. Dowód prawdy jest także wyłączony, gdy pokrzywdzony zniesławieniem został uniewinniony. Jest to niewątpliwie przejaw racjonalności ustawodawcy, gdyż w przeciwnym wypadku w procesach o zniesławienie mogłoby dochodzić do prób podważania wydanych wcześniej, prawomocnych orzeczeń. Paragraf 192 niemieckiego k.k. jest „odpowiednikiem” art. 214 polskiego k.k. z 1997 r., albowiem nie wyłącza odpowiedzialności za znieważenie ze względu na formę wypowiedzi.

Zniesławienie jest także penalizowane w Szwajcarii¹¹. Co istotne, wyraźnie zauważa się tam, że zwykle nie jest ono stosowane wobec dziennikarzy, lecz wobec osób zaangażowanych politycznie, które dopuszczają się zniesławienia w czasie np. debat¹². Zniesławienie jest w Szwajcarii uważane za przestępstwo przeciwko osobistemu honorowi i sankcjonowane, co do zasady, karą grzywny. Okolicznością wyłączającą bezprawność jest prawdziwość zarzutu lub uzasadnione przekonanie sprawcy, że zarzut był prawdziwy (art. 173.2). Jest ona jednak wyłączona w sytuacji, gdy sprawca działał z zamiarem bezpośrednim bądź gdy jego zarzut dotyczył życia prywatnego lub rodzinnego (art. 173.4). Co istotne, sąd jest obowiązany do wyraźnego wskazania w wyroku ustaleń poczynionych w kwestii prawdziwości zarzutu. Szwajcarski kodeks karny przewiduje też kwalifikowany występki zniesławienia,

¹¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.

¹² F. Zeller, *Switzerland: Freedom of Political Expression in the Media – Selected Issues*, (w:) European Audiovisual Observatory, *Political Debate and the Role of the Media. The Fragility of Free Speech*, Strasbourg 2005, s. 73.

który można porównać do oszczerstwa obowiązującego w polskim kodeksie karnym z 1969 r. Jest on penalizowany surowiej, bowiem za jego popełnienie sprawcy grozi kara grzywny lub pozbawienia wolności do lat trzech. Analogicznie traktowany jest sprawca, który systematycznie zniesławiał pokrzywdzonego. Kodeks łagodzi jednak sankcje w sytuacji, gdy oskarżony cofnął przed sądem swoje zarzuty, niezależnie od tego, w jakim typie popełnił zniesławienie (art. 173.4 i art. 174.3). Zupełną odmiennością w porównaniu do polskiego kodeksu karnego jest możliwość zniesławienia osób zmarłych lub uznanych za zmarłe. Z uprawnień pokrzywdzonych korzystają osoby najbliższe zniesławionemu i mogą domagać się pociągnięcia do odpowiedzialności w terminie 30 lat od chwili śmierci lub uznania za zmarłego (art. 175). W sposób odmienny niż w polskim prawie karnym uregulowane jest także przedawnienie zniesławienia. Przewiduje się tu znacznie krótszy czas dla pokrzywdzonego do zainicjowania postępowania. Okres ten wynosi bowiem trzy miesiące od daty powzięcia informacji o osobie sprawcy (art. 31). Zgodnie z art. 178.1 szwajcarskiego k.k., ogólne przedawnienie zniesławienia następuje natomiast po upływie czterech lat od jego dokonania.

Regulacje dotyczące zniesławienia przewidziane są także w prawie francuskim, choć mają charakter dość specyficzny. Co ciekawe, zniesławienie nie jest tam ujęte w kodeksie karnym¹³. Umieszczone było początkowo w prawie prasowym¹⁴, które obowiązuje od dnia 29 lipca 1881 r.¹⁵ Czyn tego rodzaju, zgodnie z nieobowiązującym już art. 28 francuskiego prawa prasowego, polegał na przedstawieniu zarzutów lub przypisaniu jakiegokolwiek aktu wpływającego na honor lub dobre imię osoby fizycznej lub prawnej. Karalne było także powielanie tego typu zarzutów, nawet w sytuacji, gdy pokrzywdzony nie został wyraźnie zidentyfikowany, lecz możliwe było łatwe jego ustalenie. Co do zasady tego typu czyn sankcjonowany był karą grzywny. Francuskie prawo prasowe przewiduje jednak obecnie inne rodzaje zniesławienia. Reguluje zniesławienie organów i instytucji państwowych (art. 30), za które przewiduje karę grzywny do 45 000 euro. Wyodrębnia także zniesławienie wysokich urzędników państwowych i wymienionych innych osób publicznych. Zachowanie tego typu karane jest analogicznie jak zniesławienie organów i instytucji państwowych¹⁶. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej jest jednak dość trudne. Przede wszystkim jest tu przewidziany niezwykle krótki termin przedawnienia karalności, wynoszący trzy miesiące. W przypadku publikacji internetowych termin ten jest liczony od momentu pierwszej publikacji. Wpływ na skalę trudności ma także stopień sformalizowania aktu oskarżenia oraz liczne inne obowiązki proceduralne, jak np. obligatoryjne powiadomienie prokuratora. We francuskim kodeksie karnym z kolei paralelny do zniesławie-

¹³ Code Pénal, Loi du 16 juin 1879, *Mém.* 1879, 589 – *Pas.* 1879, 231.

¹⁴ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse,

¹⁵ C. Thogmartin, *The National Daily Press of France*, Birmingham Alabama 1998, s. 77.

¹⁶ R. Walden, *Insult Laws: A World Press Freedom Committee Study of More Than 90 Countries and Territories*, World Press Freedom Committee 2000, s. 25–26.

nia jest natomiast występki (art. 226-8), polegający na publikacji komentarza słownego lub wizerunku dotyczących innej osoby bez jej zgody, w tym także za pośrednictwem mediów. Czyn ten jest zagrożony karą do roku pozbawienia wolności i grzywną w wysokości 15 000 euro. Ze znieśławieniem koresponduje także występki z art. 312-10, który można określić jako penalizację szantażu, przy czym sprowadza się on do uzyskania podpisu, zobowiązania, zrzeczenia się roszczenia, ujawnienia tajemnicy, funduszy, kosztowności lub jakiegokolwiek majątku poprzez groźbę ujawnienia lub zarzucenia faktów mogących zagrozić honorowi lub reputacji pokrzywdzonego. Czyn ten jest zagrożony karą do 75 000 euro. W świetle powyższego należy podzielić konstatację M. Kulika, że w prawie francuskim istnieje tylko namiastka klasycznych przestępstw przeciwko czci¹⁷, zaś te stały się wyłącznie deliktami prawa cywilnego.

W Hiszpanii z kolei dokonano innego podziału. Wyodrębnione zostało znieśławienie, jako delikt cywilny, i oszczerstwo, które jest karalne. Postępowania karne w sprawach o oszczerstwa nie są częste i ocenia się, że orzecznictwo sądów daje prymat wolności słowa¹⁸. Hiszpański kodeks karny z 1995 r.¹⁹, który został poddany gruntownej nowelizacji w 2010 r., zaś ostatnio był zmieniany w 2011 r., przewiduje w art. 205, że penalizacji podlega oszczerstwo o popełnienie przestępstwa ze świadomością jego fałszywości lub lekkomyślnym lekceważeniem prawdy, co jest zasadniczo karane pozbawieniem wolności od sześciu miesięcy do lat dwóch lub karą grzywny. Znieśławienie godzące innymi sposobami w honor przewidziane jest zaś w art. 208 i zawiera analogiczne znamiona strony podmiotowej. W art. 216 hiszpańskiego k.k. zawarto także uregulowanie dotyczące publikacji wyroku w sprawach o tego typu czyny. Koszty publikacji obciążają skazanego, natomiast wszelkie warunki, zwłaszcza czas, sposób i miejsce publikacji określa sąd²⁰.

Serbskie prawo karne także zna występki znieśławienia²¹. Kodeks karny reguluje je w rozdziale XVII, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko honorowi i reputacji”. Artykuł 171 określa znamiona podstawowego typu znieśławienia jako wyrażanie lub rozpowszechnianie nieprawdy o innej osobie, co szkodzi jej honorowi lub reputacji. Kwalifikowanymi typami są znieśławienia, które wywarły szczególnie poważne skutki (art. 171.3), dokonywane przy wykorzystaniu środków masowego przekazu (art. 171.2) oraz rozpowszechnianie informacji dotyczących życia rodzinnego lub prywatnego (art. 172). Generalnie sankcją za popełnienie

¹⁷ M. Kulik, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej w wybranych państwach europejskich*, referat wygłoszony na IV Lubelskim Seminarium Karnistycznym, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*, Lublin, dnia 10 grudnia 2012 r., niepubl.

¹⁸ Zob. <http://www.theolivepress.es/spain-news/2011/11/07/24455/>, dostęp dnia 20 stycznia 2013 r.

¹⁹ Organic Law No. 10/1995 of November 23, 1995.

²⁰ L. Bachmaier Winter, A. del Moral Garcia, *Criminal law in Spain*, Alphen 2010, s. 139.

²¹ Krivični Zakon Republike Srbije („Sl. glasnik SRS”, br. 26/77, 28/77 – ispr., 43/77 – ispr., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i „Sl. glasnik RS”, br. 16/90, 26/91 – odluka USJ br. 197/87, 75/91 – odluka USRS br. 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 – ispr., 80/2002 – dr. zakon, 39/2003 i 67/2003).

zniesławienia w typie podstawowym jest kara grzywny. Typy kwalifikowane sankcjonowane są karą grzywny lub pozbawieniem wolności, którego górna granica ustawowego zagrożenia sięga trzech lat (w przypadku zniesławienia skutkującego poważnymi konsekwencjami dla pokrzywdzonego) lub jednego roku. Serbski kodeks karny przewiduje również okoliczności wyłączające bezprawność. Nie podlega odpowiedzialności za zniesławienie sprawca, który postawił prawdziwy zarzut, gdy działał w wykonywaniu swych obowiązków służbowych lub jako dziennikarz w obronie prawa lub społecznie uzasadnionego interesu, także w sytuacji, gdy tylko miał uzasadnione powody, aby przypuszczać, że stawiane zarzuty były prawdziwe (art. 172.4). W tych wypadkach jest dopuszczalny dowód prawdy, nawet gdy dotyczy życia rodzinnego lub prywatnego. W pozostałych przypadkach dowodzenie prawdy w tym obszarze nie jest dozwolone (art. 172.5). Co ciekawe, serbski kodeks karny dopuszcza także możliwość zniesławienia osoby zmarłej, jednak ogranicza to tylko do typów kwalifikowanych zniesławienia. Odpowiedzialności karnej domagać się mogą wówczas osoby najbliższe zmarłemu (art. 177.2).

W Bułgarii można zaobserwować umiarkowane nasilenie postulatów zmierzających do dekryminalizacji zniesławienia²², które zwiększają się od 2011 r.²³ Aktualnie jednak czyn ten jest przestępstwem zagrożonym karą grzywny. Regulacje w tym zakresie zawarte zostały w sekcji VII bułgarskiego kodeksu karnego²⁴. Zgodnie z art. 147 bułgarskiego k.k., zniesławienia dopuszcza się ten, kto publicznie odniósł się do haniebnego czynu innej osoby lub pomówił ją o dokonanie przestępstwa. Sprawca nie podlega odpowiedzialności karnej w wypadku, gdy udowodni prawdziwość swoich słów. Oddzielnie kwalifikowane jest zachowanie nieznanne w zasadzie polskiemu kodeksowi karnemu. Polega ono na podawaniu do wiadomości innych osób (niezależnie od sposobu) danych, okoliczności lub zarzutów dotyczących innej osoby, a uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem z Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Za ten czyn grozi grzywna lub kara pozbawienia wolności do lat trzech (art. 148a bułgarskiego k.k.).

Słowackie prawo karne jako zniesławiające uznaje zachowanie polegające na przekazaniu fałszywych informacji na temat innej osoby, które godzą w szacunek obywateli dla niej, mogą wpłynąć destrukcyjnie na jej karierę lub interesy, zakłócić stosunki rodzinne lub spowodować inne szkody (art. 373.1)²⁵. Czyn tego rodzaju jest zagrożony karą, której górna granica ustawowego zagrożenia sięga dwóch lat pozbawienia wolności. Sankcja jest surowsza, bowiem wynosi do pięciu lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy przestępstwo spowodowało poważną szkodę, sprawca działał w wyniku określonej motywacji, czyn dokonany został w miejscu publicznym bądź zarzut dotyczył poważnych uchybień w biznesie

²² P. Gross, *Entangled Evolutions: Media and Democratization in Eastern Europe*, Baltimore 2002, s. 75.

²³ Zob. <http://kellywarnerlaw.com/bulgaria-defamation-laws/>, dostęp dnia 20 stycznia 2013 r.

²⁴ Наказателен кодекс, *Обн. ДВ. бр. 26 от 2 Април 1968 г.*

²⁵ Trestný Zákon z 20. mája 2005, Zákon 300/25 Z.z.

(art. 373.2). Sprawca podlega natomiast karze pozbawienia wolności od trzech do ośmiu lat, jeżeli skutkiem zniesławienia była znaczna szkoda, upadek firmy lub rozwiązanie małżeństwa przez rozwód.

Zniesławienie jest regulowane w Albanii w art. 120 k.k.²⁶ Ostatnie zmiany w omawianej materii miały miejsce w 2001 r. Występek ten w typie podstawowym polega na celowym rozpowszechnianiu pogłosek oraz innych informacji, które godzą w honor i godność innej osoby. Sankcja za jego popełnienie to grzywna lub kara do roku pozbawienia wolności. Typ kwalifikowany zniesławienia obejmuje trzy rodzaje zachowań. Może polegać na działaniu w miejscu publicznym, na szkodę kilku osób lub zniesławieniu wielokrotnym. Sankcja z tytułu jego popełnienia jest wyższa, albowiem prócz grzywny jest tu także przewidziana kara pozbawienia wolności do lat dwóch²⁷.

W Brazylii zniesławienie także jest przestępstwem (art. 139–145 brazylijskiego k.k. z 1940 r.)²⁸. Czyn ten jest zagrożony, co do zasady, karą grzywny oraz karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do jednego roku. Brazylijski kodeks karny przewiduje możliwość podwyższenia wymienionych sankcji o jedną trzecią m.in. w sytuacji, gdy zarzut skierowany był wobec prezydenta, premiera, urzędników państwowych, przeciwko osobom niepełnosprawnym lub mającym ukończone 60 lat życia. Wprowadza jednak wiele okoliczności wyłączających bezprawność. Wobec zniesławienia w typie podstawowym jest nią postawienie zarzutu prawdziwego wobec osoby publicznej, w związku z wykonywanymi przez nią czynnościami. Wobec wszystkich typów bezprawność wyłącza także postawienie zarzutu w toku postępowania sądowego (zwłaszcza w wyniku udzielania odpowiedzi na pytania strony przeciwnej), krytyka literacka, naukowa, artystyczna, chyba że wyłącznym zamiarem sprawcy było dokonanie zniesławienia oraz krytyka strony wobec niekorzystnych decyzji wydanych przez funkcjonariuszy publicznych (art. 142.I–III brazylijskiego k.k.). Sprawca nie będzie podlegał karze także wówczas, gdy przed wydaniem wyroku wycofa się ze stawianego pokrzywdzonemu zarzutu (art. 143 brazylijskiego k.k.). W maju 2009 r. Najwyższy Trybunał Federalny Brazylii uchylił natomiast regulacje prawa prasowego nakładające dość surowe sankcje na dziennikarzy, którzy dopuścili się zniesławienia. Krok ten został odebrany jako zmierzający do uchylecia przepisów karnych dotyczących zniesławienia. Brazylijski kodeks karny przewiduje także regulacje związane z tzw. mową nienawiści (art. 140 § 3)²⁹. Za zachowanie tego typu uważa zarzuty poczynione w związku z pochodzeniem rasowym, etnicznym, kolorem skóry, wyznaniem, wiekiem lub

²⁶ Kodi Penal i Republikës së shqÿrisë, Ligj Nr.7895, datë 27.1.1995.

²⁷ S. Coliver, P. Hoffman, J. Fitzpatrick, S. Bowen, *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, The Hague 1999, s. 199.

²⁸ Penal Code, Decree-Law No. 2.848 of December 7, 1940.

²⁹ R. Deibert (red.), *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Harvard 2008, s. 200.

niepełnosprawnością. Tego rodzaju czyn jest zagrożony karą od jednego roku do trzech lat pozbawienia wolności oraz grzywną.

Kodeks karny Mongolii z 2002 r. również reguluje zniesławienie. Dla jego zaistnienia wymaga zawsze umyślności i rozróżnia postawienie zarzutu od jego rożgłoszenia, aczkolwiek sankcjonuje je w tożsamy sposób. Za czyny tego rodzaju przewidziana jest kara grzywny lub pozbawienia wolności w wymiarze od jednego do trzech miesięcy. Oddzielnym rodzajem jest zniesławienie za pośrednictwem środków masowego przekazu, a także popełnione przez osobę uprzednio karaną za zniesławienie. W tej sytuacji wzrasta kara grzywny, zaś górna granica kary pozbawienia wolności sięga sześciu miesięcy.

Artykuł 310 tajwańskiego k.k. kryminalizuje zniesławienie, sankcjonując je także pozbawieniem wolności³⁰. W art. 311 przewiduje okoliczności wyłączające bezprawność, oparte na prawdzie oraz dobrej wierze. Dowód prawdy jest jednak dopuszczalny wyłącznie w sytuacji, gdy zarzut był postawiony w interesie publicznym i nie dotyczył życia prywatnego.

Peruwiański kodeks karny z dnia 3 kwietnia 1991 r.³¹ zniesławienie umieszcza w rozdziale 1 części II, zatytułowanym „Pomówienia, oszczerstwa i zniesławienia”. Karą grzywny zagrożony jest czyn polegający na fałszywym oskarżeniu innej osoby o popełnienie przestępstwa (art. 131). Tradycyjne zniesławienie, polegające na postawieniu zarzutu godzącego w dobre imię, zagrożone jest karą grzywny lub karą pozbawienia wolności do lat dwóch (art. 132). Jeśli zarzut odnosi się do okoliczności faktycznych, wówczas sankcja jest wyższa i wynosi od jednego roku do dwóch lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny. Kodeks wyraźnie zatem oddziela, a przy tym dopuszcza zniesławienie za pomocą wypowiedzi ocennych. Jeszcze wyższa kara jest przewidziana za popełnienie zniesławienia za pomocą środków masowego przekazu. Sankcja za popełnienie takiego czynu to grzywna lub kara pozbawienia wolności od roku do lat trzech. Okolicznościami wyłączającymi bezprawność są natomiast: podniesienie zarzutu w toku procesu sądowego przez strony, ich obrońców lub pełnomocników, krytyka literacka, artystyczna, naukowa oraz zarzuty podniesione pod adresem funkcjonariusza publicznego pozostające w związku z wykonywanymi przez niego czynnościami. Peruwiańskiemu kodeksowi karnemu znany jest także dowód prawdy, jednakże możliwość jego przeprowadzenia została zawężona (art. 134)³².

Parlament angielski w 1275 r. uchwalił ustawę dotyczącą zniesławienia, która zabraniała rozpowszechniania nieprawdziwych informacji i zarzutów³³. Ewolucja poglądów dotyczących karalności zniesławienia spowodowała jednak uznanie tego typu czynów za nieprzestępne. W 1996 r. został uchwalony w Wielkiej

³⁰ โทษประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.๒๕๔๙

³¹ Código Penal, Directo Legislativo No. 635, promulgado 03.04.1991, publicado 08.04.1991.

³² Szerzej zob. C. Tucto Rodil, *Código Penal. Anotado, Sumillado, Concordado, Ejecutorias*, Lima 1998, s. 206 i n.

³³ T.J. Gardner, T.M. Anderson, *Criminal Law*, Belmont 2009, s. 211.

Brytanii *Defamation Act*, który szczegółowo reguluje m.in. kwestie odpowiedzialności, zwłaszcza związanych z publikacją materiałów prasowych³⁴. Z tytułu zniesławienia można zatem dochodzić wyłącznie roszczeń cywilnych³⁵. Odnosząc się natomiast do swobody wypowiedzi w Wielkiej Brytanii, nie sposób pominąć milczeniem swoistego pomnika tej wartości, jakim jest *Speakers' Corner* w Hyde Parku w Londynie. Miejsce to jest zwyczajowym forum wypowiedzenia wszelkich poglądów w imię wolności słowa. Obowiązuje tu wyłącznie zakaz niegłoszenia poglądów obrażających lub zniesławiających Królową. Jest to tradycyjne miejsce przemówień i debat. Stało się ono inspiracją dla wielu portali internetowych, umożliwiających nieskrępowaną wymianę poglądów, a nawet organizacji charytatywnych, propagujących wymianę poglądów w formule *face to face*, jako podstawy uczestnictwa w życiu społecznym.

W krajach, w których obowiązuje system *common law*, zniesławienie dokonane pisemnie (*libel*) jest bezkarne, gdy odnosi się do sfery publicznej. Przyjęto tam *absolute privilege*, czyli klauzulę zapewniającą absolutną swobodę wypowiedzi³⁶. Klauzula zapewnia pełne wykorzystanie wolności słowa, a w konsekwencji chroni także interes publiczny, z racji braku obaw osób stawiających zarzuty o jakiegokolwiek ewentualne konsekwencje. Materializuje się natomiast w procesach sądowych, postępowaniach legislacyjnych oraz postępowaniach związanych z władzą administracyjną, gdzie abstrahuje się zupełnie od zamiaru sprawcy. Klauzula ta obowiązuje w wielu krajach, lecz jej *limes* są określone rozmaicie. Podczas gdy w USA jest postrzegana w sposób możliwie szeroki, w Wielkiej Brytanii ma węższe zastosowanie, gdyż odnosi się głównie do relacji z procesów sądowych.

Odnosząc się do prawnych regulacji zniesławienia w Stanach Zjednoczonych Ameryki, należy stwierdzić, że charakteryzują się one najdalej posuniętym liberalizmem. Na podkreślenie zasługuje fakt, że już w 1734 r. dostrzeżono rangę prawdziwości zarzutu i jego wpływu na karalność zniesławienia (tzw. sprawa Johna Petera Zengera dotycząca zniesławienia gubernatora Nowego Jorku)³⁷. Następnie znaczenie prawdy ewoluowało do tego stopnia, że przestano uznawać za zniesławienia zarzuty, z których wprost wynikało, że nie były oparte na prawdzie. Do tej pory zresztą istnieją rozbieżne poglądy na temat tego, jakie wypowiedzi mogą być zniesławiające³⁸. Aktualnie można wyrazić ogólne stwierdzenie, że w USA kryminalizacja zniesławienia nie należy do częstych przypadków. Pierwsza poprawka do konstytucji Stanów Zjednoczonych gwarantuje wolność prasy, co stawia dziennikarzy w szczególności uprzy-

³⁴ D.J. Keenan, S. Riches, *Business Law*, Essex 2005, s. 383; zob. także S. Sime, D. Rench, *Blackstone's Civil Practice 2013*, Oxford 2012.

³⁵ Zob. <http://kellywarnerlaw.com/uk-defamation-laws/>, dostęp dnia 21 stycznia 2013 r.

³⁶ L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, PiP 1993, z. 3, s. 13.

³⁷ Zob. <http://infousa.state.gov/government/overview/libellaw.html>, dostęp dnia 21 stycznia 2013 r.

³⁸ L. McNamara, *Reputation and Defamation*, Oxford 2007, s. 107 i n.

wilejowanej pozycji³⁹. Co ciekawe, w USA od 2010 r. obowiązuje uchwalony przez Kongres tzw. *Speech Act*, który gwarantuje ochronę przed procesami o zniesławienie toczącymi się w tych państwach, w których porządek prawny nie koreluje z postanowieniami Pierwszej Poprawki Konstytucji Stanów Zjednoczonych⁴⁰. Ogólne stwierdzenie o braku kryminalizacji zniesławienia w USA jest adekwatne tylko na poziomie federalnym, lecz także i tu doznaje czterech wyjątków. Za zachowanie przestępne jest bowiem uznawane fałszywe oskarżenie o popełnienie przestępstwa, posądzenie innej osoby o szczególnie niebezpieczną chorobę, o brak zdolności do prowadzenia działalności gospodarczej czy ogólnie biznesu, a także przypisanie niewłaściwych zachowań seksualnych. Trzeba jednak odnotować, że zarzut związany z orientacją seksualną traci stopniowo na znaczeniu, o czym świadczy m.in. uznanie, że określenie „gej” nie jest zniesławiające. Analizując natomiast rozwiązania przyjęte na szczeblu stanowym *prima facie* nasuwa się wniosek, że kryminalizowane jest głównie zniesławienie za pomocą środków masowego przekazu, w szczególności książek. Prawo przyznaje także większą ochronę w zakresie zniesławienia osobom publicznym niż zwykłym obywatelom, przy czym dotyczy to głównie czynów dokonanych za pośrednictwem mediów. Stosowne przepisy prawne dotyczące zniesławienia obowiązują w następujących stanach: Colorado (Colorado Revised Statutes, § 18-13-105), Florida (Florida Statutes, § 836.01-836.11), Georgia, (O.C.G.A. § 16-11-40), Idaho (Idaho Code, § 18-4801-18-4809), Kansas (Kansas Statute Annotated, § 21-4004), Louisiana (Louisiana R.S., 14:47), Michigan (Michigan Compiled Laws, § 750.370), Minnesota (Minnesota Statutes, § 609.765), Montana (Montana Code Annotated, § 13-35-234), Nevada (Nevada Revised Statutes § 200.510–200.560), New Hampshire (New Hampshire Revised Statute Annotated, § 644:11), New Mexico (New Mexico Statute Annotated, § 30-11-1), North Carolina (North Carolina General Statutes, § 14-47), North Dakota (North Dakota Century Code, § 12.1-15-01), Oklahoma (Oklahoma Statutes, tit. 27 §§ 771–781), Utah (Utah Code Annotated, § 76-9-404), Virginia (Virginia Code Annotated, § 18.2-417), Washington (Washington Revised Code, 9.58.010), Wisconsin (Wisconsin Statutes, § 942.01), oraz Virgin Islands (Virgin Islands Code, title 14, § 1172). Analogiczne rozwiązania prawne obowiązują w Puerto Rico (Puerto Rico Laws, title 33, § 4101–4104).

Dokonując reasumpcji przedstawionej charakterystyki regulacji dotyczących zniesławienia, nasuwają się dwa wnioski. Pierwszy z nich jest dość oczywisty i sprowadza się do konstatacji, że większość porządków prawnych obcych państw przewiduje w tym zakresie odpowiedzialność karną. Jest ona rozmaicie skonstruowana, aczkolwiek niezaprzeczalnie w efekcie pociągnięcia do odpowiedzialności z tytułu dokonania zniesławienia jest możliwe wymierzenie stosownych sankcji karnych. Nie jest zatem prawdziwy argument przeciwników kryminalizacji zniesławienia, twierdzących

³⁹ Zob. http://www.expertlaw.com/library/personal_injury/defamation.html, dostęp dnia 21 stycznia 2013 r.

⁴⁰ Great Britain Ministry of Justice, *Draft Defamation Bill. Consultation*, London 2011, s. 33.

że na świecie rezygnuje się z karania tego typu zachowań. W istocie państwa, które zrezygnowały z utrzymywania norm prawnych sankcjonujących zniesławienie, należą bowiem do mniejszości⁴¹. Drugi wniosek jest związany z obecnymi tendencjami do przeciwstawiania dwóch podstawowych wartości, a mianowicie wolności słowa, czy też szerzej – wyrażania poglądów, z godnością człowieka oraz potrzebą jej ochrony. Cześć ludzka oraz dobre imię, będące przedmiotem ochrony występku zniesławienia, wpisują się wszakże w szerokie rozumienie godności, które w istocie jest wartością naczelną. Niewątpliwie wartości te są konkurencyjne wobec siebie i istnieją określone płaszczyzny, na których dochodzić będzie między nimi do kolizji. Za wcześniej jednak na to, aby postawić tezę, że kierunek społeczny preferujący prymat wolności wypowiedzi stał się dominujący na świecie, spychając niejako ochronę godności, czci i dobrego imienia na pozycję podrzędną. Przeciwnie, konieczność ochrony tych wartości jest dalej globalnie dostrzegana, czego wyrazem są m.in. przedstawione regulacje normatywne innych krajów, mające za zadanie zapobiegać zachowaniom zniesławiającym, a nadto umożliwiać osobom pokrzywdzonym realizację swoich roszczeń w procesie karnym.

STRESZCZENIE

Artykuł dotyczy regulacji prawa karnego w zakresie zniesławienia w wybranych 15 krajach. Przedstawienie charakterystyki tych norm prawnych wydaje się o tyle zasadne, że jak dotąd nie powstało opracowanie monograficzne poświęcone temu zagadnieniu, które próbowałoby dokonać jego globalnego usystematyzowania. Oprócz oczywistych korzyści badawczych, tego rodzaju opracowanie pozwoliłoby także na dokonanie szerszych ustaleń odnośnie do zasadności wciąż poszerzających się postulatów wykreślenia norm karnych zakazujących zniesławienia. W artykule przedstawiono regulacje następujących państw: Włochy, Niemcy, Szwajcaria, Francja, Hiszpania, Serbia, Bułgaria, Słowacja, Albania, Brazylia, Mongolia, Tajwan, Peru, Wielka Brytania, USA. Taki dobór państw pozwolił jednak z jednej strony na dokonanie kilku uogólnień, zaś z drugiej na refleksję, że również badania prawnoporównawcze nie przemawiają za uwzględnieniem postulatu dekriminalizacji zniesławienia.

SUMMARY

The article discusses regulations dealing with defamation in 15 selected countries. The presentation of the characteristic of these legal norms seems to be especially justifiable as up till now there has been no monograph devoted to this issue and

⁴¹ Z kryminalizacji zniesławienia, prócz państw przedstawionych w artykule, zrezygnowała m.in. Ukraina, Armenia, Bośnia – Hercegowina, Gruzja, Estonia, Cypr, Irlandia, Meksyk, Nowa Zelandia.

trying to systematize it globally. Apart from the obvious research benefits, this kind of work would create opportunities to specify broader decisions connected with the justification of broader and broader demands for defining penal norms banning defamation. The article presents regulations in the following countries: Italy, Germany, Switzerland, France, Spain, Serbia, Bulgaria, Slovakia, Albania, Brazil, Mongolia, Taiwan, Peru, the United Kingdom and the USA. Such a selection of countries made it possible to make a few generalizations on the one hand, and on the other hand a reflection that comparative legal studies do not support the demand for decriminalization of defamation.

RÉSUMÉ

L'article concerne des régularisations du code pénal dans le cadre de la diffamation dans 15 pays choisis. La présentation de la caractéristique de ces normes juridiques paraît justifiée parce que jusqu'à maintenant il n'y a aucune rédaction monographique concernant ces questions ni leur systématique globale. Cette rédaction manquante donnerait des profits scientifiques évidents ainsi qu'elle permettrait d'établir ces nombreux éléments qui justifient les demandes d'éliminer les normes pénales interdisant la diffamation. Dans l'article on a présenté les régularisations des pays suivants: Italie, Allemagne, Suisse, France, Espagne, Serbie, Bulgarie, Slovaquie, Albanie, Brésil, Mongolie, Taïwan, Pérou, Grande Bretagne, Etats Unis. Ce choix des pays a permis d'élaborer quelques généralisations – d'une part, et de l'autre – nous a donné une réflexion que des recherches juridiques comparatives ne portent pas à croire à l'acceptation de la decriminalisation de la diffamation.

РЕЗЮМЕ

Статья касается норм УК в области диффамации в выбранных 15 государствах. Представление характеристики этих правовых норм кажется обоснованным, так как до сих пор не существует монографического исследования, посвящённого этому вопросу, которое бы являлось попыткой совершить его глобальную систематизацию. Кроме очевидной исследовательской пользы, разработка подобного рода позволила бы также добиться более широкого разумения относительно обоснованности постоянно расширяющихся постулатов отмены уголовных законов, запрещающих диффамацию. В статье представлены нормы следующих государств: Италия, Германия, Швейцария, Франция, Испания, Сербия, Болгария, Словакия, Албания, Бразилия, Монголия, Тайвань, Перу, Великобритания, США. Такой выбор государств дал возможность, с одной стороны, провести несколько обобщений, а с другой стороны – прийти к выводу, что также сравнительно-правоведческие исследования не позволяют выступать за декриминализацию диффамации.

ANNA SZEŁĘGIEWICZ



STALKING I PRZYWŁASZCZENIE TOŻSAMOŚCI W POLSKIM PRAWIE KARNYM – ZAGADNIENIA WYBRANE

1. Występek uporczywego nękania (art. 190a § 1 k.k.)

Ustawą z dnia 25 lutego 2011 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny wprowadzono do kodeksu karnego nowy rodzaj przestępstwa stypizowanego w art. 190a k.k.¹. Wskazany przepis stanowi instrument ochrony karnoprawnej w reakcji na coraz bardziej powszechne i bez wątpienia negatywne zjawisko społeczne, jakim jest *stalking*. Jego wprowadzenie zapewnić miało ochronę godności człowieka, jego wolności od poczucia strachu, a także prawa do prywatności i decydowania o własnym życiu. Występek *stalkingu* polega bowiem w swym pierwszym typie podstawowym na uporczywym nękanii innej osoby lub osoby jej najbliższej, wzbudzającym u niej uzasadnione poczucie zagrożenia lub istotnie naruszającym jej prywatność (art. 190a § 1 k.k.), w drugim – na wykorzystywaniu wizerunku osoby lub innych jej danych osobowych poprzez podszywanie się pod tą osobę w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej (art. 190a § 2 k.k.).

Kwestią, którą wielokrotnie rozważano przed dniem 6 czerwca 2011 roku, tj. przed datą wejścia w życie przedmiotowej nowelizacji, a którą rozważa się do dzisiaj, jest sama zasadność kryminalizacji zachowania określanego mianem *stalkingu*. Z uzasadnienia do rządowego projektu ustawy wynika, iż rozstrzygające znaczenie dla podjętej decyzji miały z jednej strony wzorce konstytucyjne oraz powiązane z nimi fundamentalne zasady kryminalizacji, z drugiej zaś podbudowa empiryczna w postaci wyników zainicjowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w 2009 roku badań analitycznych na temat uporczywego nękania².

¹ Dz.U. Nr 72, poz. 381.

² W badaniach tych wzięło udział 10 200 respondentów, co bez wątpienia pozwoliło zwiększyć wiarygodność uzyskanych wyników. Trzeba mieć bowiem na uwadze, iż w typowych badaniach opinii publicznej bierze udział około dziesięciokrotnie mniejsza liczba badanych. Zob. A. Siemiaszko (red.), *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badania nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010 t. XXXII, s. 71.

Argumentacja polskiego ustawodawcy w przedstawionym zakresie nie powinna budzić zastrzeżeń. *Ratio essendi* przepisu art. 190a k.k., jak również skala zjawiska *stalkingu* oraz stale rozwijająca się różnorodność form działania sprawcy stanowią wystarczające powody do jego kryminalizacji. Dotychczas niekarane zachowania sprawców – *stalkerów* stanowiły w istocie relewantny czynnik zakłócający prawidłowość funkcjonowania polskiego wymiaru sprawiedliwości oraz bezspornie wpływały na kształtowanie się negatywnej, nieufnej postawy społeczeństwa wobec niego. Decyzję o kryminalizacji *stalkingu* należy ocenić tym bardziej pozytywnie, iż w świetle pierwszych dostępnych statystyk policyjnych w półroczu 2012 roku z art. 190a k.k. wszczęto łącznie 2085 postępowań karnych, w tym 1865 z art. 190a § 1 oraz 217 z art. 190a § 2, natomiast z art. 190a § 3–3 postępowań³.

Powyższe stwierdzenie nie jest jednak równoznaczne z bezwarunkową aprobatą dokonanej zmiany. Główne wątpliwości koncentrują się wokół redakcji znamion poszczególnych typów przestępstwa z art. 190a k.k. oraz przewidzianego w tym przepisie zagrożenia karnego, przy czym do ich ostatecznej oceny należy podejść z dużą ostrożnością. Przy głębszej analizie w wielu wypadkach okaże się, że ich problematyczny charakter występuje tylko z pozoru.

Charakterystycznym dla występku z art. 190a § 1 k.k. i jednocześnie odróżniającym go od innych przestępstw przeciwko wolności, zamieszczonych w rozdziale XXIII k.k., jest sposób zachowania sprawcy. Polega ono bowiem na uporczywym nękaniu, które w rezultacie wzbudza u danej osoby lub osoby jej najbliższej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność.

Kontrowersje, jakie wywołuje przestępstwo uporczywego nękania, wynikają przede wszystkim z faktu, iż polski ustawodawca, redagując treść art. 190a § 1 k.k., posłużył się wieloma nieostrymi, niedookreślonymi znamionami. Jeszcze na etapie prac legislacyjnych pojawiły się opinie stanowiące, że jedno znamię nieostre jest definiowane przez drugie nieostre zawarte w tym przepisie⁴. Z założeniem tym, zasadniczo, można się zgodzić. Prawdą jest, iż występki uporczywego nękania zawiera w sobie wiele problematycznych, złożonych pojęć. Trzeba jednak pamiętać o sposobności korzystania z obszerne dorobku dotychczasowej judykatury oraz literatury prawniczej. Na ich gruncie jest możliwe dokonanie właściwej wykładni nieostrych znamion.

Jak wskazano, działanie sprawy występku z art. 190a § 1 k.k. polegać ma na nękaniu. Tego rodzaju znamię czasownikowe nie pojawiło się dotychczas na gruncie prawa karnego. Nie zostało również zdefiniowane w ustawie wprowadzającej przestępstwo *stalkingu* do k.k. Oczywiście, można rozważać zasadność stworzenia ustawowej definicji nękania oraz zamieszczenia jej w słowniczku wyra-

³ Statystyka nt. przestępstwa *stalkingu* w półroczu 2012 wyrażona zostało na stronie internetowej: <http://www.statystyka.policja.pl>.

⁴ Takie zdanie zaprezentował M. Filar. Zob. Biuletyn nr: 4442/VI, Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 80), 0444206.pdf, s. 12.

żeń normatywnych z art. 115 k.k., jednakże zgodzić się należy z twierdzeniem M. Mozgawy, zgodnie z którym doktryna oraz judykatura poradzą sobie, tworząc własny zakres pojęciowy dla tego znamienia – tak samo jak to miało miejsce w przypadku przestępstwa znęcania się⁵. Pamiętać też trzeba o przepisie § 150 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, z którego *explicite* wynika, iż definicje określeń można zamieszczać w wydzielonym fragmencie przepisów ustawy, o ile dane określenie występuje w ustawie wielokrotnie⁶. Wprowadzenie więc legalnej definicji „nękania” nie byłoby zasadne z legislacyjnego punktu widzenia, z uwagi na fakt, iż pojęcie to zostało ograniczone do znamion zaledwie jednego przestępstwa. Ostatecznie przy interpretacji pojęcia nękania jest zasadne stosowanie dyrektywy wykładni zgodnej z jego znaczeniem powszechnym (potocznym). Tym samym należy posiłkować się dostępną powszechnie definicją słownikową, zgodnie z którą nękać to ustawicznie dręczyć, trapić, niepokoić (czymś) kogoś; dokuczać komuś, nie dawać chwili spokoju⁷.

Wprowadzenie przez ustawodawcę dodatkowego wymogu w postaci „uporczywości” działania sprawcy pozornie tylko może budzić wątpliwości w kontekście wpisanej w znamię nękania „ustawiczności”. Leksykalnie rzecz ujmując, ustawiczny oznacza tyle co: ciągły, nieustanny; stały, zaś pojęcie uporczywy zdefiniowane zostało jako utrzymujący się długo, uciążliwy⁸. Chociaż terminy te są typowymi wyrazami bliskoznacznymi, ustawowe dookreślenie uporczywości działania *stalkera* ocenić należy pozytywnie⁹. Prawdliwość owego dookreślenia uwidacznia się przede wszystkim na gruncie analizy porównawczej dwóch znamion: „nękanie” oraz „znęcanie się”. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż w potocznym rozumieniu pojęcia te są ze sobą znaczeniowo powiązane, są sobie bliskie, a elementem zasadniczo je odróżniającym jest relacja łącząca pokrzywdzonego ze sprawcą.

W odniesieniu do ustawowego określenia „znęca się”, SN już w 1976 roku przyjął, że oznacza ono działanie lub zaniechanie, polegające na umyślnym zadawaniu bólu fizycznego lub dotkliwych cierpień moralnych, powtarzającym się albo jednorazowym, lecz intensywnym i rozciągniętym w czasie¹⁰. W przypadku przestępstwa nękania możliwość jednorazowego zachowania sprawcy została bezspornie wyłączona przez wprowadzenie przez ustawodawcę wymagania, aby cechowała je uporczywość. Wobec powołanych wyników badań empirycznych oraz faktu, że występki nękania oddziałuje przede wszystkim na sferę emocjo-

⁵ M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk sejmowy nr 3553), s. 6, <http://orka.sejm.gov.pl>.

⁶ Dz.U. Nr 100, poz. 908.

⁷ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1979, s. 317.

⁸ *Idem*, *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1981, s. 610 i 624.

⁹ Por. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 6–7.

¹⁰ Zob. uchwała SN z 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, LEX nr 19141.

nalną ofiary, niezwykle trudno byłoby przyjąć, iż możliwe jest wypełnienie znamion występku z art. 190a § 1 k.k. wskutek jednorazowego działania sprawcy.

Warto również dostrzec, iż czynność nękania została już w podobny sposób dookreślona na gruncie polskiego prawa pracy. W art. 94³ § 2 k.p. została zawarta prawna definicja *mobbingu*, zgodnie z którą *mobbing* oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękananiu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. W doktrynie wyraźnie podkreśla się, że wskazane wyznaczniki uporczywości oraz długotrwałości – najogólniej rzecz ujmując – pozwalają odróżnić *mobbing* od innych zachowań kwalifikowanych jako dyskryminacja lub też molestowanie, a które mogą pociągać za sobą skutki prawne także wtedy, gdy wystąpiły jednorazowo¹¹. Tym samym polskiemu ustawodawcy nie jest obce dookreślanie pojęć, które w praktyce mogą przysporzyć trudności interpretacyjne, a decyzję we wskazanym zakresie ocenić należy pozytywnie.

Zachowanie sprawcy uporczywego nękania jest też znamienne skutkiem. W przypadku występku z art. 190a § 1 k.k. zjawisko to może mieć postać wzbudzenia uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub też istotnego naruszenia prywatności.

Wzbudzenie u pokrzywdzonego poczucia zagrożenia winno być oceniane w sposób obiektywny, wynikający z analizy okoliczności dotyczących zachowania sprawcy. Zgodnie z wolą ustawodawcy przesłanką odpowiedzialności w tym przypadku jest wyłącznie poczucie zagrożenia, jakie powstałoby w danych okolicznościach u przeciętnej, racjonalnie myślącej osoby (*reasonable person*), której reakcja mogłaby zostać uznana za naturalną i nie budzącą wątpliwości¹². W konsekwencji pojęcie zagrożenia w rozumieniu przepisu art. 190a § 1 k.k. stanowi obiektywnie oceniane poczucie braku bezpieczeństwa u pokrzywdzonego, wynikające z wielokrotnych, natarczywych i nawracających zachowań podjętych przez sprawcę.

Wydawać by się mogło, że komentowane znamię w przeważającej większości przypadków wiktyimizacji zostanie bez przeszkód zrealizowane ze względu na samą naturę zachowań *stalkera* (natarczywość, nieprzewidywalność). Niemniej jednak zgodzić trzeba się z poglądem J. Kosonogi, zgodnie z którym niemożliwe jest całkowite pominięcie jednostkowej podatności osoby nękanej na poczucie zagrożenia – przy jego ocenie winny mieć znaczenie nie tylko przesłanki natury

¹¹ M. Chakowski, *Problem mobbingu w orzecznictwie polskich sądów pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2011 nr 2, s. 81.

¹² Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553.

obiektywnej, ale również właściwości psychiczne pokrzywdzonego¹³. Możliwe są bowiem sytuacje, kiedy u ofiary nie wystąpi poczucie zagrożenia uzasadnione okolicznościami ze względu na jej mocną konstrukcję psychiczną albo fakt zapewnienia skutecznej ochrony osobistej¹⁴. Jeżeli jednak zachowanie sprawcy powoduje u pokrzywdzonego dyskomfort, zmusza go do wprowadzenia istotnych zmian w życiu prywatnym, powinno wówczas podlegać karze. Taka specyfika sytuacyjna może wówczas wskazywać na usiłowanie uporczywego nękania bądź też wypełniać znamię istotnego naruszenia prywatności.

Alternatywnym skutkiem uporczywego nękania – choć niewykluczającym jednoczesnego wystąpienia obu łącznie – może być istotne naruszenie prywatności. Wprowadzenie tego odrębnego pojęcia zostało uzasadnione wynikami badań empirycznych, z których wynika, że omawiany występek skutkować może naruszeniem życia prywatnego, obejmującym m.in. takie formy działania *stalkera*, jak: próby nawiązywania kontaktów z daną osobą, częste głuche lub nocne telefony, otrzymywanie niechcianych e-maili, listów oraz SMS-ów, pozostawianie wiadomości pod drzwiami, a także robienie zdjęć bez uprzedniego wyrażenia zgody.

Jednocześnie zauważyć należy, iż samo pojęcie „prywatność” cechuje duża nieostrość. Można założyć, iż stanowi ono zagadnienie niekiedy wręcz sporne. Pojawiają się wątpliwości zarówno co do istoty samego dobra, jak i jego zakresu. Nawet akty prawa międzynarodowego, które wyznaczają standardy ochrony prywatności oraz stanowią nierzadko podstawę dla jej wewnątrz krajowych regulacji prawnych, różnią się między sobą w zakresie poszczególnych dóbr szczegółowych ostatecznie kompilujących prawo do prywatności¹⁵.

Na gruncie polskiego prawa karnego materialnego pojęcie „prywatność” pojawia się po raz pierwszy. Dotychczas występowało ono bezpośrednio jedynie w art. 213 § 2 k.k., odnoszącym się do przestępstwa zniesławienia (art. 212 § 1 lub 2 k.k.), przy czym literalnie zostało wyrażone jako „życie prywatne”. Nie oznacza to bynajmniej, że poszczególne elementy prywatności nie korzystają z ochrony karnoprawnej. Przykładowo, nawiązać można do takich elementów, jak: ochrona życia seksualnego, podkreślona przede wszystkim w art. 202 § 1 k.k. przez wprowadzenie karalności prezentowania i rozpowszechniania treści pornograficznych w sposób narzucający ich odbiór danej osobie wbrew jej woli, ochrona tajemnicy komunikowania się jednostki oraz tajemnicy prywatnej (główne znaczenie mają tu art. 266 k.k. oraz 267 k.k.), a także ochrona miru domowego.

Ochrona w powyższym zakresie stanowi więc odzwierciedlenie ochrony prywatności jako sfery odosobnienia, do której każda jednostka ma prawo i w obrębie której decyduje o swoich sprawach zarówno fizycznych, jak i emocjonalnych.

¹³ J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a Kodeksu karnego*, (w:) R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2012.

¹⁴ M. Mozgawa, op. cit., s. 7.

¹⁵ Więcej zob. A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006; A. Zoll, *Ochrona prywatności w prawie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 1.

Tę samą zależność ochrony prawnokarnej odnieść można do przestępstw spenalizowanych w art. 190 k.k., 191 k.k. oraz 191a k.k.

Pojęcie prywatności obejmuje zatem wiele różnych, jednostkowych dóbr. Sam ustawodawca podkreślił wyraźnie, że pojęcie to nie może i nie powinno być utożsamiane wyłącznie z centrum życiowym człowieka, takim jak posesja, mieszkanie, czy dom, bowiem prywatność to nie tylko miejsce w świecie, ale przede wszystkim sfera swobody decyzji o wszystkim co istotne z punktu widzenia naszego życia osobistego i brak obowiązku znoszenia stanów, naruszających w sposób istotny dobra osobiste, takie jak: zdrowie, wolność, cześć, nazwisko, wizerunek, czy tajemnicę korespondencji¹⁶.

Wyrazem tak szeroko ujmowanego pojęcia prywatności jest sama redakcja art. 190a § 1 k.k., albowiem ustawodawca nie zdecydował się na wyliczenie poszczególnych elementów – dóbr składających się na prywatność. Przyjętą w tej formie konstrukcję prawną należy uznać za prawidłową. Zawężenie terminu prywatności do enumeratywnie wyszczególnionych wartości nie tylko nie wydaje się realne ze względu na jego wielowymiarowość, ale w konsekwencji mogłoby doprowadzić do uniemożliwienia reakcji karnoprawnej w sytuacji faktycznych naruszeń, tyle że odnoszących się do pominiętych dóbr. Co równie ważne, formy działania *stalkera* cechuje ogromna różnorodność, niekiedy wręcz całkowita nieprzewidywalność. Mając więc powyższe na uwadze, decyzja o pozostawieniu organom ścigania oraz wymiarowi sprawiedliwości pewnej swobody interpretacyjnej nie powinna budzić większych zastrzeżeń.

Do wypełnienia znamion występku określonego w art. 190a § 1 k.k. nie wystarcza jednakże samo naruszenie prywatności. Musi być ono naruszeniem istotnym, przy ocenie którego po raz kolejny należy wspomóc się formułą tzw. wzorca przeciętnego, racjonalnego człowieka. Jak wynika z motywów ustawodawczych, naruszenie prywatności powinno być każdorazowo oceniane przez pryzmat istotności, musi być ono znaczące dla każdej osoby racjonalnie myślącej i dokonującej obiektywnej analizy sytuacji. Należy przy tym założyć, iż dookreślenie skutku stanowi w istocie przeciwwagę dla stosowanie zbyt szerokiej wykładni terminu prywatność.

W piśmiennictwie odnaleźć można także przeciwstawne stanowisko, zakładające zbędność wymogu istotnego naruszenia z uwagi na to, że prywatność sama w sobie jest dobrem na tyle istotnym, iż każde jej naruszenie jest również istotne¹⁷. Założenie to uznać można za słuszne u podstaw, tzn. nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, iż prywatność stanowi niezwykle ważne dobro, którego naruszanie winno budzić sprzeciw. Jednakże w przypadku regulacji prawa karnego, stanowiącego w istocie *ultima* a nie *prima ratio*, należałoby z ostroż-

¹⁶ Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553.

¹⁷ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 190(a) Kodeksu karnego*, LEX 2011.

nością podchodzić do tak kategoriycznych twierdzeń. Wątpliwości budzi również założenie, iż istotne naruszenie prywatności może funkcjonować samoistnie, nie musi być wynikiem uporczywego nękania osoby¹⁸. Zdaniem J. Kosonogi, dla pociągnięcia sprawcy przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. do odpowiedzialności karnej konieczne jest wykazanie, iż naruszenie prywatności jest następstwem uporczywego nękania¹⁹.

Zastrzeżenia uwidaczniają się także na gruncie regulacji przedmiotu czynności wykonawczej występku z art. 190a § 1 k.k. Jak wynika z treści przepisu, przedmiotem tym jest konkretna osoba, na którą są ukierunkowane działania sprawcy lub osoba jej najbliższa. Wedle wskazówek ustawodawcy, pojęcie osoby najbliższej powinno być interpretowane w myśl przepisu art. 115 § 11 k.k. Twierdzenie to jest jak najbardziej słuszne, gdyż definicja osoby najbliższej zawarta w przytoczonym przepisie posiada status definicji legalnej i tym samym ma charakter wiążący²⁰. O ile jednak relewantność stosowania art. 115 § 11 k.k. jest w tym wypadku bezsporna, o tyle kontrowersje wywołuje zasadność ograniczenia przedmiotu wykonawczego do osoby najbliższej, zwłaszcza w kontekście wieloznaczności terminu „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Trafne wydaje się założenie, iż poza zakresem pojęcia osoby najbliższej – w konsekwencji także ochrony prawnej – pozostaje osoba, która nie jest najbliższą w rozumieniu ustawowym, ale niewątpliwie faktycznym, np. niemieszkająca wspólnie z pokrzywdzonym narzeczona, a także pozostająca z nim w tzw. związku partnerskim (zatem osoba tej samej płci)²¹, aczkolwiek i ta materia budzi wątpliwości. Z jednej strony SN orzekł, iż pojęcie „wspólne pożycie” jest odnoszone wyłącznie do konkubinatu, a w szczególności do związku osób o różnej płci, odpowiadającego od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w myśl art. 18 Konstytucji jest wyłącznie związek osób różnej płci), z drugiej zaś w doktrynie występują opinie dopuszczające szeroką interpretację terminu, a zatem możliwość pozostawania we wspólnym pożyciu dwóch osób tej samej płci²².

Nawiązując do powyższego, nasuwa się wniosek, iż jeżeli zamiarem ustawodawcy było objęcie szczególną ochroną osób rzeczywiście związanych z ofiarą uporczywego nękania, to niepotrzebnie ograniczył zakres ochrony do legalnie określonej osoby najbliższej.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ J. Kosonoga, op. cit.

²⁰ Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 2005 roku – nieprzestrzeganie definicji legalnych stanowi naruszenie ustawy. Zob. Wyrok SN z dnia 28 czerwca 2005 r., WA 14/05, LEX nr 155416.

²¹ M. Mozgawa, op. cit., s. 7.

²² Postanowienie SN z dnia 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668; A. Michalska-Warias, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 250.

2. Występek przywłaszczenia tożsamości (art. 190a § 2 k.k.)

Czyn zabroniony, powszechnie znany i rozpoznawany jako *stalking*, kojarzony jest przede wszystkim ze swym pierwszym, opisanym już typem podstawowym – uporczywym nękaniem. Tymczasem w paragrafie drugim art. 190a k.k. został wprowadzony odrębny typ podstawowy, obecnie skrótowo nazywany przestępstwem „przywłaszczenia tożsamości”, a polegający na podszyciu się pod inną osobą poprzez wykorzystanie jej wizerunku lub innych danych osobowych, co w praktyce przejawiać się będzie m.in. zamieszczaniem zdjęć ofiary i komentarzy ujawniających informacje o niej w Internecie, zamawianiem na jej koszt niechcianych towarów i usług, a także rozpowszechnianiem informacji o pokrzywdzonym, np. w ramach tworzonych bez wiedzy i zgody ofiary kont na popularnych portalach społecznościowych²³. Słusznie zauważono, iż tego rodzaju zachowania z reguły nie będą mieścić się w ramach wieloczynowego zachowania określanego jako uporczywe nękanie, gdyż wykorzystanie danych osobowych może mieć charakter działania jednorazowego.

W większości państw europejskich, które zdecydowały się na penalizację *stalkingu*, przestępstwo to, zasadniczo, swym opisem odpowiada czynowi uregulowanemu w Polsce w art. 190a § 1 k.k., a zatem rozumiane jest przeważnie jako nękanie. Z kolei w przepisach dwóch krajów regulujących nękanie wśród czynności sprawczych zostały wymienione m.in. zamawianie dla innej osoby przy użyciu jej danych osobowych towarów i usług oraz posługiwanie się jej danymi osobowymi, powodujące, że osoby trzecie nawiązują z nią kontakt (Austria), jak również wykorzystanie danych osobowych innej osoby do zamówienia dla niej towarów i usług lub w celu nakłonienia osoby trzeciej do nawiązania z nią kontaktu (Niemcy)²⁴. Oznacza to, iż wskazane powyżej czynności sprawcze w części Europy są traktowane jako typowa forma zachowania *stalkera* nękającego swoją ofiarę.

²³ Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553. Warto zauważyć, iż wykorzystanie danych osobowych innej osoby określane bywało w piśmiennictwie – głównie w czasie poprzedzającym kryminalizację *stalkingu* – mianem kradzieży tożsamości. Po wprowadzeniu tego przestępstwa do polskiego k.k., zwrot „kradzież tożsamości” wydaje się być o tyle mniej właściwy, że najczęściej kojarzony jest on z wykorzystaniem danych osobowych jako narzędziem służącym do popełnienia innych, dalszych przestępstw. Tymczasem działanie sprawcy, popełniającego czyn zabroniony z art. 190a § 2 k.k., zostało ograniczone przez ustawodawcę prawnie wskazanym celem. Więcej zob. M. Siwicki, *Kradzież tożsamości – pojęcie i charakterystyka zjawiska. Część I*, „Edukacja Prawnicza” 2009 nr 11, s. 33 i n. Również z treści Komunikatu Komisji Wspólnot Europejskich z 2007 r. wynika utożsamianie „kradzieży tożsamości” z wykorzystywaniem identyfikujących danych personalnych, jako narzędziem do popełnienia innych przestępstw. Komunikat Komisji Wspólnot Europejskich „W kierunku ogólnej strategii zwalczania cyberprzestępczości” z dnia 22 maja 2007 r. (KOM(2007) 267 wersja ostateczna), www.eur-lex.europa.eu.

²⁴ Angielska wersja przepisów kryminalizujących nękanie w Austrii oraz Niemczech jest dostępna w opracowaniu przygotowanym dla Komisji Europejskiej zatytułowanym: *Protecting women from the New crime of stalking: a comparison of legislative approaches within the European Union*, http://stalking.medleg-mo.unimo.it/RAPPORTO_versione_finale_0111007.pdf.

Dokonując analizy prawnoporównawczej, mogłyby się pojawić wątpliwości w odniesieniu do zasadności polskiego rozróżnienia *stalkingu* na dwa czyny zabronione – osobno określone w art. 190a § 1 k.k. i art. 190a § 2 k.k. W tym kontekście trzeba mieć jednak na uwadze różnice wynikające ze specyfiki, możliwości trwania obu tych występów, jak również fakt, iż w celu zapewnienia pokrzywdzonym najpełniejszej ochrony, w Polsce przyjęto skutkowy model konstrukcji uporczywego nękania bez dokładnego precyzowania czynności podejmowanych przez sprawcę. Gdyby więc nie zdecydowano się na jednoczesne wprowadzenie § 2 art. 190a k.k., redakcja przepisu art. 190a § 1 k.k. w praktyce mogłaby uniemożliwić pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy przywłaszczającego cudzą tożsamość.

Występek z art. 190a § 2 k.k. polega na wykorzystaniu wizerunku lub innych danych osobowych innej osoby poprzez podszycie się pod tę osobę.

„Podszycie się” stanowi w istocie kolejne, nowe znamię czasownikowe, którym posłużył się polski ustawodawca na gruncie k.k. Zasadna jest jego dosłowna interpretacja, korelująca z dyrektywą wykładni zgodnej ze znaczeniem powszechnym (potocznym). „Podszycie się” oznacza więc tyle co podać się fałszywie za kogoś innego, przyznać się do cudzych zasług²⁵.

Zgodzić się trzeba z poglądem M. Budyn-Kulik, zakładającym występowanie milczącego znamienia występku z art. 190a § 2 k.k. w postaci zamiaru wprowadzenia w błąd. Autorka słusznie stwierdza, iż zamiar taki wpisany jest niejako w znamię czasownikowe „podszycie się”. Osoba bowiem, która takiego działania się dopuszcza, zazwyczaj dokłada wszelkich starań, aby inne osoby, z którymi się styka, wzięły ją mylnie za tę osobę, pod którą się podszycie. Jako przykład, podaje sytuację psychofana, który chcąc wyrazić uwielbienie dla swojego idola – aktora poddaje się operacjom plastycznym w celu upodobnienia się do niego. Jeśli mimo fizycznego podobieństwa, przedstawia się własnym imieniem i nazwiskiem, nie można uznać, ażeby podszycie się on pod swego idola. Nie występuje w tym przypadku zamiar wprowadzenia w błąd innych osób²⁶.

Do podszycia się pod inną osobę w przypadku przywłaszczenia cudzej tożsamości dochodzi wskutek wykorzystania przez sprawcę wizerunku danej osoby lub też innych jej danych osobowych. Z semantycznego punktu widzenia „wykorzystać” oznacza skorzystać z czegoś, użytkować²⁷.

W kwestii wizerunku skonstatować należy, że na gruncie polskiego prawa nie występuje normatywna definicja tego terminu, mimo iż niejedna gałąź prawa z niego korzysta. Chociaż pojęcie wizerunku pojawia się w prawie karnym, to

²⁵ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, s. 752. W tym kontekście zauważyć należy, iż znamię podszycia się zdecydowanie zawęża kryminalizację czynu z art. 190a § 2 k.k., czego nie przewidywano w pierwotnym projekcie ustawy wprowadzającej *stalking* do kodeksu karnego. Zob. Projekt do ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk sejmowy nr 3553 z dnia 27 października 2010 r.

²⁶ M. Budyn-Kulik, op. cit.

²⁷ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, s. 809.

z pełną stanowczością stwierdzić trzeba, że jego szczegółowa regulacja, wzmocniona stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa, występuje przede wszystkim w systemie prawa cywilnego. Co ciekawe, ochrona prawa do wizerunku, na gruncie owego systemu, została uregulowana w dwóch odrębnych aktach prawnych: w k.c. oraz w ustawie z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych²⁸. Do tej pory doktrynie tak prawa cywilnego, jak i prawa autorskiego nie udało się jednakże wypracować jednolitej, zgodnej koncepcji wizerunku. Poglądy w analizowanym zakresie dzielą się zasadniczo na dwie grupy – przedstawiciele opowiadających się za wąskim oraz szerokim ujęciem terminu.

W myśl jednej z wąskich koncepcji wizerunkiem są dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród innych ludzi²⁹. Autorzy drugiej – szerokiej koncepcji interpretacji pojęcia „wizerunek” z jednej strony mają świadomość tego, że najczęściej pojęcie to jest kojarzone z wyglądem danej jednostki, jej cechami zewnętrznymi (fizycznymi), z drugiej zaś określają podejście to jako ogólne założenie, które w istocie nie rozstrzyga wielu kwestii. Określoną osobę wyróżniać mogą w takim samym zakresie jak kształt i kolor oczu, także noszone przez nią stale okulary, fryzura, makijaż, ubiór, rekwizyt, o ile tylko – w oderwaniu lub łączności z innymi cechami – są one dla tej osoby charakterystyczne³⁰.

Odnosząc się do prawa karnego, wspomnieć trzeba o art. 191a k.k., który ma za zadanie zapewnić karnoprawną ochronę intymnego wizerunku jednostki. Wskazany przepis został wprowadzony do k.k. mocą ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw i reguluje nowy typ przestępstwa, polegający na utrwalaniu wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przy użyciu w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, albo na rozpowszechnieniu takiego wizerunku bez zgody osoby na nim utrwalonej³¹. Na gruncie owego przepisu właściwe wydaje się ograniczenie terminu „wizerunek” do wyglądu – obrazu fizycznego danej osoby, a zatem jego wąska wykładnia. Przemawia za tym przede wszystkim treść art. 191a k.k., w którym to konkretnie jest mowa o wizerunku nagiej osoby, co z semantycznego punktu widzenia wpływa za zakres znaczeniowy tego pojęcia³².

²⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.

²⁹ E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1990, nr 56, s. 107.

³⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2002, nr 80, s. 12. Jednocześnie podkreśla się, że nawet przy założeniu szerokiego znaczenia terminu „wizerunek”, przedmiotem ochrony pozostawać będą tylko takie wizerunki, które pozwalają rozpoznać osobę. Ibidem, s. 13.

³¹ Dz.U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.

³² Szerzej zob. J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby*, (w:) K. Ślebzak, W. Wróbel (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego. Tom V*, Warszawa 2011, s. 222.

O ile wąska interpretacja pojęcia „wizerunek” na gruncie art. 191a k.k. nie powinna budzić wątpliwości, o tyle analogiczne podejście w odniesieniu do występku z art. 190a § 2 k.k. nie jest już takie oczywiste. *Prima facie* wydawać by się mogło, że należy uwzględniać tu wykładnię już istniejących przepisów, do znamion których należy „wizerunek”, a więc m.in. wizerunku intymnego nagiej osoby, jednakże *ratio legis* oraz różnice w samej treści wskazanych przepisów nie pozwalają na tak jednoznaczny pogląd.

Redakcja przepisu kryminalizującego przestępstwo przywłaszczenia tożsamości nie wskazuje na ograniczenie zakresu znaczeniowego tego pojęcia. Przykładowo, na potrzeby wykładni wizerunku w kontekście art. 191a k.k., zasadniczo odrzuca się ujęcie, obejmujące także głos osoby. W treści tego art. nie chodzi bowiem o każdy wizerunek, ale o wizerunek osoby nagiej, czyli najogólniej rzecz ujmując – pozbawionej ubrania. Nagość natomiast to cecha obrazu, wyglądu człowieka, nie zaś jego głosu³³. Podobnie należałoby się odnieść do możliwości identyfikacji za pomocą charakterystycznego stroju, skoro istotą nagości co do zasady jest brak ubioru. W przypadku występku z art. 190a § 2 k.k. ustawodawca takich treściowych ograniczeń nie przewidział. Co więcej, można wyobrazić sobie sytuację, w której do podszycia się pod inną osobą posłużyć może zarówno wizerunek audialny, jak i makijaż, ubiór, szczególny sposób poruszania, czy też gestykulacji. W konsekwencji bezwzględne odrzucenie możliwości szerokiej interpretacji pojęcia „wizerunek” na gruncie art. 190a § 2 k.k. należy ocenić krytycznie³⁴.

Podszycie się przez sprawcę pod inną osobę – jak już wskazano – nastąpić ma w wyniku wykorzystania wizerunku danej jednostki lub innych jej danych osobowych. Taka redakcja przepisu sugeruje, iż wizerunek winien być zaliczany do zbioru danych osobowych. Decyzję ustawodawcy oceniać można w dwójnasób. Z jednej strony pozytywnie – z uwagi na potwierdzenie stanowiska judykatury oraz zapobiegnięcie jakimkolwiek wątpliwościom w powyższym zakresie, z drugiej zaś negatywnie – ze względu na niepotrzebną wyróżnienie przykładu danych osobowych³⁵. W tym wypadku bardziej przekonujący zdaje się być pogląd drugi, tym bardziej że fakt klasyfikowania wizerunku jako danych osobowych został poświadczony już w 2009 roku przez NSA w Warszawie³⁶.

³³ Ibidem.

³⁴ Por. M. Budyn-Kulik, op. cit.

³⁵ J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, Legalis. Autor jest zdania, iż wyrażenie „wizerunek lub inne jej dane osobowe” stanowi zbędną egzemplifikację. Natomiast w uzasadnieniu ustawodawczym wskazano, że decyzja o wyróżnieniu wizerunku podyktowana została uwagą zgłoszoną przez Prokuraturę Apelacyjną w Poznaniu, a zatem uznano, że możliwe są do wystąpienia wątpliwości w tym zakresie. Zob. Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553.

³⁶ Wyrok NSA z dnia 18 listopada 2009 r., I OSK 667/09, LEX nr 588798. Na kanwie tego orzeczenia stwierdzono, iż wizerunek jest jednym z bardzo osobistych dóbr człowieka i brak zgody na jego publikowanie, jeśli nie chodzi o osoby publiczne jest wystarczającym powodem do uznania, że działają przepisy ustawy o ochronie danych osobowych, jeśli tylko spełnione zostały przesłanki z art. 6 ust. 2 tej ustawy.

Odnośnie danych osobowych, w art. 6 ust. 1 u.o.d.o. została zawarta ich definicja legalna, która wskazuje na trójelementową strukturę danych osobowych. Chodzi bowiem o: informację dotyczącą osoby fizycznej, zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania.

Pierwszy element dotyczący informacji oznacza komunikaty (wiadomości, wypowiedzi, prezentacje) wyrażone i zapisane w jakikolwiek sposób: znakami graficznymi, symbolami, w języku komputerowym, na fotografii, na taśmie magnetofonowej lub magnetowidowej itd., niezależnie od sposobu, zakresu i swobody ich udostępniania, jak też niezależnie od sposobu ich pozyskania³⁷. Nie jest przy tym istotne, czy owe komunikaty są zgodne z prawdą, o ile spełnione zostaną pozostałe przesłanki zawarte w przepisie.

Drugim elementem struktury danych osobowych na gruncie u.o.d.o. jest zastrzeżenie, że informacje mają dotyczyć osoby fizycznej. Poza obszarem ochrony pozostają zatem informacje odnoszące się do pozostałych podmiotów, w tym osób prawnych, jednostek organizacyjnych – bez względu na to, czy posiadają one osobowość prawną, jak również organów administracji państwowej, samorządowej i innych³⁸.

Kontrowersje wywołuje kwestia dopuszczalności stosowania przepisów u.o.d.o. w stosunku do osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą i w tym kontekście może być relewantna z punktu widzenia art. 190a § 2 k.k. W literaturze można spotkać pogląd zakładający, iż dane o osobach fizycznych prowadzących działalność gospodarczą nie zostały wyłączone spod ochrony³⁹. Wskazuje się, że informacje takie również podlegają ustawie, o ile identyfikują konkretne osoby. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że dane te mają charakter ogólnodostępny. Odmienne stanowisko prezentuje GODO, zdaniem którego ewidencja działalności gospodarczej jest zbiorem danych o przedsiębiorstwach, zgłaszających prowadzoną działalność, pomimo że mogą być w niej zawarte dane osobowe. Przepisów u.o.d.o. nie stosuje się więc do przedsiębiorcy, którym może być również osoba fizyczna⁴⁰.

Informacje dotyczyć mają osoby fizycznej zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania. Relacja ta, stanowiąca trzeci element struktury danych osobowych, zgodnie z art. 6 ust. 2 u.o.d.o. występuje wtedy, gdy tożsamość osoby fizycznej można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Jednocześnie, w ustępie 3 art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych, wprowadzono negatywną przesłankę, której spełnienie wyklucza możliwość wystąpienia omawianej relacji. Zgodnie z jego treścią informacji nie uważa się za

³⁷ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007, s. 345.

³⁸ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, op. cit., s. 346.

³⁹ A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 25.

⁴⁰ Zdanie GODO wyrażone zostało na stronie internetowej: <http://www.godo.gov.pl>.

umożliwiająca określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Właściwe wydaje się powiązanie użytego w przepisie zwrotu „nadmiernych kosztów, czasu lub działań” z zasadą proporcjonalności, a jej ocena winna być dokonywana z uwzględnieniem możliwości technicznych w czasie przetwarzania danych⁴¹.

W praktyce niejednoznaczna pozostaje kwestia dopuszczalności wyczerpania znamion art. 190a § 2 k.k. przez podszycie się pod osobę zmarłą. Właściwe wydaje się przychylenie do koncepcji nieuznającej takiego rozwiązania. Innymi słowy, stwierdzić należy, że znamiona występkę przywłaszczenia tożsamości wyczerpuje wyłącznie podszycie się pod inną osobę żyjącą, co uzasadnić można wieloma argumentami. Przede wszystkim zauważyć trzeba, iż niniejsze stanowisko koreluje z poglądem przeważającym w odniesieniu do danych osobowych zarówno w piśmiennictwie, jak i praktycznej działalności Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych⁴². Podkreśla się, że z ochrony przewidzianej przez u.o.d.o. wyłączone zostały informacje na temat osób zmarłych, a pamiętać należy, iż jednym z podstawowych pojęć na jej gruncie jest termin „dane osobowe”, którym bezpośrednio posłużył się ustawodawca w art. 190a § 2 k.k. Nie można więc pomijać utrwalonego w powyższym zakresie przekonania. Kolejnym argumentem, przemawiającym za wyłączeniem stosowania prawnokarnej ochrony w stosunku do informacji o osobach zmarłych, jest zakres użytego w art. 190a § 2 k.k. pojęcia „osoba”. W prawie karnym, w odniesieniu do art. 212 k.k., dokonano już spójnej interpretacji tego terminu. Za osobę uważa się jakkolwiek osobę fizyczną pod warunkiem, że jest to osoba żyjąca⁴³. Nie można rozpatrywać osoby zmarłej jako osoby fizycznej, bowiem chwila śmierci wyznacza kres jej bytu. Od tego momentu zasadne jest więc mówienie o osobie zmarłej jak o osobie, która uprzednio była osobą fizyczną⁴⁴. Argument ten znajduje zastosowanie również na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych z tego względu, iż z chwilą śmierci wykluczona jest identyfikacja osoby fizycznej. *Prima facie* trudności mogłyby się pojawić w przypadku, gdy sprawca występkę z art. 190a § 2 k.k. podszycia się pod inną osobę w celu wyrządzenia jej szkody, nie uświadamiając sobie, iż osoba ta zmarła. Prawdłowo wydaje się jednak oceniać powyższy stan faktyczny w kontekście usiłowania nieudolnego.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż możliwość wykorzystania danych osobowych osoby zmarłej (w kontekście wypełnienia znamion przestępstwa przy-

⁴¹ Szerzej zob. A. Drozd, *Pojęcie danych osobowych – uwagi wstępne*, (w:) P. Fajgielski (red.), *Ochrona danych osobowych w Polsce z perspektywy dziesięciolecia*, Lublin 2008, s. 26–27. Autor słusznie zauważa, że to co dzisiaj wymaga nadmiernych kosztów, czasu lub działań, w ciągu krótkiego czasu może stać się łatwe do zrealizowania.

⁴² J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, op. cit., s. 350; A. Drozd, op. cit., s. 30; Sprawozdanie GIODO z działalności za 2002 r., s. 22.

⁴³ M. Kalitowski (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1013; J. Raglewski (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny – część szczególna. Komentarz*, t. II, Kraków 2008, s. 788.

⁴⁴ Szerzej zob. A. Drozd, op. cit., s. 30–31.

właszczenia tożsamości) można byłoby rozważać jedynie w przypadku odmiennej redakcji przepisu z art. 190a § 2 k.k. Ustawodawca musiałby zrezygnować z ograniczenia kryminalizacji tego czynu zabronionego poprzez użycie znamienia „podszywając się” oraz określenie celu działania sprawcy w postaci wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody, tak jak zrobiono to na gruncie kanadyjskiego kodeksu karnego. Zgodnie z treścią art. 403 za przestępstwo kradzieży tożsamości (*identity fraud*) uznaje się bezprawne uzyskanie i wykorzystanie danych osobowych osoby żyjącej lub zmarłej w celu wprowadzenia innej osoby w błąd i osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia szkody innej osobie⁴⁵.

Do znamion występku przywłaszczenia tożsamości ustawodawca włączył cel w postaci wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody majątkowej lub osobistej. Skonstatować trzeba, iż na gruncie prawa karnego nie występuje definicja legalna „szkody”, mimo że pojęcie to pojawia się w samym k.k. wielokrotnie – zarówno w części ogólnej, jak i szczególnej (jako znamię poszczególnych przestępstw). Co więcej, termin ten zawarty jest w treści art. 115 § 7 k.k. stanowiącego słowniczek wyrażeń ustawowych, jednakże nie wyznacza jego zakresu. Ustanawia jedynie przepisy pomocne przy określaniu wyszczególnionych postaci, tj. „znacznej szkody” oraz „szkody w wielkich rozmiarach”. Z tego też względu przy interpretacji analizowanego pojęcia oraz jego kwalifikacji poszukuje się możliwie najbardziej uniwersalnego rozwiązania, w tym przede wszystkim w obszarze prawa cywilnego.

Za szkodę uznać należy uszczerbek w dobrach lub interesach poszkodowanego, pod warunkiem, że dobra te lub interesy podlegają ochronie prawnej i istnieje co do nich obowiązek jej naprawienia⁴⁶. Uwagi wymaga natomiast kwestia zawężenia pojęcia szkody do uszczerbku o charakterze majątkowym. W doktrynie zdaje się przeważać pogląd, wedle którego szkoda nie jest wyłącznie synonimem uszczerbku majątkowego, lecz jako pojęcie nadrzędne stanowi uszczerbek, jakiego można doznać również w dobrach niemajątkowych⁴⁷.

W art. 190a § 2 k.k., oprócz szkody majątkowej, ustawodawca posłużył się pojęciem szkody osobistej. *Prima facie* wydawać by się mogło, że wprowadzenie tego terminu nie powinno budzić zastrzeżeń. Dla przykładu, szkodę osobistą w odniesieniu do występku przywłaszczenia tożsamości tłumaczy się jako wszelkie możliwe do wystąpienia dolegliwości o charakterze niemajątkowym⁴⁸. Niemniej jednak, w piśmiennictwie można spotkać twierdzenia przeciwne, podnoszące niewłaściwość użytego sformułowania, zwłaszcza w kontekście przeanalizowania dotychczasowego występowania terminu „szkoda” na gruncie k.k. Po pierwsze, stwierdza się, że pojęcie to występowało dotychczas zawsze w znaczeniu szkody majątkowej. Po drugie, wskazuje się, iż dla określenia dolegliwości o charakte-

⁴⁵ Tłumaczenie za: M. Siwicki, op. cit., s. 33.

⁴⁶ K. Zagobelny (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 567.

⁴⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 92–93.

⁴⁸ A. Michalska-Warias, op. cit., s. 462.

rze osobistym, ustawodawca użył terminu „krzywda”, dlatego też właściwym dla określenia celu działania sprawcy występku z art. 190a § 2 k.k. byłoby posłużenie się zwrotem „szkoda lub krzywda”, ewentualnie „szkoda lub inna krzywda”⁴⁹.

Odnosząc się do wskazanych argumentów, trzeba mieć z jednej strony na uwadze cywilistyczny pogląd traktujący krzywdę jako szczególną postać szeroko rozumianej szkody, z drugiej zaś ogólne podejście spotykane w prawie karnym, uznające – co do zasady – uszczerbek niemajątkowy za szkodę. Uzasadnia się, iż przeciwnie stanowisko prowadziłoby do przyjęcia wadliwości występującego w niektórych przepisach terminu „szkoda” z dookreśleniem „majątkowa”, ze względu na powstałą wadę pleonazmu⁵⁰. Znany jest również pogląd, zakładający swoją elastyczność interpretacyjną, a mianowicie uznający potrzebę każdorazowej wykładni analizowanego pojęcia z przepisów⁵¹. Nie można też pominąć faktu, iż w k.k. spotykane są określenia bezpośrednio wskazujące na niemajątkowy charakter szkody. Przykładowo, w treści art. 343 § 2 k.k. użyto sformułowania „znaczna szkoda majątkowa lub inna poważna szkoda”. Z orzecznictwa SN wynika, że określenie to pozostaje w opozycji do znacznej szkody majątkowej, a jego użycie zdaje się świadczyć o niefinansowym (niematerialnym) charakterze uszczerbku⁵².

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż wprowadzenie do k.k. określenia „szkoda osobista”, oprócz takich pojęć, jak: „szkoda”, „krzywda”, „szkoda majątkowa”, czy też „inna poważna szkoda” może budzić uzasadnione wątpliwości. Ze względu jednak na niejednoznaczność przytaczanych argumentów, krytyka podjętej przez ustawodawcę decyzji nie powinna mieć tak kategorię charakteru.

3. Targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, jako znamię typu kwalifikowanego (art. 190a § 3 k.k.)

W art. 190a § 3 k.k. przewidziana została zaostrożona ochrona karnoprawna ofiar przestępstw uporczywego nękania oraz przywłaszczenia tożsamości. Ustawodawca spenalizował typ kwalifikowany wyżej wskazanych czynów, charakteryzując go w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

Regulacja ta zasadniczo różni się od innych, przyjętych na gruncie europejskich ustawodawstw *antystalkingowych*. Przykładowo, w Czechach oraz we Włoszech zaostrożeniu podlega kara w wypadku, gdy ofiarą nękania jest dziecko

⁴⁹ M. Kulik, *Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk DL-P-I-4001-5/09).

⁵⁰ Zob. J. Majewski (w): A. Zoll (red.), *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, s. 1192. W kwestii kwalifikacji „krzywdy” jako szczególnej postaci szkody zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, op. cit., s. 92.

⁵¹ R. Kaczmarek, *Pojęcie szkody w literaturze karni stycznej a porównaniu z cywilnoprawną jej kwalifikacją*, „Nowe prawo” 1982, z. 11–12, s. 66.

⁵² Wyrok SN z dnia 3 sierpnia 2006 r., WA 22/06, LEX nr 294767. Por. J. Majewski, op. cit., s. 1001.

lub kobieta będąca w ciąży (we Włoszech także niepełnosprawny), oraz gdy czyn popełniono przy użyciu broni (albo co najmniej z dwiema osobami w Czechach)⁵³. Z kolei w Niemczech prawodawca przewidział wzmoczoną ochronę pokrzywdzonych nękaniami w formie dwóch typów kwalifikowanych. Pierwszy dotyczy postawienia pokrzywdzonego, jego krewnego lub innej bliskiej mu osoby, w sytuacji zagrożenia życia lub poważnego uszczerbku na zdrowiu. Drugi odnosi się do spowodowania przez sprawcę śmierci wymienionych osób⁵⁴.

Polską decyzję o wprowadzeniu typu kwalifikowanego z art. 190a § 3 k.k. w przyjętym brzmieniu ocenia się przeważnie pozytywnie⁵⁵. Jeszcze na etapie rozważań nad konstrukcją prawną zjawiska *stalkingu* podkreślano potrzebę wprowadzenia dodatkowej ochrony w postaci typu kwalifikowanego⁵⁶. Postulat ten znajduje również uzasadnienie w wynikach badań zainicjowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w 2009 roku, zgodnie z którymi aż co dziesiąta ofiara odczuwała myśli lub też podejmowała próby samobójcze⁵⁷.

Redakcja przepisu określonego w art. 190a § 3 k.k. bezpośrednio wskazuje na przyjęcie przez ustawodawcę analogicznej konstrukcji typu kwalifikowanego, jak w przypadku przestępstw znęcania się (art. 207 § 3 k.k.) oraz znęcania się nad podwładnym (art. 352 § 3 k.k., który stanowi w istocie *lex specialis* względem art. 207 § 3 k.k.). Wobec tego, aby odpowiadać prawnokarnie z art. 190a § 3 k.k., muszą być spełnione dwa warunki. Po pierwsze, ustalenia wymaga związek przyczynowy zachodzący pomiędzy działaniem sprawcy a targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie. Po drugie, wystąpić musi co najmniej wina nieumyślna po stronie sprawcy⁵⁸.

4. Zagrożenie karą i środkami karnymi

Zagrożenie karą w przypadku dwóch typów podstawowych przestępstwa *stalkingu* nie zostało przez ustawodawcę różnicowane. Oba czyny zabronione występują na gruncie k.k. jako występki zagrożone karą pozbawienia wolności do lat trzech, a decyzję o ujednoczeniu ich poziomu sankcji uzasadniono podobnym

⁵³ Więcej zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum kryminologii” 2009, t. XXXI, s. 183 i 190.

⁵⁴ Tłumaczenie za: M. Królikowski, *Opinia dotycząca zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego*, s. 7, <http://bip.ms.gov.pl>.

⁵⁵ Jedynie w odniesieniu do występku z art. 190a § 2 k.k. A. Lach poddał w wątpliwość zasadność wprowadzenia typu kwalifikowanego. Zdaniem autora, surowsza karalność winna ograniczać się wyłącznie do działania sprawcy w celu wyrządzenia szkody o charakterze *stricte* osobistym, co i tak i tak nie wpłynęłoby na jednostkową ilość postawionych zarzutów z art. 190a § 3 k.k. i art. 190a § 2 k.k. Zob. A. Lach, *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i prawo” 2012, nr 3, s. 38.

⁵⁶ M. Królikowski, op. cit., s. 10.

⁵⁷ A. Siemiaszko, op. cit., s. 55.

⁵⁸ Szerzej zob. A. Mazurek, *Odpowiedzialność karna za podżeganie lub pomocnictwo do samobójstwa oraz doprowadzenie do zamachy samobójczego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1980, nr 1.

stopniem społecznej szkodliwości⁵⁹. W tym kontekście zauważyć trzeba, że o ile wskazana decyzja nie budzi zastrzeżeń, o tyle samo określenie ustawowej wysokości zagrożenia karnego już zdecydowanie tak.

W odniesieniu do powyższego, wspomnieć należy o zasadniczo zgodnej koncepcji, wedle której prawidłowa byłaby sankcja przewidująca karę grzywny, karę ograniczenia wolności albo karę pozbawienia wolności do lat dwóch. To zaś, co różni reprezentantów takiego poglądu, to powoływane dla przykładu zachowania wewnętrznej spójności systemu przepisy prawne. Z jednej strony postuluje się, aby zagrożenie typów podstawowych (art. 190a § 1 i § 2 k.k.) odpowiadało zagrożeniu z art. 190 k.k., powołując się na porównywalną ingerencję obu tych przestępstw w sferę wolności jednostki⁶⁰. Z drugiej, wskazuje się na adekwatność czynu z art. 266 § 1 k.k., który pomimo widocznych różnic, posiada zbliżony „ciężar gatunkowy” do tego z art. 190a § 2 k.k.⁶¹. W uzasadnieniu ustawodawczym uznano natomiast, iż wszelkie postulaty łagodniejszego zagrożenia karą zgłoszone w ramach konsultacji, nie zasługiwały na uwzględnienie. Stwierdzono, że społeczna szkodliwość występkę *stalkingu* odpowiada swym stopniem przestępstwu zmuszenia do określonego zachowania, przy czym podkreślenia wymaga fakt, iż czyn z art. 191 k.k. może mieć charakter zachowania jednorazowego, w przeciwieństwie do uporczywego nękania⁶².

Pomimo niedostatecznie przekonującej argumentacji ustawodawcy, przyznać trzeba, że ustawy wymiar kary z art. 190a § 1 i § 2 k.k. pozwala wymiarowi sprawiedliwości na podjęcie możliwie najwłaściwszej reakcji prawnokarnej. Przynajmniej po spełnieniu przesłanek z art. 59 § 1 k.k. sąd może odstąpić od wymierzenia sprawy kary. W razie braku podstaw do odstąpienia w dalszym ciągu istnieje możliwość orzeczenia przez sąd zamiast kary pozbawienia wolności – grzywny albo kary ograniczenia wolności do lat dwóch, czyli tzw. kary zastępczej (art. 58 § 3 k.k.). Wysokość ustawowego zagrożenia karą pozwala również sądowi na skorzystanie ze środków związanych z poddaniem sprawy próbie. Między innymi po spełnieniu warunków z art. 66 § 1 k.k. dopuszczalne będzie warunkowe umorzenie postępowania karnego na okres próby trwający od roku do dwóch lat. W kontekście pokrzywdzonych przestępstwem *stalkingu* szczególnego znaczenia nabierze w tym wypadku przepis art. 67 § 3 k.k., który daje podstawę do nałożenia na sprawcę wskazanych w przepisie obowiązków. Na jego gruncie pod rozwagę można pozostawić obowiązek informowania sądu

⁵⁹ Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553.

⁶⁰ A. Sakowicz, *Opinia prawa o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk nr 3553), s. 8, <http://orka.sejm.gov.pl>. Do art. 190 k.k., w kontekście przykładu odpowiedniego zagrożenia karą, odniósł się również M. Królikowski. Zob. M. Królikowski, op. cit., s. 10.

⁶¹ M. Budyn-Kulik, op. cit. Propozycja autorki nie wyjaśnia jednak zasadności zmiany poziomu sankcji w przypadku przestępstwa uporczywego nękania.

⁶² Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553.

lub kuratora o przebiegu okresu próby (art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 72 § 1 pkt 1 k.k.) oraz obowiązek powstrzymywania się od kontaktowania z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób (art. 67 § 3 k.k. w zw. z art. 72 § 1 pkt 7a k.k.). Jeżeli zaś orzeczona kara pozbawienia wolności nie przekroczy dwóch lat i spełnione zostaną pozostałe przesłanki, sąd może także warunkowo zawiesić jej wykonanie na podstawie art. 69 § 1 k.k.

Typ kwalifikowany występku uporczywego nękania oraz przywłaszczenia tożsamości, określony w art. 190a § 3 k.k., zagrożony został przez ustawodawcę karą pozbawienia wolności od roku do lat dziesięciu. Taką wysokość ustawowego zagrożenia uzasadniono potrzebą zapewnienia pełnej spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi⁶³. W motywach ustawodawczych podniesiono, iż szczególne znaczenie dla spójności systemowej ma w tym kontekście sankcja przewidziana w przepisie art. 151 k.k. ustalona w granicach od trzech miesięcy do lat pięciu. Wskazany przepis kryminalizuje przestępstwo namowy i udzielenia pomocy do zamachu samobójczego. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że czyn ten reguluje zbliżoną materię do typu kwalifikowanego z art. 190a § 3 k.k., jednak słusznie dostrzega się, że nie są to przepisy podobne ani w rozumieniu potocznym, ani też art. 115 § 3 k.k.⁶⁴ Elementem różnicującym oba czyny jest kwestia winy, która na gruncie przestępstwa z art. 151 k.k. może mieć wyłącznie postać winy umyślnej. Ponadto przestępstwo namowy i pomocy do samobójstwa różni się od czynu z art. 190a § 3 k.k. przedmiotem ochrony oraz ustawowo określonymi znamionami, które doprowadzają do aktu samobójczego.

W przepisie art. 151 k.k. ustawodawca chroni życie człowieka, traktowane jako najwyższa wartość społeczna, chociaż zasadniczo dla osoby podejmującej się zamachu dobro to przedstawia inną – niższą wartość. Pokrzywdzony tym występkiem nie decyduje się targnąć na własne życie z powodu „zaszcucia” przez sprawcę, jak ma to miejsce w przypadku czynu z art. 190a § 3 k.k. Nie robi więc tego, aby uwolnić się od sprawcy. Pokrzywdzony autonomicznie uznaje, że z takich a nie innych powodów chce zakończyć życie albo też jest do tego namawiany lub ewentualnie utwierdzany w swym wcześniejszym postanowieniu. Z uwagi na wskazany element swobody decyzyjnej pokrzywdzonego działanie z art. 151 k.k. zostało zagrożone łagodniejszą sankcją, aniżeli pozostałe czyny z k.k., których następstwem jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie (art. 207 § 3 k.k. oraz art. 352 § 3 k.k.).

W odniesieniu do powyższego, zasadne wydaje się stwierdzenie, iż ustawodawca przy określaniu wymiaru kary za czyn z art. 190a § 3 k.k. winien był uwzględnić sankcje przewidziane w art. 207 § 3 k.k. oraz art. 352 § 3 k.k. – w konsekwencji ustalić jego granice od dwóch lat pozbawienia wolności do lat dwunastu. Jak bowiem słusznie zauważa się, występki z art. 190a § 3 k.k. stanowi

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ M. Budyn-Kulik, op. cit.

rzeczywisty odpowiednik przestępstwa znęcania się w typie kwalifikowanym z § 3 art. 207 k.k.⁶⁵. W tym kontekście bez znaczenia należy pozostawić fakt określenia łagodniejszej sankcji w typach podstawowych uporczywego nękania oraz przywłaszczenia tożsamości (kara pozbawienia wolności do lat trzech), w porównaniu do przypadku przestępstwa znęcania się – tak z części szczególnej, jak i wojskowej k.k. – (kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat pięciu), bowiem oba ich typy kwalifikowane skonstruowane zostały w identyczny sposób. Ponadto dostrzec trzeba, że ubocznym przedmiotem ochrony obu czynów zabronionych jest życie jednostki. Trudno zatem przyjąć, iż na gruncie polskiego systemu prawa karnego ustawodawca zdecydował się na różnicowanie wartości oraz rangi tego fundamentalnego dla społeczeństwa dobra.

Ustawą z dnia 25 lutego 2011 roku wprowadzono do k.k. nie tylko nowe przestępstwo – *stalking*, ale równocześnie znowelizowano treść art. 41a § 1 k.k., czyli przepisu normującego przesłanki orzekania przez sąd środka karnego w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób, zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. W dotychczasowym brzmieniu możliwość taka zależna była od popełnienia przez sprawcę ściśle określonych czynów zabronionych. Obecnie odnosi się ona również do przestępstw przeciwko wolności, w tym do występku z art. 190a k.k. i ma charakter fakultatywny.

Istota środka karnego z art. 41a § 1 k.k. sprowadza się do możliwości zastosowania przez sąd zakazów wobec sprawcy zasadniczo w dwóch celach. Przede wszystkim środek ten ma charakter prewencyjny – obiektywnie utrudnia sprawcy ponowne popełnienie czynu. Z drugiej strony wpływa na ograniczenie jego sfery wolności (tzw. sprawiedliwa odpłata)⁶⁶. Dolegliwość związana z orzeczeniem tego środka karnego może być dla sprawcy (skazanego) tym większa, że sądowi przysługuje jednocześnie uprawnienie połączenia orzeczonego obowiązku lub/i zakazu z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu (art. 41a § 1 k.k. *in fine*).

Z perspektywy pokrzywdzonego nie bez znaczenia może pozostawać fakt, że nadzór nad wykonaniem środka karnego z art. 41a § 1 k.k. jest sprawowany przez zawodowego kuratora sądowego (art. 181a § 2 k.k.w.), a samo jego wykonanie jest prawnie chronione. Zgodnie z treścią art. 244 k.k. niestosowanie się do wymienionych w tym przepisie środków karnych zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat trzech, a więc karą jednakową jak w przypadku występku *stalkingu* w obu typach podstawowych.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ R.A. Stefański, *Środek karny w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami lub zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, s. 66.

W motywach ustawodawczych podniesiono, iż na uwzględnienie zasługiwała uwaga zgłoszona przez Prokuraturę Apelacyjną oraz Prokuraturę Okręgową w Katowicach, zakładająca niezbędność zmiany redakcji art. 41a k.k. w kierunku objęcia jego zakresem występku z art. 190a § 1 k.k. Uznano, że środek karny w wymienionych wyżej postaciach stanowi trafną metodę reakcji prawnokarnej na zjawisko uporczywego nękania⁶⁷. Jednocześnie stwierdzono, że nowelizacja art. 41a § 1 k.k. stanowi częściową realizację postulatu wykazania sposobu efektywnego zwalczania zjawiska *stalkingu* zgłoszonego przez Helsińską Fundację Praw Człowieka.

Niemniej uzasadnione zastrzeżenia budzi forma dokonanej nowelizacji. Nie odpowiada bowiem ona założeniom przedstawionym w uzasadnieniu do jej projektu. Powstaje rzeczywista wątpliwość co do prawidłowości umożliwienia stosowania środka karnego z art. 41a § 1 k.k. w przypadku wszelkich przestępstw przeciwko wolności, podczas gdy argumentowano, iż zmiana tego przepisu jest konieczna dla zapewnienia właściwej reakcji prawnej na zjawisko uporczywego nękania, a więc wyłącznie występki z art. 190a § 1 k.k. Trafnie zauważa się, że decyzja ustawodawcy prowadzi do niezrozumiałej sytuacji, w której orzeczenie środka z art. 41a § 1 k.k. będzie możliwe w odniesieniu do sprawcy przestępstwa bezprawnego pozbawienia wolności, natomiast w przypadku zgwałcenia bez użycia przemocy na osobie dorosłej już nie⁶⁸.

Ponadto do znamion dwóch przestępstw przeciwko wolności z rozdziału XXIII k.k. (art. 191 k.k. i 191a k.k.) należy przemoc, co w praktyce oznacza, iż w stosunku do sprawców wskazanych czynów zabronionych można było już w poprzednim stanie prawnym orzekać środek karny określony w art. 41a § 1 k.k. Co więcej, w literaturze przedmiotu słusznie uznaje się, że przestępstwem z użyciem przemocy jest nie tylko czyn zawierający znamię w takiej postaci, ale także czyn, którego sprawca dopuścił się *de facto* działając przy użyciu przemocy⁶⁹. Wobec powyższego stwierdzenia, środek karny z art. 41a § 1 k.k. można było zastosować w przypadku kolejnego przestępstwa przeciwko wolności z rozdziału XXIII k.k., a mianowicie art. 189 k.k.

5. Podsumowanie

O tym, że w pełni zasadna decyzja o wprowadzeniu do Kodeksu karnego art. 190a podjęta została w sposób pobieżny – być może nie do końca przemyślany, świadczą nie tylko ukazane zastrzeżenia wokół redakcji art. 41a § 1 k.k. oraz przyjętego na gruncie art. 190a k.k. zagrożenia karą, ale również

⁶⁷ Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 3553.

⁶⁸ M. Mozgawa, op. cit., s. 9–10.

⁶⁹ R.A. Stefański, op. cit., s. 69.

całkowite pominięcie sygnalizowanych przed podjęciem prac legislacyjnych uwag na temat możliwej nowelizacji art. 237 § 3 k.p.k.⁷⁰ W tym kontekście budzi wątpliwości fakt, że z jednej strony dokonano nowelizacji art. 41a k.k., uwzględniając postulaty zgłoszone w ramach konsultacji społecznych, z drugiej zaś nie podjęto żadnych rozważań na temat potrzeby rozszerzenia katalogu przestępstw, które uprawniają do zastosowania kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania środków dowodowych lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Jak wskazał M. Królikowski, rozstrzygnięcie w powyższym zakresie stanowi pochodną oceny ciężaru wprowadzanego typu przestępstwa⁷¹.

Na zakończenie powyższych rozważań warto jeszcze zauważyć, że – jak wynika ze statystyk policyjnych – w przypadku występkę uporczywego nękania na 1865 postępowań karnych wszczętych w półroczu 2012 roku – 261 umorzono z powodu niewykrycia sprawcy, natomiast w przypadku przywłaszczenia tożsamości – na 217 wszczętych postępowań karnych aż 67 umorzono z powodu niewykrycia sprawcy⁷². Liczby te dość wyraźnie wskazują, iż dopuszczalne formy ścigania sprawców *stalkingu* są w wielu przypadkach niewystarczające.

STRESZCZENIE

Artykuł ma na celu szczegółowe przedstawienie problematyki związanej z przestępstwem *stalkingu* oraz przywłaszczenia tożsamości w polskim prawie karnym. Poddano analizie zarówno ustawowe znamiona obu typów przestępstw, jak i wspólnego dla nich typu kwalifikowanego w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie. Autorka, aprobując decyzję o kryminalizacji *stalkingu*, zwraca uwagę na jej nie w pełni przemyślaną formę i wskazuje na główne, najbardziej relewantne zastrzeżenia.

SUMMARY

The article aims to thoroughly present the issues connected with the crime of stalking and appropriation of identity in the Polish criminal law. The author analyzes both statutory characteristic features of the two crimes and the qualified type that has a consequence common to the two – the victim's suicide attempt. Although the author approves of the decision to criminalize stalking, she points out that its form is not fully thought over and lists the main and most relevant reservations.

⁷⁰ M. Królikowski, op. cit., s. 9.

⁷¹ Ibidem.

⁷² [Http://www.statystyka.policja.pl](http://www.statystyka.policja.pl).

RÉSUMÉ

Cet article a pour but de présenter en détail la problématique d'infraction de *stalking* et d'appropriation de l'identité dans le code pénal polonais. On a analysé des éléments législatifs conformes à ces deux types d'infraction et aussi un élément commun pour les deux qui est d'attenter à sa vie. L'auteur accepte la décision de criminalisation de *stalking* mais il souligne la forme qui n'est pas encore complètement définie et il présente ses plus importantes remarques.

РЕЗЮМЕ

Автор статьи задаётся целью подробно представить проблематику, связанную с преступлением в виде преследования, а также незаконного присвоения идентичности в польском уголовном праве. Анализу подвергнуты как состав обоих видов преступлений, так и общего для них случая, квалифицируемого как покушение жертвы на собственную жизнь. Автор, одобряя решение о криминализации преследования, обращает внимание на его недостаточно продуманную форму и указывает на главные, наиболее актуальные замечания.

ANNA MATUSIAK



PRZEKUPSTWA MENADŻERSKIE

Wprowadzenie

Przepisy zgrupowane w Rozdziale XXXVI k.k. z 1997 r. chronią prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego. Korupcja jest zjawiskiem, które godzi nie tylko w prawidłowe działanie sądów czy organów administracji publicznej, ale również odnosi się do zachowań w ramach podmiotów niepublicznych¹. Niedopuszczalność wielu działań podejmowanych w ramach walki konkurencyjnej stała się podstawą ich penalizacji. Pozyskiwanie kontrahentów, ograniczanie konkurencji za pomocą różnego rodzaju niedopuszczalnych korzyści, osobistych lub majątkowych, zostało spenalizowane w polskim systemie prawnym i nazwane «korupcją w sektorze prywatnym». Na gruncie obowiązującego polskiego prawa karnego regulacje w tym zakresie są ujęte art. 296a k.k., który to penalizuje przestępstwo „łapownictwa menedżerskiego”² zwane też „łapownictwem gospodarczym”³, „przekupstwem gospodarczym” lub „korupcją w obrocie gospodarczym”⁴. Stosowane bywają również takie sformułowania, jak „korupcja menedżerska” czy „korupcja gospodarcza”.

Jeżeli chodzi o typy przekupstwa menadżerskiego, to przepis art. 296a k.k. wyróżnia:

- typ podstawowy gospodarczego przekupstwa biernego (art. 296a § 1),
- typ podstawowy gospodarczego przekupstwa czynnego (art. 296a § 2),
- typ podstawowy gospodarczego przekupstwa czynnego (art. 296a § 3),

¹ Rozważania na temat zakresu różnic pojęciowych wyrażen „korupcja” a „łapownictwo” zob. m.in. w M. Łajtar, *Korupcja to nie tylko łapownictwo*, PG 2001, Nr 30. Na potrzeby niniejszej pracy terminy będą stosowane jednak wymiennie.

² R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. II, Warszawa 2010, s. 1329.

³ P. Kardas, (w:) Marek (red.), *System*, t. 9, s. 487 i n.; R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a)*, Prok. i Pr. 2004, Nr 3, s. 50 i n.; J. Bojarski, T. Oczkowski, *Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2004, Nr 4, s. 80 i n.

⁴ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit, s. 50 i n.; J. Bojarski, T. Oczkowski, *Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2004, Nr 4, s. 80 i n.; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki, *Komentarz...*, op. cit., s. 1329 i n.

- typ kwalifikowany gospodarczego oszustwa biernego (art. 296a § 4), zawierający podstawę zastosowania łagodniejszego wymiaru kary przyjmującą postać wypadku mniejszej wagi (w relacji do typu podstawowego przekupstwa gospodarczego biernego – § 1).
Ponadto w art. 296a § 5 k.k. przepis wskazują klauzulę bezkarności.

I. Korupcja⁵ obrotu gospodarczego w sektorze prywatnym w świetle uregulowań europejskich

Art. 296a § 1 k.k. jest przepisem stosunkowo nowym. Został dodany ustawą z dnia 13.06.2003 r.⁶, która weszła w życie 1.07.2003 r. Obecne brzmienie zostało wprowadzone ustawą z dnia 24.10.2008 r.⁷, która weszła w życie

⁵ Na gruncie ustawodawstwa polskiego definicję korupcji znajdujemy w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym- Ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, z dnia 9 czerwca 2006 r., Dz.U. Nr 104, poz. 708, tj. z dnia 21 maja 2012 r. Dz.U. z 2012 r., poz. 621. W rozumieniu art. 3a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym korupcją jest czyn polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji (art. 3a pkt 1 ustawy o CBA), na żądaniu lub przyjmowaniu przez osobę pełniącą funkcję publiczną bezpośrednio, lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji (art. 3a pkt 2 ustawy o CBA), bądź też popełniany w toku działalności gospodarczej, obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, osobie kierującej jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującej w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub na rzecz jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie (art. 3a pkt 3 ustawy o CBA). Ustawa stanowi również, że korupcją jest także czyn popełniany w toku działalności gospodarczej obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na żądaniu lub przyjmowaniu bezpośrednio lub pośrednio przez osobę kierującą jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującą w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki, jakichkolwiek nienależnych korzyści lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści dla niej samej lub dla jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie (art. 3a ustawy o CBA). Zob. też M. Bożek, *Charakter zadań Centralnego Biura Antykorupcyjnego w świetle ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*, (w:) *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce*, Z. Bielecki, J. Szafranski (red.), Szczytno 2007; J. Bojarski, *Korupcja w prawie karnym*, GS 2000, Nr 2; Dobrowolski, *Korupcja w życiu publicznym*, Zielona Góra 2001; D. Dudek, *Korupcja, prawo karne i konstytucja*, (w:) *Hominum causa omne ius constitution jest*. Księga jubileuszowa ku czci Prof. A. Grześkowiak, red. i wstęp A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak, Lublin 2006.

⁶ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 czerwca 2003 r., Dz.U. Nr 111, poz. 1061, *ratio legis* zob. też P. Kardas, (w:) *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce, System Prawa Karnego Tom 9*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, zob. też tenże: *Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego)*, PS 2002, Nr 7–8.

⁷ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 24 października 2008 r., Dz.U. Nr 214, poz. 1344.

3/2013

18.12.2008 r.⁸ Znowelizowane⁹ brzmienie art. 296a k.k. jest zgodne z międzynarodowymi instrumentami antykorupcyjnymi¹⁰, w szczególności z art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22.07.2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym¹¹. Nowelizacja miała na celu implementację do polskiego porządku m.in. decyzji ramowej 2003/568/WSiSW z 22.07.2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym¹².

Warto poświęcić nieco miejsca tej decyzji¹³. Preambuła dokumentu stanowi, że „Państwa Członkowskie przywiązują szczególną wagę do zwalczania korupcji zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, uznając, że w obu tych sektorach korupcja stanowi zagrożenie dla praworządnego społeczeństwa, a także zakłóca konkurencję w odniesieniu do kupna towarów lub usług oraz hamuje rozwój gospodarczy”. Ponadto sygnatariusze aktu w preambule stwierdzają, że celem podpisanej decyzji ramowej jest „zapewnienie, że zarówno czynna, jak i bierna korupcja w sektorze prywatnym są przestępstwem we wszystkich Państwach Członkowskich oraz że osoby prawne mogą także zostać pociągnięte do odpowiedzialności za takie przestępstwa, oraz że przestępstwa podlegają

⁸ Więcej: M. Melezini, A. Sakowicz, *Nowe regulacje antykorupcyjne a standardy międzynarodowe*, s. 280–281; C. Nowak, *Nowe instrumenty*, s. 91–92.

⁹ Szerzej: M. Iwański, *Nowa postać łapownictwa gospodarczego (po nowelizacji art. 296a § 1 k.k.)*, PiP 2009, Nr 10.

¹⁰ Szerzej: C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008; L.K. Paprzycki, *Korupcja w sektorze prywatnym – w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym – standardy międzynarodowego a prawo polskie*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym. Harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyłudzeń i korupcji; oszustwo informatyczne i przestępstwa w Internecie*, J.C. Ferre Olive (red.), Warszawa 2004.

¹¹ M. Iwański, *Nowa postać łapownictwa gospodarczego (po nowelizacji art. 296a § 1 k.k.)*, PiP 2009, Nr 10, s. 70 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu, A. Adamski, *Opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 4 lipca 2008 r. na zlecenie Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka* (Podkomisja Nadzwyczajna do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 458), Toruń 2008 r., s. 13, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=458> [data dostępu: 17.03.2013]. Warto przypomnieć, że decyzje ramowe, będące instrumentem harmonizacji prawa karnego państw członkowskich Unii Europejskiej, mają charakter ogólny. szerzej: C. Nowak, *Nowe instrumenty prawa międzynarodowego w walce z korupcją a prawo polskie*, PiP 2004, Nr 3; C. Nowak, *Zakres odpowiedzialności za czyny korupcyjne w prawie polskim a zobowiązania międzynarodowe*, PiP 2007, Nr 9; tenże, *Harmonizacja prawa polskiego z prawem Unii Europejskiej w zakresie korupcji – ujęcie teoretyczne*, (w:) *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i karnych*, (red.) W. Czaplińskiego, A. Wróbla, Warszawa 2007; tenże, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008. Określają jedynie cele harmonizacji określonych w nich norm, pozostawiając tym samym rządów poszczególnych państw swobodę wyboru formy i środków ich implementacji do porządku krajowego. Zob. więcej: M. Melezini, A. Sakowicz, *Nowe regulacje antykorupcyjne a standardy międzynarodowe*, (w:) *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r.*, T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyka (red.), Lublin 2006. Decyzja ramowa jest zatem wiążąca dla Państw Członkowskich co do wyniku do osiągnięcia i pozostawia organom krajowym swobodę decyzji w kwestii formy i środków do jej wprowadzenia. Szerzej: C. Nowak, *Harmonizacja prawa polskiego...*, op. cit.

¹² B. Nita, *Opinia Biura Analiz Sejmowych na zlecenie Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (Podkomisja Nadzwyczajna do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 458) z dnia 3 lipca 2008, Kraków 2008, s. 1, źródło: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=458> [data dostępu 14.03.2013].*

¹³ Zob. też: K. Witkowska, *Unijne Nie dla korupcji, czyli jak słowem życiem walczy się z korupcją w Unii Europejskiej*, EP 2007, Nr 12.

skutecznym, proporcjonalnym i odstrasżającym karom”. Wspomniana decyzja ramowa uznaje za czynną korupcję w sektorze prywatnym „obiecywanie, oferowanie lub przekazywanie, bezpośrednio lub przez pośrednika, osobie, która sprawując jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracując, nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, z przeznaczeniem dla tej osoby lub dla strony trzeciej, w takim celu, aby ta osoba podjęła działania lub powstrzymała się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby” (art. 2 ust. 1 pkt a)¹⁴. Bierną natomiast definiuje jako „żądanie lub otrzymywanie – bezpośrednio lub przez pośrednika nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, lub też przyjmowanie obietnicy takiej korzyści, z przeznaczeniem dla siebie lub strony trzeciej, przy zarządzaniu podmiotem w sektorze prywatnym lub wykonywaniu w nim pracy na jakimkolwiek stanowisku, w celu podjęcia działań lub powstrzymania się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby” (art. 2 ust. 1 pkt a)¹⁵.

Kolejnym aktem prawa międzynarodowego definiującym pojęcie korupcji czynnej i biernej w sektorze prywatnym, do którego warto się odnieść, jest podpisana przez Polskę w 1999 roku prawokarna konwencja o korupcji¹⁶. Państwa-strony Konwencji uznały za przekupstwo czynne takie umyślne czyny popełniane w toku działalności gospodarczej, które polegają na obiecывaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, każdej osobie kierującej lub pracującej w jakimkolwiek charakterze, na rzecz jakiegokolwiek podmiotu należącego do sektora prywatnego, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub na rzecz jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki (art. 7 Prawnokarna Konwencja o Korupcji)¹⁷. Przekupstwo bierne zostało zdefiniowane jako czyn popełniany w toku działalności gospodarczej¹⁸, polegający na żądaniu lub przyjmowaniu bezpośrednio lub pośrednio przez każdą osobę kierującą lub pracującą w jakimkolwiek charakterze na rzecz jakiegokolwiek podmiotu należącego do sektora prywatnego, jakichkolwiek nienależnych korzyści, lub akceptowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki (art. 8 Prawnokarna Konwencja o Korupcji)¹⁹.

¹⁴ Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym

¹⁵ Wskazana decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym penalizowała korupcję bierną w sposób szerszy niż czynił to poprzednio obowiązujący przepis art. 296a k.k. przed nowelizacją z 24 października 2008 r.

¹⁶ Prawnokarna konwencja o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r., Dz.U. 2005 Nr 29, poz. 249, ustawa o ratyfikacji Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonej w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r. z dnia 5 czerwca 2002 r., Dz.U. Nr 126, poz. 1066. Zob. też: ustawa o ratyfikacji Cywilnoprawnej Konwencji o korupcji, z dnia 28 lutego 2002 r., Dz.U. Nr 41, poz. 359.

¹⁷ Prawnokarna konwencja o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r., Dz.U. 2005 Nr 29, poz. 249.

¹⁸ Szerzej: O. Górniok, „Działalność gospodarcza” jako znamię przestępstwa korupcji gospodarczej, PS 2006, Nr 10.

¹⁹ Prawnokarna konwencja o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r., Dz.U. 2005 Nr 29, poz. 249.

Ponadto w 2003 roku Polska podpisała również Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji²⁰, zgodnie z którą, w celu zapobiegania korupcji w sektorze prywatnym, państwa sygnatariusze zobowiązują się podnoszenia standardów księgowych i rewizyjnych w sektorze prywatnym oraz „w odpowiednim zakresie, zapewnienia skutecznych, współmiernych i zniechęcających sankcji cywilnych, administracyjnych lub karnych za niestosowanie się do takich środków²¹” (art. 12 Konwencji)²².

II. Przedmiot ochrony

Należy uznać, że *ratio legis* art. 296a k.k. jest wyeliminowanie korupcji z obrotu gospodarczego²³. W świetle art. 296a k.k. dobrem chronionym jest uczciwość obrotu gospodarczego, a szczególnie uczciwa konkurencja i zaufanie do przedsiębiorców²⁴, jak również interesy gospodarcze przedsiębiorstwa, z którym jest związany zawodowo sprawca²⁵. Pojęcie „obróć gospodarczy” odnosi się zarówno do wymiany dóbr i usług odbywającej się za pośrednictwem pieniądza, jak i towarzyszącym temu bądź powstającym w jej procesie stosunkom prawnym pomiędzy jej podmiotami²⁶. Za przedmiot ochrony należy uznać prawidłowy, rzetelny i uczciwy obrót gospodarczy, w którym funkcjonują uczciwe zasady gry rynkowej a decyzje gospodarcze podejmowane są na podstawie interesu ekonomicznego kontrahentów²⁷. J. Potulski słusznie odnotowuje, że zachowanie, które jest podejmowane nie ze względu na interes ekonomiczny, ale np. ze względów osobistych samo w sobie nie jest penalizowane, jeśli nie wypełnia znamion któregośkolwiek z typów czynów zabronionych²⁸. Mówiąc inaczej, oznacza to, że nie każde świadomie nieracjonalne zachowanie podejmowane w ramach działalności

²⁰ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji z dnia 31 października 2003 r., Dz.U. 2007 Nr 84, poz. 563

²¹ Ibidem.

²² Wyżej wymienione akty prawa międzynarodowego oczywiście nie wyczerpują tematu uregulowań międzynarodowych dotyczących korupcji jednakże jako że nie jest to tematem niniejszej pracy sensu stricto na tym kończy się rozważania w tym zakresie wymienając jedynie tytułem przykładu inne umowy:

Ustawa o ratyfikacji Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 31 października 2003 r., z dnia 12 maja 2006 r., Dz.U. Nr 126, poz. 873, Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych <http://www.mg.gov.pl/Wspolpraca+miedzynarodowa/Miedzynarodowe+organizacje+gospodarcze/Wspolpraca+z+OECD/Walka+z+korupcja> [data dostępu 21.03.2013],

²³ Por. R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, s. 1330.

²⁴ J. Bojarski, T. Oczkowski, *Penalizacja...*, op. cit., s. 82.

²⁵ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. II, s. 1333.

²⁶ K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 17.

²⁷ J. Potulski, (w:) Komentarz do art. 296a, R. Stefański (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2013, Legalis.

²⁸ Ibidem.

gospodarczej wiąże się z odpowiedzialnością karną czy nawet karnoskarbową²⁹. R.A. Stefański podkreśla, że art. 296a k.k. chroni także interes publiczny jako szeroko rozumiane interesy konsumentów – nabywców towarów, usług lub świadczeń³⁰. Takiego zdania jest także P. Kardas³¹. J. Potulski twierdzi, że za indywidualny przedmiot ochrony przestępstwa – o którym mowa w art. 296a k.k. – należy uznać po pierwsze interes „jednostki organizacyjnej”, co w praktyce przeważnie odnosi się do osoby prawnej – do przedsiębiorcy, a z drugiej strony dobro prawne, jakim jest równość podmiotów gospodarczych na rynku konkurencyjnym³².

Termin „jednostka organizacyjna” rozumiem szeroko jako wyrażenie, które swoim zakresem obejmuje wszelkiego rodzaju struktury organizacyjne, za pomocą których może być prowadzona działalność gospodarcza³³. Artykuł nie precyzuje formy prawnej jednostki organizacyjnej. Nie wiąże również pojęcia z jakąkolwiek formą organizacyjną poprzez którą działalność gospodarcza może być realizowana. Idąc dalej, można przyjąć, że dla uznania danego podmiotu za jednostkę organizacyjną nie jest bynajmniej konieczne ani posiadanie przez podmiot osobowości prawnej czy też zdolności prawnej. Nie jest również konieczne istnienie szczególnych regulacji prawnych, określających zasady tworzenia takich jednostek i sposobu ich funkcjonowania. Należy tym samym przyjąć, że jednostką organizacyjną w rozumieniu omawianego przepisu będą wszystkie spółki prawa handlowego uregulowane w KSH, tj. zarówno spółki osobowe i kapitałowe, jak i przedsiębiorstwa państwowe, fundacje, stowarzyszenia i spółdzielnie. Co więcej, za jednostkę organizacyjną uznać należy także spółkę cywilną³⁴. Jednostką organizacyjną w równym stopniu jest zorganizowana struktura, która jako całość wykonuje działalność gospodarczą, jak wyodrębnione organizacyjnie części składowe, takie jak oddziały, wydziały, zakłady itd.³⁵. Jak zauważa P. Kardas, wyrażenie „jednostka organizacyjna wykonująca działalność gospodarczą” odnosić należy do wszelkich form prowadzenia tej działalności, jednakże w przypadku osób fizycznych wymaga to istnienia „przynajmniej minimalnej struktury organizacyjnej będącej przedsiębiorstwem w znaczeniu funkcjonalnym”³⁶.

J. Skorupka uważa, że indywidualnym przedmiotem karnoprawnej ochrony jest dobro prawne przysługujące konkretnej osobie, tj. pokrzywdzonemu³⁷. Jego zdaniem,

²⁹ J. Potulski, (w:) R. Stefański, *Komentarz...*, op. cit.

³⁰ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 51.

³¹ P. Kardas, (w:) Zoll, *Kodeks karny*, t. III, 2006, s. 584.

³² J. Potulski, (w:) R. Stefański, *Komentarz...*, op. cit.

³³ Por. P. Kardas, (w:) R. Zawłocki (red.), *System prawa karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, Warszawa 2011, s. 502–503.

³⁴ Która przecież jest „jedynie” umową cywilnoprawną a nie spółką w rozumieniu KSH; szerzej m.in. A. Jędrzejewska *Istota spółki cywilnej jako podmiotu gospodarczego*, PPH 1993, Nr 5, też: *Podmiotowość prawna spółki cywilnej będącej podmiotem gospodarczym*, PPH 1993, Nr 7.

³⁵ Por. O. Górniok, (w:) *Kodeks karny*, s. 433.

³⁶ P. Kardas, (w:) A. Marek (red.), *System...*, op. cit., t. 9, s. 504.

³⁷ J. Skorupka, (w:) *Prawo karne gospodarcze, System prawa handlowego, Tom 10*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2012, s. 348.

tak ujęte dobro prawne stanowi „swoistą indywidualizację rodzajowego dobra prawnego, a zatem zamach na indywidualne dobro prawne stanowi jednocześnie zamach na obrót gospodarczy, będący rodzajowym przedmiotem ochrony w przepisach zawartych w Rozdziale XXXVI k.k.”³⁸. Wydaje się trafne uznanie, że bezpośrednim przedmiotem ochrony przepisu – o którym mowa – jest, poza interesem jednostek organizacyjnych wykonujących działalność gospodarczą oraz ich klientów, także interes publiczny. J. Skorupka definiuje, że celem przepisu jest wyeliminowanie z działalności gospodarczej zachowań o charakterze korupcyjnym mogących spowodować jednostce prowadzącej działalność gospodarczą szkodę majątkową, stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji bądź też niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia³⁹. Należy stwierdzić, że omawiany przepis chroni nie tylko funkcjonowanie jednostek prowadzących działalność gospodarczą, ale również indywidualne interesy odbiorców i nabywców towarów, usług lub świadczeń⁴⁰. Jak odnotowuje J. Skorupka, w zależności od rodzaju działalności gospodarczej czy też konkretnej czynności gospodarczej, indywidualne dobro prawne rozumiane jako interes gospodarczy uczestnika obrotu gospodarczego, może przybrać różne postacie⁴¹. Przedmiot ochrony przestępstw typizowanych w poszczególnych paragrafach art. 296a jest tożsamy⁴².

Jak wspomniano powyżej, odmiany łapownictwa menedżerskiego: bierna i czynna⁴³ występują zarówno w typie podstawowym (§ 1 i 2), jak i w wypadku mniejszej wagi (§ 3 w zw. z § 1 i 2). Forma czynna występuje ponadto w typie kwalifikowanym (§ 4).

III. Podmiot ochrony

1. Podmiot łapownictwa biernego – pełnienie funkcji kierowniczej

Przestępstwo skodyfikowane w art. 296a § 1 k.k. jest przestępstwem indywidualnym właściwym (*delictum proprium*). Podmiotem tego przestępstwa może być wyłącznie osoba spełniająca kryteria określone w omawianym przepisie⁴⁴. Może to być zatem osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą bądź też osoba pozostająca w wymienioną jednostką w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło. Oznacza to tym samym, że sprawcą przestępstwa gospodarczego łapownictwa biernego

³⁸ Ibidem.

³⁹ Zob. też R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 51.

⁴⁰ Por. R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej*, s. 51.

⁴¹ J. Skorupka, (w:) *Prawo karne gospodarcze...*, op. cit., s. 348.

⁴² zob. R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki, *Kodeks karny*, t. II, 2010, s. 1332.

⁴³ Szerzej: P. Wiatrowski, *Łapownictwo czynne i warunki niekaralności jego sprawcy w kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 2008, Nr 7–8.

⁴⁴ Szerzej: L. Gardocki, *O podmiocie łapownictwa* (w związku z głosem prof. W. Woltera), PiP 1971, Nr 5, H. Popławski, M. Surkont, *Podmioty łapownictwa*, NP 1971, Nr 6.

może być zarówno osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą, która z racji pełnienia tej funkcji ma kompetencje do podejmowania decyzji wpływających na sposób funkcjonowania tejże jednostki, jak i osoba związana z taką jednostką organizacyjną poprzez fakt pozostawania w stosunku pracy, zlecenia czy też umowy o dzieło. Pełnienie funkcji kierowniczej powinno być ustalane na podstawie struktury organizacyjnej pokrzywdzonej jednostki, z uwzględnieniem zakresu kompetencji sprawcy, które to powinny mieć charakter władczy, związany z podejmowaniem decyzji⁴⁵. W literaturze wskazuje się, że osobą pełniącą funkcję kierowniczą jest osoba zarządzająca spółką, przedsiębiorstwem bądź też innym podmiotem gospodarczym lub jego oddziałem. Chodzi o taką osobę, która ma istotny wpływ na podejmowanie decyzji w jednostce, stoi na czele zespołu, jest uprawniona do kierowania zespołem, do wskazywania sposobu postępowania⁴⁶, do określenia celów i egzekwowania ich realizacji. Osobami, które pełnią funkcje kierownicze, z pewnością są: prezes, wiceprezes, przewodniczący rady nadzorczej, kierownik oddziału, dyrektor i zastępca dyrektora⁴⁷. Za takie osoby uważa się także prokurenta, radcę prawnego, likwidatora oraz główną księgową⁴⁸. O tym, czy daną osobę można zaliczyć do kategorii osób pełniących funkcję kierowniczą, decyduje zakres posiadanych przez nią uprawnień. Chodzi tu jednak również o faktyczny wpływ na podejmowane decyzje w spółce czy jednostce. Jak zauważa R.A. Stefański, nie chodzi o jakikolwiek wpływ, ale o to, aby był znaczący⁴⁹.

Istnienie stosunku pracy, zlecenia lub umowy o dzieło powinno być określane na podstawie odpowiednich przepisów regulujących te instytucje. Warto odnotować, że zgodnie z brzmieniem art. 296a § 1 k.k. nie jest konieczne, aby osoba – o której mowa w przepisie – posiadała przymiot, jakim jest możliwość wywierania istotnego wpływu na podejmowane w jednostce organizacyjnej decyzje bądź to funkcję kierowniczą⁵⁰. Brak takiego wymogu można wysnuć wprost z faktu pominięcia w obecnym brzmieniu przepisu wyrażonego w pierwotnym brzmieniu warunku, aby osoba sprawcy „z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji miała istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki⁵¹”. Zamach na chronione dobro prawne jest bowiem związany

⁴⁵ M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1234.

⁴⁶ M. Bojarski, (w:) J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górnioł, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik., R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2012, s. 1284.

⁴⁷ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 61.

⁴⁸ M. Bojarski, (w:) J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górnioł, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik., R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks...*, op. cit., s. 1284.

⁴⁹ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 63.

⁵⁰ Por. R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, s. 1343.

⁵¹ Zob. M. Iwański, *Nowa postać łapownictwa gospodarczego*, s. 72.

w tych przypadkach zawsze ze szczególnym umocowaniem podmiotu sprawczego, pozwalającym charakteryzować się jako specyficzne cechy, których wystąpienie po stronie sprawcy warunkuje odpowiedzialność karną⁵².

2. Podmiot łapownictwa czynnego

Podmiotem czynnego łapownictwa⁵³ gospodarczego może być każda osoba zdolna do odpowiedzialności karnej. Jest to zatem przestępstwo powszechne. Zaliczane jest do przestępstw ogólnospawczych⁵⁴ (*delictum commune*), co oznacza, że jego sprawcą może być każdy. W doktrynie podnosi się, że przeważnie jest to osoba, która reprezentuje podmiot gospodarczy zainteresowany korzyściami, „które mogą wynikać z zachowania, w związku z którym została udzielona korzyść lub złożona jej obietnica”⁵⁵.

IV. Strona przedmiotowa

1. Strona przedmiotowa przekupstwa biernego

Zachowanie przestępne przekupstwa biernego polega na przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy w zamian za nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie ciążącego obowiązku mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia (art. 296a § 1).

1) Obietnica korzyści

Obietnica udzielenia łapówki polega na uczynieniu innej osobie obietnicy, w dowolnej w formie, udzielenia korzyści. Obietnica nie musi być precyzyjnie określona. Wystarczające jest uzewnętrznienie zamiaru udzielenia takiej korzyści⁵⁶. Istotne jest, aby z treści obietnicy bezspornie wynikało, że chodzi o rzeczywisty zamiar udzielenia łapówki w zamian za określone, ekwiwalentne zachowanie. Jak uznał SN, może być ona wyrażona w sposób bezpośredni przez słowne zaferowanie lub w sposób dorozumiany, np. gestem⁵⁷. Jak zauważa R.A. Stefański, przyjęcie obietnicy korzyści „polega na zaakceptowaniu przez sprawcę przyrzeczenia udzielenia którejkolwiek korzyści”⁵⁸. Znamionami czyn-

⁵² Zob. szerzej O. Górniok, *Odpowiedzialność karna menadżerów*, s. 68–69.

⁵³ Zob. uwagi na temat pojęcia: H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa*, Warszawa 1972, s. 97–109; M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 110–119; P. Palka, M. Reut, *Korupcja w nowym Kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 28–33.

⁵⁴ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 63.

⁵⁵ A. Marek, *Prawo karne...*, s. 563.

⁵⁶ P. Zaczek, *Przestępstwo przekupstwa menedżerskiego art. 296a k.k. (cz. 1)*, Fiskus 2007, Nr 7.

⁵⁷ Wyrok SN z 5 listopada 1997 r., V KKN 105/97, OSP 1998, nr 3.

⁵⁸ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej* (art. 296a), Prok. i Pr. 2004, Nr 3, s. 53.

nościowymi z art. 296a § 1 k.k. są żądanie oraz przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy⁵⁹. Ustawodawca, penalizując przekupstwo menadżerskie, przewidział dwa możliwe rodzaje korzyści: majątkową lub osobistą⁶⁰.

2) Korzyść majątkowa

Przez korzyść majątkową należy rozumieć każde przysporzenie majątku albo uniknięcie strat lub zmniejszenie obciążeń majątku.⁶¹ Taką korzyścią jest przysporzenie majątku bądź przez zwiększenie aktywów, np. możliwość sprzedaży wytwarzanych towarów po wyższych cenach, bądź też przez zmniejszenie pasywów⁶², np. obniżenie podatku⁶³. Korzyścią majątkową jest przysporzenie majątku albo uniknięcie strat lub zmniejszenie obciążeń majątku⁶⁴. A. Marek precyzuje, że może to być nie tylko świadczenie pieniężne, ale także darowizna rzeczy, udzielenie pożyczki, cesja wierzytelności itp⁶⁵. Korzyść lub jej obietnica może być przyjęta przed spełnieniem świadczenia, jak i potem⁶⁶. Korzyścią majątkową jest dobro, za pomocą którego można zaspokoić potrzebę materialną; zawiera także wartość ekonomiczną⁶⁷. R.A. Stefański precyzuje, że chodzi o korzyści nie tylko osiąmane przez sprawcę dla siebie, ale także dla kogo innego, np. dla żony lub innego członka rodziny⁶⁸, za czym przemawia też rozumienie korzyści majątkowej zdefiniowane wprost przez ustawodawcę w art. 115§ 4 k.k.⁶⁹

3) Korzyść osobista

Korzyścią majątkową lub osobistą⁷⁰ jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego (115§ 4 k.k.). Oznacza to tym samym, że przepis ma doprowadzić do wyeliminowania takich kierunków interpretacyjnych, które wiązałyby pojęcie korzyści

⁵⁹ Szerzej: Z. Sobolewski, *Łapówka jako korzyść majątkowa lub osobista*, NP 1964, Nr 3, s. 220–227.

⁶⁰ Szerzej m.in. P. Wiatrowski, *Pojęcie korzyści majątkowej i osobistej w kontekście znamion przestępstwa łapownictwa*, PS 2007, Nr 7–8.

⁶¹ Wyr. SA w Łodzi z 30.12.1998 r., II AKa 240/98, niepubl. fragm.: „(...) uznać trzeba, że oskarżona współdziałając z innymi osobami w zbywaniu kradzionych samochodów i przewożąc je poza granice Polski działała w celu przysporzenia tym osobom wartości majątkowych i to niezależnie od faktu, czy osoby te rzeczywiście taką korzyść odniosły”.

⁶² Wyr. SN z 19.3.2008 r., V k.k. 363/07, Prok. i Pr. – wkł. 2008, Nr 9, poz. 7.

⁶³ B. Stefańska, (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2013 (komentarz do art. 228 k.k.), Legalis [data dostępu: 20.03.2013 r.].

⁶⁴ Uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r. – VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24 z glosą K. Daszkiewicz, NP 1980, nr 11–12, s. 213 i nast.; wyrok SA w Łodzi z dnia 30 grudnia 1998 r. – II AKa 240/98, Biuletyn Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi 1999, nr 8, s. 3, wyr. SA w Warszawie z 8.4.2005 r., II AKa 74/05, OSA 2005, Nr 10, poz. 71.

⁶⁵ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 619.

⁶⁶ B. Mił, *Wprowadzenie*, (w:) *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r.*, Kraków 2003, s. 174.

⁶⁷ P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 30.

⁶⁸ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 52.

⁶⁹ Szerzej m.in.: O. Górniok, *O pojęciu korzyści majątkowej w kodeksie karnym*, PiP 1978, Nr 4, J. Waszczyński, *O korzyści majątkowej w prawie karnym*, PiP 1981, Nr 1.

⁷⁰ Kodeks Karny odnosi się do pojęcia korzyści osobistej w art.: 115 § 22 oraz art. 199 § 3, art. 228 § 1, 3, 4 i 6, art. 229 § 1, 3, 5 i 6, art. 230 § 1, art. 230a § 1 i 3, art. 231 § 2, art. 250a § 1 i 2, art. 264a § 1, art. 271 § 3, art. 296a § 1, 2 i 5.

(bez znaczenia czy to majątkowej, czy osobistej) wyłącznie z korzyścią dla sprawcy⁷¹. Skoro uznaje się, że korzyścią majątkową jest taka korzyść, którą można wyrazić w pieniądzu⁷², to *a contratio* należy stwierdzić, iż korzyścią osobistą jest korzyść niemierzalna za pomocą środków pieniężnych. W tym aspekcie w doktrynie pojawiają się dwie możliwości rozumienia pojęcia. Punktem wyjścia jest właśnie kryterium pieniężnej wymierności, co pozwala na precyzyjne i obiektywne rozróżnianie korzyści osobistej od majątkowej. Zgodnie z pierwszym poglądem korzyścią majątkową jest korzyść, która jest w stanie zaspokoić potrzebę materialną. Oznacza to zatem, że w sytuacji, kiedy dana korzyść nie jest w stanie zaspokoić potrzeby materialnej, wówczas jest ona korzyścią osobistą⁷³. Według drugiego poglądu, korzyścią majątkową jest taka korzyść, która zaspokaja potrzebę materialną w stopniu większym niż niematerialną. W konsekwencji oznacza to, że zaspokojenie w większym stopniu potrzeby niematerialnej każe zakwalifikować daną korzyść jako osobistą⁷⁴. Różnicę między korzyścią majątkową a osobistą w interesujący i obrazowy sposób przedstawia P. Daniluk, posługując się przykładem zaoferowania komuś darmowej usługi seksualnej prostytutki⁷⁵. Przekonuje: pomimo że wykonana usługa będzie służyła zaspokojeniu potrzeby ściśle osobistej, jednak z punktu widzenia kryterium pieniężnej wymierności będzie należało ją sklasyfikować jako korzyść majątkową. Korzyść ta bowiem polega, jak tłumaczy P. Daniluk, na zaoszczędzeniu wydatku, jaki dana osoba musiałaby ponieść, aby uzyskać tę usługę z własnych środków⁷⁶. Należy przez to rozumieć, że korzyść przeliczalna na pieniądzu zawsze jest korzyścią majątkową. Bez znaczenia jest to, w jaki sposób została spożytkowana. Majątkowego charakteru korzyści nie zmienia w szczególności fakt, że służyła ona zaspokojeniu potrzeby ściśle osobistej⁷⁷. Jak definiuje A. Marek, korzyścią osobistą jest świadczenie o charakterze niemajątkowym „mającym znaczenie dla przyjmującego, polepszającym jego sytuację, np. awans zawodowy, przyznanie odznaczenia”⁷⁸.

4) Czyn nieuczciwej konkurencji

Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji należy rozumieć zgodnie z art. 3–17d ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁷⁹. Przede wszystkim

⁷¹ Zob. J. Majewski, (w:) A. Zoll, *Kodeks karny*, t. I, 2007, s. 1182.

⁷² Zob. np. W. Dubis, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), Warszawa 2008, s. 663; K. Kołakowski, (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania, t. I*, (red.) G. Bieniek, Warszawa 2005, s. 209.

⁷³ Zob. O. Górniok, M. Filar, (w:) M. Filar, *Kodeks karny*, 2008, s. 518.

⁷⁴ Zob. M. Kulik, (w:) Mozgawa, *Kodeks karny*, 2006, s. 227.

⁷⁵ P. Daniluk, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), Warszawa 2013, (komentarz do art. 115), Legalis [data dostępu: 22.03.2013 r.], Legalis.

⁷⁶ P. Daniluk, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), op. cit. [data dostępu: 23.03.2013 r.]

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*. Warszawa 1999, s. 204; R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 52.

⁷⁹ T.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., szerzej m.in.: E. Nowińska, E. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2001; J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej*

czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)⁸⁰. W szczególności za tego typu czyny uznaje się wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)⁸¹. Tego typu działanie może, oczywiście, prowadzić do wystąpienia szkody⁸².

5) Szkada majątkowa

W znamionach czynnościowych przestępstwa przekupstwa menadżerskiego jest mowa alternatywnie o zachowaniach mogących wyrządzić szkodę majątkową jednostce albo zachowaniu stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalnej czynności preferencyjnej na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia (art. 296a § 1). Takie ujęcie powoduje, że wystąpienie szkody w jednostce nie jest konieczne, a chodzi już nawet o sytuację, w której samo zachowanie mogłoby ją wyrządzić⁸³. Oznacza to, że nie jest potrzebny skutek w postaci wyrządzenia szkody, a wystarczającym do realizowania znamion przestępstwa w tym zakresie jest jedynie zachowanie się mogące powodować możliwość wystąpienia szkody. Nie chodzi zatem o tzw. efektywną szkodę⁸⁴. Fakt, czy określone zachowanie mogło wyrządzić szkodę, czy też nie, podlega ocenie przy zastosowaniu kryteriów obiektywnych, a nie subiektywnych sprawy⁸⁵. Przez szkodę majątkową należy rozumieć zarówno efektywną stratę (*damnum emergens*)⁸⁶, jak i utracone

konkurencji. Komentarz, Warszawa 2013, B. Gadek., *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Kraków 2003, z. 85.

⁸⁰ Szerzej m.in. J. Szwaja, (w:) M. Kępiński, M. Mozgawa, M. Poźniak-Niedzielska, T. Skoczny, S. Sołtyśiński, J. Szwaja, I. Wiśniewska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2000.

⁸¹ Szerzej m.in.: E. Nowińska, E. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2001; B. Gadek, *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Kraków 2003, z. 85; R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 55–59.

⁸² Zob. m.in.: Szkada w postaci *lucrum cessans* wynika w następstwie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, z dnia 11 października 2001 r., II CKN 578/99, OSNC 2002 nr 6, poz. 83, s. 76; OSP 2002 nr 6, poz. 83; PG 2002 nr 6, s. 23; MoP 2002 nr 4, s. 177; Biul. SN 2001 nr 12, s. 10, Legalis.

⁸³ Więcej: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.

⁸⁴ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 54.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Strata to zmniejszenie wartości majątku poszkodowanego, które nastąpiło do chwili zakończenia oddziaływania czynnika szkodzącego, utracone korzyści to zyski, jakie poszkodowany mógłby osiągnąć

korzyści (*lucrum cessans*)⁸⁷. Jak uznał Sąd Najwyższy, szkodą majątkową „jest każdy uszczerbek w majątku poszkodowanego”⁸⁸. Zdaniem SN, musi mieć jednak charakter rzeczywisty, nie hipotetyczny, spodziewany lub „odłożony” w czasie⁸⁹.

Znamieniem typu kwalifikowanego biernego łapownictwa gospodarczego z art. 296a § 4 k.k. jest wyrządzenie przez sprawcę znacznej szkody majątkowej. Chodzi tu o taką szkodę, której doznać może zarówno jednostka, z którą związany jest zawodowo sprawca, ale nie tylko. Może to być jakakolwiek inna jednostka. Szkada bowiem jest skutkiem czynu, a nie następstwem – o którym mowa w art. 9 § 3 k.k. – a co za tym idzie musi być objęta zamiarem bezpośrednim albo ewentualnym.

6) Czynność preferencyjna

Czynność preferencyjna polega na bezpodstawnym korzystniejszym potraktowaniu innego podmiotu niż jednostki macierzystej⁹⁰. Warto wyraźnie podkreślić, że dla dokonania przestępstwa nie ma znaczenia, czy sprawca wywiązał się ze świadczenia będącego ekwiwalentem łapówki⁹¹, czy też nie. Co więcej, bez znaczenia dla bytu przestępstwa jest nawet to, czy miał taki zamiar⁹². Jak twierdzi M. Gałązka, ten swoistego rodzaju ekwiwalent stanowi bowiem jedynie „przedmiot porozumienia sprawcy z przekupującą go osobą”⁹³.

2. Strona przedmiotowa przekupstwa czynnego

Przekupstwem gospodarczym czynnym jest udzielenie albo złożenie obietnicy udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej pełniącej funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub pozostając z nią

w przyszłości, gdyby oddziaływanie czynnika szkodzącego nie miało miejsca. Zob. też art. 361 k.c. K.c. nie zawiera legalnej definicji pojęcia „szkody”. Uznaje się jednak, że przez termin „szkada” należy rozumieć różnicę pomiędzy stanem majątku poszkodowanego a stanem, jaki istniałby, gdyby brak było czynnika szkodzącego (tj. np. czynu niedozwolonego lub niewykonania zobowiązania). Z punktu widzenia prawa cywilnego powstanie szkody jest jedną z trzech przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Szerzej m.in.: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.

⁸⁷ Na temat „*lucrum cessans*” zob. m.in. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 4 października 2007 r. V CSK 188/07, „Ustalanie szkody w postaci *lucrum cessans* metodą porównawczą”, Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 26 listopada 2004 r. I CK 300/04 „Szkoda w postaci *lucrum cessans* wynikała w następstwie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji”, a także: wyr. SN z 21.6.2002 r., IV CKN 382/00, MoP 2003, Nr 1, s. 33; wyr. SN z 3.10.1979 r., II CR 304/79, OSNC 1980, Nr 9, poz. 164; wyr. SN z 28.1.1999 r., III CKN 133/98, Legalis; wyr. SN z 28.4.2004 r., III CK 495/02, Legalis, wyr. SN z 24.5.2007 r., II CSK 52/07, Legalis; wyr. SN z 4.2.2005 r., I CK 569/04, Legalis.

⁸⁸ Postanowienie SN Izba Cywilna z dnia 10 grudnia 2010 r. III CNP 48/10, Szkada majątkowa uzasadniająca wniesienie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. II, s. 1337.

⁹¹ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 53.

⁹² M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1234.

⁹³ Ibidem.

w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło, udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciężącego na nim obowiązku mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia (296a § 2 k.k.). Bezsporne jest, że łapownictwo czynne ściśle się wiąże z łapownictwem biernym. Warto też odnotować, że obietnica udzielenia korzyści i sama korzyść nie muszą być precyzyjnie określone. Nie musi to być wyrażone w sposób bezpośredni, słowny. Wystarczające jest, jak uznał SN, „uzewnętrznienie zamiaru udzielenia w sposób dorozumiały np. poprzez wykonanie określonego gestu”⁹⁴. Jak zauważa R.A. Stefański, „znamiona czasownikowe zostały określone w sposób alternatywy nierozłącznej”⁹⁵. Oznacza to, że zachowanie sprawcze może polegać albo na złożeniu obietnicy, albo na udzieleniu korzyści majątkowej lub osobistej, albo na złożeniu obietnicy i udzieleniu korzyści.

V. Strona podmiotowa

Przestępstwo łapownictwa menadżerskiego biernego może być popełnione jedynie z winy umyślnej, przy czym, jak zauważa R. Zawłocki, sprawca nie musi mieć woli wywiązania się ze świadczenia będącego ekwiwalentem łapówki⁹⁶. Z tego właśnie powodu nie można wykluczyć po jego stronie zamiaru ewentualnego, którego treść polegałaby na przewidywaniu możliwości, że przyjmowana korzyść bądź jej obietnica jest zapłatą za czyn określony w przepisie art. 296a k.k. i godzeniu się na to. Jak trafnie zauważa M. Gałązka, zamiar ewentualny nie jest jednak możliwy przy realizacji znamienia czasownikowego polegającego na żądaniu⁹⁷. Przestępstwo z art. 296a § 2 k.k. może być popełnione tylko z winy umyślnej. Motywacja zdaje się tu wykluczać zamiar ewentualny⁹⁸. Znamiona czynnościowe określone w art. 296a § 2 k.k., tj. udzielenie oraz obietnica udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej, mają takie samo znaczenie jak w art. 229 k.k. Korzyść bądź obietnica jej otrzymania jest udzielana w zamian za ekwiwalent określony w opisie biernego łapownictwa gospodarczego⁹⁹. To wspomniany ekwiwalent jest treścią motywacji sprawcy i należy do strony podmiotowej¹⁰⁰.

⁹⁴ Wyrok SN z dnia 5 listopada 1997 r., V KKN 105/97, OSP 1998, nr 3, poz. 68.

⁹⁵ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 62.

⁹⁶ R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. II, s. 1345.

⁹⁷ M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1234.

⁹⁸ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji*, s. 63; inaczej P. Kardas, (w:) Marek (red.), *System*, t. 9, s. 510–511; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, op. cit., s. 1346.

⁹⁹ M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 1235.

¹⁰⁰ Zob. też: A. Wiśniewski, *Strona podmiotowa korupcji w sektorze prywatnym*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym. Harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyłudzeń i korupcji; oszustwo informatyczne i przestępstwa w Internecie*, Warszawa 2004.

VI. Wypadek mniejszej wagi

O tym, czy zachodzi przewidziany w art. 296a § 3 k.k. wypadek mniejszej wagi, należy rozstrzygać według podobnych kryteriów, co przy łapownictwie (art. 228–229 k.k.). W wypadku mniejszej wagi sprawca czynu podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jak zauważa B. Stefańska „o uznaniu czynu za wypadek mniejszej wagi decydują okoliczności jego popełnienia w konkretnej sytuacji”¹⁰¹. Bezsporne jest uznanie, że wypadkiem mniejszej wagi są takie okoliczności, jak: niewielka korzyść majątkowa, funkcja o niewielkim stopniu odpowiedzialności, rodzaj czynności, w związku z którą przyjęto korzyść albo jej obietnicę¹⁰². Jak uznał SN, „o zakwalifikowaniu zachowania jako przypadku mniejszej wagi decydować powinny te okoliczności, które zaliczane są do znamion czynu zabronionego”¹⁰³. Zdaniem SA w Krakowie, „kwalifikacja przypadku mniejszej wagi nie wynika jedynie z wartości kwot pieniędzy będących przedmiotem czynności wykonawczych przestępstwa”¹⁰⁴. O zakwalifikowaniu konkretnego czynu za wypadek mniejszej wagi może przesądzić fakt przyjęcia niewielkiej korzyści w okolicznościach sprawiających, że dany czyn charakteryzuje się niewielkim stopniem społecznej szkodliwości¹⁰⁵. Ponadto SN powiedział, że w danej sprawie „przy ocenie, czy zachodzi wypadek mniejszej wagi (...) należy brać pod uwagę przedmiotowo-podmiotowe znamiona czynu, kładąc akcent na elementy, które są charakterystyczne dla danego rodzaju przestępstw”¹⁰⁶. Jak trafnie konkluduje R.A. Stefański, należy zatem uznać, że do wypadków mniejszej wagi w tym kontekście należy zaliczyć takie sytuacje, kiedy przemawia za tym m.in. charakter pełnionej funkcji bądź zajmowanego stanowiska, czy też wyrządzona jednostce szkoda, wysokość przyjętej korzyści majątkowej lub rodzaj korzyści osobistej¹⁰⁷.

VII. Klauzula bezkarności

Ustawa karna w obecnym brzmieniu przewiduje bezkarność dla podmiotu dającego łapówkę (art. 296a § 5 k.k.). Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu nie podlega karze sprawca przestępstwa w sytuacji, gdy korzyść majątkowa lub

¹⁰¹ B. Stefańska, Komentarz do art. 228, (w:) R. Stefański (red). *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2013, Legalis, zob. też szerzej: Wiśniewski P., *Strona podmiotowa korupcji w sektorze prywatnym*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym. Harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyłudzeń i korupcji; oszustwo informatyczne i przestępstwa w Internecie*, Warszawa 2004.

¹⁰² A. Zoll, (w:) A. Zoll, *Kodeks karny, t. II*, 1999, s. 758; O. Górniok, (w:) A. Wąsek, *Kodeks karny, t. II*, 2006, s. 66.

¹⁰³ Wyr. SN z 26.11.2007 r., II k.k. 79/08, Prok. i Pr. – wkł. 2009, Nr 4, poz. 9.

¹⁰⁴ Wyrok SA w Krakowie z 3.12.1998 r., II AKa 196/98, KZS 1998, Nr 12, poz. 31.

¹⁰⁵ Za: E. Pływaczewski, (w:) *Kodeks Karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2010, s. 1065 i cytowana tam literatura.

¹⁰⁶ Wyrok SN z dnia 9 października 1996 r., VKKN 79/96, OSNKW 1997, nr 3–4, poz. 27.

¹⁰⁷ Zob. R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej...*, op. cit., s. 63.

osobista albo ich obietnica zostały przyjęte, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział (art. 296a § 5 k.k.). Takie uregulowanie ma na celu ułatwienie ścigania przestępstwa łapownictwa biernego. W świetle obowiązującego stanu prawnego, w razie spełnienia przesłanek z art. 296a § 5 k.k. sprawa nie podlega karze, co oznacza, że czyn przestaje być czynem karalnym, co, idąc dalej, oznacza, że czyn nie już uznawany za przestępstwo. Z punktu widzenia procesowego oznacza to konieczność umorzenia wszczętego postępowania lub jeżeli nie zostało jeszcze wszczęte, odmowy wszczęcia (art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.). Z punktu widzenia materialnoprawnego oznacza uchylenie karalności. Bezkarność jest uzależniona od wystąpienia łącznie trzech elementów, a mianowicie: przyjęcie korzyści (lub jej obietnicy), zawiadomienie przez sprawcę o tym fakcie odpowiednich organów, jak również ujawnienie wszelkich istotnych okoliczności przestępstwa. Fakt przyjęcia korzyści jest elementem koniecznym, ponieważ w przeciwnym przypadku mogłoby to prowadzić do składania fałszywych oskarżeń np. ze strony niezadowolonych klientów, petentów, pracowników, pacjentów. Takie rozwiązanie należy zatem uznać za racjonalne.

Podsumowanie

Przepisy Rozdziału XXXVI obecnie obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r. mają za zadanie chronić prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego. Jako że zjawisko korupcji, co nie ulega wątpliwości, godzi nie tylko w prawidłowe działanie organów administracji publicznej czy też sądów, lecz także odnosząc się do zachowań w ramach podmiotów niepublicznych, ustawodawca nie mógł pozostać obojętny. Artykuł 296a k.k. penalizuje dwa zasadnicze typy zachowań – czynną i bierną korupcję w sektorze prywatnym. Nie ulega wątpliwości, że łapownictwo czynne jest ściśle powiązane z łapownictwem biernym. Zachowanie przestępne przekupstwa biernego polega na przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy w zamian za nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie ciążącego obowiązku mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia. Przestępstwo łapownictwa menadżerskiego biernego może być popełnione jedynie z winy umyślnej. Jest zaliczane do przestępstw indywidualnych właściwych (*delictum proprium*). Jego podmiotem może być wyłącznie osoba spełniająca kryteria określone w omawianym przepisie. Przekupstwo menadżerskie może występować zarówno w typie podstawowym (§ 1 i 2), jak i w wypadku mniejszej wagi (§ 3 w zw. z § 1 i 2). Forma czynna występuje również w typie kwalifikowanym (§ 4). *Ratio legis* omawianego artykułu jest wyeliminowanie niepożądanych zachowań korupcyjnych z obrotu gospodarczego.

Bibliografia

Literatura

- Bojarski J., Bojarski M., Filar M., Filipkowski W., Górniok O., Hofmański P., Kalitowski M., Kulik M., Paprzycki L.K., Pływaczewski E., Radecki W., Sienkiewicz Z., Siwik Z., Stefański R.A., Tyszkiewicz L., Wąsek A., Wilk L., *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2012.
- Bojarski J., *Korupcja w prawie karnym*, GS 2000, Nr 2.
- Bojarski J., Oczkowski T., *Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2004, Nr 4.
- Bojarski J., Rajtar M., *Korupcja w prywatnej przedsiębiorczości*, GP 2000, Nr 55.
- Bożek M., *Charakter zadań Centralnego Biura Antykorupcyjnego w świetle ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*, (w:) *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce*, Z. Bielecki, J. Szafranski (red.), Szczytno 2007.
- Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Mozgawa M., *Prawo karne materialne. Część ogólna*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2007.
- Daszkiewicz K., *Korupcja w świetle przepisów kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna, Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 3.
- Daszkiewicz K., *Przywileje dla skorumpowanych*, Rzeczp. 2000, Nr 114.
- Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym*.
- Dobrowolski Z., *Korupcja w życiu publicznym*, Zielona Góra 2001.
- Dudek D., *Korupcja, prawo karne i konstytucja*, (w:) *Hominum causa omne ius constitutionis jest*. Księga jubileuszowa ku czci Prof. A. Grześkowiak, red. i wstęp A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak, Lublin 2006.
- Filar M. (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Gadek B., *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Kraków 2003, z. 85.
- Góral R., *Łapownictwo w świetle kodeksu karnego*, Wspólnota 2000, Nr 16.
- Górniok O., *Odpowiedzialność karna menadżerów*, Toruń 2004.
- Górniok O., „Działalność gospodarcza” jako znamię przestępstwa korupcji gospodarczej, PS 2006, Nr 10.
- Górniok O., *O korupcji gospodarczej i niektórych sposobach jej zwalczania*, PUG 1995, Nr 2–3.
- Górniok O., *O korupcji gospodarczej w warunkach gospodarki rynkowej. Cz. 1. Pojęcie, przejawy i uwarunkowania*, Prawo Naukowe Uniwersytetu Śląskiego Problemy Prawa Karnego 1995, Nr 21.
- Górniok O., *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997.
- Górniok O., *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994.
- Iwański M., *Nowa postać łapownictwa gospodarczego (po nowelizacji art. 296a § 1 k.k.)*, PiP 2009, Nr 10.

- Jaroach W., *Prawne aspekty przestępstw korupcyjnych w sferze gospodarczej*, PUG 2003, Nr 4.
- Jędrzejewska A., *Istota spółki cywilnej jako podmiotu gospodarczego*, PPH 1993, Nr 5.
- Jędrzejewska A., *Podmiotowość prawna spółki cywilnej będącej podmiotem gospodarczym*, PPH 1993, Nr 7.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.
- Kardas P., Zoll A., Bogdan G., Ćwiakalski Z., Majewski J., Raglewski J., Szewczyk M., Wróbel W., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego, t. I*, Warszawa 2007.
- Kardas P., *Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego)*, PS 2002, Nr 7–8.
- Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji z dnia 31 października 2003 r.*, Dz.U. 2007 Nr 84, poz. 563.
- Łajtar M., Bojarski J., *Korupcja w prywatnej przedsiębiorczości*, GP 2000, Nr 55.
- Łajtar M., *Korupcja to nie tylko łapownictwo*, PG 2001, Nr 30.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Markowski J., *Korupcja w obszarze działalności samorządu terytorialnego*, (w:) *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce*, Z. Bielecki, J. Szafrąński (red.), Szczytno 2007.
- Mądrzejewski W., *Korupcja w działalności zorganizowanych struktur przestępczych*, (w:) E.W. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm. W ujęciu praktycznym*, Kraków 2005.
- Mądrzejewski W., *Środowiska zagrożone korupcją ze stron grup przestępczych*, Przegl. Pol. 2007, Nr 1.
- Mądrzejewski W., *Środowiska zagrożone korupcją ze strony grup przestępczych*, (w:) *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce*, Z. Bielecki, J. Szafrąński (red.), Szczytno 2007.
- Melezini M., Sakowicz A., *Nowe regulacje antykorupcyjne a standardy międzynarodowe*, (w:) *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r.*, T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk (red.), Lublin 2006.
- Melezini M., Sakowicz A., *Nowe regulacje antykorupcyjne a standardy międzynarodowe*, (w:) *Zmiany w polskim prawie po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk (red.), Lublin 2006.
- Mik B., *Nowela antykorupcyjna z 13.6.2003 r.*, Wprowadzenie, Kraków 2003.
- Mik B., *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r.*, Kraków 2003.
- Nowak C., *Nowe instrumenty prawa międzynarodowego w walce z korupcją a prawo polskie*, PiP 2004, Nr 3.
- Nowak C., *Harmonizacja prawa polskiego z prawem Unii Europejskiej w zakresie korupcji – ujęcie teoretyczne*, (w:) *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i karnych*, W. Czaplński, A. Wróbel (red.), Warszawa 2007.
- Nowak C., *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008.

- Nowak C., *Nowe instrumenty prawa międzynarodowego w walce z korupcją a prawo polskie*, PiP 2004, Nr 2.
- Nowak C., *Zakres odpowiedzialności za czyny korupcyjne w prawie polskim a zobowiązania międzynarodowe*, PiP 2007, Nr 9.
- Nowińska E., du Vall E., *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2001.
- Paprzycki L.K., *Korupcja w sektorze prywatnym – w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym – standardy międzynarodowego a prawo polskie*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym. Harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyludzeń i korupcji; oszustwo informatyczne i przestępstwa w Internecie*, J.C. Ferre Olive (red.), Warszawa 2004.
- Popławski H., Surkont M., *Podmioty łapownictwa*, NP 1971, Nr 6.
- Potulski J., *Korupcja w sektorze prywatnym*, (w:) M. Świątkowska-Rektorek (red.), *Czwarta krajowa konferencja biegłych sądowych*, Częstochowa 2006.
- Raglewski J., *Odpowiedzialność za korupcję gospodarczą (art. 296a k.k.)*, Pr. Sp. 2005, Nr 6.
- Raglewski M., *Odpowiedzialność karna za korupcję gospodarczą (art. 296a k.k.)*, Prawo Spółek 2005, Nr 6.
- Skorupka J., *Przestępstwo korupcji gospodarczej*, Pal. 2005, Nr 5–6.
- Skorupka J., *Typy przestępstw korupcyjnych po noweli kodeksu karnego z 13.6.2003 r.*, (w:) L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XV, Wrocław 2004.
- Stefański R.A., *Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a)*, Prok. i Pr. 2004, Nr 3.
- Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, Legalis (niepubl.).
- Surkont M., *Łapownictwo*, Sopot 1999.
- Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Szwaja J., (w:) M. Kępiński, M. Mozgawa, M. Poźniak-Niedzielska, T. Skoczny, S. Sołtysiński, J. Szwaja, I. Wiśniewska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2000.
- Waszczyński J., *O korzyści majątkowej w prawie karnym*, PiP 1981, Nr 1.
- Wąsek A., Zawłocki R., *Komentarz k.k., t. II*, 2010.
- Wiatrowski P., *Łapownictwo czynne i warunki niekaralności jego sprawcy w kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 2008, Nr 7–8.
- Wiatrowski P., *Odpowiedzialność za współdziałanie przy przestępstwach korupcyjnych*, PS 2009, Nr 9.
- Wiatrowski P., *Pojęcie korzyści majątkowej i osobistej w kontekście znamion przestępstwa łapownictwa*, PS 2007, Nr 7–8.
- Wiśniewski P., *Strona podmiotowa korupcji w sektorze prywatnym*, (w:) *Korupcja w sektorze prywatnym. Harmonizacja ustawodawstwa karnego w zakresie zwalczania przestępstw finansowych, wyludzeń i korupcji; oszustwo informatyczne i przestępstwa w Internecie*, Warszawa 2004.

Zaczek P., *Przestępstwo przekupstwa menadżerskiego art. 296a k.k.* (cz. 1), Fiskus 2007, Nr 7.

Zaczek P., *Przestępstwo przekupstwa menadżerskiego art. 296a k.k.* (cz. 2), Fiskus 2007.

Akty prawne

Ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, z dnia 9 czerwca 2006 r., Dz.U. Nr 104, poz. 708, t.j. z dnia 21 maja 2012 r. Dz.U. z 2012 r., poz. 621.

Ustawa o ratyfikacji Cywilnoprawnej Konwencji o korupcji, z dnia 28 lutego 2002 r., Dz.U. Nr 41, poz. 359.

Ustawa o ratyfikacji Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonej w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r. z dnia 5 czerwca 2002 r., Dz.U. Nr 126, poz. 1066.

Prawnokarna konwencja o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r., Dz.U. 2005 Nr 29, poz. 249.

Orzecznictwo

Postanowienie SN – Izba Cywilna 10.12.2010 r. III CNP 48/10, Szkada majątkowa uzasadniająca wniesienie skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia.

Uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r. – VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24 z głosem K. Daszkiewicz, NP 1980, nr 11–12, s. 213 i nast.

Wyrok SA w Krakowie z 3.12.1998 r., II AKa 196/98, KZS 1998, Nr 12, poz. 31.

Wyrok SA w Łodzi z 30.12.1998 r., II AKa 240/98, niepubl.

Wyrok SA w Łodzi z dnia 30 grudnia 1998 r. – II AKa 240/98, Biuletyn Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi 1999, nr 8, s. 3, wyr. SA w Warszawie z 8.4.2005 r., II AKa 74/05, OSA 2005, Nr 10, poz. 71.

Wyrok SN – Izba Cywilna z 26.11.2004 r. I CK 300/04, Szkada w postaci lucrum cessans wynikała w następstwie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, Biul. SN 2005 nr 3, Legalis.

Wyrok SN – Izba Cywilna z 11.10.2001 r. II CKN 578/9, OSNC 2002 nr 6, poz. 83, str. 76, OSP 2002 nr 6, poz. 83, PG 2002 nr 6, str. 23, MoP 2002 nr 4, str. 177, Biul. SN 2001 nr 12, str. 10, Legalis, Szkada w postaci lucrum cessans wynikała w następstwie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Wyrok SN – Izba Cywilna z 4.10. 2007 r. V CSK 188/07, Ustalanie szkody w postaci lucrum cessans metodą porównawczą, Legalis.

Wyrok SN – Izba Karna, z 7.11.2005 r. V k.k. 108/05, Szkada majątkowa spowodowana nadużyciem zaufania w obrocie gospodarczym, OSNwSK 2005 nr 1, poz. 2000, KZS 2006 nr 12, poz. 13, Legalis.

Wyrok SN z 19.3.2008 r., V k.k. 363/07, Prok. i Pr. – wkł. 2008, Nr 9, poz. 7.

Wyrok SN z 21.6.2002 r., IV CKN 382/00, MoP 2003, Nr 1, s. 33.

3/2013

- Wyrok SN z 24.5.2007 r., II CSK 52/07, Legalis.
Wyrok SN z 26.11.2007 r., II KK 79/08, Prok. i Pr. – wkł. 2009, Nr 4, poz. 9.
Wyrok SN z 28.1.1999 r., III CKN 133/98, Legalis.
Wyrok SN z 28.4.2004 r., III CK 495/02, Legalis.
Wyrok SN z 3.10.1979 r., II CR 304/79, OSNC 1980, Nr 9, poz. 164.
Wyrok SN z 4.2.2005 r., I CK 569/04, Legalis.
Wyrok SN z 5.11.1997 r., V KKN 105/97, OSP 1998, nr 3, poz. 68.
Wyrok SN z 9.10.1996 r., VKKN 79/96, OSNKW 1997, nr 3–4, poz. 27.

STRESZCZENIE

Artykuł omawia wszystkie typy przekupstwa menadżerskiego, do których zalicza: typ podstawowy gospodarczego przekupstwa biernego (art. 296a § 1), typ podstawowy gospodarczego przekupstwa czynnego (art. 296a § 2), typ podstawowy gospodarczego przekupstwa czynnego (art. 296a § 3) oraz typ kwalifikowany gospodarczego oszustwa biernego (art. 296a § 4), zawierający podstawę zastosowania łagodniejszego wymiaru kary przyjmującą postać wypadku mniejszej wagi (w relacji do typu podstawowego przekupstwa gospodarczego biernego – § 1), jak również zawartą w art. 296a § 5 k.k. klauzulę bezkarności.

SUMMARY

The article discusses all types of managerial bribery, i.e.: basic passive economic bribery (Article 296a § 1), basic active economic bribery (Article 296a § 2), basic type of active economic bribery (Article 296a § 3) and the qualified type of passive economic fraud (Article 296a § 4), having grounds for the use of a less strict penalty as for a minor criminal act (in comparison with the basic type of passive economic bribery – § 1) as well as the clause of impunity contained in Article 296a § 5 of the Penal Code.

RÉSUMÉ

L'article présente tous les types de corruption de manager, comme exemple: type principal de la corruption économique passive (art. 296a § 1), type principal de la corruption économique active (art. 296a § 2), type principal de la corruption active (art. 296a § 3) et type qualifié de la fraude économique passive (art. 296a § 4), avec la possibilité d'application la punition plus légère pour les cas moins important (par rapport au type principal de corruption économique passive – § 1) ainsi que la clause d'impunité d'après l'art. 296a § 5 du code pénal.

РЕЗЮМЕ

Статья рассматривает все типы управленческой коррупции, к которым относятся: базовый экономического пассивного взяточничества (ст. 296а § 1), базовый экономического активного взяточничества (ст. 296а § 2), базовый тип экономического активного взяточничества (ст. 296а § 3), а также квалифицированный тип экономического пассивного мошенничества (ст. 296а § 4), содержащий базовое применение смягчённого наказания, принимающий форму несчастного случая, не повлёкшего за собой тяжких последствий (в отношении к типу базового экономического взяточничества – § 1), также как и содержащуюся в ст. 296а § 5 УК оговорку об отсутствии наказания.

KRZYSZTOF MULARSKI

W SPRAWIE CHARAKTERU NIEWAŻNOŚCI
BEZWARUNKOWEJ UMOWY SPRZEDAŻY
NARUSZAJĄCEJ USTAWOWE PRAWO PIERWOKUPU

1. Uwagi wstępne

Przedmiotem niniejszej pracy będzie zagadnienie charakteru nieważności bezwarunkowej umowy sprzedaży naruszającej ustawowe prawo pierwokupu. Ściślej, chodzić będzie o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy nieważność, o której mowa w art. 599 § 2 k.c., jest nieważnością bezwzględną, skuteczną *erga omnes*¹, czy też chodzi tu jedynie o nieważność względną, występującą w stosunku między zobowiązanym z tytułu prawa pierwokupu a osobą trzecią, która nabyła bezwarunkowo rzecz obciążoną prawem pierwokupu². Ujmując problem od innej strony, niniejsza praca podejmie próbę ustalenia, czy ustawowe prawo pierwokupu przysługujące podmiotom wymienionym w art. 599 § 2 k.c. może

¹ Tak zwłaszcza jednolite orzecznictwo SN: uchwała SN z dnia 30 lipca 1968 r., III CZP 48/68, OSNC 1969/3, poz. 49; wyrok z dnia 14 października 1999 r., I CKN 155/98, LEX nr 488998; wyrok z dnia 12 grudnia 2001 r., III CKN 453/99, LEX nr 488993; wyrok SN z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1374/00, OSNC 2004/3, poz. 45; wyrok z dnia 14 lutego 2003 r., IV CKN 1720/00, LEX nr 385607; wyrok z dnia 10 października 2008 r., II CSK 221/08, OSP 2010/1/3; wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., I CSK 239/09, LEX nr 602192. Tak też sądy niższych instancji, zob. np. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 czerwca 2009 r., I ACa 4/09, OSA 2012/1, LEX nr 577582. W doktrynie R. Czarnecki (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 1335 i n.; J. Skąpski, *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, S. Grzybowski (red.), Ossolineum 1976, s. 172; M. Nesterowicz (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, Tom II, J. Winiarz (red.), Warszawa 1989, s. 587; T. Żyźnowski, Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 9 października 1991 r., III CZP 94/91, Palestra 1992/1–2, s. 83; J. Górecki, *Umowne prawo pierwokupu*, Kraków 2000, s. 174; Z. Gawlik (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom III, *Zobowiązania – część szczegółowa*, A. Kidyba (red.), Warszawa 2010, s. 184; K. Stefaniuk, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2008 r. (II CSK 221/08), PS 2010/5, s. 111 i n.

² Tak zwłaszcza M. Gutowski, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15 listopada 2002 r., V CKN 1374/00, Palestra 2005/3–4, s. 276 i n.; Cz. Żuławska (w:) *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, Tom 2, Warszawa 2011, s. 152 i n., tak chyba J. Jezioro (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), Warszawa 2011, s. 1079. Wcześniej A. Kunicki, *Zakres skuteczności prawa pierwokupu*, NP 1966/12, s. 1533 i n.; A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania – zarys wykładu według kodeksu cywilnego. Część szczegółowa*, Warszawa 1966, s. 74; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 462 i n.

być wykonane jedynie w przypadku zawarcia warunkowej umowy sprzedaży, w której strony uzależniły jej skuteczność od nieskorzystania przez uprawnionego z przysługującego mu prawa, czy także w przypadku sprzedaży dokonanej bez zastrzeżenia takiego warunku³.

Za podjęciem wymienionego zagadnienia przemawiają istotne względy teoretyczne i praktyczne. Problem jest już znany od kilkudziesięciu lat, jednak – z wyjątkiem jednego opracowania⁴ – poruszany był dotąd jedynie na marginesie innych rozważań. Został uznany w dogmatyce za szczególnie trudny⁵, wymagający możliwie jak najdokładniejszego zbadania⁶. Te tylko okoliczności stanowiłyby już wystarczające uzasadnienie dla podjęcia tematu. Do powyższego można jednak jeszcze dodać, że zagadnienie charakteru nieważności z art. 599 § 2 k.c. stanowi jedną z wielu spornych kwestii występujących w zakresie wykładni przepisów konstruujących prawo pierwokupu⁷; jego rozwiązanie pomoże w jakimś stopniu ujednoczyć sposób rozumienia całej instytucji prawnej.

Przedstawiony problem nie jest też pozbawiony doniosłości praktycznej⁸. Chodzi tu przy tym nie tylko o niekwestionowaną praktyczną rolę samego prawa pierwokupu⁹, która przekłada się na znaczenie poszczególnych przepisów konstruujących tę instytucję. Praktycznej doniosłości zagadnienia jasno dowodzą skutki przyjęcia każdego z konkurencyjnych rozwiązań. Jest bowiem niesporne, że w przypadku uznania, że chodzi tu o nieważność bezwzględną, uprawniony zachowuje wprawdzie swoje prawo, jednak będzie mógł je wykonać dopiero w przypadku zawarcia przez zobowiązanego z osobą trzecią ważnej warunkowej umowy sprzedaży. W przypadku, w którym zobowiązany nie zawrze takiej umowy albo zawrze umowę inną niż sprzedaż, uprawniony utraci ostatecznie swoje prawo. W konsekwencji zaś przyjęcia koncepcji konkurencyjnej uprawniony będzie mógł wykonać prawo pierwokupu, nabywając tym samym własność rzeczy, której jego prawo dotyczyło.

³ Tak problem stawia J. Górecki, *Umowne...*, s. 173 i n.; podobnie R. Czarnecki (w:) *Kodeks...*, s. 1335.

⁴ M. Gutowski, *Glosa...*, passim.

⁵ J. Górecki, *Umowne...*, s. 173 i n.; por. także M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088*. Tom II, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2011, s. 375. O trudności tego problemu świadczą zdaje się zwłaszcza fakt, że niektórzy przedstawiciele dogmatyki uchylili się od podejmowania prób jego rozwiązania, uznając oba z konkurencyjnych rozwiązań za dopuszczalne; tak zwłaszcza M. Safjan (w:) *Kodeks...*, s. 375; podobnie chyba także J. Jezioro (w:) *Kodeks...*, s. 1079.

⁶ M. Gutowski, *Glosa...*, s. 279.

⁷ Zwraca na to uwagę najdobitniej M. Safjan (w:) *Kodeks...*, s. 355.

⁸ Zob. zwłaszcza M. Gutowski, *Glosa...*, s. 279.

⁹ Co podkreśla zwłaszcza R. Czarnecki (w:) *Kodeks...*, s. 1324 i później M. Litwińska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1996 r.*, III CZP 10/96, PPH 1996/11, s. 34.

2. Problem wykładni językowej

Próbie rozwiązania przedstawionego problemu należy rozpocząć od zastosowania reguł językowych wykładni. Art. 599 § 2 k.c. brzmi następująco: „Jednakże jeżeli prawo pierwokupu przysługuje z mocy ustawy Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego, współwłaścicielowi albo dzierżawcy, sprzedaż dokonana bezwarunkowo jest nieważna”. Zgodnie z niemal jednolitym stanowiskiem dogmatyki przepis ten jest językowo jednoznaczny; chodzi w nim o bezwzględną nieważność bezwarunkowej umowy sprzedaży. Należy przy tym podkreślić, że takie znaczenie wyrażenia „sprzedaż jest nieważna” przyjmują zarówno ci przedstawiciele dogmatyki i sądy, dla których reguły językowe wykładni stanowią ostateczne kryterium¹⁰, jak i ci spośród nich, którzy przyjmują koncepcję dopuszczającą wykonanie prawa pierwokupu przez uprawnionego w drodze obalenia jednoznacznego wyniku językowego regułami funkcjonalnymi¹¹. Szeroko uargumentowane wątpliwości w tym zakresie zgłosił jedynie M. Gutowski¹².

Wyrażenie „sprzedaż” nie jest wyrażeniem językowo jednoznacznym¹³. Dla prowadzonych tu analiz istotne mogą być dwa spośród możliwych znaczeń. I tak, wyrażenie to może *prima facie* znaczyć tyle, co „[zobowiązująca] umowa sprzedaży”, jak i tyle, co „skutek czy konsekwencja [zobowiązującej] umowy sprzedaży; przejście prawa własności rzeczy na kupującego”¹⁴. Innymi słowy, może chodzić o sprzedaż rozumianą pragmatycznie, jako czynność prawną spełniającą kryteria treściowe określone w art. 535 i n. k.c., jak również apragmatycznie, jako wytwór takiej czynności prawnej. Skoro analiza branego samodzielnie wyrażenia nie daje rezultatów, należy sięgnąć do kontekstu, w którym badane wyrażenie zostało zamieszczone. Bliskim kontekstem art. 599 § 2 k.c. jest art. 599 § 1 k.c. Więcej, ponieważ art. 599 § 2 k.c. zaczyna się od wyrażenia „jednakże jeżeli...”, można ten przepis (zdanie w nim wyrażone) uznać wręcz za remat zdania wyrażonego w art. 599 § 1 k.c. W konsekwencji wyrażenie „sprzedaż” z art. 599 § 2 k.c. odnosi się do tego samego zbioru obiektów, co odpowiadające mu wyrażenie „sprzedał” z art. 599 § 1 k.c. Kluczowe okazuje się więc rozstrzygnięcie, w jakim znaczeniu (pragmatycznym czy apragmatycznym) prawodawca mówi o sprzedaży w art. 599 § 1 k.c. Z bardzo dużą dozą pewności można stwierdzić, że chodzi o sprzedaż rozumianą apragmatycznie. Samo zawarcie bezwarunkowej umowy sprzedaży

¹⁰ Najdobitniej SN w uchwała z dnia 30 lipca 1968 r., III CZP 48/68, OSNC 1969/3, poz. 49 oraz w wyroku z dnia 12 grudnia 2001 r., III CKN 453/99, LEX nr 488993.

¹¹ Zob. np. Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 152 i n.

¹² M. Gutowski, *Głosa...*, s. 276 i n.

¹³ Tak trafnie M. Gutowski, *Głosa...*, s. 276.

¹⁴ Zob. M. Gutowski, *Głosa...*, s. 276; Autor dopuszcza też odniesienie wyrażenia „sprzedaż” do stosunku prawnego powstałego w wyniku zawarcia umowy sprzedaży. Ten sposób rozumienia „sprzedaży” nie ma chyba jednak znaczenia dla prowadzonych tu badań; co więcej, analizy tego problemu nie podjął też M. Gutowski.

rzeczy „obciążonej” prawem pierwokupu nie narusza jeszcze w żaden sposób prawa uprawnionego. Prawo pierwokupu zostaje naruszone dopiero w momencie przejścia prawa własności rzeczy na osobę trzecią. Sama umowa zobowiązująca nie wywołuje jeszcze tego skutku (a przynajmniej, zgodnie z art. 155 § 1 *in fine* k.c., nie musi wywoływać). Przekonuje o tym także argument komparatystyczny, są bowiem takie systemy prawne, które nie zakazują zobowiązanemu z tytułu prawa pierwokupu zawierać umów bezwarunkowych, wychodząc z założenia, że zawierając taką umowę ciągle może on zrealizować swoje zobowiązanie względem uprawnionego z tytułu prawa pierwokupu, narażając się wszakże na odpowiedzialność odszkodowawczą względem osoby trzeciej¹⁵.

Ustalenie znaczenia wyrażenia „sprzedaż” nie kończy jednak procesu wykładni językowej. Istotne jest bowiem także ustalenie znaczenia wyrażenia „nieważna”. Otóż wedle niespornej reguły wykładni wyrażenie „[czynność prawna] nieważna” (ściślej – predykat jednoargumentowy „jest nieważna”) oznacza tyle, co „[czynność prawna] bezwzględnie nieważna”¹⁶. Ściślej rzecz ujmując, przydawka (funktor funktorotwórczy od argumentu funktorowego) „bezwzględnie” jest przydawką konfirmującą, niezmienną znaczenia przymiotnika (funktor nazwotwórczego), z którym występuje. W konsekwencji nazwa utworzona przez funktor nazwotwórczy „nieważna” i nazwę „czynność prawna” ma dokładnie taki sam zakres (ekstensję), co nazwa, w której funktor nazwotwórczy „nieważna” został poprzedzony funktorem funktorotwórczym „bezwzględnie”. Ujmując rzecz prosto, w art. 599 § 2 k.c. chodzi o **nieważność bezwzględną**.

W tym miejscu powstaje najtrudniejsze zagadnienie. Nieważne mogą być bowiem jedynie czynności prawne, rozumiane pragmatycznie – a nie ich wytwory, czyli skutki prawne. Skutek może co najwyżej nie wystąpić, jeśli czynność, która miała go wywołać, okazała się nieważna. Więcej, w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych mówienie o nieważnych skutkach takich czynności byłoby najzwyczajniej nonsensowne¹⁷. Przepis okazuje się więc **wewnętrznie sprzeczny**; rozwikłanie tej sprzeczności wymaga w pierwszej kolejności próby ustalenia niesprzecznych (możliwych) rozwiązań oraz ukazania konsekwencji przyjęcia każdego z nich.

Pierwsze z takich możliwych rozwiązań sprowadza się do uchylenia założenia racjonalności językowej prawodawcy w zakresie znaczenia wyrażenia „sprzedaż”. Należałoby przyjąć, że ustawodawca miał na myśli „[zobowiązującą] umowę sprzedaży”, a nie jej skutki prawne – i taką właśnie umowę uznał za nieważną. Drugie rozwiązanie wychodzi od uchylenia założenia racjonalności językowej co do słowa „nieważna”. Prawodawcy chodziłoby w tym przypadku nie tyle o nie-

¹⁵ Zob. J. Górecki, *Umowne...*, s. 149 i podana tam literatura.

¹⁶ *Expressis verbis* Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 345. Zob. także Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, Tom 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Warszawa 2008, s. 431.

¹⁷ Por. jednoznaczne uwagi Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 344.

ważność, co o bezskuteczność wobec uprawnionego z tytułu prawa pierwokupu. Ważna czynność prawna nie przenosiłaby więc prawa własności rzeczy kupującego – osobę trzecią względem stron stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez zastrzeżenie prawa pierwokupu.

Przyjęcie pierwszego rozwiązania nie prowadzi do sprzeczności w systemie. Zobowiązująca umowa sprzedaży byłaby nieważna, a więc nie wywoływałaby żadnych skutków, które by wywołała, gdyby była ważna; w szczególności nie przenosiłaby prawa własności na kupującego (osobę trzecią). Zupełnie inaczej sprawy się mają z rozwiązaniem konkurencyjnym. Otóż przyjęcie, że ważna umowa zobowiązująca nie wywołuje żadnych skutków prawnych, prowadzi do konkluzji, że można zawrzeć umowę, która z mocy samego prawa nie będzie mogła zostać nigdy wykonana. W systemie nie obowiązuje bowiem żaden przepis, z którego językowe reguły wykładni pozwalałyby na wyinterpretowanie normy „konwalidującej” nieskuteczną umowę zobowiązanego i osoby trzeciej w tym sensie, że stawałaby się ona skuteczna na skutek zajścia jakichś zdarzeń, np. niewykonania prawa pierwokupu przez uprawnionego w określonym czasie (art. 598 § 2 k.c.). W takiej sytuacji zachodziłaby albo sprzeczność przyjętego rozwiązania z art. 58 § 1 k.c., na gruncie którego nieważna jest czynność prawna zobowiązująca do podjęcia działań, które zawsze są sprzeczne z prawem, albo konieczność kreowania przesłanek konwalidacji bez żadnych ku temu podstaw w tekście aktu normatywnego. Co więcej, we wszystkich innych przypadkach, w których prawodawca uznaje daną czynność prawną (oświadczenie woli) za nieważną, chodzi o czynności rozumiane w sposób pragmatyczny – nie zaś o ich wytwory¹⁸. W tym miejscu nie można jeszcze wykluczyć takich działań na gruncie reguł funkcjonalnych wykładni, ale na pewno jest to wykluczone w procesie wykładni językowej.

Podsumowując wyniki wykładni językowej, można stwierdzić, iż art. 599 § 2 k.c. okazał się przepisem nie tyle wieloznacznym¹⁹, co wewnętrznie sprzecznym. Z dwóch *prima facie* dopuszczalnych rozwiązań tej sprzeczności ostać może się tylko jedno²⁰. I tak, w świetle reguł **językowych** jedynym dopuszczalnym rozwiązaniem jest to, wedle którego w art. 599 § 2 k.c. chodzi o **[bezwzględna] nieważność [zobowiązującej] umowy sprzedaży**.

3. Wykładnia systemowa

Zgodnie z przyjętą w niniejszej pracy derywacyjną koncepcją wykładni M. Zielińskiego po zastosowaniu reguł językowych należy wykorzystać systemowe i funkcjonalne reguły wykładni. Może się bowiem okazać, że względem na normy

¹⁸ Zdaje się na to zwracać uwagę M. Gutowski, *Glosa...*, s. 276.

¹⁹ Tak M. Gutowski, jak się zdaje utożsamiając wieloznaczność z niejednoznacznością.

²⁰ Inaczej M. Gutowski, który za dopuszczalne w świetle reguł językowych uznał oba rozwiązania.

wyższego rzędu, zasady prawa czy wreszcie wartości przypisywane prawodawcy nakáže odstąpić od wyniku uzyskanego w drodze zastosowania językowych reguł wykładni²¹.

Jeśli chodzi o reguły wykładni systemowej, nie widać szczególnie mocnych argumentów, które miałyby wspierać albo podważać wynik uzyskany dzięki wykorzystaniu reguł językowych²². Pewne znaczenie wydaje się mieć jedynie normatywnie rozumiana zasada pewności obrotu. Rozwiązanie, zgodnie z którym bezwarunkowa umowa przenosząca własność rzeczy, co do której ustawowe prawo pierwokupu przysługuje podmiotom wymienionym w art. 599 § 2 k.c., jest bezwzględnie nieważna, stwarza zupełnie jasną sytuację tak dla uprawnionego i zobowiązanego, jak i dla osób trzecich. Rzecz pozostaje własnością zobowiązanego, który może ją sprzedać jedynie pod warunkiem, że uprawniony nie skorzysta ze swego prawa. Rozwiązanie przeciwne jest już tej zalety pozbawione²³. Przede wszystkim osobom trzecim nie będzie najczęściej wiadome, od kiedy zaczął biec termin na wykonanie prawa pierwokupu, z którego to upływem następować ma konwalidacja czy konwersja umowy zobowiązanego z osobą trzecią. Tym samym podmioty te nie będą mogły ustalić ani tego, czy uprawniony wykonał skutecznie swe prawo i nabył własność rzeczy, ani tego, czy jej właścicielem stała się ostatecznie osoba trzecia, która zawarła umowę ze zobowiązanym. Ochrona, jaką zapewnia nabywcy art. 5 k.w.i.h. w przypadku nieruchomości i art. 169 k.c. w przypadku ruchomości, może przy tym tylko częściowo łagodzić niepewność, jaką niesie z sobą przyjęcie rozwiązania sprzecznego z wynikiem uzyskanym w drodze zastosowania językowych reguł wykładni.

Zastanowić się w tym miejscu jeszcze trzeba nad rolą opisowo rozumianych zasad prawa, czyli – niezbyt ściśle rzecz ujmując – rolą, jaką odgrywa kształt czy konstrukcja nadana przez prawodawcę prawu pierwokupu. Wydaje się bowiem, choć w metodologii dogmatyki prawa cywilnego nie był to problem bliżej badany, że w przypadku niejasności językowej tekstu aktu normatywnego należy skłaniać się raczej do takiego spośród możliwych rozwiązań, które jest zgodne właśnie z kształtem czy konstrukcją danej instytucji prawnej. Reguła ta opierałaby się na założeniu, że ustawodawca, wprowadzając zmiany czy wyłomy wobec znanych konstrukcji czy rozwiązań, czyniłby to w sposób wyraźny. Wykazanie, że wynik, który wprowadzie jako jedyny znajduje legitymację w regułach językowych, podważa opisowo rozumianą zasadę prawa, stanowiłby zaś ewentualne wzmocnienie argumentacji funkcjonalnej zmierzającej do obalenia takiego wyniku.

²¹ Inaczej M. Gutowski, *Glosa...*, s. 277, który uznając przepis art. 599 § 2 k.c. za językowo wieloznaczny, wykorzystuje reguły systemowe i (przede wszystkim) funkcjonalne dla sprawdzenia, który z dopuszczalnych – jego zdaniem – wyników znajduje najlepsze uzasadnienie systemowe i funkcjonalne i który zdaje się nie dopuszczać wykorzystania reguł funkcjonalnych w przypadku językowej jednoznaczności.

²² Również M. Gutowski, *Glosa...*, s. 277 zdaje się uznawać reguły systemowe za raczej nieistotne.

²³ Na naruszenie zasady pewności prawa zwraca trafnie uwagę SN w wyroku z dnia 12 grudnia 2001 r., III KKN 453/99, LEX nr 488993.

Wydaje się wszakże, że ani wynik wykładni językowej, ani rozwiązanie, które zostało odrzucone w konsekwencji zastosowania reguł językowych, nie są niezgodne z opisowo rozumianymi zasadami prawa. Po pierwsze, żadne z rozwiązań nie stanowi wyłomu od rozwiązania, zgodnie z którym uprawniony z tytułu prawa pierwokupu może wykonać swe prawo jedynie wówczas, gdy zobowiązany i osoba trzecia zawarły ważną umowę sprzedaży²⁴. Jeśli uznać nieważność z art. 599 § 2 k.c. za nieważność bezwzględną, uprawniony nie będzie mógł wykonać swego prawa. Podobnie zasady tej nie naruszy przyjęcie, że nie chodzi tu o nieważność bezwzględną – niemożność wykonania prawa pierwokupu w sytuacji, gdy umowa zobowiązanego z osobą trzecią jest nieważna bezwzględnie nie przekreśla przecież dopuszczalności wykonania prawa w sytuacji, gdy umowa ta obciążona jest inną wadą niż bezwzględna nieważność. Na gruncie powyższego można zauważyć, że nietrafna jest argumentacja, popularna wśród zwolenników tezy, że w art. 599 § 2 chodzi o nieważność bezwzględną, wedle której tylko ważna umowa sprzedaży umożliwia wykonanie prawa pierwokupu²⁵. Z faktu tego wynika jedynie to, że w przypadku, gdy nie można wykonać prawa pierwokupu, umowa zobowiązanego z osobą trzecią nie musi być ważna, nie zaś to, że w art. 599 § 2 k.c. chodzi o nieważność bezwzględną²⁶. Poglądy te stanowić by mogły co najwyżej konsekwencję przyjęcia tezy, że w art. 599 § 2 k.c. chodzi o nieważność bezwzględną, a nie argument na rzecz tezy, że chodzi tu o nieważność bezwzględną.

Żadne z rozwiązań zdaje się też również nie godzić, nieściśle rzecz ujmując, w istotę prawa pierwokupu, sprowadzającą się do „wejścia”²⁷ uprawnionego w prawa i obowiązki osoby trzeciej zawierającej umowę sprzedaży ze zobowiązanym. W przypadku przyjęcia, że umowa zawarta w okolicznościach określonych w art. 599 § 2 k.c. jest [bezwzględnie] nieważna, skutek taki po prostu nie wystąpi. Podobnie, gdyby przyjęć jakąś inną postać nieważności, skutek taki mógłby wystąpić na ogólnych zasadach.

Wreszcie, żadne z analizowanych rozwiązań nie podważa konstrukcji prawa pierwokupu jako stosunku obligacyjnego²⁸. Sprawa w przypadku uznania, że w art. 599 § 2 k.c. chodzi o nieważność bezwzględną, wydaje się oczywista; co

²⁴ Co w różnych kontekstach podkreśla się jednolicie w doktrynie; zob. zwłaszcza J. Górecki, *Umowne...*, s. 18, 153, 181 i n., 279; tak też M. Nesterowicz (w:) *Kodeks...*, s. 587; J. Ciszewski, *Charakter prawny i zakres stosowania prawa pierwokupu*, Probl. Egz. Sądowej 1996 /XXI, s. 43; S. Dąbrowski (w:) *Kodeks cywilny*, Tom II, Art. 353-1088, Warszawa 2005, s. 332; J. Jezioro (w:) *Kodeks...*, s. 1076; M. Safjan (w:) *Kodeks...*, s. 366. Tak też SN w postanowieniu z dnia 17 lipca 2008 r., II CSK 113/08, LEX nr 447685.

²⁵ Zob. zwłaszcza J. Ciszewski, *Charakter...*, s. 53; podobnie SN w uchwale z dnia 30 lipca 1968 r., III CZP 48/68, OSNC 1969/3, poz. 49.

²⁶ Obowiązuje bowiem: $\Box p \rightarrow \Diamond q \leftrightarrow \sim \Diamond q \rightarrow \sim \Box p$; gdzie „ \Box ” oznacz funktor modalny konieczności („musi być tak, że...”), a „ \Diamond ” – funktor możliwości (potencji; „może być tak, że...”).

²⁷ Tę sformułowania używa Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 146. Podobnie wcześniej E. Łętowska, J. Łętowski, *Wykonanie prawa pierwokupu nieruchomości przysługującego Państwu*, PUG 1964/ 10, s. 250.

²⁸ Obligacyjny charakter pierwokupu podkreślają R. Czarnecki (w:) *Kodeks...*, s. 1333; J. Górecki, *Umowne...*, s. 86 i n.; S. Dąbrowski (w:) *Kodeks...*, s. 331; Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 150.

się zaś tyczy rozwiązania konkurencyjnego godzi się zauważyć, że prawodawca może ustanawiać normy (i niekiedy takie normy ustanawia), zgodnie z którymi ważna czynność prawna, kreująca stosunek obligacyjny między stronami takiej czynności, jest bezskuteczna wobec podmiotu, którego prawa lub prawnie chronione interesy byłyby przez taką czynność naruszone.

4. Problemy wykładni funkcjonalnej

Wobec jednoznacznego wyniku wykładni językowej uznanie, że w art. 599 § 2 k.c. nie chodzi o bezwzględną nieważność zobowiązującej umowy sprzedaży i że w konsekwencji uprawniony z tytułu prawa pierwokupu może swe prawo wykonać, wymaga przedstawienia szczególnie silnego uzasadnienia aksjologicznego, odwołującego się do wartości przypisywanych prawodawcy w polskiej kulturze prawnej. W pierwszym jednak rzędzie należy zbadać, czy w ogóle jest możliwe zastosowanie którejs z koncepcji dogmatycznych, które miałyby prowadzić do takiego rezultatu. Mówiąc inaczej, konieczne jest nie tylko przedstawienie argumentów, mających uzasadniać dane rozwiązanie, ale także środków czy dróg, które mogłyby do takiego rozwiązania doprowadzić. Okazuje się bowiem, że wśród zwolenników koncepcji dopuszczającej możliwość wykonania przez uprawnionego prawa pierwokupu w sytuacji zawarcia przez zobowiązanego i osobę trzecią bezwarunkowej umowy sprzedaży zachodzą istotne rozbieżności właśnie co do środków, które miałyby do przyjmowanego przez nich wyniku prowadzić²⁹.

Wedle niektórych przedstawicieli dogmatyki, bezwarunkowa umowa sprzedaży winna być uznana za nieważną jedynie między zobowiązanym a osobą trzecią. Oświadczenie uprawnionego o skorzystaniu z prawa pierwokupu czyniłoby taką umowę ważną między zobowiązanym a uprawnionym; podobnie nieskorzystanie przez uprawnionego z jego prawa w terminie zawitym (art. 598 § 2 k.c.) czyniłoby umowę ważną między jej pierwotnymi stronami. Skorzystanie z prawa pierwokupu albo upływ terminów zawitych **konwalidowałby** więc umowę zobowiązanego z osobą trzecią. Umowa miałaby przy tym pozostać nieważną wówczas, gdyby uprawniony nie dowiedział się o możliwości skorzystania ze swego

²⁹ Z istniejących rozbieżności w tym zakresie nie zdawano sobie dotąd zresztą sprawy. Poglądy zwolenników tezy o możliwości skorzystania z prawa pierwokupu przez uprawnionego w przypadku zawarcia bezwarunkowej umowy sprzedaży są zwykle na tyle niejasno wyrażone, że trudno z całą pewnością orzec, o którą z dróg prowadzących do pożądanego wyniku danemu autorowi chodziło. Niektórzy autorzy podawali od razu wynik odwołując się jedynie do celu przepisu, tak zwłaszcza A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania...*, s. 74.

prawa³⁰. Umowę taką kwalifikuje się do kategorii umów względnie nieważnych³¹ albo względnie bezskutecznych³².

Niezależnie od argumentów natury aksjologicznej, które miałyby przemawiać za odrzuceniem językowego wyniku wykładni, opisane środki mające prowadzić do modyfikacji brzmienia art. 599 § 2 k.c. nie wydają się możliwe do zaakceptowania. Problemy zaczynają się już w przypadku teoretycznej kwalifikacji umowy zobowiązanego z osobą trzecią. Na pewno nie można uznać, że chodzi tu o umowę względnie nieskuteczną, przynajmniej na gruncie ugruntowanego w dogmatyce znaczenia tego pojęcia. Bezskuteczność względna oznacza przecież sytuację, w której w pełni ważna umowa nie wywołuje skutków wobec osoby trzeciej, jeśli miałyby to naruszyć określone prawo takiego podmiotu. Tymczasem umowa zobowiązanego z osobą trzecią ma stać się ważna dopiero wówczas, kiedy uprawniony ze swego prawa nie skorzysta. Dopuszczalne wydaje się natomiast uznanie takiej umowy za umowę nieważną względnie; jakkolwiek i to budzić może pewne wątpliwości. Nieważność względna polega bowiem na tym, że czynność prawna – wywołująca co do zasady wszystkie wyrażone w niej skutki prawne – nie wywoła żadnych spośród takich skutków względnie wywoła jakieś inne skutki, jeśli uprawniony skorzysta ze swego prawa podmiotowego w określonym terminie zawitym. Wykonanie prawa pierwokupu można by chyba uznać za skorzystanie z prawa do uchylenia skutków danej czynności prawnej; byłaby to sytuacja o tyle jednak osobliwa, że bodaj we wszystkich przypadkach nieważności bezwzględnej system prawny konstruuje szczególne czynności, których dokonanie powoduje uchylenie (modyfikację) skutków danej czynności prawnej i odrębnie określa terminy na dokonanie takiej czynności.

Największe wątpliwości budzi jednak sprawa konwalidacji. Wedle przyjętego sposobu rozumienia tego wyrażenia, chodzi o uznanie nieważnej czynności prawnej za ważną na skutek jakichś późniejszych zdarzeń; mówiąc metaforycznie – o „uzdrowienie” nieważnej czynności prawnej³³. Po pierwsze, konwalidacja zdaje się dotyczyć jedynie czynności bezwzględnie nieważnych, a nie nieważnych względnie. Po drugie, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie jest sprawą bezsporną, że jest to środek zupełnie wyjątkowy, który stosować można jedynie

³⁰ Tak prawdopodobnie jako pierwszy A. Kunicki, *Zakres...*, s. 1533 i n.; tak też ostatnio Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 152 i n. W ten sposób poglądy wszystkich zwolenników tezy o możliwości skorzystania z prawa pierwokupu w sytuacji określonej w art. 599 § 2 k.c. rozumie m.in. R. Czarnecki (w:) *Kodeks...*, s. 1335.

³¹ Tak np. Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 152. W ten sposób poglądy zwolenników tezy o możliwości skorzystania z prawa pierwokupu w sytuacji określonej w art. 599 § 2 k.c. rozumie m.in. SN w uzasadnieniu uchwały z dnia 30 lipca 1968 r., III CZP 48/68, OSNC 1969/3/49 i później R. Czarnecki (w:) *Kodeks...*, s. 1335; tak też chyba SN w wyroku z dnia 12 grudnia 2001 r., III CKN 453/99, LEX nr 488993.

³² Tak A. Kunicki, *Zakres...*, s. 1533 i n., utożsamiając jednak warunkową bezskuteczność z względną nieważnością. W ten sposób poglądy zwolenników tezy o możliwości skorzystania z prawa pierwokupu rozumie też SN w wyroku z dnia 14 października 1999 r., I CKN 155/98, LEX nr 488998.

³³ Por. zwłaszcza Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 346. Zob. także Z. Radwański (w:) *System...*, s. 440.

w tych bardzo nielicznych przypadkach, w których upoważnia do tego w wyraźny sposób sam ustawodawca³⁴. W art. 599 § 2 k.c. nie ma ani jednego sformułowania podobnego do tych określonych w art. 14 § 2 k.c., art. 890 k.c. i art. 945 k.c., które mogłyby uzasadniać twierdzenie, że chodzi tu o konwalidację. Co więcej, w przytoczonych wyżej przykładach konwalidacja następuje na skutek ściśle określonego działania (czynu) danego podmiotu. Wedle zaś naszkicowanej wcześniej koncepcji, do konwalidacji miałyby prowadzić nie jedno określone działanie, ale również zaniechanie uprawnionego. Wreszcie, nie za bardzo wiadomo, w jakim sensie oświadczenie uprawnionego miałyby konwalidować umowę zobowiązanego z osobą trzecią, skoro na skutek złożenia takiego oświadczenia umowa nie wywoływałaby właśnie żadnych skutków między tymi podmiotami.

Wątpliwości pogłębiają się na gruncie nowszego, zgodnego z koncepcją czynności konwencjonalnych rozumienia wyrażenia „konwalidacja”. Jeśli przyjąć, że chodzi tu w gruncie rzeczy o skonstruowanie przez prawodawcę nowych reguł sensu danej czynności prawnej, wedle których może być ona w szczególnych okolicznościach dokonana³⁵, zupełnie przestaje być zrozumiałym, jak złożenie określonego oświadczenia o skorzystaniu z prawa pierwokupu mogłyby zostać uznane za regułę sensu umowy sprzedaży. W konsekwencji niezależnie od ewentualnych argumentów funkcjonalnych koncepcja okazuje się nietrafna; przynajmniej tak długo, jak długo będzie się stać na stanowisku niedopuszczającym modyfikowania znaczeń wyrażań wykorzystywanych w dogmatyce dla doraźnych, jednostkowych potrzeb.

W drugim ujęciu mowa jest nie tyle o konwalidacji, co o **konwersji** bezwzględnie nieważnej bezwarunkowej umowy sprzedaży w ważną umowę warunkową – gdzie warunkiem byłoby nieskorzystanie przez uprawnionego z przysługującego mu prawa pierwokupu³⁶. Wedle dawnego, metaforycznego sposobu rozumienia konwersji, chodzi tu o przemianę nieważnej czynności w czynność ważną, odpowiadającą choćby częściowo hipotetycznej woli stron. Tak rozumiana konwersja jest więc instytucją mającą chronić podmiot dokonujący danej czynności prawnej, co dobrze zresztą ilustrują powszechnie znane przypadki uznania nieważnego testamentu alograficznego za ważny testament ustny czy nieważnego awału za „zwykłe” (i ważne) poręczenie. Tymczasem w analizowanym tu przypadku konwersja w żadnej mierze nie służyłaby stronom bezwarunkowej umowy. Wprost przeciwnie, w jasny sposób podmioty te chciały pozbawiać uprawnionego jego prawa; względnie praktycznej możliwości skorzystania z niego. Konwersja pro-

³⁴ Dobitnie np. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 346.

³⁵ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 345 i n. Por. także Z. Radwański (w:) *System...*, s. 441 i n.

³⁶ W ten sposób poglądy zwolenników tezy o możliwości skorzystania z prawa pierwokupu rozumie m.in. J. Górecki, *Umowne...*, s. 173 i n., a ostatnio SN w wyroku z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1374/00, OSNC 2004/3, poz. 45. Tak też chyba J. Jezioro (w:) *Kodeks...*, s. 1079 i M. Safjan (w:) *Kodeks...*, s. 375.

wadziłaby więc do rezultatów ewidentnie sprzecznych z wolą stron i służyła interesom osoby trzeciej.

Sprawa staje się jeszcze dobitniej widoczna na gruncie nowej, godnej aprobaty koncepcji konwersji, wedle której „instytucja” ta sprowadza się do wykładni oświadczeń woli zgodnie z regułami unormowanymi w art. 65 k.c.; zwłaszcza zaś w zgodzie z wolą stron, a nie tylko dosłownym brzmieniem takich oświadczeń³⁷. Otóż reguły wykładni oświadczeń woli w żadnym razie nie dopuszczają do przyjęcia, że strony zawarły w treści czynności prawnej elementy, których właśnie tam nie zawarły i co więcej – intencjonalnie nie chciały zawierać. Uważniejsza analiza pozwala dostrzec jeszcze jeden problem. Otóż próbując uściślić nowsze rozumienie konwersji, wydaje się, że wyrażenie to oznacza sytuację, w której zbiór reguł sensu danej czynności prawnej, np. P1 zawiera się (jest podrzędny) w zbiorze reguł sensu jakiejś innej czynności, np. P2 a dany podmiot prawa cywilnego postąpił zgodnie z regułami czynności P1, nie dochowując wszakże szczególnych reguł przewidzianych dla czynności P2 i w której znajduje zastosowanie dyrektywa wykładni, zgodnie z którą podmiot, dokonując czynności prawnej, chce, by czynność ta okazała się ważna. Umożliwia to uznanie, że podmiot dokonał czynności P1, mimo że reguły językowe wykładni wskazywałyby na czynność P2. W badanej tu sytuacji zobowiązany i osoba trzecia nie dokonują natomiast jakiejś czynności o węższej zakreślonych regułach sensu niż jakaś inna czynność, a jedynie nie zamieszczają postanowienia, którego zamieszczenie w czynności stanowiło ich obowiązek.

Podobnie więc jak we wcześniej badanym przypadku, koncepcję wiążącą możliwość skorzystania przez uprawnionego z prawa pierwokupu z konwersją nieważnej bezwarunkowej umowy sprzedaży należy uznać za nietrafną.

Trzecim z wyrażonych w doktrynie pomysłów na uzasadnienie pożądanego aksjologicznie wyniku jest uznanie bezwarunkowej umowy za czynność nieważną częściowo (art. 58 § 3 k.c.)³⁸. Teza ta wychodzi z nietrafnego założenia utożsamiającego z sobą czyny i zaniechania – przedmioty (w szerokim, filozoficznym znaczeniu wyrażenia „przedmiot”) o różnej naturze ontologicznej i semiotycznej³⁹. Otóż art. 58 § 3 k.c. pozwala uznać za nieważną część czynności prawnej – a więc jakiś element bądź część tego, co zostało w niej wyrażone. Kwalifikacji podlega więc wytwór czynu podmiotu (podmiotów) dokonującego czynności. Brak zamieszczenia warunku ewidentnie nie jest wytworem czynu, a skutkiem

³⁷ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 347. Zob. także Z. Radwański (w:) *System...*, s. 436 i n.

³⁸ Tak chyba W. Czachórski, *Prawo...*, s. 462 i n. i później M. Gutowski, *Głosa...*, s. 277 i ostatnio M. Safjan (w:) *Kodeks...*, s. 375; J. Jezioro (w:) *Kodeks...*, s. 1079.

³⁹ Co do różnic semiotycznych W. Patryas, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, passim.

jego braku – zaniechania (czy nawet samym zaniechaniem). Mówiąc prosto, nie można uznać za nieważne czegoś, czego w ogóle nie ma⁴⁰.

Okoliczność, że przyjmowane dotąd w doktrynie sposoby uzasadnienia wyniku sprzecznego z wynikiem zastosowania reguł językowych wykładni okazały się nietrafne, nie przesądza jeszcze ostatecznie nietrafności tego wyniku. Może się bowiem okazać, że istnieje jakaś inna droga pozwalająca wynik ów uzasadnić. Jedynym *prima facie* możliwym do przyjęcia rozwiązaniem wydaje się uznanie, że w art. 599 § 2 k.c. nie chodzi o nieważność, ale o bezskuteczność umowy zobowiązującej; innymi słowy, o wyłączenie jej skutku rozporządzającego. Aby nie popaść w przedstawione wcześniej sprzeczności z art. 58 § 1 k.c., należałoby jednak konsekwentnie przyjąć, że umowa zobowiązująca jest umową zawartą pod warunkiem; innymi słowy, uznać fikcję prawną zawarcia umowy warunkowej. System prawny zna ostatecznie wiele sytuacji, w których prawodawca nakazuje uznać istnienie tego, co w tzw. rzeczywistości pozanormatywnej faktycznie nie miało miejsca. Niemniej nad wyraz wątpliwa wydaje się kompetencja przedstawicieli doktryny tudzież sądów do kreowania takich fikcji. Tym bardziej wątpliwa byłaby taka kompetencja w przypadku czynności autonomicznych podmiotów prawa cywilnego. Uznanie czynności bezwarunkowej za warunkową byłoby w gruncie rzeczy „dopisaniem” do umowy klauzuli, której tam nie było; więcej – dopisaniem takiej klauzuli **wbrew woli** samych stron.

Na gruncie powyższego wydaje się więc, że nie istnieje żadna droga pozwalająca w zgodzie z regułami języka dogmatyki uzasadnić rozwiązanie, iż na gruncie art. 599 § 2 k.c. uprawniony z prawa pierwokupu może swe prawo wykonać, nawet gdy zobowiązany i osoba trzecia zawarli umowę bezwarunkową. Co więcej, bliższe badanie argumentów aksjologicznych mających uzasadniać takie rozwiązanie wykaże słabość co najmniej niektórych spośród nich; ich krytyka stanowić będzie zarazem pośrednie uzasadnienie aksjologiczne dla wyniku uzyskanego w drodze zastosowania językowych reguł wykładni.

Wedle zwolenników poglądu o możliwości wykonania prawa pierwokupu przez uprawnionego nawet w przypadku zawarcia bezwarunkowej umowy sprzedaży przez zobowiązanego i osobę trzecią, za jego przyjęciem przemawiają „istotne racje celowościowe”⁴¹, wyprowadzane zwykle z *ratio legis*⁴² czy samego celu⁴³ instytucji prawa pierwokupu. Pierwszą z owych racji (argumentów) celowościowych ma być szczególnie doniosła rola społeczna pierwokupu przysługującego Skarbowi Państwa⁴⁴. Argument ten z wielu względów należy uznać za

⁴⁰ Podobnie, trafnie, w innym kontekście P. Machnikowski, Głosa do Wyrok Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 10 października 2008 r., II CSK 221/08, OSP 2010/1, s. 21 i n.

⁴¹ Por. M. Safjan (w:) *Kodeks...*, s. 375.

⁴² Zob. zwłaszcza Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 152 i n.; podobnie A. Kunicki, *Zakres...*, s. 1533 i n.

⁴³ Zob. M. Gutowski, *Głosa...*, s. 278 i n.

⁴⁴ Tak zwłaszcza A. Kunicki, *Zakres...*, s. 1533 i n.

nietrafny. Zauważyć trzeba w pierwszym rzędzie, iż sformułowany on został na gruncie dawnego ustroju społeczno-gospodarczego i nie został ani razu powtórzony po zmianie tego ustroju. Podkreślanie szczególnej roli prawa przysługującego Skarbowi Państwa ma bowiem ewidentne zabarwienie ideologiczne, zupełnie niepasujące do obecnie istniejących stosunków. Pomijając zresztą nawet kwestie ideologiczne, wypada zauważyć, że prawo pierwokupu, którego naruszenie w postaci zawarcia bezwarunkowej umowy sprzedaży jest kwalifikowane na gruncie art. 599 § 2 k.c., przysługuje różnym podmiotom – nie tylko Skarbowi Państwa. Co więcej, ustawodawca przyznał prawo pierwokupu owym różnym podmiotom z wyraźnie bardzo różnych powodów, by porównać z sobą przykładowo wzgląd na ochronę dziedzictwa narodowego (pierwokup przysługujący w przypadku sprzedaży zabytku⁴⁵) z ochroną trwałości gospodarstw rolnych (pierwokupu dzierżawcy nieruchomości rolnej).

Drugim argumentem, chyba najpowszechniej uznawanym, ma być potrzeba ochrony uprawnionego z prawa pierwokupu⁴⁶. Założeniem tego argumentu jest niedostateczny charakter ochrony w przypadku przyjęcia wyniku wykładni językowej, zwłaszcza w relacji do ochrony innych uprawnionych z tytułu prawa pierwokupu niż podmioty wymienione w art. 599 § 2 k.c. Argument ten wydaje się wątpliwy zarówno z punktu widzenia relacji stopnia czy zakresu ochrony zapewnionej przez art. 599 § 2 k.c. w jego językowym rozumieniu do ochrony innych podmiotów zapewnianej przez art. 599 § 1 k.c., jak i z ogólnosystemowego punktu widzenia. Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, nie jest wcale tak, by ochrona zapewniana przez art. 599 § 2 k.c. w jego dosłownej interpretacji była słabsza w stosunku do ochrony zapewnianej przez Kodeks cywilny innym uprawnionym z tytułu pierwokupu, a już na pewno nie jest tak, by ochrona ta była jedynie „iluzoryczna”⁴⁷. Podmioty wymienione w art. 599 § 2 k.c. w przypadku zawarcia przez zobowiązanego i osobę trzecią umowy bezwarunkowej zachowują swoje prawo w niezmienionej postaci; podczas gdy wszelkie inne podmioty swoje prawo ostatecznie tracą, zyskując jedynie powszechnie uznawane za niewystarczające roszczenie odszkodowawcze z art. 599 § 1 k.c. Z tego zaś, że podmioty wymienione w art. 599 § 2 k.c. powinny być chronione silniej niż wszelkie inne podmioty, nie wynika jeszcze w żadnej mierze, jaką ta ochrona powinna przybrać postać; a już na pewno nie wynika, by polegać miała właśnie na bezskuteczności bezwarunkowej umowy względem uprawnionego⁴⁸.

Naszkicowany wyżej argument zdaje się nie wytrzymywać krytyki również z ogólnosystemowego punktu widzenia. Otóż na tle całego prawa cywilnego należy zauważyć, że trudno o silniejszą ochronę podmiotu prawa obligacyjnego,

⁴⁵ Zob. art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz.U. z 1997 r. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.).

⁴⁶ Zob. zwłaszcza M. Gutowski, *Glosa...*, s. 278 i n. oraz Cz. Żuławska (w): *Komentarz...*, s. 152 i n.

⁴⁷ Tak jednak M. Gutowski, *Glosa...*, s. 278 i n.

⁴⁸ Por. ibidem.

niż uczynienie tego prawa zupełnie niewrażliwym na działania innych podmiotów, zmierzających do naruszenia czy unicestwienia takiego prawa. Ochrona zapewniana przez art. 599 § 2 k.c. w jego dosłownym brzmieniu wydaje się więc wręcz wyjątkowo silna. Z przyjętej w tym miejscu perspektywy trzeba też zwrócić uwagę na daleko idące wątpliwości co do sprawiedliwości krytykowanego tu rozwiązania. Otóż przełamanie wyniku językowego prowadziłoby do sytuacji, w której uprawniony z tytułu prawa pierwokupu traktowany byłby na gruncie tak rozumianego art. 599 § 2 k.c. lepiej niż w każdym innym przypadku nieważności umowy zobowiązanego z osobą trzecią. Nie widać w tym miejscu żadnych powodów, dla których w sytuacji, w której umowa taka okazała się nieważna np. z racji tego, że obie jej strony zakładały osiągnięcie celu sprzecznego z prawem (art. 58 § 1 k.c.), uprawniony nie mógł wykonać swego prawa, a mógł w sytuacji jej bezwarunkowości. Jeszcze ostrzej ten problem rysuje się z punktu widzenia osoby trzeciej, która byłaby traktowana gorzej w sytuacji, w której niejednokrotnie żadnej szeroko rozumianej winy czy złej wiary przypisać jej nie można niż w sytuacji, gdy wina czy zła wiara występowałyby zawsze.

Trzecim argumentem mającym przemawiać za odrzuceniem wyniku wykładni językowej ma być wzgląd na sankcjonowanie nieelojalnych działań zobowiązanego i osoby trzeciej, rozumiany jako jedna z *ratio legis* całej instytucji prawa pierwokupu⁴⁹. W argumentie tym jest – jak się zdaje – pewna doza słuszności, niemniej nie można przejść do porządku dziennego nad szeregiem zastrzeżeń. Po pierwsze, wzgląd na zapewnienie jak najostrzejszej sankcji nie może służyć za argument przełamania wyniku uzyskanego w drodze zastosowania językowych reguł wykładni, przynajmniej w obszarze prawa cywilnego. Celem tej gałęzi prawa nie jest przecież sankcjonowanie zachowań jego podmiotów; z pewnością zaś sankcja nie jest tu celem samoistnym, któremu można by podporządkowywać proces wykładni. Stanowczo nie można się też zgodzić z tezą, jakoby sankcja była celem instytucji prawa pierwokupu. Po drugie, sankcja dotyka tu nie tylko zobowiązanego, naruszającego swoje obowiązki względem uprawnionego, ale również osobę trzecią, która o prawie pierwokupu dotyczącym kupowanej przez nią rzeczy może nie mieć pojęcia. Po trzecie wreszcie, w wielu sytuacjach faktycznych trudno będzie w ogóle powiedzieć, który wynik wykładni art. 599 § 2 k.c. będzie surowszy dla zobowiązanego. Wynik zgodny z językowym brzmieniem prowadzi bowiem do tego, że zobowiązany nie uzyska za rzecz, którą pragnął sprzedać, umówionej sumy pieniężnej względnie narażony będzie na konieczność prowadzenia procesu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia przeciwko osobie trzeciej.

Z szerszej, ogólnosystemowej perspektywy i tym razem trzeba zwrócić uwagę na problemy związane z naruszeniem zasad sprawiedliwości przez pogląd odrzucający wynik wykładni językowej. Otóż przyjęcie tego poglądu prowadziłoby do

⁴⁹ Tak zwłaszcza Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 152 i n.; podobnie wcześniej A. Kunicki, *Zakres...*, s. 1533 i n.

sytuacji, w której podmioty zachowujące się bardziej nagannie od zobowiązanego zawierającego bezwarunkową umowę sprzedaży byłyby traktowane łagodniej. I tu za przykład może służyć umowa, do której znajdzie zastosowanie art. 58 § 1 k.c. z racji jej sprzeczności z prawem; umowa taka, jako nieważna, nie umożliwi uprawnionemu wykonania jego prawa.

Ostatni z podawanych w dogmatyce argumentów odwołuje się do faktu, iż prawo pierwokupu zapewnia uprawnionemu możliwość nabycia konkretnej rzeczy⁵⁰. Trzeba jednak zauważyć, iż z faktu nie wynikają jeszcze żadne normy; *ergo* – z faktu, że prawo pierwokupu zapewnia uprawnionemu możliwość nabycia konkretnej rzeczy, nie wynika norma, zgodnie z którą przysługuje mu kompetencja do skorzystania ze swego prawa w przypadku zawarcia bezwarunkowej umowy przez zobowiązanego i osobę trzecią. Skorzystanie z prawa pierwokupu jest przecież zawsze uzależnione od zajścia jakiś innych zdarzeń niż samo tylko powzięcie woli skorzystania z tego prawa przez uprawnionego. Zawarcie umowy warunkowej stanowi po prostu jedną z tych przesłanek.

5. Wnioski

Przeprowadzone analizy zdają się upoważniać do sformułowania trzech różnego rodzaju wniosków. Pierwsze spośród nich mają charakter teoretycznoprawny i nad wyraz szkicowy. Otóż niniejsza praca może stanowić bardzo drobny przyczynek do badań nad raczej dotąd nieporuszonym problemem wpływu konstrukcji opracowanych czy wypracowanych w dogmatyce prawa cywilnego na wykładnię cywilnoprawnych tekstów aktów normatywnych. Przy czym problem ten może oczywiście okazać się znacznie szerszy. Okazuje się bowiem, że najbardziej zaawansowana derywacyjna koncepcja wykładni chyba nie uwzględnia roli, jaką w procesie interpretacji pełnią wyrażenia, takie jak np. „konwalidacja” czy „konwersja”, których znaczenie jest ustalone przez dogmatykę i którymi dogmatyka się posługuje. Próbując ująć problem precyzyjniej, nie wiadomo, czy takie wyrażenia – będące wyrażeniami języka przynajmniej o stopień wyższego od języka tekstów aktów normatywnych – mają być wykorzystywane w procesie wykładni językowej, przesądzając sposób rozumienia wyrażeń języka przedmiotowego, czy też w procesie wykładni funkcjonalnej⁵¹. W tym ostatnim przypadku znaczenie wyrażeń, którymi posługuje się dogmatyka, wykluczałoby rozwiązania nawet zgodne z wartościami przypisywanymi prawodawcy, ale sprzeczne z tymi znaczeniami. Patrząc na problem z innej strony – można zauważyć, że dość w dogmatyce powszechne „sprawdzanie” proponowanych wyników wykładni

⁵⁰ Zob. zwłaszcza M. Gutowski, *Głosa...*, s. 278 i n.

⁵¹ To właśnie rozwiązanie, jako bardziej chyba intuicyjne, przyjęto zresztą w niniejszej pracy, co rzecz jasna w żadnej mierze nie przesądza o jego trafności.

określonych przepisów pod kątem tego, czy są zgodne z przyjętymi znaczeniami wyrażeń metajęzykowych (np. czy dane rozwiązanie jest zgodne z przyjętym sposobem rozumienia „konwalidacji”), nie bardzo odpowiada schematowi wykładni proponowanemu przez koncepcję derywacyjną.

Po drugie, w pracy zwrócono uwagę na rolę opisowo rozumianych zasad prawa dla procesu wykładni. Wydaje się, że bardzo ostrożnie można przypuszczać, że fakt zgodności z tak rozumianymi zasadami jednego z możliwych do przyjęcia na gruncie reguł językowych wyników zdaje się być argumentem na rzecz akceptacji właśnie takiego wyniku.

Co się zaś tyczy problemów dogmatycznoprawnych, przeprowadzone analizy upoważniają do stwierdzenia, że wynik wykładni art. 599 § 2 k.c., wedle którego bezwarunkowa umowa zawarta między zobowiązanym z tytułu prawa pierwokupu a osobą trzecią jest umową bezwzględnie nieważną, przyjmowany w jednolitym orzecznictwie Sądu Najwyższego i w wyraźnej większości opracowań doktrynalnych, jest wynikiem trafnym. W konsekwencji przyjęcia tego właśnie rozwiązania uprawniony z tytułu prawa pierwokupu zachowuje swe prawo, jednak będzie je mógł wykonać dopiero po zawarciu przez zobowiązanego ważnej warunkowej umowy sprzedaży rzeczy, której jego prawo dotyczy.

STRESZCZENIE

W pracy podjęto zagadnienie charakteru nieważności bezwarunkowej umowy sprzedaży naruszającej ustawowe prawo pierwokupu. Chodziło o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy nieważność, o której mowa w art. 599 § 2 k.c., jest nieważnością bezwzględną, skuteczną *erga omnes*, czy też chodzi tu jedynie o nieważność względną, występującą w stosunku między zobowiązanym z tytułu prawa pierwokupu a osobą trzecią, która nabyła bezwarunkowo rzecz obciążoną prawem pierwokupu. Patrząc na problem od innej strony, próbowano ustalić, czy ustawowe prawo pierwokupu może być wykonane jedynie w przypadku zawarcia warunkowej umowy sprzedaży, w której strony uzależniły jej skuteczność od nieskorzystania przez uprawnionego z przysługującego mu prawa, czy także w przypadku sprzedaży dokonanej bez zastrzeżenia takiego warunku.

Przeprowadzone analizy upoważniały do stwierdzenia, że bezwarunkowa umowa zawarta między zobowiązanym z tytułu prawa pierwokupu a osobą trzecią jest umową bezwzględnie nieważną. W konsekwencji uprawniony z tytułu prawa pierwokupu zachowuje swe prawo, jednak będzie je mógł wykonać dopiero po zawarciu przez zobowiązanego ważnej warunkowej umowy sprzedaży rzeczy, której jego prawo dotyczy.

SUMMARY

The article discusses the character of invalidity of an unconditioned sale contract that violates the statutory right of first refusal. The aim is to answer the question whether the invalidity discussed in Article 599 § 2 of the Civil Code is the absolute one, *erga omnes*, or only a relative one, referring to the relation between the party bound by the right of first refusal and the third party who has made an unconditioned purchase of property covered by the right of first refusal. Looking at the issue from a different angle, the author tries to settle whether the statutory right of first refusal can be executed only in case of a conditioned sale contract in which the parties agree the transaction will be in force if the right holder refuses the purchase or also in case of sale without such a condition.

The performed analysis gives grounds for stating that unconditioned contract between the party that is bound by the right of first refusal and a third party is an absolutely invalid one. As a result, the holder of the right of first refusal keeps the entitlement but will be able to execute it only after the bound party enters into a conditioned contract of sale of property covered by the right of first refusal.

RÉSUMÉ

Dans l'article on parle des différents caractères d'invalidité du contrat sans conditions de vente qui viole le droit conforme à la loi de primoachat. Il s'agit de trouver la réponse à la question si l'invalidité dont on parle dans l'art.599 §2 du code civil est l'invalidité absolue, efficace *erga omnes*, ou bien il s'agit seulement de l'invalidité relative qui apparaît dans la relation entre celui qui a le titre de primoachat et le tiers qui a acheté sans conditions cet objet chargé du droit de primoachat. Et si l'on regarde ce problème d'un autre côté on essaie de déterminer si le droit conforme à la loi de primoachat peut être exécuté uniquement dans le cas de conclure un contrat de vente conditionnel dans lequel les deux parties ont soumis leur fin à ne pas bénéficier du droit à la personne autorisée ou bien aussi dans le cas de vente exécutée sans réserver cette condition.

Les analyses menées dans ce sujet ont autorisé l'auteur à la conclusion que le contrat sans conditions entre celui qui est obligé d'après le droit conforme à la loi de primoachat et le tiers est un contrat invalide absolument. En conséquence, celui qui est autorisé d'après le droit à la loi de primoachat garde ce droit mais il pourra l'exécuter après avoir établi le contrat de vente conditionnel de cet objet qui est sujet de la loi.

РЕЗЮМЕ

В работе поднят вопрос о характере недействительности безоговорочного договора о продаже, нарушающей преимущественное право купли. Речь идёт о поисках ответа на вопрос о том, является ли недействительность, о которой идёт речь в ст. 599 § 2 ГК, недействительностью абсолютной, принципиальной *erga omnes*, или же речь идёт только о недействительности относительной, проявляющейся в отношении между ответственным за преимущественное право купли, и третьим лицом, которое безоговорочно приобрело вещь, обременённую преимущественным правом купли. Рассматривая проблему с другой стороны, автор пытается определить, может ли действовать преимущественное право купли только в случае заключения условного договора купли-продажи, при котором стороны обусловили её результат неиспользованием уполномоченным причитающегося ему права, либо также в случае продажи, произведённой без возражений против такого условия.

Проведённый анализ позволил прийти к выводу, что безоговорочный договор, заключённый между ответственным за преимущественное право купли и третьим лицом, является абсолютно недействительным. В результате обладатель преимущественного права купли сохраняет за собой это право, однако сможет воспользоваться им только после подписания ответственным лицом действительного условного договора о продаже товара, на который это право распространяется.

AGNIESZKA KILIŃSKA-PĘKACZ

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MAJĄTKOWA
FUNKCJONARIUSZY PUBLICZNYCH

W kwietniu 2011 roku weszła w życie ustawa z dnia 20 stycznia 2011 roku o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa¹, która wprowadziła nowy rodzaj odpowiedzialności prawnej pracowników administracji publicznej. Według jej postanowień, funkcjonariusze publiczni ponoszą odpowiedzialność majątkową, jeżeli spełnione zostaną przesłanki w niej wskazane. Perspektywa dwóch lat obowiązywania przedmiotowej regulacji, jak też wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa jej dotyczące pozwalają na podjęcie próby nieco głębszej analizy w tym zakresie.

Zdaniem T. Chauvin, T. Staweckiego i P. Winczorka, na gruncie polskiego prawa wyróżnia się odpowiedzialność karną, cywilną, służbową, parlamentarną oraz konstytucyjną². Jak zasadnie podkreśla G. Maroń, odpowiedzialność prawna stanowi istotną instytucję, gdyż oznacza poniesienie lub groźbę poniesienia ujemnych konsekwencji określonych prawem przez tego, kto postąpił niezgodnie z normą prawną, a w okolicznościach przez nią podanych, będąc jej adresatem³. Odpowiedzialność prawna stanowi ważny instrument w prawidłowym funkcjonowaniu państwa prawa, gdyż chroni ona przed bezprawnymi działaniami między innymi przez funkcjonariuszy publicznych. Pełni również funkcję represyjną wobec podmiotów naruszających prawo, choć, oczywiście, zawsze lepiej będzie, gdy samo ryzyko jej poniesienia będzie instrumentem prewencyjnym odnośnie niezgodnych z prawem zachowań funkcjonariuszy publicznych, w tym pracowników administracji publicznej.

Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych ma bezpośredni związek z odpowiedzialnością cywilną, na co zwraca uwagę E. Ura. Według niej, odpowiedzialność cywilna omawianych podmiotów może mieć miejsce w dwóch przypadkach. Po pierwsze, jako odpowiedzialność odszkodowawcza na gruncie

¹ Dz.U. z 2011 r. Nr 34, poz. 173.

² T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 273–281.

³ G. Maroń, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2011, s. 209.

kodeksu cywilnego oraz właśnie jako odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych⁴. Art. 417 § 1 kodeksu cywilnego z dnia 18 maja 1964 roku wskazuje, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa⁵. Oznaczałoby to, że w sytuacji, gdy administracja publiczna dokona nieprawidłowego działania, wówczas finansowa odpowiedzialność nie spoczywa na pracowniku, który dokonał przedmiotowego błędu, ale na Skarbie Państwa, jednostce samorządu terytorialnego, czy innej osobie prawnej, która ponosi odpowiedzialność. W związku z tym przyjęcie ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa stało się celowe, aby wypełnić lukę dotyczącą odpowiedzialności prawnej w administracji publicznej, zwłaszcza po to, aby konkretne osoby za złą decyzję odpowiadały nie tylko służbowo, ale również majątkowo.

Poszukując przesłanek powstania przedmiotowej ustawy, należałoby przede wszystkim sięgnąć do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, w której to w art. 77 ust. 1 nadano każdemu prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej⁶. Ustawa zasadnicza przyznała prawo do dochodzenia roszczeń za niezgodne z prawem działanie na zupełnie nowych zasadach. Dotychczas podmiot, któremu wyrządzono szkodę, mógł jedynie dochodzić swoich roszczeń wyłącznie na gruncie prawa cywilnego, bowiem wówczas to podmiotem odpowiadającym majątkowo był Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna, która ponosi odpowiedzialność. Można zatem przyjąć, że wprowadzenie tej ustawy czyni zadość standardom konstytucyjnym, stanowi ich urealnienie i wzmocnienie, co sprzyja realizacji idei państwa prawa, w którym administracja publiczna powinna funkcjonować z jak największym pożytkiem dla obywateli, a gdy tego nie czyni, osoby za to odpowiedzialne powinny ponieść konsekwencje prawne, w tym majątkowe.

Motywację powstania ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa można odnaleźć także w uzasadnieniu projektu omawianego aktu prawnego. Argumenty za wprowadzeniem ustawy są następujące: zbyt wiele wadliwych decyzji wydawanych przez urzędników, które w niektórych przypadkach kończyły się likwidacją wielu przedsiębiorstw, pociąganie do odpowiedzialności Skarbu Państwa, jak też jednostek samorządu terytorialnego, co nie do końca było słuszne. W związku z tym postanowiono zmusić Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego do dochodzenia od urzędników należnych im kwot zgodnie z ujednoczoną zobiektywizowaną

⁴ E. Ura, *Prawo urzędnicze*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011, s. 284.

⁵ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

⁶ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

i czytelna procedurą. Odpowiednim organem w tym zakresie, niezależnym od administracji publicznej, w myśl ustawy stała się prokuratura⁷.

Jest zatem tak, że poniesienie przez urzędnika odpowiedzialności za błędne dokonanie swoich czynności lub ich nie wykonanie jest istotne, aby zmniejszyć ilość wadliwych decyzji administracyjnych i innych rozstrzygnięć. Tym samym chodzi o to, aby osoby sprawujące swoje funkcje wypełniały je godnie i z jak największą starannością wykonywały swoje obowiązki. W szerszej perspektywie powinno być więc tak, że przedmiotowe regulacje przyczynią się do polepszenia jakości funkcjonowania sfery publicznej, którą współtworzą funkcjonariusze publiczni.

Podmiotami odpowiedzialnymi na podstawie omawianej ustawy są funkcjonariusze publiczni. Na gruncie polskiego prawa występują dwie definicje funkcjonariusza publicznego – jedna została umiejscowiona w kodeksie karnym z dnia 6 czerwca 1997 roku⁸, natomiast druga właśnie w omawianej ustawie o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Definicje te nie pokrywają się, gdyż zgodnie z przedmiotową ustawą należą do tej grupy osoby działającej w charakterze organu administracji publicznej lub osoby wykonujące w urzędzie organu administracji publicznej pracę w ramach stosunku pracy, stosunku służbowego lub umowy cywilnoprawnej biorące udział w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji lub postanowienia na taki organ.

Porównania definicji wskazanej w kodeksie karnym oraz w ustawie będącej przedmiotem artykułu dokonała bardzo szczegółowo A. Walewska-Borsuk, wyliczając podmioty, które na mocy nowej ustawy nie są zaliczane do nowej definicji funkcjonariusza publicznego, a którymi są Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, poseł, senator, radny, poseł do Parlamentu Europejskiego, sędzia, ławnik, prokurator, funkcjonariusz finansowego organu postępowania przygotowawczego lub organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, notariusz, komornik, kurator sądowy, syndyk, nadzorca sądowy i zarządca, osoba orzekająca w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy, osoba pełniąca czynną służbę wojskową, pracownik międzynarodowego trybunału karnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, pracownik, usługobiorca, zatrudniony w centralnych organach administracji rządowej lub w terenowych organach administracji rządowej, bądź w organach jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli brał udział w prowadzeniu sprawy, rozstrzyganej w innej formie niż decyzja lub postanowienie, pracownik, usługobiorca, zatrudniony w centralnych organach administracji rządowej lub w terenowych organach administracji rządowej, jeżeli wykonuje wyłącznie czynności usługowe, techniczne, które nie mają rzeczywistego i istotnego wpływu na prowadzenie sprawy, rozstrzyganej

⁷ Poselski projekt ustawy o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa – druk sejmowy nr 1407, www.sejm.gov.pl.

⁸ Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

w drodze decyzji lub postanowienia przez organ administracji publicznej⁹. Natomiast E. Ura wskazuje wyraźnie, iż nowa definicja funkcjonariusza publicznego jest węższa, przede wszystkim związana z działalnością administracji publicznej¹⁰. Podobne różnice zauważają A. Bielska-Brodziak, G. Krawiec oraz Z. Tobor, przy czym zwracają oni uwagę, iż katalog podmiotów związanych z administracją publiczną jest większy, tłumacząc, że krąg osób zatrudnionych w organie jest szerszy niż pracowników, bowiem przewiduje się w takiej sytuacji różne formy zatrudnienia, a przypadku pracownika występuje jedynie umowa o pracę¹¹.

Jest więc tak, że stosunkowo wąski krąg podmiotów może ponieść odpowiedzialność majątkową za rażące naruszenie prawa. W rezultacie pojawiają się wątpliwości, czy wprowadzony katalog funkcjonariuszy publicznych jest wystarczający. Stało się bowiem tak, że odpowiedzialność majątkowa została przesunięta na zwykłych urzędników, którzy każdego dnia obsługują rzeszę petentów, gdyż to często w wyniku ich decyzji, w stosunku do obsługiwanych osób popełniane są błędy, które mają negatywny wpływ na ich życie, a przecież nie tylko wprost chodzi o skutki finansowe. Przykładowo, w przypadku pracownika ośrodka pomocy społecznej błędna decyzja dotycząca zasiłku może spowodować pozbawienie środków do życia, a w rezultacie pogorszenie stanu zdrowia petenta, czy członka jego rodziny.

Celowe wydaje się jednak rozszerzenie tej definicji poprzez objęcie nią także urzędników wyższych szczebli. Stanowiłoby to ujednoczenie możliwej odpowiedzialności w przedmiotowym zakresie, jak też uczynienie zadość zasadzie równości wobec prawa, która w aktualnym stanie prawnym może być postrzegana jako nieco zachwiana w formule niezasadnego uprzywilejowania niektórych funkcjonariuszy publicznych.

Podmiotem, przed, którym funkcjonariusz publiczny ponosi odpowiedzialność w zależności od rodzaju sprawowanego urzędu, jest Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inny podmiot, ponoszący odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej, za działania prowadzące do rażącego naruszenia prawa lub postępowania w przedmiocie takiej odpowiedzialności. W rezultacie, jak słusznie wskazuje B. Rakoczy, występują dwie strony stosunku cywilnoprawnego: dłużnik, którym jest funkcjonariusz publiczny, oraz wierzyciel, czyli jeden z podmiotów wyżej wymienionych, przed którym dłużnik ponosi odpowiedzialność majątkową¹². Ujęcie takie podkreśla cywilnoprawną formułę odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych.

⁹ A. Walewska-Borsuk, *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, Wydawnictwo Municipium SA, Warszawa 2011, s. 111.

¹⁰ E. Ura, *Prawo urzędnicze*, op. cit., s. 22.

¹¹ *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa: komentarz*, A. Bielska-Brodziak (red.), Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 107–109.

¹² B. Rakoczy, *Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2012, s. 10.

Odpowiedzialność na gruncie omawianej ustawy zostanie poniesiona zgodnie z jej art. 5, gdy wystąpią łącznie trzy przesłanki. Pierwsza taka, że na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub na mocy ugody zostało wypłacone przez podmiot odpowiedzialny odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa. Druga przesłanka to przyjęcie, że rażące naruszenie prawa zostało spowodowane zawinionym działaniem lub zaniechaniem funkcjonariusza publicznego, natomiast trzecia dotyczy rażącego naruszenia prawa w przypadku spraw enumeratywnie wskazanych w art. 6 ustawy.

Pierwsza z przesłanek wskazuje, że funkcjonariusz publiczny poniesie odpowiedzialność, jeżeli na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub na mocy ugody zostało wypłacone przez podmiot odpowiedzialny odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa. Kwestie odszkodowania za szkodę przy wykonywaniu władzy publicznej reguluje kodeks cywilny, a konkretnie jego art. 417–417². Odpowiedzialność na mocy tego artykułu zostanie poniesiona, gdy spełnione zostaną następujące przesłanki: będzie miało miejsce niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej, musi powstać szkoda oraz istnieć związek przyczynowy pomiędzy wymienionymi powyżej dwiema przesłankami¹³. W przypadku art. 417 k.c. odpowiedzialność zostanie poniesiona przede wszystkim, gdy działanie podjęte przez uprawnioną osobę było niezgodne z prawem, oznacza to, że działanie legalne nie będzie rościło odpowiedzialności cywilnej na gruncie tego artykułu¹⁴. Natomiast pod pojęciem szkody J. Kremis wskazuje wszelki uszczerbek majątkowy lub krzywdę pozostającą w normalnym związku przyczynowym z takim zdarzeniem. Owy uszczerbek lub krzywda w przypadku art. 417 k.c. musi wynikać z niezgodnego z prawem działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej¹⁵. Z kolei pomiędzy szkodą a działaniem podmiotu dokonującego niezgodnego działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej musi wystąpić związek¹⁶. Podmiotami odpowiedzialnymi w zakresie wypłaty odszkodowania są Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego oraz inna osoba prawna, wykonująca władzę publiczną z mocy prawa¹⁷.

Należy zwrócić uwagę, że w artykułach kodeksu cywilnego, dotyczących odpowiedzialności za szkodę przy wykonywaniu władzy publicznej, nie ma mowy o dokonaniu tych działań z rażącym naruszeniem prawa. W rezultacie wskazane podmioty odpowiedzialne zdecydowanie częściej będą ponosiły odpowiedzialność finansową nieprawidłowej, nielegalnej pracy podwładnych niż funkcjonariusze

¹³ H. Witczak, A. Kawalko, *Zobowiązania*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 117–118.

¹⁴ *Prawo administracyjne*, J. Boć (red.), Kolonia Limited, Wrocław 2010, s. 437–438.

¹⁵ *Podstawy prawa cywilnego*, E. Gniewka (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 427–428.

¹⁶ *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, A. Olejniczak (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 761.

¹⁷ *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, M. Goettela (red.), Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska – LEX, Warszawa 2009, s. 203.

publiczni na podstawie omawianej ustawy. Bowiem w przypadku funkcjonariusza publicznego zostanie ona poniesiona, m.in., gdy nastąpi jedna z przesłanek dotycząca rażącego naruszenia prawa, a co za tym idzie, nie będzie to stanowiło poniesienia odpowiedzialności za każde niewłaściwe działanie kompetentnej osoby w zakresie jej obowiązków. Wydaje się, że wprowadzenie takiego rozróżnienia jest słuszne z uwagi na to, że pociąganie do odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza publicznego w związku z każdą nieprawidłową decyzją byłoby przesadą. Niemniej problem rodzi się, gdy należy rozstrzygnąć, czy dane działanie lub zaniechanie funkcjonariusza publicznego stanowi rażące naruszenie prawa, czy nie, tym bardziej że sam ustawodawca tego pojęcia nie wyjaśnia, co czyni je subiektywnym, a wręcz narażonym na niespójne oceny w konkretnych przypadkach, nawet podobnych.

A. Matan, analizując definicję rażącego naruszenia prawa, dokonała podsumowania, czyniąc zestawienie pewnych cech, które powinny wystąpić w sytuacji działania z rażącym naruszeniem prawa. Przede wszystkim w sytuacji zaistnienia jednej z najcięższych wad administracyjnych, której bezpośrednim skutkiem jest nieważność takiego aktu, może wynikać również z naruszenia ogólnych zasad prawa administracyjnego, czy szczególnych wynikających z prawa administracyjnego materialnego, procesowego lub ustrojowego. Kolejne cechy mówią o rażącym naruszeniu prawa w sytuacji, gdy miało ono wpływ na decyzje, a także, gdy treść stosunku materialnoprawnego jest sprzeczna z rzeczywistym stosunkiem, jaki powinien zostać zawiązany oraz gdy doszło do nieprawidłowej wykładni przepisów¹⁸. Wskazane elementy rażącego naruszenia prawa wyraźnie uwidaczniają, że dokonany błąd przez pracownika samorządu terytorialnego musi być znaczący, co jednak nie do końca może stanowić rzeczywiste ułatwienie w ocenach dokonywanych w różnych sprawach.

W artykule 5 ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa wskazano, że na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub na mocy ugody zostało wypłacone odszkodowanie przez pomiot odpowiedzialny. Oznacza to, jak zasadnie wskazuje B. Rakoczy, że ustawodawca nadaje pewną kolejność procedurze służącej uzyskaniu odpowiedzialności majątkowej od funkcjonariusza publicznego. Bowiem najpierw musi dojść do niezgodnego z prawem działania lub zaniechania organu władzy publicznej, w wyniku którego poszkodowany będzie się domagał odszkodowania, w zależności od jednostki od Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej osoby prawnej, wykonującej władzę publiczną z mocy prawa. Następnie w stosunku do takiej osoby na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub ugody doszło do wypłaty odszkodowania, a dopiero na końcu można domagać się poniesienia odpowiedzialności przez funkcjonariusza publicznego, przy czym musiało dojść w wyniku jego działania lub zaniechania do rażącego narusze-

¹⁸ *Odpowiedzialność majątkowa*, op. cit., s. 207–208.

nia prawa¹⁹. Wprowadzenie czytelnej procedury wyciągnięcia odpowiedzialności majątkowej od funkcjonariuszy publicznych jest istotne dla prawidłowej realizacji zamierzonych celów ustawy.

W przypadku wystąpienia przesłanek mowa jest zarówno o czynności polegającej na działaniu, jak i zaniechaniu. Z tym drugim mamy do czynienia wówczas, gdy dany funkcjonariusz publiczny jest zobligowany do pewnego działania, jednak tego nie czyni, na co zwraca uwagę A. Stalmach-Młynarska²⁰. W art. 5 ustawy mowa jest również o zawinionym działaniu funkcjonariusza publicznego. Na gruncie prawa karnego mamy do czynienia z dwoma rodzajami winy, tj. umyślną i nieumyślną. Wina umyślna przybiera dwie postacie – zamiaru bezpośredniego, gdy sprawca dąży do realizacji czynu oraz zamiaru ewentualnego, czyli, gdy sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego i na to się godził²¹. Z winą nieumyślną mamy zaś do czynienia, jeżeli sprawca nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego, jednak popełnia go na skutek niezachowania reguł ostrożności, mimo że miał możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć, co jest określane jako lekkomyślność lub niedbalstwo²². Dopuszczenie dwóch rodzajów winy w przypadku odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych jest zasadne z uwagi na to, że powinni oni również ponieść odpowiedzialność majątkową, gdy nieprawidłowa decyzja nastąpiła w skutek niedbalstwa, czy lekkomyślności.

Wprowadzenie wskazanych przesłanek poniesienia odpowiedzialności majątkowej przez funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa sprawia, że celem owej ustawy nie było uregulowanie odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za każdą błędnie wydaną decyzję, czy inną wiążącą kwestię dla petenta, ale przede wszystkim wprowadzenie odpowiedzialności w przypadku tych zachowań, które w sposób rażący naruszyły prawo, co jest czynem niedopuszczalnym w związku z wykonywaną przez nich pracą. Istotnym elementem jest wina umyślna lub nieumyślna, ponieważ odpowiedzialność może zostać poniesiona, jeżeli taki pracownik w skutek niedbalstwa dokonał nieprawidłowości. Podkreślenia wymaga również, iż odpowiedzialność majątkowa zostanie poniesiona, jeżeli uprzednio petent domagał się odszkodowania od jednostki nadrzędnej. Tak zaostrome przesłanki sprawią, jak można przypuszczać, że w rzeczywistości liczba osób pociąganych do odpowiedzialności nie będzie znacząca. Niemniej nie oznacza to, iż wprowadzony akt prawny nie jest znaczący.

W art. 7 omawianej ustawy została uregulowana procedura poniesienia przez funkcjonariusza publicznego odpowiedzialności majątkowej. W przypadku gdy

¹⁹ B. Rakoczy, *Ustawa o odpowiedzialności...*, op. cit., s. 66.

²⁰ A. Stalmach-Młynarska, *Rażące naruszenie prawa jako przesłanka odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych*, Monitor Ubezpieczeniowy. Pismo Rzecznika Ubezpieczonych 2012, nr 49, s. 48.

²¹ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2009, s. 326.

²² R.A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2008, s. 123.

zostało już wypłacone odszkodowanie, kierownik podmiotu odpowiedzialnego lub kierownik jednostki organizacyjnej podmiotu odpowiedzialnego w terminie 14 dni od wypłaty odszkodowania jest zobowiązany do złożenia do prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę podmiotu odpowiedzialnego wniosku o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Ustawa dokładnie wskazuje, co należy dołączyć do stosownego w tej sprawie wniosku, a mianowicie: dowód wypłaty odszkodowania oraz rozstrzygnięcie stwierdzające rażące naruszenie prawa, a także uwierzytelnione kopie posiadanych akt postępowania sądowego lub administracyjnego, w którym zostało wydane rozstrzygnięcie. Następnie kolejne obowiązki spoczywają na prokuratorze, ponieważ w jego kompetencji należy przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, którego celem jest ustalenie przesłanek uzasadniających wytoczenie na rzecz podmiotu odpowiedzialnego powództwa o odszkodowanie przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu z tytułu szkody wyrządzonej przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa.

Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa odsyła do art. 43 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 roku o prokuraturze²³, która uprawnia prokuratora, w kwestii rozstrzygnięcia o odpowiedzialności majątkowej, do zażądania nadesłania lub przedstawienia akt oraz dokumentów i pisemnych wyjaśnień, przesłuchania świadków, czy zasięgnięcia opinii biegłych oraz przeprowadzenia oględzin w celu wyjaśnienia sprawy. Po dokonaniu postępowania wyjaśniającego prokurator może dokonać dwóch czynności. W sytuacji, gdy uzna, że nie ma podstaw do poniesienia przez funkcjonariusza odpowiedzialności majątkowej – odmówić wytoczenia powództwa. Natomiast druga czynność przedstawia przeciwną sytuację, wówczas prokurator jest uprawniony do pisemnego wezwania funkcjonariusza publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia otrzymania wezwania do dobrowolnego spełnienia świadczenia. Z kolei w przypadku, gdy tego nie uczyni, właściwą drogą sądową jest postępowanie cywilne, gdzie prokurator wytacza powództwo przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu, który nie uiszczył dobrowolnie należnej kwoty²⁴. Jak słusznie podkreśla M.J. Lewandowski, konieczne w pozwie jest wskazanie podmiotu, na rzecz którego prokurator będzie działał²⁵.

W związku z nadaniem dodatkowych kompetencji prokuratorowi pojawiają się dyskusje, czy umieszczenie prokuratora w procedurze dochodzenia odszkodowania majątkowego jest w pełni zasadne. E. Bagińska wskazuje, że rola prokuratora jest znacząca, jednak zwraca uwagę, że jego głównym zadaniem jest ściganie przestępstw, zaś nałożenie mu dodatkowych uprawnień na gruncie

²³ Dz.U. z 1985 r. Nr 31, poz. 138 z późn. zm.

²⁴ *Prawo administracyjne*, Z. Niewiadomski (red.), Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011, s. 273.

²⁵ M.J. Lewandowski, *Majątkowa odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych*, Prokuratura i Prawo 2012, nr 1, s. 128.

cywilnym jest niezasadne²⁶. Podobnie uważa M. Piotrowska²⁷. M. Lewandowski wskazuje zaś na jedną niepokojącą sytuację, mianowicie: w rzeczywistości w sytuacji, gdy prokurator uzna, że dany funkcjonariusz publiczny nie dokonał działania z rażącym naruszeniem prawa, to od tej decyzji nie przysługuje żadne zaskarżenie²⁸. Jest więc tak, że rola prokuratury w przedmiotowym obszarze jest podwójnie znacząca – raz, ze względu na podejmowanie decyzji o pociąganiu do odpowiedzialności majątkowej, a drugi, z uwagi na nieweryfikowalność jego decyzji w tym zakresie. To drugie rozwiązanie jest nieprawidłowe, gdyż każda decyzja powinna być zaskarżalna. W konsekwencji postulować należy zmianę prawa w tym zakresie i wprowadzenie trybu zaskarżenia w tym względzie.

Kwestię odpowiedzialności majątkowej jako sankcji za rażące naruszenie prawa przez funkcjonariusza publicznego normuje art. 9 omawianego aktu prawnego. Generalnie przyjmuje się, że wysokość odszkodowania jest równa wartości wypłaconego odszkodowania²⁹, przy czym ustawodawca wprowadza maksymalną wysokość odszkodowania, jaka może być poniesiona przez funkcjonariusza publicznego – dwunastokrotność miesięcznego wynagrodzenia. W rezultacie oznacza to, że może zaistnieć sytuacja, w której funkcjonariusz publiczny poniesie niższą odpowiedzialność majątkową, niż podmiot odpowiedzialny³⁰. M. Haczkowska stoi na stanowisku, że wprowadzenie takiego ograniczenia ma służyć przede wszystkim ochronie funkcjonariusza publicznego, gdyż w przypadku zapłaty odszkodowania nadrzędna jest funkcja wychowawcza nad kompensacyjną³¹. Ustawodawca dokonuje rozróżnienia odpowiedzialności w zależności od stopnia winy oraz liczby osób dokonujących działania lub zaniechania z rażącym naruszeniem prawa. Albowiem w sytuacji, gdy owo działanie było zawinione, a czynu dokonała więcej niż jedna osoba, to wówczas każda z tych osób poniesie również maksymalnie dwunastokrotność wynagrodzenia. Ustawodawca nie dopuścił zmniejszenia odpowiedzialności w przypadku, gdy jest kilku winnych funkcjonariuszy. Wówczas ich stopień odpowiedzialności jest zależny od przyczynienia się do rażącego naruszenia prawa i stopnia winy. Jednak, gdy nie jest możliwe takie rozgraniczenie odpowiedzialności na poszczególnych członków funkcjonariuszy, to odpowiadają oni w równych częściach³². Wprowadzenie ograniczenia w wysokości kwoty odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza publicznego

²⁶ E. Bagińska, *Odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa w świetle projektu ustawy o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, Zeszyty Prawnicze 2009, nr 1, s. 179–180.

²⁷ M. Piotrowska, *Odpowiedzialność regresowa członków samorządowych kolegiów odwoławczych za rażące naruszenia prawa w świetle nowej regulacji prawnej*, Casus 2011, nr 2, s. 57.

²⁸ M.J. Lewandowski, *Majątkowa odpowiedzialność*, op. cit., s. 135.

²⁹ *Odpowiedzialność majątkowa*, op. cit., s. 387.

³⁰ B. Rakoczy, *Ustawa o odpowiedzialności...*, op. cit., s. 131.

³¹ M. Haczkowska, *Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo Gaskor Sp. z o.o., Wrocław 2011, s. 224.

³² Dz.U. z 2011 r. Nr 34, poz. 173.

wydaje się słuszne. Dopuszczenie zbyt wysokich kar finansowych byłoby zbyt dużym obciążeniem domowego budżetu dla szeregowego pracownika. Należy mieć również na względzie, że w stosunku do owego funkcjonariusza może zostać dodatkowo zastosowana inna odpowiedzialność prawna, chociażby służbowa, czy karna, co rodzi następne negatywne konsekwencje dla tej osoby, dlatego niecelowe byłoby wprowadzenie odpowiedzialności majątkowej bez ustalenia maksymalnej granicy, jak też niezasadne byłoby jej zwiększenie.

Kolejna wątpliwość pojawia się na tle porównania odpowiedzialności majątkowej z odpowiedzialnością karną, wynikającą chociażby z przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na gruncie kodeksu karnego przez funkcjonariusza publicznego. Wydaje się, że źródłem odpowiedzialności majątkowej i karnej może być jeden czyn, gdyż w wyniku przekroczenia uprawnień funkcjonariusz może dopuścić się działania polegającego na rażącym naruszeniu prawa w rozumieniu omawianej ustawy. Na problematykę powiązania odpowiedzialności karnej z odpowiedzialnością majątkową zwraca również uwagę B. Rakoczy, wskazujący, że w omawianej ustawie występuje jeden rozdział zawierający przepisy karne, w którym znajduje się tylko art. 10, który na dodatek nie nakłada odpowiedzialności karnej na funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu analizowanej ustawy, ale na osoby będące kierownikiem podmiotu odpowiedzialnego lub jednostki organizacyjnej takiego podmiotu, na których został nałożony obowiązek złożenia do prokuratora okręgowego wniosku o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. W rezultacie, jak słusznie wskazuje B. Rakoczy, zapis art. 10 ustawy stanowi funkcję pomocniczą wobec odpowiedzialności cywilnej na gruncie omawianej ustawy³³. A. Walewska-Borsuk reprezentuje pogląd, że jednostką zobowiązaną do złożenia takiego wniosku w przypadku jednostki samorządu terytorialnego są monokratyczne jej organy, czyli wójt, burmistrz, prezydent miasta, starosta lub marszałek województwa, natomiast w przypadku Skarbu Państwa może to być w szczególności dyrektor, prezes lub kierownik³⁴.

M. Haczkowska wskazuje na następujące przesłanki odpowiedzialności karnej na podstawie art. 10 analizowanej ustawy: niewykonanie przez podmiot obowiązku ciążącego na nim wynikającego z omawianej ustawy oraz zawiniony czyn³⁵. Oznacza to, że kierownik podmiotu odpowiedzialnego lub jednostka organizacyjna takiego podmiotu, na których został nałożony obowiązek złożenia do prokuratora okręgowego wniosku o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, ponoszą odpowiedzialność wówczas, gdy niezależnie od rodzaju winy, nie wywiążą się z ciążącego na nich obowiązku. Niemniej, taki przepis zezwala na pociągnięcie do odpowiedzialności z art. 231 k.k. osób, które prze-

³³ B. Rakoczy, *Ustawa o odpowiedzialności...*, op. cit., s. 143.

³⁴ A. Walewska-Borsuk, *Odpowiedzialność majątkowa...*, op. cit., s. 33.

³⁵ M. Haczkowska, *Ustawa o odpowiedzialności...*, op. cit., s. 239.

kroczyły uprawnienia swoje lub niedopełniały obowiązków. Przy czym nie można w stosunku do nich zastosować sankcji w postaci materialnych środków karnych np. zadośćuczynienia za krzywdę, nawiązki, czy świadczenia pieniężnego³⁶.

Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa w jednym akcie prawnym stanowi połączenie trzech praw – cywilnego, administracyjnego oraz karnego. Jak słusznie wskazuje Z. Niewiadomski, odpowiedzialność majątkową stanowi uzupełnienie odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej oraz cywilnej³⁷. M. Haczkowska trafnie scharakteryzowała przedmiot omawianej ustawy, wskazując, iż odpowiedzialność majątkowa jest poniesiona przez tych funkcjonariuszy publicznych, wobec których Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego lub inny podmiot ponoszący odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej, za działania lub zaniechania prowadzące do rażącego naruszenia prawa, poniósł odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę przy wykonywaniu władzy publicznej³⁸.

W stosunku do tego aktu prawnego pojawiły się także głosy krytyczne, wskazujące na to, że ma on jedynie charakter naprawczy, który to pogląd reprezentuje E. Bagińska³⁹, a nawet, że stanowi on zaledwie lekarstwo na wadliwe funkcjonowanie administracji, które likwiduje skutki, ale nie przeciwdziała temu zjawisku, co podkreśla M. Ślifirczyk⁴⁰. Z kolei A. Adamczyk uważa, że regulacja odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych jest konieczna, jednak tak skonstruowany akt prawny może nie zrealizować zamierzonych celów, którymi jest przede wszystkim wydawanie mniejszej liczby rozstrzygnięć z rażącym naruszeniem prawa⁴¹, z którym to poglądem należy się zgodzić, gdyż zawsze celem funkcjonowania administracji powinno być załatwianie spraw zgodnie z prawem.

Stworzenie aktu prawnego, który daje podstawy pociągania funkcjonariuszy publicznych do odpowiedzialności majątkowej za wydanie decyzji, które są niewłaściwe i przynoszą negatywne konsekwencje, jest bardzo istotne. Jednak pozostaje jeszcze grono osób, które na gruncie kodeksu karnego są nazywane funkcjonariuszami publicznymi, a nie ponoszą odpowiedzialności majątkowej na gruncie przedmiotowej ustawy. Być może warto byłoby również stworzyć podstawy prawne do pociągania do odpowiedzialności majątkowej osób, które zajmują wysokie stanowiska urzędnicze. Pomimo wskazanych wątpliwości odnośnie

³⁶ B. Rakoczy, *Ustawa o odpowiedzialności...*, op. cit., s. 56.

³⁷ *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 271.

³⁸ M. Haczkowska, *Ustawa o odpowiedzialności...*, op. cit., s. 20.

³⁹ E. Bagińska, *Odpowiedzialność funkcjonariuszy...*, op. cit., s. 181.

⁴⁰ M. Ślifirczyk, *O projekcie ustawy o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, *Zeszyty Prawnicze* 2009, nr 1, s. 183.

⁴¹ A. Adamczyk, *Przestanki odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych i tryb ich realizacji według ustawy z dnia 20 stycznia 2011 roku*, *Przegląd Prawa Publicznego* 2012, nr 6, s. 36.

do szczegółów przedmiotowych rozwiązań, dobrze stało się, że w ogóle zostały one wprowadzone. Wprowadzony akt prawny powinien działać mobilizująco na funkcjonariuszy publicznych, aby postępowali zgodnie z prawem i na rzecz obywateli, dla których przecież istnieje administracja. Niestety, dzieje się tak, że niektórym jej przedstawicielom wciąż wydaje się, że jest odwrotnie, to znaczy, że to oni mają nadrzędną pozycję nad obywatelami i ich sprawami, zamiast pełnić rolę służebną, która powinna decydować o istocie współczesnej administracji.

Bibliografia

- Adamczyk A., *Przesłanki odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych i tryb ich realizacji według ustawy z dnia 20 stycznia 2011 roku*, Przegląd Prawa Publicznego 2012, nr 6.
- Bagińska E., *Odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa w świetle projektu ustawy o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, Zeszyty Prawnicze 2009, nr 1.
- Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Haczkowska M., *Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo Gaskor Sp. z o.o., Wrocław 2011.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Lewandowski M.J., *Majątkowa odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych*, Prokuratura i Prawo 2012, nr 1.
- Maroń G., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2011.
- Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa: komentarz*, A. Bielska-Brodziak (red.), Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Piotrowska M., *Odpowiedzialność regresowa członków samorządowych kolegiów odwoławczych za rażące naruszenia prawa w świetle nowej regulacji prawnej*, Casus 2011, nr 2.
- Podstawy prawa cywilnego*, E. Gniewka (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Prawo administracyjne*, J. Boć (red.), Kolonia Limited, Wrocław 2010.
- Prawo administracyjne*, Z. Niewiadomski (red.), Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011.
- Poselski projekt ustawy o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa – druk sejmowy nr 1407, www.sejm.gov.pl (data dostępu: 2.02.2013 r.).

- Prawo cywilne. Zarys wykładu*, M. Goettela (red.), Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska – LEX, Warszawa 2009.
- Prawo zobowiązań. Część ogólna*, A. Olejniczak (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Rakoczy B., *Ustawa o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2012.
- Stalmach-Młynarska A., *Rażące naruszenie prawa jako przesłanka odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych*, Monitor Ubezpieczeniowy. Pismo Rzecznika Ubezpieczonych 2012, nr 49.
- Stefański R.A., *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2008.
- Ślifirczyk M., *O projekcie ustawy o szczególnych zasadach odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, Zeszyty Prawnicze 2009, nr 1.
- Ura E., *Prawo urzędnicze*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2011.
- Ustawa z dnia 20 stycznia 2011 roku o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (Dz.U. z 2011 r. Nr 34, poz. 173).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 roku o prokuraturze (Dz.U. z 1985 r. Nr 31, poz. 138 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).
- Walewska-Borsuk A., *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, Wydawnictwo Municipium SA, Warszawa 2011.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2009.
- Witczak H., Kawałko A., *Zobowiązania*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012.

STRESZCZENIE

Artykuł przedstawia nowy rodzaj odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych, jaki powstał na gruncie ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Jego celem jest przybliżenie tematyki zawartej w przytoczonym akcie prawnym, przede wszystkim zaś przesłanek odpowiedzialności majątkowej oraz procedury związanej z wyciągnięciem finansowych konsekwencji od funkcjonariusza publicznego. Wprowadzona ustawa jest istotna, gdyż należało przełożyć ciężar odpowiedzialności majątkowej na funkcjonariuszy publicznych za dokonanie rażących naruszeń prawa związanego z ich codziennymi obowiązkami. Budzi wątpliwości, czy w praktyce funkcjonariusze będą pociągani do odpowiedzialności, zawsze bowiem zostaje w gestii prokuratora wska-

zanie, czy dany czyn miał przesłankę rażącego naruszenia prawa, co jest kryterium subiektywnym i niejednoznacznym.

SUMMARY

The article presents a new type of public officers' legal liability that results from the Act on Public Officers' Legal Liability for Flagrant Violation of Law of 20 January 2011. It aims to discuss the issues dealt with in the Act, especially the rationale for legal liability and the procedures connected with financial consequences for public officers. The new Act is essential because it was necessary to move the burden of legal liability for flagrant violations of law in everyday duties onto public officers. However, it is doubtful if public officers will be punished because in each case a prosecutor will decide if a particular act was a flagrant violation of law and this is a subjective and equivocal criterion.

RÉSUMÉ

L'article présente le nouveau genre de la responsabilité des fonctionnaires qui a été statué d'après la loi du 20 janvier 2011 relative à la responsabilité de fortune des fonctionnaires causée par la grave infraction à la loi. Son but est l'approche de la problématique traitée dans l'acte cité ainsi que toutes les prémisses de la responsabilité de fortune et aussi la procédure de retirer les conséquences financières du fonctionnaire. La loi introduite ainsi est importante parce qu'il est grand temps de remettre le poids de la responsabilité de fortune sur les fonctionnaires qui ont accompli une grave infraction contre la loi liée avec leurs devoirs quotidiens. Il y a quand même quelques doutes concernant les questions suivantes si en pratique des fonctionnaires seront demandés à la responsabilité parce que c'est toujours le rôle du procureur qui doit indiquer si l'acte décrit possède des facteurs d'une grave infraction contre la loi ce qui forme un critère subjectif et nonéquivalent.

РЕЗЮМЕ

Статья рассматривает новый вид ответственности государственных должностных лиц, который возник на основе Закона от дня 20 января 2011 года об имущественной ответственности государственных должностных лиц за грубейшие нарушения права. Её целью является приближение тематики представленного правового акта, и прежде всего предпосылок для имущественной ответственности, к процедуре, связанной с финансовыми последствиями действий государственных должностных лиц. Введённый Закон является существенным, поскольку следовало наложить бремя

имущественной ответственности на государственных должностных лиц за совершение актов грубейшего нарушения права, имеющих связь с исполнением их каждодневных обязанностей. Возникают сомнения по поводу того, будут ли государственные должностные лица привлекаться к ответственности на практике, поскольку всегда прокурор определяет, содержит ли данное действие элементы грубейшего нарушения права, что является субъективным и неоднозначным критерием.

MACIEJ ROGALSKI



UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG TELEKOMUNIKACYJNYCH NA CZAS OKREŚLONY (ART. 56 UST. 4A PRAWA TELEKOMUNIKACYJNEGO)

Nowela prawa telekomunikacyjnego z dnia 21 grudnia 2012 r.

1. Nowela prawa telekomunikacyjnego z dnia 21 grudnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r., poz. 1445, dalej „Nowela”) wprowadziła wiele zmian do ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 z późn. zm., dalej „Pt”). Wiele istotnych zmian zostało wprowadzonych w Dziale III ustawy poświęconym m.in. świadczeniu usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym. Praktyka zaledwie kilku miesięcy pokazała ogrom problemów związanych z wdrażaniem w życie nowych przepisów. Artykuł będzie poświęcony tylko jednemu postanowieniu znowelizowanej ustawy – przepisowi art. 56 ust. 4a PT.

Wprowadzenie przepisu art. 56 ust. 4a do Prawa telekomunikacyjnego związane było z koniecznością implementacji postanowień art. 30 ust. 5 Dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej)¹. Zgodnie z art. 30 ust. 5 dyrektywy o usłudze powszechnej: *Państwa członkowskie zapewniają, aby umowy zawierane między konsumentami a przedsiębiorstwami świadczącymi usługi łączności elektronicznej nie wprowadzały początkowego okresu zobowiązania przekraczającego 24 miesiące. Państwa członkowskie zapewniają również, aby przedsiębiorstwa oferowały użytkownikom możliwość podpisania umowy na okres nieprzekraczający 12 miesięcy*².

¹ Dz.U. UE L z dnia 24 kwietnia 2002 r.

² Przepis art. 30 ust. 5 został nadany w obecnym brzmieniu przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającą dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi

Zgodnie z art. 56 ust. 4a Pt: *W przypadku konsumenta początkowy okres obowiązywania umowy określony w umowie, o której mowa w usta. 1, zawieranej z danym dostawcą usług na czas określony nie może być dłuższy niż 24 miesiące.* Przepis ten wywołuje liczne problemy interpretacyjne. Konieczne więc staje się dokonanie wykładni tego przepisu i ustosunkowanie się do powstałych wątpliwości interpretacyjnych.

Zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązywania przepisu art. 56 ust. 4a Pt

2. Nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych, gdy chodzi o zakres podmiotowy obowiązywania tego przepisu, że dotyczy on tylko konsumentów. Wspomniano już, że przepis art. 56 ust. 4a Pt stanowi implementację postanowień dyrektywy o usłudze powszechnej. Zgodnie więc z art. 2 dyrektywy o usłudze powszechnej do celów tej dyrektywy stosuje się definicje określone w art. 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa)³. Według natomiast art. 2 pkt i) dyrektywy ramowej „konsument” oznacza jakąkolwiek osobę fizyczną korzystającą z publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej lub żądającą udostępnienia takich usług dla celów niezwiązanych z jej działalnością handlową, gospodarczą lub wykonywaniem zawodu. Pojęcie konsumenta zdefiniowane jest także w art. 2 pkt 18 Pt i oznacza osobę fizyczną wnioskującą o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub korzystającą z takich usług dla celów niezwiązanych bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub wykonywaniem zawodu.

Pierwsza wątpliwość, jaka pojawiła się w praktyce stosowania tego przepisu polegała na określeniu, czy przepis art. 56 ust. 4a Pt ma zastosowanie, gdy konsument zamierza zawrzeć z dostawcą usług telekomunikacyjnych pierwszą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, czy też dotyczy on także drugiej i każdej kolejnej umowy. Wykładnia literalna mogłaby prowadzić do wniosku, że przepis ten ma zastosowanie do każdej umowy, którą zawiera konsument z dostawcą usług telekomunikacyjnych niezależnie od tego, czy to jest to pierwsza umowa pomiędzy konsumentem a dostawcą usług, czy też druga lub następna (kolejna). Postanowienia artykułu 56 ust 4a Pt mogłyby wskazywać, że maksymalny okres, na jaki można zawrzeć z konsumentem umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w przypadku zawierania umów na czas określony wynosi 24 miesiące

odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów. Tekst mający znaczenie dla EOG; Dziennik Urzędowy L 337, 18/12/2009 P. 0011–0036.

³ Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33.

i Prawo telekomunikacyjne nie przewiduje w tej kwestii żadnych wyjątków ani odstępstw.

Nie można jednak poprzestać tylko na wykładni literalnej i przyjąć jej wyników, gdyż prowadziłyby to do wniosków trudnych do pogodzenia z potrzebami praktyki oraz stworzyłyby szereg konfuzji. W celu przeprowadzenia właściwej interpretacji tego przepisu należy jeszcze posiłkować się wykładnią funkcjonalną i systemową, także w znaczeniu systemu prawa europejskiego z zakresu łączności elektronicznej. Z pewnością nie można uznać, że przepis art. 56 ust 4a Pt wprowadza generalny, bezwzględny zakaz tworzenia stosunków prawnych pomiędzy konsumentami a dostawcami usług na okresy dłuższe niż 24 miesiące. Przepis ten bowiem mówi o „początkowym okresie obowiązywania umowy”. Możliwy jest więc inny niż początkowy okres umowy, który będzie dłuższy niż 24 miesiące.

Oparcie się tylko na wykładni językowej prowadziłyby do swoistego „ubezwłasnowolnia konsumenta” w zakresie swobody podejmowania przez niego decyzji. Chodzi o możliwość zawarcia drugiej lub trzeciej umowy przez konsumenta na okres dłuższy niż 24 miesiące, który już wcześniej zapoznał się z ofertą danego dostawcy usług, korzystając z jego usług przez pewien okres czasu. Nie można przecież przyjąć, że celem tego przepisu jest zakazanie konsumentowi zawarcia drugiej lub kolejnej umowy z tym samym dostawcą co do tych samych usług po upływie pewnego czasu korzystania przez niego z tych usług. Innymi słowy, dostawca usług nie może z konsumentem zawrzeć umowy na czas oznaczony dłuższy niż 24 miesiące, chyba że konsument zna już usługi tego dostawcy, gdyż korzystał z nich na podstawie zawartej wcześniej umowy.

Należy zauważyć, że w praktyce umowa jest przedłużana, często nawet na okres znacznie dłuższy niż 24 miesiące, ale poprzez zawarcie aneksu do tej umowy. Przepis art. 56 ust. 4a Pt posługuje się pojęciem „umowa”, w którym zawiera się każda umowa, tj. zarówno pierwsza umowa, jak i każda kolejna. W pojęciu tym mieści się także aneks. Brak jest funkcjonalnej różnicy między umową a aneksem. Prawo telekomunikacyjne nie wyróżnia wprawdzie w przepisach aneksu, ale w praktyce nie ma wątpliwości oraz wynika to z innych przepisów Prawa telekomunikacyjnego, że aneks jest umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Nie ma także znaczenia, w jakiej formie umowa, w tym aneks, jest zawierana (forma pisemna, elektroniczna, w obecności stron, na odległość w trybie art. 56 ust. 6 PT). W ustawie Prawo telekomunikacyjne nie ma zakazu przedłużania zawartej umowy o kolejny okres czasu nawet przekraczający 24 miesiące poprzez zawarcie aneksu.

Pod względem technicznym, w praktyce działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych, aneks od zawieranej nowej umowy różni się tym tylko, że aneks dotyczy zwykle tego samego numeru telefonu, a umowa przeważnie nowego numeru. Zwrócić należy także uwagę, że obecnie już na rynku funkcjonuje model pozwalający na włączenie drugiej i kolejnej karty SIM (karta niezbędna do korzystania z usług telekomunikacyjnych za pomocą telefonu mobilnego),

w zakresie znanych konsumentowi usług dostawcy, do pierwszej umowy na podstawie aneksu.

Interpretacji przepisu art. 56 ust. 4a Pt nie można dokonywać w oderwaniu od 47 motywu dyrektywy 2009/136/WE stanowiącej podstawę nowelizacji Pt. Zgodnie z motywem 47 wskazanej dyrektywy: *Aby odnieść pełną korzyść z konkurencji, konsumenci powinni być w stanie dokonywać świadomych wyborów i – gdy leży to w ich interesie – zmieniać dostawców. Istotne jest zapewnienie, aby możliwości tej nie ograniczały przeszkody prawne, techniczne ani praktyczne, w tym warunki umów, procedury, opłaty itd. Nie wyklucza to jednak wprowadzania racjonalnie uzasadnionych minimalnych okresów umownych w umowach z udziałem konsumentów*⁴. Z postanowień tych wynika więc dążenie do zapewnienia konsumentowi możliwości podejmowania świadomych wyborów i zmiany dostawców, bez ograniczeń prawnych, technicznych oraz praktycznych, w tym warunków umów, procedur, opłat itp. Rozumiana w ten sposób treść motywów pozostawałaby w sprzeczności z interpretacją przepisu art. 56 ust. 4a Pt zabraniającą konsumentowi zawierania umów na okresy dłuższe niż 24 miesiące, w sytuacji gdy konsument już wcześniej korzystał z oferty danego dostawcy usług przez określony okres czasu. Dostawca usług może natomiast zawrzeć z konsumentem, który zna jego usługi umowę na okres dłuższy niż 24 miesiące. W takiej sytuacji przepisy prawa nie przewidują ograniczeń co do długości trwania kolejnej umowy. Może to więc być umowa zawarta np. na 36 lub 48 miesiące.

Zwrócić należy także uwagę na przebieg prac legislacyjnych nad postanowieniami art. 56 ust. 4a Pt. W toku tych prac zmieniono bowiem brzmienie tego artykułu, który w początkowej wersji dotyczył tylko i wyłącznie pierwszej umowy zawieranej z konsumentem. W związku z tym jest podnoszony argument, że istnienie, a następnie usunięcie z projektu ustawy nowelizującej Prawo telekomunikacyjne określenia „pierwsza umowa”, która ostatecznie w toku prac legislacyjnych została zmieniona na określenie „umowa”, jest dowodem tego, że wolą ustawodawcy było wykluczenie zawierania drugiej i następnych umów z konsumentem na okresy dłuższe niż 24 miesiące. Innymi słowy, że nie jest możliwe zawarcie jakiegokolwiek umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych na okresy dłuższe niż 24 miesiące. Oprócz wcześniej przedstawionych argumentów, przeciwko takiej interpretacji należy wskazać, że ustawodawca nie chciał wprowadzać pojęcia i konstrukcji „pierwszej umowy”, które mogłoby pozostawać w sprzeczności z brzmieniem implementowanych do Prawa telekomunikacyjnego postanowień art. 30 ust. 5 dyrektywy o usłudze powszechnej, będących podstawą

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/136/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, dyrektywę 2002/58/WE dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów. Tekst mający znaczenie dla EOG; Dziennik Urzędowy L 337, 18/12/2009 P. 0011–0036.

wprowadzenia do Prawa telekomunikacyjnego art. 56 ust. 4a. Postanowienia dyrektywy nie mówią bowiem o „pierwszej umowie”, ale o „początkowym okresie zobowiązania”.

3. Kolejny problem dotyczy tego, na jaki okres czasu może być zawarta pierwsza umowa. Przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne nic nie mówią na ten temat. Zarówno postanowienia wspomnianych dyrektyw, jak i postanowienia art. 56 ust. 4a PT nie wykluczają możliwości wprowadzenia minimalnych okresów umownych do umów zawieranych przez dostawców usług z konsumentami w zakresie tych samych usług. Z przepisu art. 56 ust. 4a Pt jednoznacznie wynika tylko, że początkowy okres nie może być dłuższy niż 24 miesiące. Minimalny okres nie został natomiast wskazany. Z funkcji przepisów art. 30 ust. 5 dyrektywy o usłudze powszechnej oraz motywu 47 dyrektywy 2009/136/WE wynika, że okres ten powinien pozwolić konsumentowi na zorientowanie się co do tego, czy odpowiada mu zakres i jakość świadczonych usług przez danego dostawcę usług. Celem przepisu art. 56 ust. 4a Pt było zapewnienie możliwości dokonywania przez konsumentów wyboru dostawcy. Powinien być to zatem okres odpowiedni do możliwości sprawdzenia zarówno usługi, jak i samego dostawcy, tak aby klient był w stanie świadomie podjąć decyzję co do dalszego korzystania z danej usługi tego dostawcy. Długość takiego okresu często będzie postrzegana subiektywnie. Niewątpliwie należy oprzeć się o doświadczenia z praktyki działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Wydaje się, że okres miesięczny będzie spełniał wymóg możliwości zapoznania się i oceny danej oferty przez przeciętnego konsumenta. Okres ten stanowi bowiem zwyczajowy okres trwania okresu rozliczeniowego, podczas którego można zapoznać się nie tylko ze świadczonymi usługami, ale także tym, jak działają inne funkcje dostawcy usług, np. biuro obsługi abonenta czy dział reklamacji. Urząd Komunikacji Elektronicznej uznał natomiast, że takim niezbędnym, minimalnym okresem jest termin dwóch miesięcy.

4. W zakresie wykładni przepisu art. 56 ust. 4a Pt pojawia się pytanie, z czym dokładnie powinien zapoznawać się konsument w początkowym okresie umowy. Nie powinno budzić wątpliwości, że przedmiotem poznania powinna być usługa lub usługi danego dostawcy usług rozumiane jako samodzielne usługi telekomunikacyjne, tj. stacjonarne usługi głosowe, mobilne usługi głosowe, stacjonarny internet lub mobilny internet. Wątpliwości mogą powstać co do poznania jeszcze innych aspektów działalności danego dostawcy usług, np. w zakresie kontaktów z biurem obsługi klienta, rozpatrywaniem reklamacji, oferowanych promocji, usuwaniem awarii, wprowadzaniem nowych usług. W zakreślonym w taki sposób zakresem poznania wiąże się zawsze problem faktycznej możliwości poznania wszystkich aspektów tak opisanego zachowania przedsiębiorcy w relacjach z konkretnym konsumentem. Przykładowo, może się nigdy nie pojawić potrzeba skorzystania z procedury reklamacyjnej stosowanej przez danego dostawcę usług i zapoznanie się w ten sposób z funkcjonowaniem danego dostawcy usług w tym zakresie. O ile więc zawsze będzie musiało dochodzić w praktyce do zapoznania

się z konkretną usługą przez konsumenta, o tyle nie zawsze będzie możliwe zapoznanie się działalnością danego dostawcy usług w pozostałych zakresach jego aktywności. Wskazane więc aspekty funkcjonowania danego przedsiębiorcy nie mogą więc stanowić decydującego wyznacznika, pozwalającego na dokonywanie ocen przez danego konsumenta.

5. Kolejny problem związany z interpretacją art. 56 ust. 4a Pt dotyczy następującej kwestii. Powstaje mianowicie pytanie, czy w przypadku, gdy jest zawierana kolejna umowa, po wcześniejszej umowie, podczas której konsument mógł zapoznać się z zakresem i jakością usług, w zakresie obu umów konsument musi korzystać z tych samych usług. Przykładowo, gdy pierwsza umowa dotyczyła świadczenia usług głosowych, to czy przedmiotem drugiej umowy musi być także świadczenie usług głosowych. Czy też ta druga umowa może dotyczyć innych usług, np. transmisji danych.

Możliwa jest interpretacja, że początkowy okres dotyczy pierwszej umowy zawartej między danym konsumentem a danym dostawcą usług na świadczenie konkretnej usługi telekomunikacyjnej. Przykładowo, konsument zawarł wieloletnią umowę na usługę telefonii komórkowej z danym dostawcą usług, a następnie zawiera pierwszą umowę z dotychczasowym dostawcą na nową usługę – Internet mobilny. Konsument może być zadowolony z usług telefonii komórkowej, świadczonych przez swojego dostawcę i dlatego podpisze umowę właśnie z tym dostawcą na Internet mobilny. Jednak usługa Internetu mobilnego świadczonego przez tego dostawcę może nie spełniać jego oczekiwań, może być nieodpowiedniej jakości, a konsument nie będzie mógł się z niej wycofać.

Niewątpliwie podstawową przyczyną, dla jakiej został wprowadzony przepis art. 56 ust. 4a Pt do Prawa telekomunikacyjnego, było uniknięcie sytuacji, aby konsument zawierający pierwszą umowę nie był związany z danym dostawcą usług na okres dłuższy niż 24 miesiące. W ten sposób chciano zapewnić, aby mógł on zapoznać się z usługami danego dostawcy usług i zdecydować, czy dalej zamierza z nich korzystać. Dłuższe okresy niż 24 miesiące mogłyby mu uniemożliwić zmianę dostawcy usług, gdyby uznał, że jednak standard ich świadczenia mu nie odpowiada. Z przepisu art. 56 ust. 4a Pt nie wynika jednak, aby przedmiotem kolejnej usługi musiała być ta sama usługa. Wręcz przeciwnie. Przepis art. 56 ust. 4a Pt odsyła do art. 56 ust. 1 Pt, który mówi o świadczeniu usług telekomunikacyjnych na podstawie umowy, a więc mówi o usługach telekomunikacyjnych w liczbie mnogiej a nie pojedynczej co wskazuje wprost, że mogą być to różne usługi, a nie te same⁵.

Warunek w zakresie okresu początkowego będzie spełniony, gdy konsument zawrze z tym samym dostawcą usług kolejną umowę tego samego rodzaju,

⁵ Zob. odmiennie S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 415.

np. w zakresie usług głosowych, ale oferowaną przez tego dostawcę pod inną nazwą handlową⁶.

Podobnie należy ocenić sytuację, gdy konsument korzystał z usługi u danego dostawcy usług i zamierza zawrzeć kolejną umowę z tym samym dostawcą, której przedmiotem będzie ta sama usługa, np. głosowa w sieci mobilnej, ale będzie ona świadczona w innym modelu rozliczeń. Przykładowo, korzystał z usługi głosowej w systemie tzw. *prepaid*, czyli usługa była opłacona z góry, a następnie zawiera umowę w systemie *postpaid*. Uznać należy, że nie ma przeszkód do przyjęcia, iż ta druga umowa, zawarta po wcześniejszej umowie, podczas trwania której mógł konsument zorientować się co do jakości świadczonej usługi, będzie mogła być zawarta na okres czasu dłuższy niż 24 miesiące.

Analogiczny problem powstaje, gdy chodzi o dostawcę usług, tj. czy możliwe będzie zawarcie umowy na okres dłuższy niż 24 miesiące, gdy konsument miał zawartą umowę, której przedmiotem jest ta sama usługa, które będzie świadczona na podstawie kolejnej umowy, ale nie z tym samym dostawcą, ale już innym. Przyjąć tu jednak należy, że musi to być usługa lub usługi świadczone przez tego samego dostawcę usług. W przeciwnym razie konsument nie mógłby dokonać oceny świadczonej usługi przez danego dostawcę przed podjęciem decyzji o zawarciu kolejnej umowy, a taki jest główny cel regulacji w art. 56 ust. 4a Pt.

6. Przepis art. 56 ust. 4a Pt w zw. z art. 56 ust. 1 Pt ma zastosowanie do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Pojęcie usług telekomunikacyjnych wyjaśnione jest w art. 2 pkt 48 Pt i oznacza ono usługi polegające głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Przepis art. 56 ust. 4a Pt nie ma więc zastosowania np. urządzeń telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 46 Pt). Możliwe jest więc w praktyce rozwiązanie, gdzie umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych jest zawierana na okresy krótsze niż 24 miesiące, a umowa np. na aparaty telefoniczne czy komputery, sprzedawane na raty na okres dłuższy, np. 36 miesięcy.

7. Przepis art. 56 ust. 4a Pt należy interpretować w powiązaniu z art. 56 ust. 3 pkt 3 i 4 Pt. W przepisie art. 56 ust. 4a Pt występuje bowiem pojęcie początkowego okresu obowiązywania umowy określonego w umowie, które jest związane pojęciem okresu obowiązywania umowy określonym w umowie. Przepis art. 56 ust. 3 pkt 4 Pt stanowi, że umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych powinna określać okres, na jaki została zawarta umowa, w tym minimalny okres wymagany do skorzystania z warunków promocyjnych. W umowie powinno być wyraźnie wskazane, na jaki okres czasu jest zawarta. Okres obowiązywania umowy może być określony poprzez wskazanie konkretnej daty zawarcia i rozwiązania umowy albo poprzez wskazanie terminu początkowego obowiązywania umowy i sposobu jej rozwiązania poprzez wskazanie terminów wypowiedzenia

⁶ *Ibidem*, s. 415.

(zob. art. 110–116 k.c.). Umowa może zawierać także postanowienia szczegółowe dotyczące sposobu obliczenia okresu, na który umowa została zawarta⁷.

Przepis art. 56 ust. 4a Pt jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Przepis ten określa jednoznacznie, że w przypadku konsumenta określony w umowie początkowy okres obowiązywania umowy zawieranej na czas określony przez konsumenta z dostawcą nie może przekraczać 24 miesięcy. Nie jest więc możliwe zawarcie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, gdy jest to pierwsza umowa, na okres dłuższy niż 24 miesiące, nawet w sytuacji, gdy godzi się, a nawet wnioskuje o to konsument. Zgoda konsumenta nie uchyla bezprawności początkowej umowy zawartej na okres dłuższy niż 24 miesiące. Nie ma znaczenia to, że pomimo iż nie korzystał z usług danego dostawcy usług zna jego usługi i chciałby już zawrzeć umowę na okres dłuższy niż 24 miesiące. Umowa zawarta na okres dłuższy niż 24 miesiące jest nieważna w części dotyczącej postanowienia sprzecznego z art. 56 ust. 4a Pt.

8. Przepis art. 56 ust. 4b Pt stanowi, że „dostawca usług zapewnia użytkownikowi końcowemu możliwość zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych również na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy”. Z przepisu tego wynika jednoznacznie, że przy podpisywaniu umowy, w tym kolejnej umowy, z użytkownikiem dostawca usług musi zapewnić użytkownikowi, w tym konsumentowi, możliwość zawarcia umowy na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy, a także dodatkowo może zaproponować na okres dłuższy.

Umowa na okres do 12 miesięcy powinna być jedną z dostępnych ofert. Oferowanie umów tylko na okres 12 miesięcy również spełnia wymagania ustawowe. Brak ofert na okres do 12 miesięcy stanowi naruszenia ustawy, jeżeli przedsiębiorca oferuje możliwość zawarcia umowy na czas określony tylko na dłuższe okresy. Natomiast nie jest naruszeniem ustawy Pt, jeżeli przedsiębiorca posiada w ofercie tylko umowy na czas nieokreślony⁸.

Przepisy przejściowe

9. Nowela zawiera w art. 13 przepisy przejściowe. Zgodnie z brzmieniem art. 13 ust. 1 Noweli: *W terminie 5 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy dostawcy usług telekomunikacyjnych obowiązani są do dostosowania warunków umów, w tym określonych w regulaminie świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub w cenniku usług telekomunikacyjnych, do przepisów ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.* Zgodnie natomiast z art. 13 ust. 2 Noweli: *Przepisu art. 56 ust. 4a ustawy zmienianej w art. 1*

⁷ K. Kawalek, M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 421.

⁸ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 416.

w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą nie stosuje się do umów zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy.

Treść przepisu art. 13 ust. 1 Noweli można interpretować w dwojaki sposób. Zgodnie bowiem z tym przepisem:

- a) dostawcy usług mają 5 miesięcy na dostosowanie umów zawartych przed wejściem w życie ustawy, która weszła w życie z dniem 21 stycznia 2013 r., a od dnia wejścia w życie należy stosować już nowe wzorce umowne lub
- b) dostawcy usług są zobowiązani do dostosowania wszystkich umów, niezależnie od tego kiedy zostały zawarte, tj. czy przed 21 stycznia 2013 r. czy też po tej dacie. Okres 5 miesięcy byłby więc dedykowany na dostosowanie umów zawartych przed wskazaną datą, jak i po tej dacie.

Prezes UKE w stanowisku z dnia 13 lutego 2013 r. zatytułowanym *Zmiany w umowach o świadczenie usług telekomunikacyjnych* wyjaśnił, że zmienione Nowelą przepisy odnoszące się do warunków umów, w tym tych określonych w regulaminie świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz cenniku usług telekomunikacyjnych należy stosować od dnia 21 stycznia 2013 r., z tym że ustawodawca na mocy art. 13 ust. 1 nowelizacji Pt wyznaczył, dostawcom usług telekomunikacyjnych termin 5 miesięcy – od dnia 21 stycznia 2013 r. – na dostosowanie uprzednio obowiązujących (przed dniem 21 stycznia 2013 r.) warunków umów, w tym tych określonych w regulaminie świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub w cenniku usług telekomunikacyjnych, do przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu obowiązującym od 21 stycznia 2013 r. Co oznacza, że w przypadku umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartych przed 21 stycznia 2013 r. warunki zawarte w tych umowach, jak również w regulaminach świadczenia usług oraz cennikach usług telekomunikacyjnych odnoszące się do tych umów, powinny być dostosowane do przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu obowiązującym od dnia 21 stycznia 2013 r. w terminie 5 miesięcy od dnia wejścia w życie nowelizacji Pt. Z kolei w przypadku umów zawartych po 21 stycznia 2013 r. wszystkie warunki tych umów, w tym te zawarte w regulaminie świadczenia usług oraz cenniku usług telekomunikacyjnych, muszą być od dnia wejścia w życie nowelizacji Pt zgodne z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne w brzmieniu obowiązującym od 21 stycznia 2013 r.⁹

Prezes UKE opowiedział się więc w swoim stanowisku za interpretacją przedstawioną w punkcie a). Wydaje się jednak, że właściwa jest interpretacja zawarta w punkcie b). Brak bowiem praktycznego uzasadnienia dla różnicowania umów na „stare” a więc zawarte przed dniem 21 stycznia 2013 r. i „nowe”, czyli zawarte pod dniem 21 stycznia 2013 r. Pomocna dla rozstrzygnięcia tej kwestii jest analiza procesu legislacyjnego dotyczącego postanowień art. 13 ust. 1 Noweli. W toku prac nad tym przepisem Senat proponował następującą poprawkę: 17) w art. 13 w ust. 1 po wyrazach «lub w cenniku usług telekomunikacyjnych», dodaje się wyrazy

⁹ Zob. <http://www.uke.gov.pl/zmiany-w-umowach-o-swiadczenie-uslug-telekomunikacyjnych-12094>

«zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy». Senat proponował doprecyzowanie z którego wynikałoby, że okres 5 miesięcy jest dedykowany na dostosowanie umów zawartych przed dniem 21 stycznia 2013 r. do nowych przepisów, natomiast zawierane nowe umowy z dniem 21 stycznia 2013 r. powinno już być zawierane zgodnie z nowymi zasadami, określonymi w Noweli. Poprawka ta nie została jednak przyjęta co pozwala na interpretację, że 5-miesięczny okres na dostosowanie umów zawartych przed dniem 21 stycznia 2013 r. dotyczy zarówno umów zawartych przed dniem 21 stycznia 2013 r., jak i po tym dniu. Innymi słowy, pięciomiesięczny okres dotyczy wszystkich umów.

Prezes UKE w stanowisku z dnia 13 lutego 2013 r. wyjaśnił także, że *ustawodawca na mocy przepisu art. 13 ust. 2 nowelizacji Pt wskazał, iż przepisu art. 56 ust. 4a (...), nie stosuje się do umów zawartych przed 21 stycznia 2013 r. Z powyższego wynika więc, iż umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawarte z konsumentem na czas określony przed 21 stycznia 2013 r. mogą zawierać początkowy okres obowiązywania umowy dłuższy niż 24 miesiące. W świetle art. 13 ust. 2 Pt okres początkowy obowiązywania tych umów nie ulega jednak skróceniu do 24 miesięcy*¹⁰. Trafnie więc Prezes UKE wskazał, że dostawcy usług telekomunikacyjnych nie mają obowiązku dostosowania w omawianym zakresie umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Niemniej jednak obowiązek wynikający z art. 56 ust. 4a Pt dotyczy wszystkich początkowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartych przez dostawcę usług od dnia 21 stycznia 2013 r. na czas określony z konsumentem.

Bibliografia

Kawałek K., Rogalski M. (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2011.

Piątek S., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013.

STRESZCZENIE

Artykuł jest poświęcony ostatniej zmianie Prawa telekomunikacyjnego wprowadzonej nowelą z 21 grudnia 2012 r. a polegającej na ograniczeniu zawierania umów na czas określony w zakresie usług telekomunikacyjnych na okres nie dłuższy niż 24 miesiące (art. 56 ust. 4a Prawa telekomunikacyjnego). Przepis ten stanowi implementację postanowień art. 30 ust. 5 dyrektywy o usłudze powszechnej. Przepis art. 56 ust. 4a Prawa telekomunikacyjnego obowiązuje zaledwie kilka miesięcy, ale jego stosowanie w praktyce wywołało już wiele wątpliwości. W szczególności, czy przepis art. 56

¹⁰ Ibidem.

ust. 4a Prawa telekomunikacyjnego ma zastosowanie do pierwszej umowy zawartej przez konsumenta czy też także do każdej kolejnej; na jaki okres czasu może być zawarta pierwsza umowa, aby zakaz wynikający z tego przepisu nie obowiązywał; czy w przypadku pierwszej i drugiej umowy muszą to być te same usługi tego samego przedsiębiorcy; czy przepis ten ma zastosowanie tylko do nowych umów czy też do starych, tj. zawartych przed dniem wejścia w życie noweli i od kiedy ma zastosowanie do tych dwóch grup umów. Artykuł udziela odpowiedzi na te praktyczne pytania.

SUMMARY

The article discusses the latest change in the Telecommunications Law, i.e. the amendment of 21 December 2012, which limits the fixed time contracts to provide telecommunications services to a maximum period of 24 months (Article 56 item 4a of the Telecommunications Law). The regulation is an implementation of Article 30 item 5 of the Directive on Common Services. The regulation of Article 56 item 4a of the Telecommunications Law has been in force for a few months but its implementation has caused many doubts. Especially, if the regulation of Article 56 item 4a of the Telecommunications Law refers to the first time contract with a customer or to every next one, too; for what period should the first contract be entered into to make the ban imposed by the regulation invalid; whether in case of the first and the second contract the services must be the same and provided by the same company; whether the regulation covers only new contracts or also the old ones that were entered into before the amendment came into force and from what time it should cover those two types of contracts. The article gives answers to these practical questions.

RÉSUMÉ

L'article concerne le dernier changement du Droit de télécommunication introduit par la novelisation du 21 décembre 2012 qui limite la passation des contrats à durée déterminée dans le cadre des services de télécommunication pour la période moins longue que 24 mois (art. 56 loi 4a du Droit de télécommunication). Cette règle constitue une certaine implémentation des décisions de l'art. 30 loi 5 de la directive relative au service universel. La règle art. 56 loi 4a du Droit de télécommunication est en vigueur depuis quelques mois seulement mais son emploi en pratique a déjà montré quelques doutes. En particulier, on peut se poser les questions suivantes: la règle de l'art. 56 loi 4a du droit de télécommunication peut-elle être appliquée uniquement au premier contrat conclu par le consommateur ou bien aussi pour les suivants? Pour quelle durée du temps peut être conclu le premier contrat pour que l'interdiction relative à cette règle ne soit pas obligatoire? Dans le cas du premier

et du deuxième contrat les services doivent-ils être identiques et exécutés par le même entrepreneur? Cette règle doit-elle être appliquée uniquement aux nouveaux contrats? Sinon, aussi aux anciens contrats signés avant la novélisation? Et depuis quand peut-elle être appliquée pour ces deux groupes de contrats? Notre article apporte les réponses précises à ces questions détaillées.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена последним изменениям в Законе «О связи», внесённым в результате дополнения к закону от дня 21 декабря 2012 года, суть которых – ограничение заключаемых срочных контрактов в рамках услуг телефонной связи на срок, не превышающий 24 месяца (ст. 56, абзац 4а Закона «О связи»). Этот Закон служит реализацией положений ст. 30 абз. 5 Директивы об универсальной услуге. Положение ст. 56 абз. 4а Закона «О связи» действует только несколько месяцев, а его применение на практике уже вызвало множество сомнений. В частности, применяется ли положение ст. 56 абз. 4а в случае первого контракта, заключённого потребителем, либо также в случае каждого следующего; на какой срок может быть заключён первый контракт, чтобы не действовал запрет, как следствие этого положения; должны ли быть услуги в случае первого и второго контракта теми же услугами того же самого предпринимателя; применяется ли это положение в случае новых контрактов или также прежних, то есть заключённых перед вступлением в силу дополнений и с какого времени может быть применено к обоим типам контрактов. В статье содержатся ответы на эти практические вопросы.

MARCIN MAZURYK

PRACOWNICY SAMORZĄDOWI.
ZARYS PROBLEMATYKI

I. Wstęp

Przedmiotem artykułu jest analiza istniejących rozwiązań prawnych i próba podzielenia odpowiedzi na nurtujące, od 1990 r., tj. od kiedy w Polsce obowiązują rozwiązania dotyczące pracowników samorządowych, przedstawicieli doktryny pytanie, czy regulacje pracownicze istniejące w samorządzie terytorialnym są jedynie normami odnoszącymi się do pracowników samorządowych jako grupy zawodowej czy może uzasadnione jest twierdzenie, że pracownicy samorządowi stanowią profesjonalny korpus urzędniczy, analogiczny do członków korpusu służby cywilnej. Istniejący dualizm regulacji dotyczący pracowników samorządowych i rządowych, pomimo zamysłu unifikacji rozwiązań przyjętych w dwóch ustawach dotyczących pragmatyk urzędniczych¹ (nawiasem mówiąc uchwalonych przez Sejm w tym samym dniu, tj. 21 listopada 2008 r., co niewątpliwie ma pewny wymiar symboliczny), skłania do głębokiej refleksji. Trafnej analizy statusu prawnego pracowników służby publicznej dokonała I. Malinowska, która wykazała, że zróżnicowania dotyczą każdej z pięciu przeanalizowanych przez nią płaszczyzn, tj.: stanowisk i wymagań stawianych kandydatom, form zatrudnienia, obowiązków i ograniczeń, form odpowiedzialności oraz uprawnień². Trudno zatem mówić o jednolitości i przejrzystości prawa urzędniczego w Polsce, czego w praktyce doświadczają pracownicy sektora publicznego, którzy chcą dokonać przeniesienia służbowego, np. z segmentu samorządowego do rządowego. W opracowaniu postaram się przedstawić definicję i cechy grupy zawodowej oraz korpusu,

¹ Mowa o ustawie z dnia 21 listopada 2008 o służbie cywilnej (Dz.U. 227, poz. 1505, z późn. zm.) oraz o ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. Nr 223, poz. 1458, z późn. zm.).

² I. Malinowska przeanalizowała: pracowników i urzędników służby cywilnej, pracowników służby zagranicznej, pracowników urzędów państwowych, pracowników samorządowych oraz pracowników sądów i prokuratur; por. I. Malinowska, *Zróżnicowanie pracowników służby publicznej w Polsce*, (w:) *Prawne i aksjologiczne aspekty służby publicznej*, K. Miaskowska-Daszkiewicz, M. Mazuryk (red.), Lublin–Warszawa 2010, s. 231–264.

przybliżyć uwarunkowania systemowe funkcjonowania samorządu terytorialnego, przywołam dane dotyczące zatrudnienia w wybranych jednostkach samorządu terytorialnego i dokonam skrótowego porównania dwóch zasadniczych grup składających się na zakres prawa urzędniczego. Całość opracowania kończą wnioski.

II. Uwarunkowania systemowe samorządu terytorialnego i związane z tym implikacje pracownicze

W 1990 r. przywrócono w Polsce samorząd terytorialny w jego klasycznej postaci, co prawda jedynie na szczeblu gminnym, ale tym samym jednoznacznie zerwano z narzuconym systemem rad narodowych i nawiązano do tradycji II Rzeczypospolitej³. Ustawodawca polski w tzw. Małej Konstytucji z 1992 r. wyraził wprost ideę samorządu terytorialnego oraz wskazał, że samorząd terytorialny jest podstawową funkcją organizacji lokalnego życia publicznego, a jego jednostki posiadają osobowość prawną, zarządzają mieniem komunalnym oraz wykonują przysługujące im zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność w celu zaspokojenia potrzeb mieszkańców⁴. W zasadzie Mała Konstytucja z 1992 r., której postanowienia zostały następnie „przekute” na przepisy Konstytucji RP z 1997 r. wpłynęła na ukształtowanie zadań współczesnego samorządu terytorialnego. Natomiast obowiązująca ustawa zasadnicza umożliwiła powołanie do życia trzech odrębnych podmiotów samorządowych: gminy, powiatu i województwa. Samodzielność każdej jednostki samorządu terytorialnego, która nie pozostaje bez wpływu na realizowaną przez urząd politykę kadrową i płace, wyraża się w: kształtowaniu ustroju wewnętrznego jednostek samorządu, samodzielności finansowej, prawie do ustalania wysokości podatków i opłat lokalnych, samodzielności majątkowej oraz autonomii w zakresie wykonywania zadań publicznych⁵. Zadania wykonywane przez samorząd, zgodnie z art. 166 ust. 1 Konstytucji, służą zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej. Zadania te, jak się podnosi w literaturze przedmiotu, to nie tylko klasyczne zadania z zakresu administracji publicznej (tj. wydawanie decyzji administracyjnych, postanowień, zaświadczeń, opinii), ale także działalność będąca efektem publicznoprawnego upodmiotowienia jednostek samorządu terytorialnego, z czym wiąże się podejmowanie uchwał, wydawanie zarządzeń i aktywność o charakterze gospodarczym i finansowym⁶.

Warto przypomnieć, że do 1 stycznia 1999 r. istniało 49 rządowych województw, z których aż 16 liczyło mniej niż 500 tys. mieszkańców, a kolejnych 11 miało nieco ponad 1 mln mieszkańców. Był większości tych województw nie wynikał

³ H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2008, s. 65.

⁴ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Kraków 2006, s. 53.

⁵ E. Ura, Ed. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 192.

⁶ P. Groński, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 10.

z uwarunkowań historycznych, czy uzasadnień ekonomicznych dotyczących siły ekonomicznej danego terenu, a był efektem decyzji politycznych. Utrzymywanie licznych rządowych struktur wojewódzkich oraz urzędów rejonowych było nieefektywne i nie realizowało konstytucyjnej idei państwa obywatelskiego i zasady decentralizacji administracji publicznej⁷. Istniejąca w latach 1990–1998 administracja samorządowa funkcjonowała jedynie na poziomie gminy. Należy zatem przypuszczać, że istnienie do 2009 r. formy zatrudnienia na podstawie mianowania jedynie w gminach było zaszczytą historyczną i przejawem niekonsekwencji ustawodawcy, bowiem samorządowi pracownicy mianowani nie występowali na szczeblu powiatu i województwa. Działania reformatorskie dotyczące podziału struktury administracyjnej kraju istotnie przyczyniły się do wzrostu znaczenia, ale też liczby pracowników samorządowych. Warto wskazać, że tylko w pierwszym roku reformy administracyjnej, tj. w 1999 r., administracja publiczna, głównie na skutek rozrostu aparatu administracji samorządowej, zwiększyła się o 46 tys. pracowników⁸. Co ciekawe, nie sprawdziły się oczekiwania, iż reforma ta spowoduje „odchudzenie” kadrowe administracji rządowej, a to głównie z powodu dostosowywania struktur administracyjnych państwa kandydującego do Unii Europejskiej.

Obecnie zadania publiczne realizowane przez jednostki samorządowe polegają na rozpatrywaniu indywidualnych spraw w trybie k.p.a.⁹, absorpcji i wykorzystywaniu środków unijnych oraz realizacji zadań wynikających z ustaw ustrojowych¹⁰. Jednostki te wydają również akty prawa miejscowego, podejmują czynności cywilnoprawne, prowadzą działalność gospodarczą, w tym realizują zaplanowane przedsięwzięcia o charakterze lokalnym i ponadlokalnym (dotyczy to m.in. sieci wodociągowych i energetycznych, regulacji stosunków wodnych, rozwoju infrastruktury)¹¹.

Decentralizacja zadań administracji publicznej poszła tak daleko, że okazało się, iż nawet na drodze ustawowej nie ma możliwości unormowania mechanizmów ograniczających rozrost liczby pracowników administracji samorządowej. Choć należy stanąć na stanowisku, że taka regulacja ustawowa nie stałaby w sprzeczności z konstytucyjną zasadą autonomii samorządu terytorialnego, jednakże głównie z przyczyn politycznych nie znajduje właściwej regulacji. Potwierdza to chociażby wyłączenie pracowników samorządowych z zakresu przedmiotowego, jakże szumnej i głośnej medialnie, ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o racjonalizacji zatrudnienia w państwowych jednostkach budżetowych i niektórych innych

⁷ Z. Niewiadomski (red.), *Ustrój samorządu terytorialnego i administracji rządowej po reformie*, Warszawa 2000, s. 37.

⁸ M. Żukowski, *Dzieje administracji w Polsce w XX wieku*, Warszawa 2011, s. 961.

⁹ Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.

¹⁰ Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, z późn. zm.; Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592, z późn. zm.; Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590, z późn. zm.

¹¹ P. Groński, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 11.

jednostkach sektora finansów publicznych w latach 2011–2013, która finalnie nie weszła w życie, bowiem Trybunał Konstytucyjny stwierdził jej niezgodność z ustawą zasadniczą¹².

Biorąc pod uwagę fakt, że w 2010 r. istniało w Polsce 16 województw samorządowych, 379 powiatów, z czego 65 to powiaty grodzkie, a 314 to powiaty ziemskie, 2479 gmin, z czego 306 miejskich, 597 wiejsko-miejskich i 1576 wiejskich¹³, należy zauważyć, że wykonywanie zadań publicznych przez pracowników samorządowych wiąże się z całym skomplikowanym mechanizmem funkcjonowania urzędów gmin, starostw i urzędów marszałkowskich oraz innych jednostek organizacyjnych. Z czysto technicznego punktu widzenia realizacja zadań publicznych przez pracowników samorządowych łączy się z obiegiem dokumentów, czynnościami kancelaryjnymi, przygotowaniem aktów prawnych czy poborem i egzekucją podatków lokalnych.

Dokonując analizy wybranych jednostek samorządu terytorialnego różnych szczebli (opierając się na informacjach uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej) można zauważyć istotne zróżnicowanie liczebności zatrudnianych w nich pracowników samorządowych. I tak, największa polska gmina, będąca zarazem powiatem – gmina warszawska poprzez urząd miasta stołecznego Warszawy wskazała, że zatrudnienie w urzędzie na dzień 31 grudnia 2011 r. wynosiło 7611,350 etatów i 7677 osób¹⁴. Przy czym, w rozbiciu szczegółowym, w biurach i ich delegaturach zatrudnionych było 3835 osób na 3795,683 etatach, w wydziałach dla dzielnic było zatrudnionych 3 766 osób na 3739,667 etatach, a zarządy dzielnic stanowiły 76 etatów i tyleż samo osób. Liczba ta może wydawać się szokująco wysoka, bowiem dla porównania warto podnieść, że w największym urzędzie administracji rządowej – Ministerstwie Finansów jest zatrudnionych ok. 2500 członków korpusu służby cywilnej. Należy jednak pamiętać, że m.st. Warszawa składa się aż z 18 dzielnic¹⁵ i wykonuje również liczne zadania zlecone z zakresu administracji rządowej, w tym te związane z jej stołecznym charakterem (wizyty międzynarodowych gości, uroczystości ogólnopństwowe, czy przygotowania do Mistrzostw Europy – Euro 2012). Warto także podnieść, że m.st. Warszawa jest najbogatszą gminą w Polsce i dysponuje imponującym majątkiem komunalnym, który jest zarządzany przez jednoosobowe komunalne spółki prawa handlowego (np. Tramwaje Warszawskie, czy Metro Warszawskie), jak również przez podległe jej wyspecjalizowane jednostki organizacyjne (np. Zakłady Gospodarowania Nieruchomościami).

W trybie dostępu do informacji publicznej uzyskałem dane o stanie zatrudnienia w powiecie sejneńskim na Suwalszczyźnie, który jest najmniejszym powiatem

¹² Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2011 r., sygn. akt Kp 1/11, ZU 2011, Nr 5A, poz. 41.

¹³ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 313.

¹⁴ Pismo Urzędu m.st. Warszawy z dnia 21.03.2012 r. o znaku KS.WK.1431.19.2019.ADWiKKA.

¹⁵ M. Mazuryk, *O ustroju miasta stołecznego Warszawy w latach 1990–2010*, (w:) *Administracja publiczna w III RP. Dwie dekady doświadczeń*, M. Mazuryk, S. Jaśkiewicz (red.), Warszawa–Siedlce 2011, s. 269–283.

pod względem liczby mieszkańców (jedynie ok. 22 tys.) oraz w najludniejszym powiecie poznańskim (ok. 320 tys. mieszkańców). Starostwo powiatowe w Sejnach zatrudniało w dniu 31 grudnia 2011 r. jedynie 30 pracowników¹⁶, z czego 26 na stanowiskach merytorycznych, a 4 na stanowiskach pomocniczych i obsługi. Można się zatem pokusić o stwierdzenie, że tylu pracowników liczą średniej wielkości departamenty czy biura w urzędach administracji rządowej. Z kolei stan zatrudnienia w starostwie Poznaniu wyniósł w tym samym okresie ponad 1000% więcej, bo było w tamtejszym urzędzie zatrudnionych 336 pracowników samorządowych na 329,845 etatach¹⁷. A zatem proporcje mieszkańców do zatrudnionych pracowników samorządowych potwierdzają wielkopolską gospodarność i racjonalność zatrudnienia bo przy założeniu że 30 pracowników obsługuje ok. 22 tys. mieszkańców, taki stan zatrudnienia, jaki jest w Poznaniu, powinien odpowiadać 240 bądź 250 tysiącom mieszkańców.

Natomiast porównując największe powierzchniowo województwo samorządowe z ponad 5 mln mieszkańców¹⁸, tj. mazowieckie, z najmniejszym powierzchniowo i przedostatnim, jeśli chodzi o liczbę mieszkańców (jedynie 1 mln 100 tys.)¹⁹ województwem opolskim, nie daje zaskakujących wyników co do relacji pomiędzy liczbą zatrudnionych w urzędach marszałkowskich pracowników samorządowych. Kształtuje się on w sposób następujący – 1120 pracowników (mazowieckie)²⁰ oraz 509 pracowników samorządowych (opolskie) zatrudnionych na 505,85 etatu²¹. A zatem dziwić może fakt, że w województwie, w którym mieszka jedynie 1/5 obywateli naszego kraju w porównaniu z Mazowszem, urząd obsługujący marszałka województwa zatrudnia aż 1/2 stanu zatrudnienia pracowniczego w odniesieniu do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego.

Odrębnym zagadnieniem, które w tym artykule poruszam, jest brak organu na szczeblu administracji centralnej, który – tak jak to czyni Szef Służby Cywilnej w odniesieniu do członków korpusu służby cywilnej²² – gromadziłby i upowszechniał informacje o pracownikach samorządowych, przetwarzałby dane o stanie zatrudnienia i ich wynagrodzeniach, czy określał jednolite standardy etyczne. Z pisma MSWiA z dnia 17 września 2010 r.²³, stanowiącego odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w zakresie danych liczbowych dotyczących wybranych kwestii związanych z realizacją polityki kadrowej w strukturach

¹⁶ Pismo Starostwa Powiatowego w Sejnach z dnia 27.03.2012 r. o znaku OR.1431.11.2012.

¹⁷ Pismo Starostwa Powiatowego w Poznaniu z dnia 23.03.2012 r. o znaku WK.2122.88.2012.

¹⁸ A. Borodo, *Samorząd terytorialny. System prawnofinansowy*, Warszawa 2006, s. 48.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 23.03.2012 r. o znaku OR-I.1431.11.2012.AR.

²¹ Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego z dnia 23.03.2012 r. o znaku DOA-I.1431.20.2012.

²² W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *ABC służby cywilnej*, Warszawa 2010, s. 33–35.

²³ Znak pisma: DAP-WOST-0667-3/10/JA.

administracji samorządowej, wynika, iż resort ów (dodajmy, obecnie Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji) nie dysponuje stosownymi danymi, a dysponentem tego typu informacji w ich ocenie może być Główny Urząd Statystyczny. Jakkolwiek informacją publiczną jest każda informacja o sprawach publicznych²⁴, a także informacja związana z funkcjonowaniem władzy publicznej i innych podmiotów wykonujących zadania władzy publicznej²⁵, należy mieć na względzie fakt, iż prawo dostępu do informacji publicznej oznacza dostęp do informacji już będącej w posiadaniu podmiotu zobowiązanego i nie może być utożsamiane z prawem do inicjowania działań (kontrolnych, badawczych itp.), mających na celu wytworzenie informacji jakościowo nowej, której udzielenia domaga się wnioskodawca²⁶. Zrozumiałe zatem wydaje się i zresztą zgodne z obowiązującym prawem, że zapytany podmiot publiczny nie przekazał mi stosownych informacji, bowiem ich nie miał! Czy posiadanie nawet w celach informacyjnych, dodajmy w epoce powszechnej informatyzacji administracji publicznej, takich danych nie jest zasadne? Czy minister, który sprawuje w pewnym stopniu pieczę nad samorządem terytorialnym i odpowiada za przygotowywanie aktów prawnych w tym zakresie, może pozwolić sobie na kompletny brak danych, umożliwiających analizę stanu zatrudnienia oraz jakości kadry urzędniczej? Te pytania pozostają otwarte. Aby pozyskać dane dotyczące poziomu zatrudnienia pracowników samorządowych oraz kwoty środków budżetowych przeznaczonych na ich zatrudnienie w 2011 r. zwróciłem się do Głównego Urzędu Statystycznego. W odpowiedzi otrzymałem informację, że GUS dysponuje jedynie danymi ze sprawozdawczości budżetowej Ministerstwa Finansów i jest to sprawozdanie z wykonania planu wydatków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego, przy czym dane w nim zawarte odnoszą się nie tylko do pracowników samorządowych, ale do ogółu zatrudnionych w jednostkach samorządu terytorialnego oraz podległych im jednostkach budżetowych, takich jak żłobki, przedszkola czy szkoły²⁷. Podnoszono także, że dane zawarte w sprawozdaniu dotyczą zarówno pracowników samorządowych²⁸, jak i osób, z którymi zawarto umowy cywilnoprawne. Trudno zatem precyzyjnie wskazać kwoty, skoro tylko w marcu 2012 r. Urząd m.st. Warszawy oraz urzędy dzielnic zawarły 400 umów zlecenia o wartości ok. 2 mln zł²⁹. Dokładnych informacji o stanie zatrudnienia w jednostkach samorządu terytorialnego nie posiada także Ministerstwo Finansów³⁰. Na podstawie danych zawartych na stronach internetowych GUS – materiału „Zatrudnienie i wynagro-

²⁴ Por. wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2006 r., sygn. akt I OSK 123/06.

²⁵ Por. decyzja SKO we Wrocławiu z dnia 5 lutego 2002 r., sygn. akt SKO 4541/1/02.

²⁶ Por. wyrok NSA z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt I OSK 951/08.

²⁷ Pismo Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 26.03.2012 r. o znaku DI-6-611-10732012/WG.

²⁸ Zob. W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010.

²⁹ R. Biskupski, I. Kraj, *Za co i komu ratusz płaci bez przetargów*, Rzeczpospolita z dnia 13.04.2012 r. s E12.

³⁰ Pismo Ministerstwa Finansów z dnia 22.03.2012 r. o znaku ST7/4834/44/TL/2012/BMI9-3756.

dzenia w gospodarce narodowej w 2010 r.” ustaliłem, iż przeciętne zatrudnienie w 2010 r. w administracji samorządu terytorialnego wynosiło 255 680, natomiast przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto 3594,67 zł.

III. Pracownicy samorządowi – samorządowy korpus urzędniczy czy jedynie grupa zawodowa?

W tej części artykułu muszę odnieść się do dwóch zasadniczych pojęć odnoszących się do pracowników samorządowych. Otóż pojęcie grupy zawodowej jest pojęciem nieostrym, co – jak słusznie zauważa J. Stelina – daje pełną swobodę interpretacyjną organom stosującym prawo³¹. Jednakże w artykule jest mowa o pojęciu w znaczeniu normatywnym, tj. zawartego w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracodawców³² oraz ukształtowanego orzecznictwa, z którego wynika, że grupa zawodowa to zespół rodzajowo wewnętrznie spójnych czynności zawodowych, odmiennych od innych specjalności zawodowych. Jest to więc grupa pracowników wyodrębniona ze względu na przygotowanie zawodowe do wykonywania pracy w określonym zawodzie lub specjalności zawodowej, a nie konkretnie wykonywanymi czynnościami na danym stanowisku pracy³³. Grupa zawodowa będzie zatem zbiorowością pracowników o podobnym profilu wykształcenia i kwalifikacjach potrzebnych dla realizacji skonkretyzowanych zadań pracodawcy. Z całą pewnością o członkach grup zawodowych można mówić w odniesieniu do tych pracowników, którzy podlegają wprost przepisom kodeksu pracy i są pracownikami sektora prywatnego.

Natomiast definicję korpusu, oczywiście w znaczeniu normatywnym, można odnaleźć w art. 153 Konstytucji RP, w odniesieniu do członków służby cywilnej, którzy działają w urzędach administracji rządowej (bez Rządowego Centrum Legislacji czy Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, co należy tłumaczyć realizacją doraźnych interesów politycznych). Korpus jest powoływany w celu zapewnienia zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa³⁴. Ponadto pojęcie to występuje w regulacjach ustawowych. Będą to ustawy: o służbie cywilnej, o służbie zagranicznej³⁵ (członkowie korpusu służby zagranicznej) czy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (np. korpus oficerów zawodowych, korpus kadetów)³⁶. Jak widać, już z tytułów tych

³¹ J. Stelina, *Komentarz do art. 9 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, LEX /EL 2007.

³² Dz.U. Nr 90, poz. 844, z późn. zm.

³³ Por. wyrok SN z dnia 7 marca 1997 r., sygn. Akt I PKN 26/97, OSNP 1997/24/486.

³⁴ M. Zubik (red.), *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2008, s. 632.

³⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz.U. Nr 128, poz. 1403, z późn. zm.).

³⁶ Ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2010 r. Nr 90, poz. 593, z późn. zm.).

aktów prawnych, pełniących przecież funkcję informacyjną, wynika wspólny mianownik – wyraz służba. Niewątpliwie, w kontekście historycznym pojęcie korpusu należy wiązać z wojskowością, przy czym definicja ta w siłach zbrojnych ma kilka znaczeń. Może oznaczać wyższy związek taktyczny, zgrupowanie wojsk oraz ogół żołnierzy danego rodzaju³⁷. W powszechnym odbiorze społecznym funkcjonuje także pojęcie korpusu dyplomatyczno-konsularnego, przez który należy rozumieć ogół przedstawicieli państw obcych akredytowanych przy rządzie danego kraju, korzystający z przywilejów i immunitetów³⁸. Wracając jednak do zagadnień prawa urzędniczego, podnieść należy, że użycie w odniesieniu do członków służby cywilnej pojęcia korpusu wskazuje na intencję organizacyjnego wyodrębnienia i wewnętrznej kategoryzacji i hierarchizacji tychże pracowników³⁹. Przez co regulacje prawa pracy mają zastosowanie do korpusu urzędniczego w administracji rządowej zdecydowanie rzadziej niż w odniesieniu do innych kategorii urzędniczych. Wystarczy bowiem porównać liczbę artykułów ustawy o służbie cywilnej – 213 i ustawy o pracownikach samorządowych – 61, aby dostrzec istotną różnicę. Enigmatyczność rozwiązań ustawy o pracownikach samorządowych skutkuje również zawartym w niej skomplikowanym system odesłań, w tym również odesłań blankietowych, co nie pozostaje w korelacji z celami regulacji zawartymi w uzasadnieniu do projektu ustawy⁴⁰. A przecież pracowników samorządowych jest w Polsce ponad dwukrotnie więcej niż liczący ok. 120 tys. członków korpusu służby cywilnej. Ustawa zawiera natomiast pewne zwroty stanowiące w istocie zbędną nadregulację, jak chociażby ten zawarty w art. 1, który stanowi, że „ustanawia się przepisy prawa pracy”, bo przecież z art. 43 ust. 1 ustawy⁴¹, jak i z art. 9 Kodeksu pracy można powyższe wywnioskować.

Warto wskazać, że ustawodawca na etapie prac parlamentarnych nad obowiązującą ustawą o pracownikach samorządowych nie zakładał utworzenia samorządowego korpusu urzędniczego, gdyż celem aktu było jedynie uregulowanie zadań i obowiązków pracowników samorządowych, zwłaszcza na stanowiskach urzędniczych oraz stworzenie podstaw do sprawnego i profesjonalnego wykonywania zadań przez samorząd terytorialny⁴². Można przy tym zauważyć, że stworzenie korpusowości w odniesieniu do pracowników samorządu nie stałoby w sprzeczności z założonymi celami projektodawcy, którym w tym przypadku był Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Wymagałoby jednak szerszej analizy i wypracowania rozwiązań instytucjonalnych czy proceduralnych w pewnym

³⁷ [http://pl.wikipedia.org/wiki/Korpus_\(wojsko\)](http://pl.wikipedia.org/wiki/Korpus_(wojsko)), informacja z dnia 4 maja 2012 r.

³⁸ J. Konarski, *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1972, s. 394.

³⁹ W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *Ustawa o służbie cywilnej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 17.

⁴⁰ A. Szewc, *Regulacja prawna zatrudniania pracowników w samorządowych jednostkach organizacyjnych i w jednostkach pomocniczych gmin*, Samorząd Terytorialny 2010, nr 11, s. 55.

⁴¹ A. Rzetecka-Gil, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 248–255.

⁴² <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=752>, opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 21.10.2008 r.

stopniu analogicznych do przepisów dotyczących korpusu służby cywilnej, na co strona rządowa się nie zdecydowała. Jak słusznie zauważył S. Płażek, w wersji projektu ustawy o pracownikach samorządowych przyjętej przez Radę Ministrów w dniu 24 czerwca 2008 r. nie znalazło się sformułowanie o „służbie samorządu terytorialnego”, chociaż związek z tą koncepcją w obowiązującej ustawie jest w postaci wzmocnienia kompetencyjnego pozycji sekretarza, poprzez przypisanie mu zadań analogicznych do dyrektora generalnego urzędu w służbie cywilnej⁴³. W piśmiennictwie podnosi się, że wprawdzie ustawodawca nie zdecydował się na powołanie samorządowego korpusu służby cywilnej, ale nawiązał do idei przyjętych w art. 153 Konstytucji RP i pewnych standardów w tym zakresie⁴⁴. Różnica między pracownikami samorządowymi a członkami korpusu służby cywilnej sprowadza się do zakresu spraw publicznych realizowanych przez wymieniony korpus urzędniczy (sprawy ogólnopaństwowe) i pracowników samorządowych (sprawy samorządowe)⁴⁵. Czy jednak takie rozgraniczenie kompetencyjne uzasadnia brak wyrażenia *expressis verbis* istnienia samorządowego korpusu urzędniczego? Wydaje się, że odpowiedzi należy szukać zarówno w ogólności rozwiązań konstytucyjnych dotyczących samorządu terytorialnego, które ustanawiając domniemanie kompetencji samorządu do wykonywania zadań publicznych niezastrzeżonych dla organów innych władz publicznych (art. 163), nie wspominają o korpusie urzędniczym w jednostkach samorządu terytorialnego, jak i realizowanego od 1990 r. procesu decentralizacji administracji publicznej⁴⁶. Powyższe skutkuje tym, iż prawo do dobrej administracji dotyczące przecież wszystkich obywateli, zarówno obsługiwanych przez administrację rządową jak i samorządową, jest realizowane przez pracowników samorządowych z różnym skutkiem, co jest efektem specyficznej kultury administracji samorządowej⁴⁷.

Brak korpusowości w samorządzie terytorialnym przejawia się również tym, że obowiązująca pragmatyka służbowa nie używa pojęcia „urzędnik”, pomimo oczywistego w ocenie społecznej faktu, że personel biurowy obsługujący organy administracji publicznej i gwarantujący funkcjonowanie jednostek samorządu terytorialnego to urzędnicy. Wspomnę, że nazwy „urzędnik” i „funkcjonariusz administracji” z porządku prawnego zostały usunięte po II wojnie światowej ma mocy dekretu z 25 października 1948 r.⁴⁸ Obecnie (oczywiście oprócz służby cywilnej) wymienione pojęcia funkcjonują głównie w tzw. mowie potocznej oraz na gruncie doktrynalnym.

⁴³ S. Płażek, *Projekty ustawy o pracownikach samorządowych*, (w:) *Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce*, J. Parchomiuk, B. Uliasz, E. Kruk (red.), Warszawa 2009, s. 557.

⁴⁴ A. Piskorz-Ryń, I. Ślęczkowska, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Wrocław 2009, s. 13.

⁴⁵ P. Groński, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 12.

⁴⁶ Por. S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej*, Lublin 2005.

⁴⁷ Por. A. Piekara, *Kultura i jakość administracji publicznej a jakość życia. Podstawowe problemy i uwarunkowania w Polsce współczesnej*, Warszawa–Radom 2011, s. 21–37.

⁴⁸ M. Zukowski, *Dzieje administracji w Polsce w XX wieku*, Warszawa 2011, s. 679.

IV. Funkcjonariusz samorządowy a funkcjonariusz rządowy – istniejące rozbieżności systemowo-kadrowe

W świetle istniejących rozwiązań prawnych zawartych w Konstytucji RP ujęcie w jednym akcie prawnym o służbie cywilnej, obok rządowej, także samorządowej służby cywilnej, nie jest możliwe, wymaga bowiem nowelizacji ustawy zasadniczej⁴⁹. Dlatego też w literaturze przedmiotu podnosi się, że w samorządzie z uwagi na jego specyfikę jest możliwe przyjęcie tylko niektórych instytucji rządowej służby cywilnej⁵⁰. Oczywiście, z takim poglądem należy się zgodzić, przy czym należy wskazać, że profesjonalizm pracowników samorządowych można budować bez zmian Konstytucji, jednakże z zastosowaniem elementów korpusu urzędniczego. Ustawa o pracownikach samorządowych powinna dokonywać kategoryzacji urzędów na małe, średnie i duże, w zależności od liczby pracowników i złożoności spraw przez nie załatwianych. W dużych urzędach byłoby wskazane także wprowadzenie zatrudnienia na podstawie mianowania i stopni służbowych oraz związanych z nimi gratyfikacji finansowych, w postaci dodatków służbowych, tak aby w sposób właściwy motywować pracowników. Ponadto ustawa mogłaby nakładać na władze samorządowe obowiązek tworzenia strategii zarządzania personelem, która mogłaby być wypracowana na forum Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu oraz istnienia funduszu nagród, np. w wysokości 3% planowanych wynagrodzeń osobowych. Obecnie pracownicy samorządowi bardzo często nie widzą możliwości dalszego rozwoju finansowego i zawodowego, co w przypadku rozproszenia terytorialnego urzędów (inaczej jest np. w centralnej administracji rządowej zogniskowanej w Warszawie) i braku odpowiednich mechanizmów motywacyjnych skutkuje znacznym poziomem fluktuacji kadr. Proponowane rozwiązania w pewnym stopniu zniwelowałyby istniejące różnice pomiędzy kadrami rządowymi a samorządowymi, także w zakresie edukacji i szeroko pojętych kwalifikacji.

Kolejnym aspektem podkreślającym dualizm kadr samorządowo-rządowych jest fakt, że KSAP, czyli państwowa jednostka organizacyjna posiadająca osobowość prawną, utworzonej na podstawie ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o Krajowej Szkole Administracji Publicznej⁵¹, a której zadaniem jest kształcenie i przygotowywanie do służby publicznej urzędników służby cywilnej oraz kadr wyższych urzędników Rzeczypospolitej Polskiej, jedynie w stopniu znikomym kształci kadry samorządowe. Warto przy tym wskazać, że szkolenie w KSAP obejmuje problematykę ogólną oraz specjalistyczną⁵², a zatem wiedza

⁴⁹ H. Szewczyk, *Propozycja samorządowej służby cywilnej*, (w:) *Stosunki pracy pracowników samorządowych*, M. Stec (red.), Warszawa 2008, s. 144.

⁵⁰ T.G. Grosse, *Czy w Polsce powinna powstać samorządowa służba cywilna?*, Samorząd Terytorialny 2000, Nr 7–8, s. 62.

⁵¹ Dz.U. Nr 63, poz. 266, z późn. zm.

⁵² M. Żukowski, *Problematyka wykształcenia urzędników państwowych i samorządowych*, Samorząd Terytorialny 2010, Nr 10, s. 38.

zdobywana przez słuchaczy powinna być wykorzystywana nie tylko w ministerstwach, Najwyższej Izbie Kontroli czy Narodowym Banku Polskim, ale także w samorządzie terytorialnym. A jak wynika z mojej, jakże pobieżnej, analizy, urzędy samorządowe bywają także pracodawcami zatrudniającymi kilkaset czy nawet ponad tysiąc pracowników. Także skala środków finansowych, zwłaszcza unijnych, będących w dyspozycji jednostek samorządowych, jest imponująca.

Obecne standardy pracownicze w samorządzie pozostawiają wciąż wiele do życzenia. Na liczne nieprawidłowości, w tym w naborach pracowników na stanowiska urzędnicze w jednostkach samorządu terytorialnego w roku 2010, wskazywał raport Najwyższej Izby Kontroli⁵³, podczas gdy raport tej samej instytucji z roku 2012 r. odnoszący się do funkcjonowania korpusu służby cywilnej zawierał ocenę pozytywną. Wynika to zapewne z kompetencyjnego umocowania Szefa Służby Cywilnej oraz Rady Służby Cywilnej do monitorowania przebiegu naborów na wyższe stanowiska w służbie cywilnej, podczas gdy nabory w samorządzie terytorialnym nie podlegają żadnej formie instytucjonalnej kontroli.

V. Podsumowanie

Jakkolwiek można wyróżnić pewne cechy zbieżne dotyczące pracowników samorządowych i członków korpusu służby cywilnej, to ustawodawca nie przesądził o „korpusowości” pracowników organów administracji zdecentralizowanej i niejako zatrzymał się „w pół drogi”. Pracownicy samorządowi nie są także klasyczną grupą zawodową, bowiem zadania realizowane przez nich mają charakter publiczny, a działania urzędu nie są ukierunkowane, jak większości pracodawców prywatnych, na efekt w postaci zysku. Ustawa o pracownikach samorządowych z 2008 r. w zasadniczym stopniu powieliła rozwiązania swojej poprzedniczki z 1990 r., która z kolei była wzorowana na ustawie z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych⁵⁴ i tym można tłumaczyć fakt, dlaczego nie zawiera rozwiązań kształtujących samorządowy korpus urzędniczy⁵⁵. Ustawodawca w 2008 r. działał jednak w zupełnie innych uwarunkowaniach prawnych, aniżeli ten z 1990 r., istniała bowiem Konstytucja, funkcjonował trójszczeblowy samorząd terytorialny, a w administracji rządowej korpus służby cywilnej, który mógłby stanowić pewien wzorzec systemowy. Z przedstawionych w opracowaniu danych liczbowych dotyczących pracowników samorządowych widać także, że poziom zatrudnienia w różnych jednostkach samorządowych jest zróżnicowany.

Z rozważań zawartych w niniejszym artykule można także wyciągnąć wnioski o charakterze szczegółowym. Po pierwsze, istnieje zależność pomiędzy wielkością

⁵³ <http://www.nik.gov.pl/plik/id,2081,vp,2571.pdf>, informacja z dnia 4 maja 2012 r.

⁵⁴ Zob. W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *Ustawa o pracownikach urzędów państwowych. Komentarz*, Warszawa 2012.

⁵⁵ J. Jagoda, *Pojęcie funkcjonariusza samorządowego*, Samorząd Terytorialny 1999, nr 1–2, s. 94.

obszaru danej jednostki samorządu terytorialnego i zakresem realizowanych przez nią zadań publicznych a liczbą zatrudnianych w danym urzędzie pracowników samorządowych. Po drugie, nie ma sztywnych – czy to normatywnych czy opartych na algorytmach finansowych – określonych pułapów czy też wielkości liczbowych określających poziom zatrudnienia na szczeblu samorządowym w powiązaniu z liczbą mieszkańców, czy też ilością realizowanych spraw z zakresu administracji publicznej. Po trzecie, podobnie jak u innych pracodawców, w samorządzie terytorialnym istnieje praktyka zatrudniania w niepełnym wymiarze etatu pracy. Po czwarte, brak na szczeblu centralnym instytucji, a nawet mechanizmów instytucjonalno-prawnych, które służyłyby do nadzoru czy też monitorowania stanu zatrudnienia, przeprowadzania naborów oraz wysokości środków finansowych przeznaczanych na ten cel w jednostkach samorządu terytorialnego.

Bibliografia

- Biskupski R., Kraj I., *Za co i komu ratusz płaci bez przetargów*, Rzeczpospolita z dnia 13.04.2012 r.
- Borodo A., *Samorząd terytorialny. System prawnofinansowy*, Warszawa 2006.
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Kraków 2006.
- Drobny W., Mazuryk M., Zuzankiewicz P., *Ustawa o służbie cywilnej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Drobny W., Mazuryk M., Zuzankiewicz P., *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Drobny W., Mazuryk M., Zuzankiewicz P., *ABC służby cywilnej*, Warszawa 2010.
- Drobny W., Mazuryk M., Zuzankiewicz P., *Ustawa o pracownikach urzędów państwowych. Komentarz*, Warszawa 2012,
- Fundowicz S., *Decentralizacja administracji publicznej*, Lublin 2005.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2010.
- Groński P., *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Grosse T. G., *Czy w Polsce powinna powstać samorządowa służba cywilna?*, Samorząd Terytorialny 2000, Nr 7–8.
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2008.
- Jagoda J., *Pojęcie funkcjonariusza samorządowego*, Samorząd Terytorialny 1999, nr 1–2.
- Konarski J., *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1972.
- Malinowska I., *Zróżnicowanie pracowników służby publicznej w Polsce*, (w:) *Prawne i aksjologiczne aspekty służby publicznej*, K. Miaskowska-Daszkiwicz, M. Mazuryk (red.), Lublin–Warszawa 2010.
- Mazuryk M., *O ustroju miasta stołecznego Warszawy w latach 1990–2010*, (w:) *Administracja publiczna w III RP. Dwie dekady doświadczeń*, M. Mazuryk, S. Jaśkiewicz (red.), Warszawa–Siedlce 2011.

- Niewiadomski Z. (red.), *Ustrój samorządu terytorialnego i administracji rządowej po reformie*, Warszawa 2000.
- Piekara A., *Kultura i jakość administracji publicznej a jakość życia. Podstawowe problemy i uwarunkowania w Polsce współczesnej*, Warszawa–Radom 2011.
- Piskorz-Ryń A., Ślęczkowska I., *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Wrocław 2009.
- Płażek S., *Projekty ustawy o pracownikach samorządowych*, (w:) *Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce*, J. Parchomiuk, B. Ulijasz, E. Kruk (red.), Warszawa 2009.
- Stelina J., *Komentarz do art. 9 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników* LEX/EL 2007.
- Szewe A., *Regulacja prawna zatrudniania pracowników w samorządowych jednostkach organizacyjnych i w jednostkach pomocniczych gmin*, Samorząd Terytorialny 2010, nr 11.
- Szewczyk H., *Propozycja samorządowej służby cywilnej*, (w:) *Stosunki pracy pracowników samorządowych*, M. Stec (red.), Warszawa 2008.
- Rzetecka-Gil A., *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Ura E., Ura Ed., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008.
- Zubik M. (red.), *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2008.
- Żukowski M., *Problematyka wykształcenia urzędników państwowych i samorządowych*, Samorząd Terytorialny 2010, Nr 10.
- Żukowski M., *Dzieje administracji w Polsce w XX wieku*, Warszawa 2011.

STRESZCZENIE

Artykuł wpisuje się w tematykę poświęconą pragmatykom urzędniczym i dokonuje szerokiej analizy dotyczącej statusu pracowników jednostek samorządu terytorialnego oraz istniejących w tej płaszczyźnie rozwiązań organizacyjnych i finansowych. Autor, oprócz wykorzystania w opracowaniu bogatego dorobku doktryny, bazuje także na materiale pozyskanym w trybie dostępu do informacji publicznej z poszczególnych urzędów z terenu całego kraju, co pozwala na wykrócenie poza rozważania teoretycznoprawne i wyciągnięcie praktycznych wniosków.

SUMMARY

The article deals with the issues connected with the code of practice for public officers and presents a broad analysis of the status of self-government employees and organizational and financial solutions in that area. Apart from rich output of the doctrine, the author also uses the material obtained from the public information sources in the particular self-government units countrywide that makes it possible to go beyond theoretical considerations and draw practical conclusions.

RÉSUMÉ

Cet article appartient à un large complexe des sujets consacrés aux pratiques des fonctionnaires et il analyse le statut des fonctionnaires travaillant aux autonomies locales ainsi que tous les problèmes de finances et organisation. L'auteur profite de l'acquis vraiment riche de la doctrine et aussi du matériel sorti de l'accès à l'information publique de différents offices et bureaux nationaux ce qui permet de quitter la réflexion théotique et juridique pour aboutir aux conclusions pratiques.

РЕЗЮМЕ

Статья вписывается в тематику, посвящённую управленческим аппаратам, и проводит широкий анализ, касающийся статуса работников органов территориального самоуправления, а также существующих в этой плоскости организационных и финансовых решений. Автор, кроме использования в исследовании богатого теоретического материала, основывается также на материале, приобретённом в результате доступа к публичной информации об отдельных учреждениях на территории всей страны, что позволяет выйти за рамки теоретических правовых рассуждений и прийти к практическим выводам.

PRZEMYSŁAW SZUSTAKIEWICZ

**ŚWIADCZENIA PIENIĘŻNE ZWIĄZANE Z PRAWEM
DO LOKALU MIESZKALNEGO EMERYTÓW
I FUNKCJONARIUSZY SŁUŻB MUNDUROWYCH
W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH**

I. Świadczenia pieniężne związane z prawem do lokalu mieszkalnego w służbach mundurowych są związane z uprawnieniem funkcjonariuszy służb mundurowych, takich jak: Policja, Straż Graniczna, Państwowa Straż Pożarna, Biuro Ochrony Rządu, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencja Wywiadu, Służba Wywiadu Wojskowego oraz Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Służba Więzienna. Uprawnienie to jest określone w art. 88 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. – o Policji¹ (dalej zwana uoP), art. 74 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej² (dalej zwana uoPSP), art. 92 ust. 1 uoSG ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej³ (dalej zwana uoSG), art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 16 marca 2001r. o Biurze Ochrony Rządu⁴ (dalej zwana uoBOR), art. 102 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁵ (dalej zwana uoABWiAW), art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego⁶ (dalej zwana uoSfSKWiSWW) i art. 170 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej⁷ (dalej zwana uoSW). Wymienione przepisy statuują, że funkcjonariusz w służbie stałej ma prawo do lokalu mieszkalnego w miejscowości, w której stale pełni służbę, lub w miejscowości pobliskiej. Wielkość przydzielonego lokalu zależy od posiadanego stopnia służbowego oraz liczby członków rodziny mieszkających razem z funkcjonariuszem.

¹ Dz.U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687, z późn. zm.

² Dz.U. z 2009 r. Nr 12, poz. 68, z późn. zm.

³ Dz.U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675, z późn. zm.

⁴ Dz.U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1712, z późn. zm.

⁵ Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154, z późn. zm.

⁶ Dz.U. Nr 104, poz. 710, z późn. zm.

⁷ Dz.U. Nr 79, poz. 523, z późn. zm.

Należy podkreślić, że prawo do lokalu mieszkalnego funkcjonariuszy służb mundurowych nie może być uznawane jako niezасłużone wyróżnienie lub przywilej. Prawo to wynika z istoty stosunku służbowego wiążącego organy z funkcjonariuszami. Skoro od formacji tych wymaga się dyspozycyjności, to należy zapewnić im warunki, w których ta dyspozycyjność będzie mogła być zrealizowana⁸, jednocześnie, jak zauważono na tle spraw związanych z funkcjonariuszami policji, *prawo policjanta w służbie stałej do lokalu mieszkalnego w miejscowości, w której pełni służbę lub w miejscowości pobliskiej nie może być rozumiane jako prawo całkowicie oderwane od praw i obowiązków wynikających z istoty stosunku służbowego policjanta. Celem tego przepisu jest niewątpliwie to, ażeby policjant w służbie stałej mieszkał w miejscowości, w której pełni służbę albo w miejscowości pobliskiej. Z tym celem, a nie przywilejem jako takim, związane jest prawo, o którym mowa w art. 88 ustawy. Tak rozumianemu uprawnieniu policjanta odpowiadają obowiązki organów Policji zaspokojenia tego prawa. Oznacza to, że jeżeli policjant ma odpowiednie mieszkanie w miejscowości, w której pełni służbę lub w miejscowości pobliskiej, to cel przepisu jest osiągnięty, a wobec tego nie powstaje prawo do lokalu, o którym mowa w art. 88 ustawy*⁹. Jednocześnie NSA podkreślił, że *uprawnienia funkcjonariusza do lokalu mieszkalnego ma zapewnić prawidłowe pełnienie służby poprzez umożliwienie mu zamieszkania w miejscowości, w której na stałe pełni służbę, lub miejscowości pobliskiej, oraz przez stworzenie mu warunków niezbędnych do założenia rodziny i prowadzenia normalnego życia rodzinnego*¹⁰.

Orzecznictwo sądownoadministracyjne zatem konsekwentnie stoi na stanowisku, że prawo do przydzielenia w drodze decyzji lokalu mieszkalnego nie jest przywilejem każdego funkcjonariusza, gdyż nie jest związane z faktem wstąpienia do służby, czy mianowania funkcjonariuszem w służbie stałej, ale jest związane z konieczną dyspozycyjnością funkcjonariuszy. Z dyspozycyjności tej wynika potrzeba zamieszkiwania funkcjonariusza w miejscowości pobliskiej i temu celowi służą przepisy ułatwiające funkcjonariuszom – wyłącznie tym, którzy nie posiadają stosownego lokalu mieszkalnego – przydział lokali mieszkalnych i nabywanie takich lokali na własność¹¹.

Z prawem do lokalu mieszkalnego wiąże się uprawnienie związane z innego rodzaju świadczeniami, jakimi są: równoważnik za brak lokalu mieszkalnego oraz równoważnik za remont lokalu mieszkalnego.

Równoważnik za brak lokalu mieszkalnego jest przydzielany funkcjonariuszom wtedy, gdy właściwa służba mundurowa nie jest w stanie zapewnić lokalu

⁸ Por.: P. Szustakiewicz, *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Warszawa 2012, s. 222–223.

⁹ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów NSA z dnia 29 marca 1999 r., sygn. akt OPS 1/99 opublikowana w ONSA nr 3 rok 1999 poz. 77.

¹⁰ Wyrok NSA z dnia 20 marca 2008 r., sygn. akt I OSK 447/07 opublikowany w CBOSA, podobne stanowisko zajął WSA w Łodzi z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt III SA/Łd 118/11, opublikowanym w CBOSA.

¹¹ Patrz: wyrok z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt III SA/Kr 454/08, opublikowany w LEX nr 579795.

odpowiadającego przysługującym im normom zaludnienia. Z kolei przewidziany w art. 91 ust. 1 uoP, art. 95 ust. 1 uoSG, art. 77 ust. 1 uoPSP, art. 182 ust. 1 uoSW, art. 105 uoABWiAW oraz art. 65 uosfSKWiSWW równoważnik za remont lokalu mieszkalnego, jak podniósł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 29 listopada 2004 r., sygn. akt K 7/04, ma *rekompensować koszty przeprowadzonego remontu lokalu zajmowanego przez policjanta, tj. takiego, który faktycznie zaspokaja potrzeby mieszkaniowe uprawnionego do tego świadczeń*¹². Nie budzi zastrzeżeń, że oba świadczenia przysługują funkcjonariuszom w służbie czynnej. Natomiast wątpliwości powstały na tle rozwiązań dotyczących emerytowanych funkcjonariuszy służb mundurowych.

II. Kwestia uprawnień do równoważnika za brak lokalu mieszkalnego i równoważnika za remont lokalu mieszkalnego wystąpiła najpierw na tle rozwiązań dotyczących policji. Zagadnienie to wiązało się z treścią § 8 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego¹³ oraz § 8 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego¹⁴. Przepisy te przyznawały uprawnienie do obu tych świadczeń trzem kategoriom osób:

- emerytowi i renciście policyjnemu,
- osobom uprawnionym do renty rodzinnej po zmarłym policjancie,
- osobom uprawnionym do renty rodzinnej po zmarłym renciście lub emerycie policyjnym.

Rozwiązanie to znane było od co najmniej 30 października 1997 r., tj. od dnia wejścia w życie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 września 1997 r. w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania policjantom równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego i równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych zasad ich zwracania¹⁵, gdzie w § 12 przewidziano uprawnienie do otrzymywania obu równoważników dla emerytów i rencistów policyjnych oraz osób uprawionych do renty rodzinnej po zmarłym funkcjonariuszu, zastąpionego następnie rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 grudnia 1999 r. w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania policjantom równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego i równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego oraz

¹² OTK, seria A Nr 10, poz. 109.

¹³ Dz.U. Nr 100, poz. 919, z późn. zm.

¹⁴ Dz.U. Nr 100 poz. 918, z późn. zm.

¹⁵ M.P. Nr 76, poz. 708.

szczegółowych zasad ich zwracania¹⁶, będącego powtórzeniem treści § 12 ww. rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 września 1997 r.

Rozwiązanie to przestało obowiązywać na przełomie lat 2005/2006. Najpierw rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 kwietnia 2006 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego¹⁷ z dniem 12 maja 2005 został skreślony § 8 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego, następnie w związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2006 r. rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 grudnia 2005 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego¹⁸ uchylono również § 8 nowelizowanego rozporządzenia. Uchylone zostały podstawy prawne przyznania obu równoważników wymienionym kategoriom osób.

Należy dodać, że ani art. 91 uoP, ani art. 92 uoP nie wskazują osób uprawnionych do świadczeń na podstawie przepisów ustawy z dnia 18 lutego 1994 r. o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin¹⁹, zwana dalej ustawą emerytalną, jako osób, którym przysługują świadczenia z art. 92 ust. 1 i 93 ust. 1 uoP, jak bowiem podniesiono w wyroku NSA z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt I OSK 1053/11 *ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. reguluje sytuację prawną funkcjonariuszy policji i w żadnym przepisie nie odnosi się i nie reguluje sytuacji prawnej emerytów policyjnych, również w treści delegacji ustawowej zawartej w art. 92 ust. 2 podstawy prawnej wydania rozporządzenie MSWiA z dnia 28 czerwca 2002 r. brak jest przyzwolenia ustawodawcy na rozszerzenie zakresu podmiotowego rozporządzenia w stosunku do zakresu podmiotowego ustawy*²⁰. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt U 4/08 uznał, że skreślenie § 8 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego nie narusza przepisów

¹⁶ Dz.U. Nr 106, poz. 1212.

¹⁷ Dz.U. Nr 70, poz. 633.

¹⁸ Dz.U. Nr 266, poz. 2446.

¹⁹ Dz.U. z 2004 r. Nr 8, poz. 67, z późn. zm.

²⁰ Opublikowany w CBOSA.

konstytucyjnych ani ustawy o Policji, bowiem *prawa do równoważnika nie można wywodzić z przepisów ustawy emerytalnej, bowiem ustawa o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji nie gwarantuje emerytom i rencistom policyjnym prawa do równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego. Podstawowym celem art. 29 wymienionej ustawy jest umożliwienie dalszego korzystania przez osoby uprawnione do świadczeń emerytalnych i rentowych na podstawie tej ustawy z mieszkań przyznanych im w drodze decyzji administracyjnych. Natomiast osoby, które nie użytkują takich mieszkań, mogą ubiegać się o pomoc finansową na podstawie art. 30 ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji*²¹. Trybunał Konstytucyjny wyraził zatem pogląd, że art. 29 ustawy emerytalnej uprawnia emerytów i rencistów policyjnych oraz inne osoby wymienione w ustawie do dwóch rodzajów świadczeń: zamieszkiwania w lokalu mieszkaniowym i pomocy finansowej. Natomiast ustawa o Policji nie wskazuje na osoby otrzymujące świadczenia z ustawy emerytalnej, jako podmioty uprawnione do otrzymywania równoważników określonych w art. 92 ust. 1 i 93 ust. 2 uoP. Stąd nie jest aktualne stanowisko wyrażone w wyrokach NSA z dnia 13 lutego 2007 r., sygn. akt I OSK 245/06 i z dnia 31 marca 2008 r., sygn. akt I OSK 525/07²² wskazujące, że mimo uchylecia przepisów rozporządzeń przyznających osobom uprawnionym do świadczeń z ustawy emerytalnej, prawa do równoważnika za brak lokalu mieszkalnego lub za remont lokalu mieszkalnego, bowiem prawo to wywodzi się z treści art. 28 ustawy emerytalnej. Natomiast w sytuacji, gdy osoba otrzymująca świadczenia z ustawy emerytalnej, po uchyleciu wymienionych przepisów przyznających równoważniki emerytom i rencistom policyjnym, wniesie o przyznanie równoważnika, właściwy organ powinien wydać decyzje o odmowie przyznania równoważnika²³.

W sprawach dotyczących prawa do równoważników sądy administracyjne wyróżniają dwie grupy podmiotów:

- emeryci i renciści policyjni, którzy otrzymali decyzje o przyznaniu równoważnika, jako emeryci lub renciści przed wejściem w życie przepisów uchylających prawo do świadczenia;
- emeryci i renciści policyjni, którzy otrzymali uprawnienie do równoważników na podstawie bezterminowych decyzji, jako funkcjonariusze, a przeszli na emeryturę i rentę po wejściu w życie przepisów uchylających prawo do świadczenia.

Sądy administracyjne konsekwentnie uznają za nieprawidłową praktykę organów administracji polegającą na wydawaniu na podstawie art. 162 § 1 k.p.a. decyzji o wygaśnięciu decyzji na mocy której osoba uprawniona do świadczeń z ustawy emerytalnej otrzymywała równoważniki przed datą wejścia w życie nowelizacji rozporządzeń o przyznaniu równoważników za prawidłowe. Stano-

²¹ OTK ZU Nr 8, seria A, poz. 141.

²² Opublikowane w CBOŚA.

²³ Por. wyrok NSA z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt I OSK 1464/07, opublikowany w LEX nr 491480.

wisko takie jest oparte na przekonaniu, że w sytuacji uchylenia przepisu, który był podstawą przyznania określonego uprawnienia na przyszłość wygaśnięcie takiej decyzji z powodu jej bezprzedmiotowości w rozumieniu art. 162 § 1 pkt 1 K.p.a. następuje tylko wówczas, gdy w przepisach zmieniających stan prawny przewidziany został taki skutek. W przeciwnym razie decyzje te nie stają się bezprzedmiotowe, gdyż dotyczą uprawnień wcześniej nabytych na przyszłość²⁴. Uznano zatem, że uchylenie przepisu, który był podstawą przyznania równoważnika emerytom i rencistom policyjnym, nie stanowi samoistnej podstawy do wydania decyzji o wygaśnięciu decyzji przyznających równoważnik, ponieważ ani przepisy nowel rozporządzeń uchylających: § 8 rozporządzenia w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego oraz § 8 rozporządzenia w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego rozporządzenia, ani przepisy ustawy o Policji nie nakazywały stwierdzenia wygaśnięcia takiej decyzji. Tymczasem z treści art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. wynika, że istnienie takiego przepisu jest warunkiem *sine qua non* zastosowania wymienionego przepisu.

Takie rozwiązanie powoduje, że *dopóki decyzja o przyznaniu uprawnienia nie zostanie wyeliminowana z obrotu prawnego w sposób przewidziany prawem, będzie ona wywoływać skutek wiążący trwale podmioty i strony zainteresowane ich rozstrzygnięciem*²⁵. Uchylenie wyżej wymienionych przepisów powoduje, że przestaje istnieć podstawa prawna do wydawania decyzji o przyznaniu równoważników na przyszłość. Natomiast nie powoduje to wygaśnięcia uprawnień nabytych na podstawie decyzji wydanych w przeszłości, opartych na obowiązującej wówczas podstawie prawnej. Przyjęcie innego stanowiska, pomijającego byt prawny istniejącej w obrocie decyzji, dającej uprawnienia do domagania się wypłaty równoważnika, prowadzi do naruszenia zasady państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) i wyrażonej w art. 16 k.p.a. zasady trwałości decyzji administracyjnych. A zatem nawet w sytuacji zmiany stanu prawnego, jeżeli w obrocie prawnym pozostaje decyzja administracyjna nadająca jej indywidualnemu adresatowi określone uprawnienia, a nie została ona w jakikolwiek sposób wyeliminowana z tego obrotu, to będzie rodzić skutki w sposób ciągły i nieprzerwany.

²⁴ Wyrok z dnia 18 czerwca 2008 r. o sygn. akt I OSK 953/07, opublikowany w ONSAiWSA nr 4, rok 2009, poz. 77, podobnie wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2011 r. o sygn. akt IV SA/Wr 492/11, wyrok WSA w Łodzi z dnia 28 lipca 2011 r. o sygn. akt III SA/Łd 176/11, wyrok z dnia 12 maja 2011 r. o sygn. akt III SA/Łd 107/11, wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2011 r. o sygn. akt I OSK 2073/10, wyrok NSA z dnia 18 marca 2011 r. o sygn. akt I OSK 19991/10, wyrok NSA z dnia 3 lutego 2011 r. o sygn. akt I OSK 1761/10, wyrok NSA z dnia 3 lutego 2011 r. o sygn. akt I OSK 1713/10, opublikowane w CBOSA

²⁵ Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2012 r., sygn. akt I OSK 1850/11, podobnie wyroki NSA: z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt I OSK 1104/10, z dnia 12 kwietnia 2011, sygn. akt 1992/10 z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt 2073/10, 18 marca 2011 r., sygn. akt I OSK 1991/10, opublikowane w CBOSA.

Należy podnieść, że sądy administracyjne konsekwentnie wskazywały, że nieprawidłowa jest praktyka organów administracji polegająca na tym, iż w sytuacji, gdy osoba legitymująca się decyzją o przyznaniu równoważnika zwraca się do organu z wnioskiem o jego wypłatę, wówczas odpowiada się jej pismem, że brak podstawy prawnej do realizacji świadczenia lub organ nie jest właściwy w sprawie. Jeżeli istnieje w obrocie prawnym decyzja uprawniająca emeryta lub rencistę policyjnego do uzyskania świadczenia, wówczas organ powinien dokonać czynności wypłaty równoważnika za remont lokalu mieszkalnego, ewentualnie, gdy organ uzna, że skarżącemu nie przysługuje uprawnienie do otrzymania (wypłaty) równoważnika za remont lokalu mieszkalnego, to wówczas powinien wydać decyzję stosowaną decyzję administracyjną²⁶. Jednocześnie wskazano, że nietrafny jest w tej sytuacji pogląd o niejako «automatycznym» wygaśnięciu z dniem 1 stycznia 2006 r. decyzji administracyjnych przyznających emerytowanym funkcjonariuszom policji prawa do równoważnika pieniężnego za remont lokalu mieszkalnego. Nie do zaakceptowania jest wobec tego w państwie prawa sytuacja obywatela o utracie przyznanego mu wcześniej decyzją administracyjną uprawnienia zawiadamia się pismem²⁷. Emeryt lub rencista policyjny, którego decyzja o przyznaniu równoważnika nie została usunięta z obrotu prawnego, nie może być pozbawiony tego prawa w drodze nieprocesowej. Tym bardziej że nadal w takich sprawach właściwe są organy policji, a nie organy emerytalne²⁸.

W orzecznictwie stwierdza się, że właściwą drogą do dostosowania zaistniałych stanów faktycznych do obowiązującego prawa jest wydanie decyzji o cofnięciu na podstawie art. 163 k.p.a. uprawnienia do równoważnika pieniężnego. W ocenie składów orzekających przepis § 6 rozporządzenia MSWiA z dnia 28 czerwca 2002 r. uzasadnia wydanie decyzji o cofnięciu uprawnień do równoważnika pieniężnego przez osoby pobierające świadczenia z policyjnego zaopatrzenia emerytalnego wobec utraty przez emeryta policyjnego danego uprawnienia. Decyzja taka miałaby wówczas charakter deklaratoryjny, a za jej wydaniem przemawia konieczność regulowania stanów faktycznych zgodnie z obowiązującym prawem²⁹.

W sytuacji, gdy organy wydadzą decyzję o cofnięciu prawa do równoważnika, a osoba taka wniesie o jego wypłatę, prawidłowe jest działanie organu, który wydaje decyzję o odmowie wypłaty równoważnika³⁰. Natomiast nieprawidłowa

²⁶ Wyrok NSA z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt I OSK 17/10, opublikowany w LEX nr 647912, podobnie wyrok NSA z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt I OSK 1739/09, opublikowany w LEX nr 595288, wyrok NSA z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt I OSK 1658/09, opublikowany w CBOSA.

²⁷ Wyrok NSA z dnia 23 marca 2010 r., sygn. akt I OSK 1564/09, opublikowany w LEX nr 595206.

²⁸ Por. wyroki NSA z dnia 23 marca 2010 r., sygn. akt I OSK 1608/09, wyrok z dnia 24 marca 201 r., sygn. akt I OSK 1576/10, wyrok z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt I OSK 1/10, opublikowane w CBOSA.

²⁹ Por. wyrok NSA z dnia 12 lipca 2011 r. o sygn. akt I OSK 409/11, opublikowany w LEX nr 1082752, wyrok NSA z dnia 14 lipca 2011 r. o sygn. akt I OSK 465/11, opublikowany w LEX nr 2082767, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2011 r. o sygn. akt IV SA/Wr 492/11, opublikowany w CBOSA.

³⁰ Tak uznał NSA w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt I OSK 1147/11, opublikowany w CBOSA.

jest praktyka organów polegająca na tym, że w sytuacji gdy emeryt lub rencista policyjny legitymujący się decyzją o przyznaniu równoważnika wnosi o jego wypłatę, wydaje się decyzję o jego cofnięciu. W takiej sytuacji bowiem *żądanie strony wyznaczało zakres sprawy administracyjnej. Tymczasem organ nie rozstrzygnął o żądaniu skarżącego, lecz wszczął z urzędu postępowanie, w którym cofnął mu uprawnienie*³¹. Sądy administracyjne uznają więc, że organ jest związany wnioskiem emeryta lub rencisty policyjnego i w tym przedmiocie powinien rozpatrzyć sprawę. Nie może natomiast w takim postępowaniu, niejako na wniosek strony, wydawać decyzji, której nie dotyczyło podanie.

Należy jednakże podnieść, że w kilku orzeczeniach wojewódzkich sądów administracyjnych uznano za prawidłowe decyzje o odmowie wypłaty równoważnika za remont lokalu mieszkalnego wydane emerytom policyjnym, którzy legitymowali się decyzjami o przyznaniu równoważnika wydanymi przed 1 stycznia 2006 r. Uznano, że takie decyzje, *przyznając skarżącemu równoważnik za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego, jednocześnie określają, że będzie on wypłacany corocznie, a jego wysokość ustalona zostanie każdorazowo na podstawie obowiązujących stawek. Decyzji tej nadano zatem charakter związany. W kwestii obliczania wysokości świadczenia do wypłaty, w decyzji związanej, odesłano do przepisów prawa. Skoro jednak od dnia 1 stycznia 2006 r. przepisy rozporządzenia dotyczące stawek, jak i sposób wyliczenia równoważnika, przestały obowiązywać w odniesieniu do emerytów i rencistów policyjnych, wobec braku w tym zakresie innych regulacji, od dnia 1 stycznia 2006 r. brak jest podstaw prawnych do wyliczenia równoważnika dla tych osób. Przewidziane w ustawie stawki i zasady wyliczenia świadczenia mogą być stosowane jedynie w odniesieniu do policjantów w służbie czynnej. Tym samym decyzja przyznająca skarżącemu równoważnik, od dnia 1 stycznia 2006 r. nie może być realizowana, poprzez jego wypłatę. Wobec braku podstaw do dokonania czynności wypłaty, odmowę jej dokonania w drodze zaskarżonej decyzji uznać należało za prawidłową*³². Sądy uznały tu, że decyzja o przyznaniu równoważnika emerytowi lub renciście przyznawała uprawnienie, które jest corocznie weryfikowane, a zatem w sytuacji, gdy nie odpadła postawa prawna do wypłaty świadczenia, organy postępowały prawidłowo, odmawiając jego wypłaty. Stanowisko takie stoi w sprzeczności z poglądem wyrażonym w orzeczeniach, w których wskazywano, że *decyzja ta, jak i inne wydawane w tego typu sprawach, nie zawierała innego sposobu obliczania wysokości równoważnika niż poprzez odwołanie do każdego brzmienia przepisów wykonawczych – rozporządzeń wydawanych przez*

³¹ Wyrok z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt I OSK 1169/11, opublikowany w LEX nr 1120577, podobnie wyroki NSA z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt I OSK 1866/11, z dnia 23 marca 2012 r., sygn. akt I OSK 1800/11, opublikowane w CBOSA oraz wyrok WSA w Krakowie z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt III SA/Kr 424/10, opublikowany w LEX nr 756949.

³² Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 12 września 2011 r., sygn. akt IV SA/Wr 294/11, podobnie wyrok WSA w Gdańsku z dnia 16 grudnia 2010 r. sygn. akt. III SA/Gd 469/10, wyrok WSA w Opolu z dnia 16 listopada 2010 r. II SA/Op 487/10 i wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2010 II SA/Wa 94/10, opublikowane w CBOSA.

MSWiA. Wedle tych przepisów, świadczenie przysługiwało w wysokości przewidzianej dla funkcjonariuszy w służbie czynnej, tj. według corocznie waloryzowanych stawek. Taka też reguła dotyczyć powinna lat następnych w stosunku do uprawnień wynikających z ostatecznych i nieusuniętych z obrotu prawnego decyzji administracyjnych³³.

W przypadku emerytów i rencistów policyjnych, którzy prawo do równoważnika wywodzą z bezterminowych decyzji administracyjnych wydanych w okresie służby, nie budzi wątpliwości, że z chwilą nabycia przez funkcjonariusza Policji uprawnień emerytalnych zmienił się jego status. Zmiana statusu z funkcjonariusza Policji na emeryta policyjnego powoduje, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, iż decyzja przyznająca funkcjonariuszowi prawo do równoważnika pieniężnego staje się z chwilą zmiany tego statusu bezprzedmiotowa³⁴. Decyzja o przyznaniu równoważnika była wydana w stosunku do funkcjonariusza. Zakres podmiotowy tej decyzji dotyczył więc osoby, która była policjantem, tak jak mówi o tym art. 91 ust. 1 i 92 ust. 1 uoP. Z chwilą przejścia na emeryturę lub rentę uprawniony traci status policjanta, a zostaje emerytem lub rencistą policyjnym, a zatem przestają go dotyczyć rozwiązania z ustawy o Policji, a podlega on przepisom ustawy emerytalnej i może korzystać z uprawnień, jakie dają mu art. 29 i ewentualnie art. 30 tej regulacji.

Na tle takich spraw powstała rozbieżność co do sposobu rozstrzygnięcia przez organy sprawy dotyczącej wniosku emeryta lub rencisty policyjnego składającego wnioszek o wypłatę równoważnika za remont lokalu mieszkalnego lub brak lokalu mieszkalnego przyznanego bezterminową decyzją administracyjną w okresie pełnienia czynnej służby. Pojawiły się tutaj trzy stanowiska.

Stanowisko pierwsze uważa, że zwolnienie ze służby funkcjonariusza Policji po tej dacie (tj. dacie wejścia w życie przepisów o uchyleniu przepisów rozporządzeń o przyznaniu równoważników osobom uprawionych do świadczeń z ustawy emerytalnej – przypis autora) w związku z nabyciem uprawnień emerytalnych czy rentowych sprawia, że decyzja przyznająca temu funkcjonariuszowi równoważnik pieniężny za brak lokalu mieszkalnego staje się bezprzedmiotowa, co z kolei warunkuje stwierdzenie jej wygaśnięcia na podstawie art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a.³⁵ Pogląd ten opiera się na założeniu, że zgodnie z art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. przesłanką wygaśnięcia decyzji jest jej bezprzedmiotowość rozumiana jako ustanie prawnego bytu stosunku materialnoprawnego nawiązanego na jej podstawie. Bezprzedmiotowość zachodzi wówczas, gdy nierealne okaże się osiągnięcie celu, ze względu na który decyzja została wydana, wskutek tego, że przestanie istnieć bądź przedmiot

³³ Wyrok WSA w Gorzowie z dnia 22 czerwca 2011, sygn. akt II SA/Go 281/11 utrzymany w mocy wyrokiem NSA z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt I OSK 1711/11, podobnie wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt IV SA/Wr 351/11, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt IV SA/Wr 344/11, wyrok NSA z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt I OSK 2016/11.

³⁴ Wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. akt I OSK 1668/11, opublikowany w CBOSA.

³⁵ Wyrok NSA z dnia 26 października 2010 r., sygn. akt I OSK 541/10, opublikowany w LEX nr 745259, podobnie: wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. akt I OSK 1668/11, wyrok NSA z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt 1063/11, opublikowane w CBOSA.

rozstrzygnięcia (prawo lub obowiązki strony), bądź podmiot, którego to rozstrzygnięcie dotyczyło (przeszedł istnieć lub utracił kwalifikację). Pozostawienie w obrocie prawnym decyzji przyznającej funkcjonariuszowi Policji prawo do równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego w sytuacji, gdy utracił on status funkcjonariusza, uzyskując status emeryta policyjnego, powodowałoby z jednej strony niejasność i brak pewności co do obowiązującego stanu prawnego³⁶. Uznano, że skoro uprawniony stracił status funkcjonariusza Policji, nie może być wobec niego nadal wykonywana decyzja o przyznaniu mu równoważnika, a zatem nastąpiła bezprzedmiotowość decyzji o charakterze podmiotowym. Stanowisko to pozostaje jednak w sprzeczności ze wskazanym wyżej starszym poglądem NSA, wedle którego do ziszczenia się warunku wygaśnięcia na podstawie art. 162 § 1 pkt 1 k.p.a. konieczny jest nakaz wydania decyzji o wygaśnięciu przewidziany przepisem prawa. Tymczasem takiego nakazu nie przewidywały rozporządzenia zmieniające rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego oraz rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wysokości i szczegółowych zasad przyznawania, odmowy przyznania, cofania i zwracania przez policjantów równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego.

Kolejny pogląd akceptuje sytuację, w której organy Policji wydawały decyzję o odmowie przyznania równoważnika w stosunku do emeryta lub rencisty policyjnego, który legitymował się nieusuniętą z obrotu prawnego decyzją o przyznaniu mu równoważnika wydana w okresie służby. *W takiej sytuacji decyzja przyznająca prawo do równoważnika pieniężnego za remont lokalu wydana została wobec funkcjonariusza Policji w oparciu o przepisy ustawy o Policji. Z chwilą nabycia przez funkcjonariusza Policji uprawnień emerytalnych zmienił się jego status. Zmiana statusu z funkcjonariusza Policji na emeryta policyjnego powoduje, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, iż decyzja przyznająca funkcjonariuszowi prawo do równoważnika pieniężnego staje się z chwilą zmiany tego statusu bezprzedmiotowa. Brak jest zatem podstaw do wypłaty emerytowi policyjnemu równoważnika pieniężnego za remont lokalu mieszkalnego*³⁷. Orzeczenia te uchylały wyroki wojewódzkiego sądu administracyjnego i oddalały skargę. Uchylone wyroki sądu I instancji uwzględniały skargi i uchylały decyzje o odmowie przyznania równoważnika powołując się na to, że obrocie prawnym istnieją decyzje przyznające stronom prawo do równoważnika. Tymczasem Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że wobec zmiany statusu uprawnionego te decyzje stały się bezprzedmiotowe, bowiem przesłanka faktyczna stanowi konieczną podstawę i oparcie każdej decyzji administracyjnej, a gdy przestanie ona istnieć, decyzja traci moc wiążącą. Każda decyzja

³⁶ Wyrok NSA z dnia 31 sierpnia 2010 r., sygn. akt I OSK 407/10, opublikowany w LEX nr 737501.

³⁷ Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt I OSK 2045/11, opublikowany w CBOSA.

zawiera niejako dorozumianą klauzulę, zgodnie z którą wiąże tylko tak długo, jak długo istnieją stosunki faktyczne, które stanowiły podstawę decyzji. Ponieważ decyzja administracyjna zawiera regulację powinnego zachowania się dla konkretnego stanu faktycznego, gdy stan ten przestaje istnieć, staje się bezprzedmiotowa ta regulacja³⁸, a więc skoro odpadała podstawa faktyczna decyzji uprawniającej stronę do przyznania równoważnika, to taka decyzja stała się sama przez się bezprzedmiotowa i nie ma konieczności jej uchylecia inną decyzją, a w przypadku wniosku strony wystarczy wydanie decyzji o odmowie wypłaty równoważnika.

Inny pogląd uznaje, że w sytuacji, gdy wniosek o wypłatę świadczenia złożył emeryt lub rencista policyjny wywodzący swe uprawnienie do świadczenia z decyzji wydanej w trakcie służby to organ, który uznał, że *żądanie to nie może być spełnione, to stosownie do art. 104 § 1 k.p.a. w zw. z art. 61 § 1 k.p.a. powinien wydać decyzję administracyjną w tym przedmiocie. Prawidłowe jest przy tym stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, że w razie stwierdzenia przez organ braku podstaw do merytorycznego załatwienia sprawy z uwagi na bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego to na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. ma on wydać decyzję o umorzeniu tego postępowania*³⁹. Sąd uznał tu, że organ w przypadku bezprzedmiotowości postępowania nie może wydać decyzji o odmowie, ale powinien na podstawie art. 105 k.p.a. wydać decyzję o umorzeniu postępowania, bowiem w sytuacji, gdy organ stwierdzi, że *brak jest podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego załatwienia sprawy, innymi słowy zachodzi bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, to ma obowiązek wydać decyzję o umorzeniu postępowania*⁴⁰. Osoba, która utraciła status funkcjonariusza, nie może otrzymać równoważnika, co powoduje, że postępowanie w sprawie jego wypłaty jest bezprzedmiotowe i jako takie podlega umorzeniu.

III. Emeryci i renciści pełniący służbę w Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej oraz cywilnych służbach specjalnych również posiadali uprawnienie do równoważnika za brak lokalu mieszkalnego oraz za remont lokalu mieszkalnego.

W przypadku strażników granicznych sytuację emerytów i rencistów, podobnie jak w przypadku emerytów i rencistów policyjnych, uregulowano w przepisach rozporządzeń wykonawczych, wydanych na podstawie art. 95 ust. 2 i 96 ust. 2 uoSG. Sama ustawa o Straży Granicznej nie wymieniała emerytów i rencistów, jako podmioty uprawnione do otrzymywania równoważników. Prawo takie zostało przewidziane w § 10 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Admini-

³⁸ Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt I OSK 1799/11, opublikowany w CBOSA.

³⁹ Wyrok NSA z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt I OSK 3/10, opublikowany w ONSAiWSA nr 3, poz. 60, rok 2011 podobnie wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. akt II SAB/Go 19/10 oraz wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 2 grudnia 2010 r., sygn. akt II SA/Go 763/10, opublikowane w CBOSA.

⁴⁰ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt II SAB/Go 17/10, opublikowany w CBOSA.

stracji z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie wysokości i warunków przyznawania funkcjonariuszom Straży Granicznej równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych warunków jego zwrotu, a także sposobu postępowania w przypadku wystąpienia zbiegu uprawnień do jego otrzymania⁴¹ i § 9 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie wysokości i warunków przyznawania funkcjonariuszom Straży Granicznej równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych warunków jego zwrotu, a także sposobu postępowania w przypadku wystąpienia zbiegu uprawnień do jego otrzymania⁴². Przepis rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wysokości i warunków przyznawania funkcjonariuszom Straży Granicznej równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych warunków jego zwrotu, a także sposobu postępowania w przypadku wystąpienia zbiegu uprawnień do jego otrzymania został uchylony z dniem 1 stycznia 2008 r. przez § 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 października 2007 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości i warunków przyznawania funkcjonariuszom Straży Granicznej równoważnika pieniężnego za remont zajmowanego lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych warunków jego zwrotu, a także sposobu postępowania w przypadku wystąpienia zbiegu uprawnień do jego otrzymania⁴³. Z kolei § 9 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie wysokości i warunków przyznawania funkcjonariuszom Straży Granicznej równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych warunków jego zwrotu, a także sposobu postępowania w przypadku wystąpienia zbiegu uprawnień do jego otrzymania został uchylony z dniem 29 kwietnia 2004 r. przez § 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 marca 2004 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości i warunków przyznawania funkcjonariuszom Straży Granicznej równoważnika pieniężnego za brak lokalu mieszkalnego oraz szczegółowych warunków jego zwrotu, a także sposobu postępowania w przypadku wystąpienia zbiegu uprawnień do jego otrzymania⁴⁴.

W sprawach skarg emerytowanych funkcjonariuszy Straży Granicznej na decyzje odmawiające im przyznania prawa do równoważnika sądy administracyjne konsekwentnie stoją na stanowisku, że *organy zasadnie wiążą prawo do uzyskania równoważnika za remont lokalu mieszkalnego z pełnieniem służby przez funkcjonariusza. Świadczenie to nie przysługuje więc funkcjonariuszowi zwolnionemu ze służby w związku z przejściem na emeryturę, co wynika z powyżej przytoczonych przepisów*

⁴¹ Dz.U. Nr 120, poz. 1028 z późn. zm.

⁴² Dz.U. Nr 118, poz. 1014, z późn. zm.

⁴³ Dz.U. Nr 217, poz. 1615.

⁴⁴ Dz.U. Nr 62, poz. 581.

*i ich wykładni*⁴⁵. We wszystkich tych sprawach sądy nie odnosiły się do tego, kiedy została wydana decyzja o przyznaniu skarżącym prawa do równoważnika. W uzasadnieniach podkreślano, że skoro przepisy pragmatyczne nie przewidują prawa do równoważnika dla emeryta lub rencisty, a jednocześnie przepisy ustawy emerytalnej dają im jedynie prawo do mieszkania służbowego, to wobec tego decyzja o odmowie przyznania im równoważnika jest prawidłowa.

Uprawnienie emerytów i rencistów Państwowej Straży Pożarnej do otrzymania równoważników wywodzone było z treści obowiązujących do dnia 1 lipca 2005 r. przepisów art. 77 ust. 1 i 78 ust. 2 uoPSP. Przepisy te wskazywały, że prawo do równoważnika za remont lokalu mieszkalnego i równoważnika za brak lokalu mieszkalnego ma strażak, przez co rozumiano także emerytowanego strażaka lub rencistę PSP. Przepis § 1 pkt 43 ustawy z dnia 6 maja 2005 r. o zmianie ustawy o Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. Nr 100, poz. 836) zmieniał te przepisy w ten sposób, że słowo „strażak” zastąpiono słowami „strażak mianowany”, co przesądziło o tym, że uprawnienie do równoważników przysługuje jedynie strażakom w służbie czynnej⁴⁶. Podobnie jak w przypadku emerytów policyjnych sądy administracyjne uznawały za nieprawidłową praktykę polegającą na wydaniu w stosunku do emerytowanych strażaków PSP decyzji o wygaśnięciu na podstawie art. 162 § 1 k.p.a. decyzji przyznających im prawo do równoważnika⁴⁷.

W cywilnych służbach specjalnych uprawnienie emerytów i rencistów do równoważników wynikało z treści § 11 zarządzenia Szefa Urzędu Ochrony Państwa z dnia 15 października 1997 r. w sprawie określenia wysokości oraz szczegółowych zasad przyznawania i zwracania równoważników pieniężnych związanych z prawem funkcjonariusza Urzędu Ochrony Państwa do lokalu mieszkalnego⁴⁸. Zarządzenie to zostało uchylone z dniem 29 czerwca 2002 r. na podstawie art. 232 uoABWiAW.

Sądy administracyjne wskazują, że z treści art. 105 i art. 106 uoABWiAW nie można wywieść prawa funkcjonariuszy do otrzymania równoważnika z remont lokalu mieszkalnego lub równoważnika za brak lokalu mieszkalnego. Wymienione wyżej przepisy odnoszą się jedynie do funkcjonariuszy w służbie czynnej, a z kolei art. 29 ust. 1 ustawy emerytalnej nadaje emerytowanym funkcjonariuszom

⁴⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 października 2009 r., sygn. akt II SA/Wa 787/09, opublikowany w LEX nr 637967 podobnie wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. akt II SA/Wa 1038/09, opublikowany w LEX nr 587891 oraz wyrok NSA z dnia 26 maja 2004 r., sygn. akt OSK 268/04, opublikowany w LEX nr 1089915.

⁴⁶ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt II SA/Wa 351/10, opublikowany w LEX nr 643827 wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt II SA/Wa 217/10 opublikowany w LEX nr 674473, wyrok WSA w Szczecinie z dnia 26 maja 2010 r., sygn. akt II SA/Sz 1361/09, opublikowany w CBOSA oraz wyrok z dnia 19 września 2007 r., sygn. akt III SA/Gd 90/07, opublikowany w LEX 467372.

⁴⁷ Takie stanowisko zajął NSA w wyrokach dnia 25 listopada 2008 r., sygn. akt I OSK 1773/07, opublikowany w LEX nr 542623 oraz z dnia 25 listopada 2008 r., sygn. akt I OSK 1710/07, opublikowany w LEX nr 542618.

⁴⁸ M.P. Nr 78, poz. 755.

szom prawo do lokalu mieszkalnego⁴⁹. Należy także dodać, że NSA nie uznawał, że w sytuacji, w której emeryt lub rencista legitymował się decyzją przyznającą mu świadczenie, nadal mógł z niej wywodzić skutki prawne, gdyż *zarządzenie Szefa Urzędu Ochrony Państwa z dnia 15 października 1997 r. w sprawie określenia wysokości oraz szczegółowych zasad przyznawania i zwracania równoważników pieniężnych związanych z prawem funkcjonariusza Urzędu Ochrony Państwa do lokalu mieszkalnego, nie stanowiło źródła powszechnie obowiązującego prawa, a ponadto prawo to przyznawane jest w drodze decyzji okresowo – co rok, po złożeniu stosownych wniosków i spełnieniu warunków do jego przyznania*⁵⁰. Decyzja o przyznaniu równoważnika jest co rok weryfikowana poprzez złożenie oświadczeń mieszkaniowych. Jeżeli dana osoba nie spełnia uprawnień do przyznania świadczenia, wówczas wydaje się jej decyzję o odmowie przyznania świadczenia. Natomiast nie ma tu konieczności usuwania z obrotu prawnego decyzji o przyznaniu równoważnika, ponieważ wobec zmiany przepisów, przestały istnieć podstawy dające możliwość wypłacenia przez organ właściwego równoważnika.

IV. Orzecznictwo sądów administracyjnych w zakresie prawa do równoważnika za brak lokalu mieszkalnego lub równoważnika za remont lokalu mieszkalnego w niejednolity sposób traktuje osoby uprawniane do świadczeń z ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin. W przypadku emerytów i rencistów policyjnych i Państwowej Straży Pożarnej uznano, że w przypadku, gdy decyzja o przyznaniu równoważnika została wydana przed dniem wejścia w życie regulacji uchylających przepisy będące podstawą przyznania prawa, to do czasu skutecznego uchylecia decyzji nadal wywołuje ona skutki prawne. Natomiast w sytuacji, gdy decyzja została wydana w stosunku do funkcjonariuszy, którzy otrzymali uprawnienie do równoważników na podstawie bezterminowych decyzji, jeszcze jako funkcjonariusze, a przeszli na emeryturę i rentę po wejściu w życie przepisów uchylających prawo do świadczenia, wówczas decyzje takie nie wywołują skutków prawnych.

W stosunku do emerytowanych funkcjonariuszy cywilnych służb specjalnych i Straży Granicznej sądy nie różnicowały sytuacji skarżących w zależności od tego, kiedy została wydana decyzja o przyznaniu im prawa do równoważnika. W uzasadnieniach podkreślano, że skoro przepisy pragmatyczne nie przewidują prawa do równoważnika dla emeryta lub rencisty, a jednocześnie przepisy ustawy eme-

⁴⁹ Por. wyroki NSA z dnia 25 czerwca 2008 r., sygn. akt I OSK 1012/07, z dnia 9 lutego 2009 r., sygn. akt I OSK 1031/09, z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. akt I OSK 786/08, opublikowane w CBOSA.

⁵⁰ Wyrok NSA z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt I OSK 1757/09, opublikowany w LEX nr 595296 podobnie wyroki NSA z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt I OSK 1756/09, wyrok z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt I OSK 1032/09, opublikowane w CBOSA.

rytalnej dają im jedynie prawo do mieszkania służbowego, to wobec tego decyzja o odmowie przyznania im równoważnika jest prawidłowa. Taka sytuacja wydaje się być niezrozumiała w świetle tego, że przepisy regulujące uprawnienia do opisywanych świadczeń są we wszystkich służbach mundurowych podobnie sformułowane.

Warto dodać, że w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych pojawiły się sprzeczne orzeczenia, dotyczące decyzji o odmowie wypłaty równoważnika za remont lokalu mieszkalnego wydane emerytom policyjnym, którzy legitymowali się decyzjami o przyznaniu równoważnika wydanymi przed 1 stycznia 2006 r. W kilku orzeczeniach uznano, że decyzje przyznające prawo do równoważnika podlegają corocznej weryfikacji, a zatem skoro odpadła podstawa prawna do przyznania świadczenia emerytom lub rencistom, wówczas organ wydaje decyzje od odmowie wypłaty równoważnika. Inne orzeczenia wskazują, że decyzja o przyznaniu równoważnika wywołuje nadal skutki prawne, a podstawą do wypłaty świadczenia powinny być obecnie obowiązujące przepisy.

Pojawiła się również rozbieżność co do sposobu rozstrzygnięcia przez organy sprawy dotyczącej wniosku emeryta lub rencisty policyjnego składającego wniosek o wypłatę równoważnika za remont lokalu mieszkalnego lub brak lokalu mieszkalnego, przyznanego bezterminową decyzją administracyjną w okresie pełnienia czynnej służby. Jedne składy uważają, że w takiej sytuacji powinno nastąpić wygaśnięcie decyzji na podstawie art. 162 § 1 k.p.a., inne natomiast uznają, że w sytuacji, gdy emeryt lub rencista wystąpi z wnioskiem o wypłatę równoważnika, organ wydaje decyzję o odmowie wypłaty świadczenia, z kolei trzeci pogląd przewiduje, że w razie takiego wniosku organy powinny wydawać decyzje o umorzeniu postępowania.

Powyższe rozbieżności powodują poważne problemy w stosowaniu przepisów o równoważnikach wobec emerytów policyjnych. Wina jednak leży, jak się wydaje, po stronie ustawodawcy, który likwidując możliwości przyznania równoważników osobom niepełniącym już służby, nie określił sposobu wygaszania uprawnień. Pośpieszne, źle przygotowane nowelizacje rozporządzeń wykonawczych do ustaw pragmatycznych w tym zakresie są podstawową przyczyną istniejących rozbieżności. Taka sytuacja jest przykładem skutków, jakie niesie za sobą zła legislacja.

STRESZCZENIE

Prawo do lokalu mieszkalnego funkcjonariuszy służb mundurowych wynika z istoty stosunku służbowego wiążącego organy z funkcjonariuszami. Skoro od formacji tych wymaga się dyspozycyjności, to należy zapewnić im warunki, w których ta dyspozycyjność będzie mogła być zrealizowana. Z prawem do lokalu mieszkalnego wiąże się uprawnienie związane z innego rodzaju świadczeniami, takimi jak równoważnik za brak lokalu mieszkalnego oraz równoważnik za remont lokalu mieszkalnego. Równoważnik za brak lokalu mieszkalnego jest przydzielany funkcjonariuszom wtedy, gdy

właściwa służba mundurowa nie jest w stanie zapewnić im lokalu odpowiadającego przysługującym im normom zaludnienia. Z kolei równoważnik za remont lokalu mieszkalnego ma umożliwić funkcjonariuszowi utrzymanie mieszkania służbowego w stanie niepogorszonym.

Na tle spraw związanych z wymienionymi równoważnikami pojawił się problem z uprawnieniem do nich emerytowanych funkcjonariuszy. Od 2002 r. zmieniono przepisy prawa, na mocy których emerytowani funkcjonariusze zostali pozbawieni prawa do równoważników. Ustawodawca nie określił jednak, w jaki sposób decyzje o przyznaniu funkcjonariuszom równoważnika tracą moc prawną. Takie rozwiązanie spowodowało wiele problemów z wygaśnięciem już będących w obrocie prawnym decyzji administracyjnych. Problem ten nie został rozwiązany przez orzecznictwo sądów administracyjnych, które w tym zakresie jest niejednolite.

SUMMARY

The Ministry of the Interior officers' entitlement to use apartments that are provided by their employers results from the employment contract. The officers are supposed to be available, so they must be provided with the conditions in which this availability will be possible to obtain. The entitlement to an apartment is connected with the entitlement to other benefits such as compensation for the lack of a company apartment and a compensation for the apartment maintenance. Compensation for the lack of an apartment is provided when the organizational unit employing an officer cannot offer an officer an apartment that he/she is entitled to in accordance with the accommodation standards. Compensation for the apartment maintenance, on the other hand, aims to enable an officer keep the company apartment in good state.

Based on the above-mentioned types of compensation, there is a problem with the entitlement of the Ministry of the Interior pensioners to those benefits. Since 2002 the legal regulations have been changed and retired officers have been deprived of those benefits. However, the legislator did not specify in what way the decision granting an officer compensation expires. This resulted in many problems with administrative decisions being in force. The problem has not been solved by administrative courts decisions, which are not uniform.

RÉSUMÉ

Le droit au logement des fonctionnaires en uniforme résulte de l'essentiel du rapport de service entre le fonctionnaire et l'organe proprement dit. Si l'organe demande la disponibilité, il doit présenter les conditions dans lesquelles cette disposition pourra être réalisée. Et si nous parlons du droit au logement, il faut chercher des

prestations qui sont équivalentes dans la situation de manque du logement et de rénovation de ce logement. Cet équivalent pour le manque du logement est accordé aux fonctionnaires dans la situation quand leur propre organe n'est pas capable de leur assurer un logement convenable respectif aux normes. Et l'équivalent pour la rénovation du logement doit donner aux fonctionnaires la possibilité de maintenir ce logement dans l'état non-dégradable.

Si l'on suit la situation relative aux équivalents mentionés, il apparaît aussi le problème des titres à ces équivalents pour des fonctionnaires retraités. En 2002 les règles du droit selon lesquelles des fonctionnaires retraités n'ont pas pu profiter de ces équivalents ont été changés. Mais le législateur n'a pas défini la manière dans laquelle les décisions de l'équivalent attribué aux fonctionnaires perdent leur pouvoir juridique. Cette solution a causé beaucoup de problèmes surtout dans le cas d'expiration des décisions administratives en état juridique. Et ce problème n'a pas été résolu par la jurisprudence des cours administratives qui ne sont pas homogènes dans ce domaine.

РЕЗЮМЕ

Право на жильё должностных лиц в офицерской форме является результатом сути трудового договора, заключаемого между органами и должностными лицами. Если при такой форме обязательств от должностных лиц требуется готовность к выполнению заданий, следует им предоставить условия, при которых эта готовность могла бы быть реализована. С правом на жильё связаны полномочия, основанные на иного рода поддержке, например, такой, как эквивалентный вариант за отсутствие квартиры, а также эквивалентное предоставление средств на ремонт жилья. Эквивалентный вариант за отсутствие жилья предоставляется должностным лицам в том случае, если компетентный орган не в состоянии обеспечить их жильём, отвечающим причитающимся им нормам заселения. В свою очередь, эквивалент за ремонт жилья даёт возможность должностному лицу содержать служебную квартиру в удовлетворительном состоянии.

На фоне вопросов, связанных с вышеупомянутыми эквивалентами, возникла проблема с полномочиями в этом отношении отставных офицеров. С 2002 года изменены положения Закона, в силу которых отставные офицеры оказались лишёнными права на эквивалентные варианты жилья или ремонта. Законодатель, однако, не определил, каким образом решения о признании должностным лицам в офицерской форме теряют законную силу. Такая ситуация привела к множеству проблем, связанных с прекращением уже получивших ход правовых административных решений. Эта проблема так и не нашла своего разрешения в судебной практике административных судов, мнения которых по данному вопросу неоднозначны.

MATEUSZ KACZOCHA



ISTOTA I STRUKTURA ADMINISTRACYJNYCH KAR
PIENIĘŻNYCH UREGULOWANYCH W USTAWIE
Z DNIA 7 CZERWCA 2001 R.
O ZBIOROWYM ZAOPATRZENIU W WODĘ
I ZBIOROWYM ODPROWADZANIU ŚCIEKÓW

**1. Istota administracyjnych kar pieniężnych i ich usytuowanie
w systematyce wewnętrznej ustawy**

Administracyjne kary pieniężne są jednym z typów sankcji administracyjnych, czyli nakładanych w drodze aktu stosowania prawa przez organ administracji publicznej, wynikających ze stosunku administracyjnoprawnego ujemnych (niekorzystnych) skutków dla podmiotów prawa, które nie stosują się do obowiązków wynikających z norm prawnych lub aktów stosowania prawa¹. Cechą charakterystyczną tych kar jest to, iż są one wymierzone za stany przeszłe, w drodze decyzji administracyjnej bądź postanowienia², przez organy administracji publicznej (rządowej bądź samorządowej) w związku z zaistnieniem deliktów administracyjnych. Stąd też do postępowań w sprawach związanych z wymierzaniem administracyjnych kar pieniężnych mają zastosowanie z reguły przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego³. Z kolei sądowa kontrola tych kar jest sprawowana zasadniczo przez sądy administracyjne pod kątem zgodności z przepisami prawa.

Do wymierzania administracyjnych kar pieniężnych nie ma natomiast zastosowania, co do zasady, procedura karna ani też zasady prawa karnego⁴. Wynika to przede wszystkim z zasadniczych różnic pomiędzy administracyjnymi karami pieniężnymi a karami kryminalnymi. Istota kary kryminalnej sprowadza się bowiem do wyrządzenia osobistej dolegliwości sprawcy przestępstwa, administra-

¹ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Lex/Oficyna, 2008.

² Np. art. 59g ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.).

³ Dz.U. z 2013 r., poz. 267.

⁴ Podobnie Z. Leoński, *Zarys Prawa Administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 401.

cyjna kara pieniężna godzi zaś jedynie w dobro, którym jest majątek podmiotu naruszającego obowiązki administracyjnoprawne⁵. Poza tym – o czy była mowa wcześniej – administracyjne kary pieniężne wymierzają organy administracji publicznej w formie indywidualnego aktu administracyjnego, gdy tymczasem kary kryminalne są wymierzone w drodze wyroku przez sąd powszechny bądź sąd wojskowy w imieniu państwa.

Ponadto za cechę charakterystyczną administracyjnych kar pieniężnych należałoby uznać ich wielość i niejednolity charakter, np. kary pieniężne w prawie ochrony środowiska czy też w prawie antymonopolowym, a także to, iż główną ich funkcją, oprócz prewencyjnej, jest funkcja represyjna, tzn. sankcja ma stanowić dolegliwość dla podmiotu, wobec którego jest stosowana⁶.

Należy też wskazać, iż w polskim systemie prawnym brak jest obecnie ustawy, która regulowałaby zasady tworzenia oraz wymierzania i miarkowania sankcji administracyjnych, w tym administracyjnych kar pieniężnych. Sankcje administracyjne są zatem kreowane w sposób dość dowolny, by nie powiedzieć przypadkowy, z uszczerbkiem dla ochrony praw i interesów jednostki⁷. Swobodę tę jednak ograniczają w pewnym zakresie zasady zawarte lub wywodzone z przepisów Konstytucji RP, takie choćby, jak zasada praworządności, zasada proporcjonalności, zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przezeń prawa. Ponadto w zakresie przepisów represyjnych, w tym unormowań określających administracyjne kary pieniężne, istotną rolę odgrywa zasada określoności przepisów prawnych i zasada wyłączności ustawy. Zasada określoności przepisów prawnych nabiera bowiem szczególnie znaczenia w obszarze szeroko rozumianego prawa karnego (represyjnego), gdzie tradycyjnie przyjmuje się, że zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną powinien być sformułowany w sposób precyzyjny i ścisły⁸. W kontekście zaś drugiej z wymienionych zasad niesporne jest, że w świetle konstytucyjnego podziału materii na ustawy i akty wykonawcze podstawowe elementy zarówno czynu, jak i kary muszą być określone w samej ustawie, a nie mogą być – w sposób blankietowy – pozostawione do unormowania w akcie wykonawczym⁹.

W polskim prawie administracyjnym materialnym administracyjne kary pieniężne występują dosyć licznie¹⁰, a jednym z aktów normatywnych je zawierających jest ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbior-

⁵ Szerzej M. Szydło, *Charakter i Struktura Administracyjnych Kar Pieniężnych*, Studia Prawnicze nr 4/2003 r., s. 134.

⁶ P. Przybysz, *Funkcje sankcji administracyjnych*, (w:) M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, *Sankcje administracyjne, Blaski i Cienie*, Warszawa 2011, s. 170.

⁷ Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 132.

⁸ wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. akt SK 56/04, www.trybunal.gov.pl/OTK/doc_dpr.htm.

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. akt P 10/02, www.trybunal.gov.pl/OTK/doc_dpr.htm.

¹⁰ Administracyjne kary pieniężne występują w takich dziedzinach prawa administracyjnego materialnego jak m.in. prawo energetyczne, prawo telekomunikacyjne, prawo ochrony środowiska czy też prawo rynku kapitałowego.

rowym odprowadzaniu ścieków¹¹. Ustawodawca zamieścił administracyjne kary pieniężne w art. 29, usytuowanym w Rozdziale 6 „Przepisy karne i kary pieniężne” ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Takie umiejscowienie tych kar w systematyce wewnętrznej ustawy jest typowe dla polskiego prawodawstwa. Tym niemniej lepszym rozwiązaniem jest zamieszczanie przepisów o administracyjnych karach pieniężnych w odrębnym rozdziale od przepisów karnych, gdyż ustawodawca daje wtedy wyraźną wskazówkę, iż kary te nie mogą być – z powodów, o których mowa wyżej – utożsamiane z przepisami dotyczącymi odpowiedzialności karnej¹². Dodatkowo wskazać należy, że rozdział z administracyjnymi karami pieniężnymi względnie jeszcze z innymi sankcjami administracyjnymi powinien być usytuowany przed przepisami karnymi, gdyż te ostatnie tradycyjnie uchodzą za ostatnią grupę przepisów merytorycznych szczegółowych.

2. Problematyka zawinienia

Istotną kwestią związaną z odpowiedzialnością administracyjną, uregulowaną w art. 29 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, jest ustalenie, czy odpowiedzialność ta jest ponoszona na zasadzie „zawinienia”, czy też jest ona niezależna od winy. W tym miejscu należy podkreślić, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że odpowiedzialność administracyjna ma co do zasady charakter obiektywny i jest w związku z tym niezależna od winy. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 21/03¹³, w uzasadnieniu którego stwierdzono m.in., że odpowiedzialność administracyjna ma charakter zobiektywizowany i jest oderwana od pojęcia winy. Samo naruszenie obowiązku administracyjnego skutkuje koniecznością nałożenia sankcji administracyjnej. Odpowiedzialność administracyjna nie opiera się zatem na kryterium winy sprawcy, lecz na fakcie naruszenia obowiązku prawnego – jest odpowiedzialnością przedmiotową, odpowiedzialnością *ex lege*¹⁴.

Niemniej jednak odpowiedzialność administracyjna nie ma charakteru absolutnego i podmiot naruszający przepisy prawa może uwolnić się od odpowiedzialności poprzez wykazanie, iż uczynił wszystko, czego można było od niego rozsądnie wymagać, by do naruszenia przepisów nie dopuścić¹⁵.

¹¹ Dz.U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858, z późn. zm.

¹² Por. np. Dział VIII Sankcje administracyjne za naruszenie przepisów zawarty w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2010 r. Nr 211, poz. 1384, z późn. zm.).

¹³ [http://www.trybunal.gov.pl/OTK/doc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/otk/teksty/otk/2004/sk_21_03.doc&CiRestriction=@Contents%20\"odpowiedzialność%20administracyjna\"%20&CiHiliteType=Full](http://www.trybunal.gov.pl/OTK/doc/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/otk/teksty/otk/2004/sk_21_03.doc&CiRestriction=@Contents%20\)

¹⁴ L. Klat-Wertelecka, *Sankcja egzekucyjna w administracji a kara administracyjna*, (w:) M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, *Sankcje administracyjne, Blaski i cienie*, Warszawa 2011, s. 71; zob. też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt P 9/08, www.trybunal.gov.pl.

¹⁵ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 września 2009 r., sygn. akt SK 3/08, OTK-A 2009/8/125.

Wymienione spostrzeżenia o obiektywnym charakterze odpowiedzialności administracyjnej (ale nie absolutnej) należałoby odnieść do odpowiedzialności unormowanej w art. 29 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, z tym jednak zastrzeżeniem, że przy ustalaniu wysokości administracyjnej kary pieniężnej uregulowanej w tym przepisie ustawodawca nakazuje brać pod uwagę stopień zawinienia (zob. art. 29 ust. 6 tej ustawy). Gdyby zamiarem ustawodawcy było ukształtowanie tej odpowiedzialności na zasadzie winy, wskazałby to wyraźnie w odrębnym przepisie ustawy¹⁶ albo użyłby odpowiednich zwrotów (np. „wina”, „umyślnie”, „nieumyślnie”, „niedbalstwo”) w regulacjach art. 29 ust. 1. Ponadto ustawodawca w zakresie odpowiedzialności administracyjnej, unormowanej w art. 29 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, nie odsyła wprost ani odpowiednio do przepisów prawa karnego.

Natomiast stopień zawinienia – jako dyrektywa wymiaru administracyjnej kary pieniężnej – ma wpływ tylko na wysokość administracyjnej kary pieniężnej uregulowanej w powołanym przepisie¹⁷. Wniosek taki wypływa m.in. z wykładni językowej art. 29. W ust. 2 tego artykułu ustawodawca posługuje się bowiem zwrotem „karę pieniężną, o której mowa w ust. 1 wymierza”, z kolei w ust. 6 (w którym mowa jest o stopniu zawinienia) prawodawca używa sformułowania „Ustalając wysokość kary pieniężnej wójt (burmistrz, prezydent miasta) uwzględnia”. W związku z tym „stopnia zawinienia” nie należy traktować jako normatywnej przesłanki wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej.

3. Struktura administracyjnych kar pieniężnych w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków

Strukturę administracyjnych kar pieniężnych za popełnienie poszczególnych deliktów administracyjnych określa art. 29 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, w którym to ustawodawca wskazał podmioty podlegające ukaraniu, przesłanki wymierzenia administracyjnych kar pieniężnych, wysokość tych kar, organ upoważniony do ich wymierzenia, a także dyrektywy wymierzenia administracyjnych kar pieniężnych.

¹⁶ Zob. np. art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 168).

¹⁷ Odmienne W. Radecki, zdaniem którego odpowiedzialność zarówno samego przedsiębiorstwa wodociągowego-kanalizacyjnego, jak i jego kierownika jest odpowiedzialnością o charakterze subiektywnym (jej przesłanką jest zawinienie, co wynika jasno z art. 29 ust. 6 i 7), podczas gdy typowa odpowiedzialność administracyjna (administracyjno-karna) spotykana w ustawach zaliczanych do dziedziny prawa ochrony środowiska jest odpowiedzialnością obiektywną (bez winy, a w każdym razie bez względu na winę), por. *Komentarz do art. 29 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków*, ABC/LEX 2011 r.

W ust. 1 tego artykułu prawodawca posłużył się zwrotem „podlega ten, kto stosuje taryfy”, na określenie podmiotu podlegającego ukaraniu. Stąd też można wysnuć wniosek, że administracyjnej karze pieniężnej podlega każdy podmiot, który dopuścił się któregoś z deliktów administracyjnych, o którym mowa w tym przepisie. Warto przy tym dodać, że administracyjne kary pieniężne, w przeciwieństwie do sankcji karnych, mogą być nakładane zarówno na osoby fizyczne, jak i osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej. Biorąc jednak pod uwagę merytoryczne przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (zwłaszcza art. 24 i art. 29 ust. 4), stwierdzić trzeba, że administracyjnej karze pieniężnej podlega przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne (mające zazwyczaj status osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej, nieposiadającej osobowości prawnej), które dopuszcza się któregoś z deliktów wymienionych w art. 29 ust. 1 tej ustawy. Wobec tego, tak szerokie zakreślenie w art. 29 ust. 1 podmiotu podlegającego ukaraniu nie znajduje racjonalnego uzasadnienia.

Z kolei przesłankami wymierzenia administracyjnych kar pieniężnych jest stosowanie taryf:

- 1) z naruszeniem obowiązku przedstawienia ich radzie gminy do zatwierdzenia w drodze uchwały, z wyjątkiem taryf zmienionych w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług;
- 2) z zawyżeniem cen lub stawek opłat zatwierdzonych przez radę gminy w trybie art. 24 ust. 5 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków;
- 3) z zawyżeniem cen lub stawek opłat zweryfikowanych przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w przypadku stwierdzenia przez organ nadzoru nieważności uchwały o odmowie zatwierdzenia taryf;
- 4) z zawyżeniem cen lub stawek opłat zweryfikowanych przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta), jeżeli rada gminy nie podjęła w ustawowym terminie uchwały o zatwierdzeniu taryf albo o odmowie zatwierdzenia taryf.

Katalog tych przesłanek ma charakter enumeratywny, a zatem nie podlega wykładni rozszerzającej. Ze względu na to, iż ustawodawca sformułował te przesłanki w sposób „alternatywny” (zob. spójnik „lub” występujący dwukrotnie w konstrukcji art. 29 ust. 1), zaistnienie choćby jednej z nich skutkować będzie wymierzeniem przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) kary pieniężnej w drodze decyzji administracyjnej (art. 29 ust. 1 i 2). Decyzja ta ma zatem charakter aktu związanego, gdyż ustawodawca nie pozostawił organowi wymierzającemu administracyjną karę pieniężną luzu decyzyjnego co do jej nałożenia bądź odstąpienia od nałożenia. Należy przy tym zaznaczyć, że decyzja o wymierzeniu administracyjnej kary pieniężnej, jak każda decyzja administracyjna, powinna zawierać: oznaczenie organu administracji publicznej, datę wydania, oznaczenie strony lub stron, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie, uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie, podpis z podaniem imienia

i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji lub, jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego, powinna być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 107 § 1 zd. pierwsze k.p.a.). Od powyższej decyzji przysługuje prawo do wniesienia odwołania do samorządowego kolegium odwoławczego.

O ile ustawodawca nie pozostawił wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta) swobody co do samego wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej, o tyle przyznał mu kompetencję do uznaniowego ustalania wysokości tej kary, wyznaczając przy tym górną jej granicę. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 4 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 29 ust. 1, nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Sposób określenia wysokości tej administracyjnej kary pieniężnej ma więc charakter procentowy. Polega on na wyrażeniu maksymalnej wysokości kary pieniężnej poprzez określony ułamek procentowy liczony od wskazanego w ustawie parametru¹⁸. Rozwiązanie takie należy uznać za właściwe z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, uwzględnia ono sytuację ekonomiczną przedsiębiorstwa, ułamek procentowy jest bowiem liczony od przychodu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Po drugie, takie określenie wysokości administracyjnej kary pieniężnej uwzględnia też zasadę proporcjonalności. Stopień dolegliwości sankcji określonej w ustawie powinien odpowiadać wadze i istotności niedopełnienia obowiązku przewidzianego przez prawo, zgodnie z postulatem współmierności¹⁹.

Administracyjna kara pieniężna jest płatna z dochodu po opodatkowaniu lub z innej formy nadwyżki przychodu nad wydatkami zmniejszonej o podatki i stanowi dochód gminy. Podlega ona przy tym ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

W związku z uznaniowym ustaleniem wysokości administracyjnej kary pieniężnej, w art. 29 ust. 6 ustawy zostały sformułowane tzw. dyrektywy wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, które wójt (burmistrz, prezydenta miasta) winien uwzględnić, ustalając wysokość kary pieniężnej. Dyrektywami tymi są: stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia, dotychczasowa działalność przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego oraz jego możliwości finansowe. Co istotne, katalog dyrektyw wymiaru administracyjnej kary pieniężnej ma charakter zamknięty, a nie otwarty²⁰. Powstaje zatem pytanie, czy organ wymierzający karę bierze pod uwagę przy ustaleniu jej wysokości tylko czynniki wskazane

¹⁸ M. Szydło, *Charakter i struktura administracyjnych...*, s. 144.

¹⁹ A. Nałęcz, *Sankcje administracyjne w świetle Konstytucji RP*, (w:) M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, Warszawa 2011, s. 643.

²⁰ W polskim systemie prawnym zdarzają się otwarte katalogi takich dyrektyw – zob. np. art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

expressis verbis w katalogu, o którym mowa w art. 29 ust. 6, czy też może wziąć pod uwagę jeszcze inne okoliczności wyraźnie w nim niewymienione. Należy skłonić się ku drugiemu pogładowi, przy czym okoliczności te powinny wynikać przede wszystkim z ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, a zwłaszcza z jej przepisów ogólnych, które przecież mają zastosowanie do pozostałych przepisów merytorycznych tej ustawy²¹, w tym do art. 29. Ponadto przy ustalaniu wysokości administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa w art. 29, należy mieć na względzie wspomnianą wyżej zasadę proporcjonalności. W orzecznictwie nie ulega bowiem wątpliwości, że przy stosowaniu przepisów prawa dotyczących administracyjnych kar pieniężnych należy uwzględnić zasadę proporcjonalności²².

Jako pierwszą dyrektywę wymiaru administracyjnej kary pieniężnej ustawodawca wymienił stopień szkodliwości czynu, którego, niestety, nie zdefiniował na gruncie ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. W związku z tym można przyjąć, że w zakresie pojęcia „stopień szkodliwości czynu” wchodzi różnego rodzaju czynniki, takie choćby jak rodzaj naruszenia przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, postawa przedsiębiorstwa wodociągowa-kanalizacyjnego w toku postępowania w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej czy też jego pozycja na rynku.

Kolejną i najbardziej kontrowersyjną dyrektywą wymiaru administracyjnej kary pieniężnej jest stopień zawinienia. Prawo administracyjne materialne nie reguluje bowiem w sposób swoisty konstrukcji winy, a ponadto – co już było wyżej podkreślone – odpowiedzialność administracyjna ma co do zasady charakter obiektywny. Stąd też określając stopień winy, gdy przepis prawa to nakazuje, należy odwołać się do dorobku prawa karnego i miarkować, czy w określonym przypadku mamy do czynienia z zamiarem bezpośrednim, zamiarem ewentualnym, niedbalstwem czy też lekkomyślnością²³. Zdaniem W. Radeckiego, podstawowe znaczenie ma rozróżnienie umyślności i nieumyślności (umyślne popełnienie deliktu musi być traktowane surowiej od nieumyślnego), a w ich ramach rozróżnienie zamiaru bezpośredniego (cięższa forma winy umyślnej) i ewentualnego (lżejsza forma winy umyślnej) oraz lekkomyślności (cięższa, gdyż jest to świadoma forma winy nieumyślnej) i niedbalstwa (lżejsza, gdyż jest to nieświadoma forma winy nieumyślnej)²⁴.

Trzecią dyrektywą jest dotychczasowa działalność przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego. Chodzi tutaj przede wszystkim o to, czy przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne dopuszczało się wcześniej naruszeń przepisów

²¹ Por. § 21 Zasad techniki prawodawczej stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908).

²² Por wyrok Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 4 listopada 2010 r. III SK 21/10, Legalis.

²³ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Lex/Oficyna, 2008.

²⁴ W. Radecki, *Komentarz do art. 29 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę...*

o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Jeżeli nie, wówczas jest to przesłanka do tego, by wymierzyć administracyjną karę pieniężną w „łagodniejszej” wysokości za dopuszczenie się przez przedsiębiorstwo któregoś z deliktów administracyjnych, określonych w art. 29 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.

Ostatnią wyrażnie przez ustawodawcę wymienioną dyrektywą wymiaru administracyjnej kary pieniężnej są możliwości finansowe przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego. Innymi słowy, ustalając wysokość kary pieniężnej, należy brać pod uwagę to, iż kara ta nie powinna znacząco wpłynąć na pogorszenie sytuacji finansowej oraz na płynność finansową przedsiębiorcy²⁵. Wobec tego wójt (burmistrz, prezydenta miasta), wymierzając administracyjną karę pieniężną, za dopuszczenie się przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne deliktu administracyjnego, powinien tak ustalić jej wysokość, aby przedsiębiorstwo to nie straciło płynności finansowej.

Oprócz administracyjnych kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne za popełnienie któregoś z deliktów administracyjnych wymienionych w art. 29 ust. 1, ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków przewiduje też możliwość nałożenia kary pieniężnej na kierownika tego przedsiębiorstwa. Stosownie bowiem do art. 29 ust. 7 zd. pierwsze tej ustawy, niezależnie od kary pieniężnej nałożonej na przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, wójt (burmistrz, prezydent miasta) może nałożyć karę, o której mowa w art. 29 ust. 1, na kierownika przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, z tym że kara ta może być wymierzona w kwocie nie większej niż 300 % jego miesięcznego wynagrodzenia. Warto przy tym podnieść, iż ustawodawca w przepisie tym posłużył się zwrotem „może nałożyć karę”, co w rezultacie oznacza, że decyzja o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej na kierownika przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego ma charakter uznaniowy. Co istotne, w polskim porządku prawnym nie ma regulacji, które wyrażnie określałyby zasady i warunki posługiwania się konstrukcją uznania administracyjnego. Tym niemniej można wskazać przepisy – chociażby art. 2, 7, 31 i 32 Konstytucji RP oraz art. 7 i inne Kodeksu postępowania administracyjnego – wyznaczające w sposób istotny korzystanie z tego rodzaju kompetencji²⁶.

Obligatoryjną przesłanką ukarania kierownika administracyjną karą pieniężną jest uprzednie ukaranie przedsiębiorstwa. Bez ukarania przedsiębiorstwa nałożenie kary na jego kierownika jest prawnie wykluczone²⁷.

Jakkolwiek struktura administracyjnych kar pieniężnych w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków została ure-

²⁵ Tak słusznie M. Sachajko, *Komentarz do art. 56 ustawy – Prawo energetyczne*, LEX/el 2010 r.

²⁶ R. Michalska-Badziak, (w:) Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2009, s. 92.

²⁷ W. Radecki, *Komentarz do art. 29 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę...*

gulowana w miarę kompleksowo, o tyle regulacja w zakresie zasad i warunków wymierzania tych kar jest blankietowa. W przedmiotowej ustawie brak jest przede wszystkim instytucji przedawnienia wymierzania administracyjnych kar pieniężnych. Ze względu zatem na brak ogólnej ustawy dotyczącej wymierzania i miarkowania administracyjnych kar pieniężnych przyjąć trzeba, że administracyjne kary pieniężne, o których mowa w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, nie przedawniają się. W tym aspekcie odpowiedzialność administracyjna istotnie różni się od odpowiedzialności karnej.

W tym kontekście trzeba również wskazać na niekonsekwencję polskiego ustawodawcy, który w niektórych ustawach²⁸ z zakresu prawa administracyjnego materialnego przewiduje instytucję przedawnienia administracyjnych kar pieniężnych, w innych zaś nie. Trudno się przy tym doszukać racjonalnego *ratio legis* dla takiej praktyki legislacyjnej, która budzi zresztą wątpliwości w kontekście zasady równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP).

W powołanej ustawie brakuje również instytucji odroczenia wykonania administracyjnej kary pieniężnej lub jej rozłożenia na raty. W tym miejscu należy zaakcentować, iż tego typu konstrukcje pojawiają się, niestety, stosunkowo rzadko w polskim porządku prawnym. Tym niemniej pozytywnym przykładem tego typu unormowań może być art. 317 i nast. ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska²⁹ oraz art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³⁰.

4. Uwagi końcowe

Administracyjne kary pieniężne uregulowane w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie tworzą jednolitego typu tych sankcji. Z jednej strony wójt (burmistrz, prezydent miasta) w przypadku stwierdzenia zaistnienia któregoś z deliktów administracyjnych, o którym mowa w art. 29 ust. 1, obligatoryjnie wymierza karę pieniężną (w formie decyzji związanej) przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu, z drugiej zaś – niezależnie od tej kary – może dodatkowo wymierzyć karę pieniężną na kierownika tego przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie można uznać za wątpliwe z punktu widzenia zasady proporcjonalności, gdyż wymierzenie kary pieniężnej kierownikowi przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, po uprzednim ukaraniu karą pieniężną tego przedsiębiorstwa, nie jest współmierne w stosunku do charakteru naruszenia prawa. Co istotne, aby sankcje administracyjne (administracyjne kary

²⁸ Zob. np. art. 125 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (Dz.U. z 2012 r., poz. 264, z późn.zm.).

²⁹ Dz.U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150, z późn. zm.

³⁰ Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

pieniężne) były skuteczne, muszą być dolegliwe, ale także współmierne w stosunku do charakteru naruszenia prawa i nieuchronne³¹.

Odpowiedzialność administracyjna unormowana w art. 29 niniejszej ustawy ma charakter odpowiedzialności obiektywnej (ale nie absolutnej), z tym jednak zastrzeżeniem, że przy ustalaniu wysokości administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa w tym przepisie, ustawodawca nakazuje brać pod uwagę stopień zawinienia

Struktura administracyjnych kar pieniężnych została unormowana kompleksowo w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, a zatem zgodnie z zasadą wyłączności ustawy i określoności przepisów prawnych. Tym niemniej, w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków brak jest regulacji co do zasad wymierzania administracyjnych kar pieniężnych i ich miarkowania, co jest zresztą poważną wadą większości ustaw, w których uregulowane są administracyjne kary pieniężne. W tym kontekście należy podnieść, iż w przedmiotowej ustawie brakuje przede wszystkim przepisu regulującego instytucję przedawnienia wymierzania administracyjnych kar pieniężnych. Ponadto w ustawie brakuje regulacji dotyczących odroczenia wykonania administracyjnej kary pieniężnej lub jej rozłożenia na raty, co niewątpliwie byłoby korzystne dla przedsiębiorców nie będących w najlepszej kondycji finansowej.

Brak powyższych regulacji jest tym bardziej odczuwalny, iż w polskim systemie prawnym obecnie nie obowiązuje ustawa *lex generalis*, która określałaby zasady wymierzania administracyjnych kar pieniężnych i ich miarkowania.

STRESZCZENIE

Praca ma na celu przybliżenie istoty i struktury administracyjnych kar pieniężnych uregulowanych w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858, z późn. zm.). W artykule podjęto również próbę odpowiedzi na pytanie, czy odpowiedzialność administracyjna uregulowana w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków jest odpowiedzialnością ponoszoną na zasadzie „zawinienia”, czy też ma ona charakter obiektywny. Podjęto też rozważania dotyczące dyrektyw wymiaru administracyjnych kar pieniężnych. Ponadto w artykule poruszono problematykę związaną zarówno z przedawnieniem administracyjnych kar pieniężnych, jak i brakiem w przedmiotowej ustawie regulacji dotyczących odroczenia wykonania administracyjnej kary pieniężnej lub jej rozłożenia na raty.

³¹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 21/03, www.trybunal.gov.pl/OTK/doc_dpr.htm.

SUMMARY

The work aims to explain the essence and structure of administrative fines regulated in the Act on Collective Provision of Water and Collective Sewage Systems of 7 June 2001 (Journal of Laws of 2006, No. 123, item 858, with changes that followed). The article also tries to answer a question whether the administrative liability regulated in the Act on Collective Provision of Water and Collective Sewage Systems is based on 'fault' or has an objective character. Consideration is also given to the execution of administrative fines. Moreover, the article discusses the issues connected with both a statute of limitations for administrative fines and a lack of regulation for adjournment of an administrative fine or allowing it to be paid by installments.

RÉSUMÉ

Cet article a pour but d'approcher l'essentiel et la structure des amendes administratives pécuniaires d'après la régularisation de la loi du 7 juin 2001 relative au ravitaillement collectif de l'eau et de l'évacuation collective des égouts (J.O du 2006, no 123, pos. 858 et changements). Dans l'article on a essayé de répondre à la question si la responsabilité administrative régularisée dans la loi du ravitaillement de l'eau et de l'évacuation collective des égouts forme une responsabilité de culpabilité ou elle a le caractère entièrement objective. On a traité aussi les directives pour les mesures des amendes administratives. On y trouve encore la problématique concernant la prescription des amendes administratives ainsi que le manque de régularisation des sursis à l'exécution de la punition pécuniaire ou de la payer à terme.

РЕЗЮМЕ

Работа имеет целью приближение сути и структуры административных штрафов, регулируемых в Законе от 7 июня 2001 года об общественном водоснабжении и отводе и очистке сточных вод (Законодательный вестник 2006 года № 123, поз. 858, с поправками). Статья содержит также попытку найти ответ на вопрос, является ли административная ответственность, регулируемая в Законе об общественном водоснабжении и отводе и очистке сточных вод, ответственностью, в основе которой лежит принцип «неисправности», либо имеет она объективный характер. Имеют место также рассуждения, касающиеся директив о размерах административных штрафов. Кроме того, в статье затронута проблематика, связанная как с истечением срока давности административных штрафов, так и отсутствием в настоящем Законе регулирования, касающегося отсрочки исполнения решения об административном штрафе, либо его оплаты в рассрочку.

WOJCIECH M. HRYNICKI

NORMATYWNE ASPEKTY NADAWANIA IMION
W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH

Kwestie związane z nadawaniem imion nie są często poruszane w literaturze naukowej, a jeśli już, to najczęściej z punktu widzenia socjologicznego lub psychologicznego. Aspekty normatywne są zazwyczaj pomijane, a przecież nie sposób istnieć w państwie prawa bez imienia i nazwiska, nawet w dobie wszechobecnego nadawania numerów ewidencyjnych typu PESEL czy NIP. Konieczność nazywania ludzi, a także wszystkiego co ludzi otacza, istnieje od zarania dziejów i realizuje zadania wzajemnej komunikacji. Bez imienia i nazwiska nie można wyobrazić sobie sprawnego poruszania się nie tylko w typowych relacjach społecznych, ale także w kontaktach z administracją i innymi organami władzy publicznej. Imię i nazwisko jako zindywidualizowane oznaczenie każdej osoby w społeczeństwie jest konstytutywnym elementem składowym wszelkich przedsięwzięć prawnych i faktycznych adresowanych do konkretnego człowieka, a z systemu całości prawodawstwa, niedopuszczającego innej możliwości, wynika obowiązek posiadania imienia i nazwiska¹. Dzisiaj funkcjonowanie bez imienia i nazwiska wydaje się niemożliwe, dawniej w celu zindywidualizowania człowieka wystarczyło jedynie imię. Tym niemniej, od zawsze, i do dzisiaj, imię jako nazwa własna osobowa służy identyfikacji osoby w najbliższym środowisku².

Przyjmuje się, że pierwsze unormowania prawne odnoszące się do imienia stworzył, żyjący 12 stuleci przed narodzinami Chrystusa, prawodawca sankrycki³. O genezie imion przeczytać można także w najstarszych źródłach światowych cywilizacji, np. u Sumerów – najdawniejszych mieszkańców Babilonii i Asyrii⁴. Imiona nieodzowne były i innym kulturom starożytnym – egipskiej, greckiej, rzymskiej. Do najważniejszych czynników formowania się systemów imienniczych poszczególnych grup etnicznych należy zaliczyć uwarunkowania kulturowo-religijne i językowe, a podłożem, z którego wyrastały poszczególne

¹ J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2002, s. 455.

² J. Grzenia, *Nasze imiona*, Świat Książki, Warszawa 2002, s. 9.

³ J. Ostroróg-Sadowski, *O imieniu i nazwisku. Studium prawne*, E. Wende, Warszawa 1902, s. 4.

⁴ A. Czajkowska, *Zmiana imion i nazwisk – geneza, komentarz, orzecznictwo, wzory decyzji*, Lexis Nexis, Warszawa 2007, s. 11 i n.

zestawy imiennicze, były wierzenia religijne konkretnego plemienia lub grupy plemion (np. religie przedchrześcijańskie Bałtów, Germanów, Słowian, a także chrześcijaństwa w jego fazie początkowej)⁵. Świat europejskiego kręgu cywilizacyjnego przez długie wieki posługiwał się jednym imieniem⁶. Częstokroć jednak już w czasach średniowiecza, na wzór starożytny, do imienia dodawano nazwę miejscowości, skąd człowiek pochodził, bądź z którą był związany, np. Bernard z Clairvaux⁷, Anzelm z Canterbury⁸, Gerard z Cremony⁹ czy Małgorzata z Cortony¹⁰. Wzrost ludności i coraz częstsze jej przemieszczanie się, a w związku z tym powtarzalność imion spowodowały powolne kształtowanie się nazwisk. Proces ten odbywał się spontanicznie poprzez dodawanie do imienia nie tylko nazwy miejscowości, z którą człowiek był związany, ale coraz częściej zawodu, który wykonywał, lub osobistego przymiotu, który daną osobę identyfikował (np.: duży, gruby, bogaty, jednooki, mazgaj, nędza, znajda¹¹). Tak zatem imię było formą wyjściową kształtowania nazwiska łączącego się z rozwojem społeczno-ustrojowym państwa i będącego elementem identyfikacji prawnej¹². Koncepcja imienia i nazwiska jako podstawowego elementu identyfikacji prawnej człowieka pochodzi z XVIII w., a w jej wykreowaniu ogromną rolę odegrał ruch umysłowy tego okresu i Wielka Rewolucja Francuska¹³.

Mimo niemożności funkcjonowania w społeczeństwie obywatelskim bez nazwiska, nie ustają od lat spory na temat tego, jaki kształt powinno mieć imię człowieka. Imiona, oprócz nazwisk, służą do indywidualnego oznaczania osób fizycznych jako podmiotów uprawnień i obowiązków¹⁴. Niezmiennie od lat podkreśla się, że wybór imienia (imion) dla dziecka jest niewątpliwie jednym z atrybutów władzy rodzicielskiej¹⁵. Zarówno wybór imienia dla dziecka, jak

⁵ B. Tichoniuk, *Imiona i ich formy na pograniczu polsko-białoruskim od XVI wieku do 1939 r.*, WSP, Zielona Góra 2000, s. 14.

⁶ J. Matuszewski, *Polskie nazwisko szlacheckie*, ZN im. Ossolińskich, Łódź 1975, s. 14.

⁷ Bernard z Clairvaux (1090–1153) – zakonnik cysterski, teolog, filozof, święty kościołów: katolickiego, anglikańskiego i ewangelickiego.

⁸ Anzelm z Canterbury (1033–1109) – średniowieczny filozof i teolog, twórca scholastyki, święty kościoła katolickiego.

⁹ Gerard z Cremony (1114–1187) – średniowieczny tłumacz dzieł arabskich działający w szkole tłumaczy w Toledo.

¹⁰ Małgorzata z Cortony (1247–1297) – tercjarka franciszkańska, stygmatyczka, święta kościoła katolickiego.

¹¹ Więcej w tym temacie: R. Weber, *Der Name als Rechtsinstitut und der bürgerlich-rechtliche Schutz seines Träger gegen unbefugten Fremdgebrauch. Habilitationsschrift*, Universität Heidelberg 1996, s. 154 i n.

¹² J. Szreniawski, *Nazwisko w świetle uregulowań administracyjnoprawnych*, (w:) *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa prof. zw. dr. hab. Józefa Filipka*, I. Skrzydło-Niżnik (red.), UJ, Kraków 2001, s. 713.

¹³ Z. Duniewska, *Zmiana imion i nazwisk*, (w:) *Materiałne prawo administracyjne. Pojęcia instytucje, zasady*, M. Stahl (red.), Difin, Warszawa 2005, s. 73.

¹⁴ J. Szreniawski, *Prawo administracyjne. Część szczegółowa*, Branta, Bydgoszcz 1997, s. 18.

¹⁵ S. Szer, *Prawo rodzinne*, PWN, Warszawa 1966, s. 261; podobnie: J. Winiarz, *Prawo rodzinne*, PWN, Warszawa 1980, s. 209 oraz Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 135–136.

i jego zmiana należą do istotnych spraw dziecka, co do których rodzice powinni podejmować decyzje wspólnie, a w braku takiego porozumienia rozstrzyga sąd opiekuńczy¹⁶.

Tym niemniej regulacje powojennego materialnego prawa administracyjnego w tym zakresie nieco tę władzę ograniczają, posiłkując się przede wszystkim dobrem dziecka. Pierwsza powojenna regulacja w tym zakresie, to jest dekret z dnia 25 września 1945 r. Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁷, w art. 66 zabroniła wpisania do aktu urodzenia imienia: 1) ośmieszającego lub nieprzyzwoitego, 2) w postaci skażonej lub zniekształconej, 3) w formie zdrobniałej, chyba że ta się usamodzielniała, 4) w postaci regionalnej, nieużywanej na pozostałym obszarze państwa, 5) którego posiadanie utrudniało współżycie w społeczeństwie. Dekret z 1945 roku był pierwszym polskim aktem prawnym regulującym rejestrację stanu cywilnego. Jak zauważył J. Litwin, najbardziej typową dziedziną konfliktów rzeczywistych między urzędnikiem stanu cywilnego a stronami była sprawa imion nowo narodzonych. Prawo polskie wprowadziło *novum*, polegające na ograniczeniu swobody wyboru imienia¹⁸. Ograniczenie to nie było w ówczesnych ustawodawstwach nigdzie w tak szerokiej skali spotykane.

Nowy, a właściwie następny przepis, to jest regulacja dekretu z dnia 8 czerwca 1955 r. Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁹, w art. 36 złagodziła nieco zasady prawnej dopuszczalności przyjmowania oświadczeń w sprawie wyboru dla dziecka imienia, wprowadzając zakaz wpisywania do aktu urodzenia imienia ośmieszającego lub nieprzyzwoitego oraz więcej niż dwóch imion. Ograniczenie swobody wyboru imienia uległo zwężeniu w porównaniu z dekretem z 1945 r.²⁰, ale od marca 1987 roku na powrót zostało wzbogacone o kolejne zakazy. Zgodnie bowiem z art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego²¹ kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia przyjęcia oświadczenia o wyborze dla dziecka więcej niż dwóch imion, imienia ośmieszającego, nieprzyzwoitego, w formie zdrobniałej oraz imienia niepozwalającego odróżnić płci dziecka. Poza wyjątkami przewidzianymi w obowiązującym art. 50 ust. 1 *Prawa asc* – nie ma podstaw prawnych do ograniczania swobody rodziców w wyborze imienia dla dziecka²². Przepis ten wyznacza materialnoprawną dopuszczalność nadawania imion w systemie polskiego prawa administracyjnego od ponad dwu-

¹⁶ H. Haak, *Władza rodzicielska. Komentarz*, TNOiK, Toruń 1995, s. 59.

¹⁷ Dz.U. nr 48, poz. 272 ze zm. (dekret obowiązywał 1.1.1946 – 30.8.1955).

¹⁸ J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, SW Prawo, Łódź 1949, s. 155.

¹⁹ Dz.U. nr 25, poz. 151 ze zm. (dekret obowiązywał 31.8.1955 – 28.2.1987).

²⁰ Szerzej: J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, WP, Warszawa 1961, s. 358 i n.

²¹ Ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego Dz.U. z 2011 r. nr 212, poz. 1264 ze zm., zwana dalej *Prawem asc* (obowiązuje od 1.3.1987).

²² W.M. Hrynicky, *Nadawanie oraz zmiana imion i nazwisk. Komentarz*, Gaskor, Wrocław 2010, passim.

dziestu pięciu lat, choć należy wspomnieć, że od 2014 roku ustawodawca planuje ważne zmiany w tym zakresie²³.

Należy pamiętać, że nadanie dziecku imienia jest prawem i powinnością rodziców²⁴. To przede wszystkim powinien brać pod uwagę podejmujący w tym zakresie negatywną decyzję organ administracyjny. W podobnym tonie wypowiadają się od czasów powojennych sądy administracyjne, rozpatrujące co prawda nieliczne, ale jednak istotne z punktu widzenia elementów stanu cywilnego oraz statusu administracyjnoprawnego obywatela, sprawy z zakresu nadawania imion. Wyroki te warto przeanalizować pod kątem zidentyfikowania najczęściej występujących problemów normatywnych w tym obszarze. A spośród nich wyróżnić możemy przede wszystkim:

- zakaz rozszerzającego interpretowania przesłanek negatywnych, które obligują organ administracyjny do odmowy wpisu imienia do aktu urodzenia dziecka,
- spory dotyczące ośmieszającego charakteru imienia,
- możliwość zacerpnienia imienia od rzeczy pospolitej,
- możliwość stosowania imion obcojęzycznych i pochodzących z innych kultur, niezależnie od ochrony języka polskiego,
- możliwość ograniczonego stosowania opinii biegłych i zaleceń Rady Języka Polskiego,
- spory dotyczące zdrobniałej formy imienia,
- spory dotyczące możliwości odróżnienia płci dziecka (człowieka).

Wydaje się, że najistotniejszym problemem przewijającym się w orzecznictwie sądów administracyjnych w sprawach związanych z nadawaniem imion jest problem katalogu przesłanek uprawniających kierownika urzędu stanu cywilnego do odmowy przyjęcia oświadczenia o wyborze imienia (imion) dla dziecka. Podkreśla się, że jest tylko pięć negatywnych przesłanek, które obligują organ administracji publicznej do odmowy wpisu imienia do aktu urodzenia dziecka. Przesłanki te enumeratywnie wylicza przytoczony wyżej art. 50 ust. 1 *Prawa asc.* Wielokrotnie podkreśliły też to w swoich orzeczeniach sądy administracyjne.

W wyroku z dnia 31 maja 2005 r. w sprawie imienia *Max*²⁵ Naczelny Sąd Administracyjny, uchylając poprzedzający go wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku²⁶, podkreślił, że poza wyjątkiem przewidzianym w art. 50 ust. 1 *Prawa asc.*, nie ma podstaw prawnych, aby ograniczać swobodę rodziców w wyborze imienia dziecka, bowiem przepis ten zawiera pełny wykaz przypadków

²³ J. Domagański, *Jan będzie Jasiem, a Zofia Angelem*, (w:) Rzeczpospolita nr 61 (9485), 13.3.2013, s. A1.

²⁴ E. Smoktunowicz, *Status administracyjnoprawny obywatela*, (w:) *System prawa administracyjnego*, T. Rabska (red.), ZN im. Ossolińskich, Warszawa 1980, T. IV, s. 26.

²⁵ Wyrok NSA z 31.5.2005, OSK 1471/04 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/FACA8FA03A>).

²⁶ Wyrok WSA w Białymstoku z 1.7.2004, II SA/Bk 245/04 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CB53107799>).

uniemożliwiających nadanie imienia dziecku. Stanowisko to Naczelny Sąd Administracyjny podtrzymał w wyroku z dnia 4 kwietnia 2007 r. w sprawie imienia *Dąb*²⁷, uchylając odmienne stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie²⁸ i wskazując, że prawo wyboru imienia dziecka należy do rodziców i doznaje ono pewnych ograniczeń, które zostały uregulowane w art. 50 ust. 1 *Prawa asc.* Przepis ten jako wyjątek od zasady, co dalej stwierdził sąd, nie powinien być interpretowany rozszerzająco, zwłaszcza że dotyczy on sfery dóbr osobistych stron, w którą to sferę państwo nie powinno ingerować głębiej niż jest to absolutnie konieczne. Niewątpliwie z tym wnioskowaniem NSA należy się zgodzić. W naszym systemie prawnym tylko wyżej wymieniony przepis art. 50 ust. 1 *Prawa asc.* określa w zupełności status prawny obywatela w zakresie dopuszczalności noszonego przez niego imienia.

Często poruszonym problemem w orzecznictwie sądów administracyjnych w obszarze nadawania imion jest także problem tak zwanych imion zdrobniałych. Zgodnie bowiem z art. 50 ust. 1 *Prawa asc.* kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia przyjęcia oświadczenia o wyborze imienia w formie zdrobniejszej, jednocześnie nie wyjaśniając, co należy rozumieć przez to pojęcie²⁹. We wskazanym wyżej wyroku z 31 maja 2005 r., NSA rozstrzygał spór, czy forma imienna *Max* jest formą zdrobniąłą imienia *Maksymilian* (względnie *Maximilian*) i stwierdził, że błędna jest wykładnia przepisu art. 50 ust. 1 *Prawa asc.*, na podstawie której przyjmuje się, że imię *Max* jest zdrobieniem imienia *Maksymilian* i z tego powodu nie może być nadane dziecku oraz dodał, że imię *Max* jest imieniem obcym, które występuje za granicą jako imię samodzielne.

Na kanwie tego wyroku należy zauważyć problem zdrobniejszej formy imienia, tzw. deminutywu³⁰, który jest sprzężony z tym, że język jest tworem żywym, podlegającym nieustannie rozwojowi i ewolucji. Ta żywotność języka rodzi m.in. to, że pewne formy wyrazowe skracamy i zdrabniamy, przy czym same zdrobnienia mogą występować niezależnie od wyrazu, od którego pochodzą. Tym niemniej, aby móc określić imię jako zdrobniałe, trzeba pamiętać, że nie tylko powinno brać się pod uwagę fakt, iż jest ono pewnym skrótem innego imienia, ale należy zbadać, czy cechuje się także takimi językowymi wyznacznikami zdrobnienia, jak uczuciowość, pieszczotliwość, emfaza, intensywność czy nawet ironia³¹. Zatem nie wszystkie formy skrótowe imion będą formami zdrobniałymi, których kierow-

²⁷ Wyrok NSA z 4.4.2007, II OSK 614/06 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/BA6C0B3D77>).

²⁸ Wyrok WSA w Szczecinie z 2.2.2006, II SA/Sz 896/05 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0D-D1F088B9>).

²⁹ Więcej na temat formy zdrobniejszej imienia oraz imion ośmieszających i nieprzyzwoitych w artykule: W.M. Hrynicki, *Uznanie administracyjne czy ocena administracyjna? Studium nad przepisem art. 50 ust. 1 ustawy z 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego*, (w:) Administracja – Teoria. Dydaktyka. Praktyka, 2006, nr 3(4), s. 121–149.

³⁰ J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, SW Prawo, Łódź 1949, s. 156.

³¹ W. Doroszewski, H. Kurkowska (red.), *Słownik Poprawnej Polszczyzny*, PWN, Warszawa 1976, s. 1003, a także E. Sobol (red.), *Mały Słownik Języka Polskiego*, PWN, Warszawa 1994, s. 1140.

nik urzędu stanu cywilnego nie będzie mógł wpisać do aktu urodzenia dziecka. Jeśli imię, nawet będące formą skrótową innego imienia – nie wykazuje cech zdrobnienia w kontekście jego językowego znaczenia, nieuprawniona będzie odmowa przyjęcia przez organ administracji publicznej oświadczenia o wyborze takiego skrótowego imienia dla dziecka. Taka sytuacja występuje w przypadku imienia *Max*, które to imię bezsprzecznie można uznać za formę skrótową imienia *Maksymilian*. Ponieważ jednak forma imienna *Max* nie cechuje się w odczuciu społecznym pieszczotliwością, uczuciowością, emfazą, intensywnością bądź ironią (jednym z wyznaczników zdrobnienia), nie stanowi zdrobnienia tej formy imiennej wyjściowej w kontekście normatywnym art. 50 ust. 1 *Prawa asc*, wobec czego organ administracji publicznej nie ma prawa odmówić przyjęcia oświadczenia o wyborze dla dziecka imienia *Max*. Można tutaj stwierdzić nawet, iż imię *Max* stanowi obecnie tzw. deminutyw usamodzielniony³², czyli skrócenie innego imienia wyjściowego, które obecnie stanowić może odrębne imię, podobnie jak inne deminutywy usamodzielnione, choćby: *Leszek, Jagna, Marcel, Lena, Magda, Rita*.

Powyższe wnioskowanie zaprezentował już wcześniej Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 5 października 2004 r. w sprawie imienia *Kuba*³³ pochodzącego od imienia *Jakub*, konkludując, że imię to bywa ostatnio używane jako samodzielne i nadawane oficjalnie. WSA zauważył, że zakaz nadawania imion zdrobniałych dotyczy zdrobnień powszechnie używanych nieoficjalnie, jak np.: *Jaś, Kasia, Lonia, Wiesiek* – tzw. spieszceń, natomiast można nadać dziecku imię z pochodzenia zdrobniałe, skrócone, ale współcześnie odczuwane jako imię samodzielne, np.: *Betina, Lena, Nina, Rita*. Powyższe w połączeniu z tym, że imię *Kuba* jest imieniem wpisywanym oficjalnie do ksiąg stanu cywilnego w wielu urzędach stanu cywilnego na terenie Polski pozwala uznać, że imię to rzeczywiście – z czym zgodni są językoznawcy – usamodzielniało się i zaczęło funkcjonować niezależnie. Uzupełniając wywód sądu, trzeba zauważyć, że istnienie deminutywów usamodzielnionych potwierdza tezę, że formy skrótowe imion, które nie są jednocześnie formami zdrobniałymi w kontekście ich językowych aspektów, mogą być z powodzeniem stosowane jako odrębne, samodzielne imiona. Usamodzielnienie się pewnych deminutywów jest też wyrazem nieustannego rozwoju języka, do którego imiona bez wątplenia także należą. Słuszność oddać należy sądom administracyjnym, które zauważyły, że imiona *Max* i *Kuba* występują samodzielnie, czego dowodem mogą być choćby przykłady sławnych osób je noszących.

³² O usamodzielnionych deminutywach: J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, WP, Warszawa 1961, s. 359 oraz A. Czajkowska, E. Pachniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, orzecznictwo, wzory dokumentów i pism*, Lexis Nexis, Warszawa 2005, s. 122.

³³ Wyrok WSA w Białymstoku z 5.10.2004, II SA/Bk 431/04 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/334D10338C>).

Na nieco innym stanowisku stanął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z 8 grudnia 2006 r. w sprawie imienia *Ola*³⁴. W wyroku tym sąd jednoznacznie uznał imię *Ola* za zdrobnienie imienia *Aleksandra* (względnie *Olga*), posiłkując się opiniami językoznawców³⁵ i w związku z tym orzekł, że nadanie tego imienia stanowiłoby naruszenie art. 50 ust. 1 Prawa asc. Takie rozumowanie sądu administracyjnego uznać należy jednak za nieściśle, zbyt pochopne i świadczące o bardzo pobieżnej analizie problemu. WSA w Poznaniu bezkrytycznie oparł się na opiniach językoznawców, zapominając o zagadnieniu deminutywów imiennych usamodzielnionych, na co zwrócił uwagę zarówno NSA, jak i WSA w Białymstoku, w wyżej przytoczonych wyrokach. W tym zakresie sąd krytycznie odniósł się do informacji skarżących, że inne urzędy stanu cywilnego nadają imiona zdrobniałe i nie zbadał (względnie nie polecił zbadać organowi administracyjnemu), czy imię *Ola* nie zaczęło być wpisywane do aktów stanu cywilnego jako imię usamodzielnione. W odniesieniu do tego wyroku, nie należy zapominać o coraz bardziej zintensyfikowanym procesie rozwoju języka, zwłaszcza w obliczu przynależności naszego kraju do Unii Europejskiej. Nadto sąd posiłkował się wykazem imion zaczerpniętym z wikipedii (wolnej encyklopedii internetowej), w której – jak wiemy – pojawia się wiele nieścisłości, błędów i wypaczeń, co dodatkowo podważa zaufanie do sądu.

Podkreślić trzeba także, że obecnie trwają prace ustawodawcze w zakresie nowelizacji prawa nadawania imion, które zmierzają do liberalizacji od 2014 roku zakazu nadawania imion zdrobniałych, idące właśnie w kierunku zezwolenia form skrótowych imion³⁶. Pozostaje mieć nadzieję, że proponowane przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych zmiany przejdą pomyślnie proces ustawodawczy i wejdą w życie.

Częstokroć innym problemem analizowanym w orzecznictwie sądów administracyjnych w obszarze nadawania imion jest problem imion obcojęzycznych i pochodzących z innych kultur, w kontekście ochrony języka polskiego. Co prawda ustawodawca nie zabronił kierownikom urzędów stanu cywilnego ani w art. 50 ust. 1 *Prawa asc*, ani w żadnym innym przepisie prawa przyjmowania oświadczeń o wyborze dla dziecka imienia obcego (obcojęzycznego) lub pochodzącego z innej kultury, ale zaobserwowana praktyka organów administracyjnych w tym zakresie jest różna. Dla przykładu wskazać można wymieniony już wyżej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie imienia *Max*. NSA w tym wyroku stwierdził, iż argument, że imię *Max* jest imieniem obcym, nie może stanowić uzasadnienia odmowy jego nadania w sytuacji, gdy większość imion

³⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z 8.12.2006, III SA/Po 908/06 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/9A-A474E43F>).

³⁵ *Zalecenia dla urzędów stanu cywilnego dotyczące nadawania imion dzieciom osób obywatelstwa polskiego i narodowości polskiej* (Komunikaty Komisji Kultury Języka Komitetu Językoznawstwa PAN, nr 1(4)/1996) oraz Komunikaty Rady Język Polskiego nr 2(15)/2004.

³⁶ Patrz przypis 23.

występujących w Polsce jest pochodzenia obcego, a znaczna część została zapożyczona w ostatnich latach. Sąd stwierdził także, że zakazu nadawania imion obcych nie wprowadzono również w związku z uchwaleniem ustawy o języku polskim³⁷, a przeciwnie – imiona, jako nazwy własne, wyłączono spod zakresu obowiązywania tej ustawy. Sąd zauważył także, że w zakresie prawnej dopuszczalności występowania imion obcych sporną kwestią może być litera „x” niewystępująca we współczesnym alfabecie polskim, a znajdująca się w imieniu *Max*.

Jednak litera „x” jest literą alfabetu łacińskiego, o czym wspominają na przykład Słownik poprawnej polszczyzny PWN pod redakcją W. Doroszewskiego i H. Kurkowskiej czy Mały słownik języka polskiego pod redakcją E. Sobol³⁸, i jako taka występuje w wielu językach powstałych na podstawie języka łacińskiego, a nade wszystko występuje w wielu wyrazach języka polskiego, zaczerpniętych z języków obcych, na przykład: *fax*, *taxi*, *kick boxing*, *sex*, *tax free*. W naszym języku, którego korzenie sięgają łaciny – litera „x” może być również zaakceptowana w imionach ludzi, np.: *Alexander*, *Alex*, *Xantypa*, *Xymena*, *Xavier*, *Xawery*, *Felix*, *Roxana* czy choćby sporny *Max*. Podobnie sytuacja przedstawia się z literami „v” i „q” w imionach, np. *Violetta*, *Viktoria*, *Viktor*, *Vadim*, *Vanessa*, *Veronika*, *Ivona*, *Olivia*, *Monique*, *Raquel*, *Veronique*. Zaproponowany zapis imion nie stwarza trudności również w ich fonetycznym odtworzeniu. Jednak zgodzić się trzeba z H. Doleckim, że dopuszczalne jest rejestrowanie imion obcych według zasad pisowni odpowiedniego języka, ale zawsze tylko w alfabecie łacińskim, ponieważ w innym wypadku takie imię byłoby nieczytelne w Polsce³⁹. NSA we wspomnianym poddał także krytyce fakt, że jedne organy administracji publicznej zezwalają na nadawanie imion z tymi literami, a inne nie.

Za dopuszczalnością imion obcych opowiedział się także Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z 5 lipca 2004 r. w sprawie imienia *Jennifer*⁴⁰. Sąd podkreślił, że art. 50 ust. 1 *Prawa asc*, wprowadzając ograniczenie w zakresie odmowy przyjmowania oświadczeń o nadaniu dziecku imienia, nie wprowadza ograniczenia do nadawania tylko imion o rodowodzie polskim. Takiego ograniczenia, zdaniem sądu, nie można też wyprowadzić z przepisów ustawy z 1999 r. o języku polskim, która nie wprowadza ograniczenia w zakresie swobód obywatelskich dotyczących prawa do wyboru imienia. Dodatkowo WSA we Wrocławiu w wyroku tym słusznie skrytykował wykorzystanie przez organy administracyjne wydanej w sprawie imienia *Jennifer* opinii Rady Języka

³⁷ Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz.U. z 2011 r. nr 43, poz. 224 ze zm.).

³⁸ W. Doroszewski, H. Kurkowska (red.), *Słownik Poprawnej Polszczyzny*, PWN, Warszawa 1976, s. 941, a także E. Sobol (red.), *Mały Słownik Języka Polskiego*, PWN, Warszawa 1994, s. 1092.

³⁹ H. Dolecki, *Glosa do wyroku NSA OZ we Wrocławiu z dnia 14 stycznia 1986 r.*, SA/Wr 880/85, OSPiKA 1988, nr 1, poz. 22.

⁴⁰ Wyrok WSA we Wrocławiu z 5.7.2004, II SA/Wr 2838/03 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/50500CD988>).

Polskiego⁴¹, która – zdaniem sądu – nie przemawia za wykładnią tych organów, jest ogólnikowa i nie wnosi do sprawy takich elementów, które pozwalałyby przyznać jej znaczenie dla prawidłowości wykładni.

Niestety, z niezrozumiałych względów kierownicy urzędów stanu cywilnego nierzadko powołują się na względy ochrony języka polskiego i negatywnie ustosunkowują się do imion obcojęzycznych⁴² w obszarze prawnej dopuszczalności ich nadawania, wykraczając istotnie poza art. 50 ust. 1 *Prawa asc.* Takie praktyki są niedopuszczalne z uwagi na samo wyłączenie znajdujące się w art. 11 ustawy o języku polskim, zgodnie z którym spod ochrony prawnej języka polskiego w życiu publicznym wyłączone są m.in. nazwy własne, a do takich zaliczyć należy bezwzględnie imiona. Zatem ustawa o języku polskim nie tylko nie dopuszcza jej stosowania dla imion jako nazw własnych, ale też nie wyklucza dopuszczalności choćby imion obcych w języku polskim. Imiona te są coraz powszechniej stosowane, nie dziwią już tak bardzo, jak to miało miejsce choćby kilkadziesiąt lat temu, a nade wszystko nie wyrządzają krzywdy dziecku, którego dobro w tej mierze winno być naczelną zasadą. Do takich nieszkodliwych imion z pewnością zaliczyć można imię *Jennifer*. Należy zgodzić się z J. Ptaszyńskim, że ograniczenie w nadawaniu imion przez dopuszczenie tylko polskich byłoby przejawem szkodliwego nacjonalizmu⁴³.

Postawa niektórych organów administracyjnych w zakresie dopuszczalności nadawania imion obcojęzycznych o tyle dziwi, że od wielu lat sądy administracyjne wyrażają poglądy liberalne w tym zakresie, rozmaicie je uzasadniając. Jednym z pierwszych orzeczeń w tym zakresie był wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 listopada 1982 r. w sprawie imienia *Aramis*⁴⁴. W wyroku tym sąd stwierdził, że analiza wyrazu *Aramis* prowadzi do wniosku, że nie jest to wyraz, który – użyty jako imię dziecka – ośmieszy je lub może być uznany w społeczności za imię nieprzyzwoite. Ponadto przepisy powszechnie obowiązujące, będące regulatorem stosunków między organem administracji państwowej a obywatelem, nie uzależniają wyboru imion od zamieszczenia ich w wykazach imion, nie upoważniają organu administracji do ustalania takich wykazów i nie nadają im mocy wiążącej. Zdaniem sądu, urzędowy wykaz imion może mieć wyłącznie charakter posiłkowy. Tym samym NSA zakwestionował pogląd ówczesnego wojewody radomskiego (organu administracyjnego II instancji), według którego warunkiem było, aby imiona nie raziły sztucznością, odpowiadały duchowi języka i nadawały się do spełnienia funkcji imienia tak, aby nie mogły wyrządzić

⁴¹ Nadmienić należy, że Rada Języka Polskiego krytycznie odniosła się do możliwości nadania imienia *Jennifer* i zasugerowała polski odpowiednik imienia *Jennifer* – imię *Wenefryda* (http://www.rjp.pan.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=547&Itemid=73).

⁴² Zob. M. Kańtor, *Czy Beckham zawsze ma rację, czyli o imionach słów kilka*, (w:) Technika i USC, Gliwice 2005, s. 9.

⁴³ J. Ptaszyński, *Imiona, nazwiska i nazwy miejscowości w dokumentach tłumaczonych z języków obcych*, Nasze Prawo nr 2/1957, s. 84–89.

⁴⁴ Wyrok NSA z 17.11.1982, II SA 1474/82 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0724CC413F>).

uszczerbku moralnego dziecka. I choć wyrok NSA w sprawie imienia *Aramis* wydany został pod reżimem prawnym art. 36 dekretu z 1955 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, rozważania sądu zachowują aktualność do dzisiaj.

W podobnym tonie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny OZ we Wrocławiu w wyroku z 28 grudnia 1983 r. w sprawie imienia *Astrid*⁴⁵. W wyroku tym NSA zauważył, że imię *Astrid* jest imieniem dostatecznie indywidualizującym człowieka, gdyż stosuje się je jako imię żeńskie, szczególnie w krajach skandynawskich, i powtórzył, że o niedopuszczalności nadania imienia mogą decydować jedynie przesłanki określone w obowiązujących przepisach, a te nie uzależniają dopuszczalności nadania imienia od zamieszczenia go w wykazie imion względnie od pozytywnego stanowiska językoznawców (Komisji Kultury Języka Polskiej Akademii Nauk).

Na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie imion *Aramis* i *Astrid*, spostrzec można pojawiający się w praktyce kierowników urzędów stanu cywilnego problem stosowania wykazów (rejestrów, spisów, słowników) imion. Jest to pokłosie niezgodnej w tej mierze z ówczesnym *Prawem asc* – instrukcji Ministra Spraw Wewnętrznych z 1959 r. nakazującej stosowanie takich wykazów, choć *de facto* od 1945 roku przepisy ustawowe takiego obowiązku nie wprowadzały. Mimo upływu wielu lat od wymienionych wyroków i instrukcji z 1959 r., problem stosowania przez organy administracyjne urzędowych wykazów imion ciągle powraca, zwłaszcza w obliczu kontrowersyjnego stanowiska językoznawców⁴⁶. Posiłkując się jednak głosem doktryny, rekapitulując, należy podkreślić, że wykazy imion nie mają mocy wiążącej⁴⁷. Dalej idący pogląd wyraził Z. Janku, stwierdzając, że decyzję organu, która w swym uzasadnieniu odmówiła rodzicom wpisania do aktu urodzenia dziecka imienia z uwagi na fakt, że nie figurowało ono w wykazie powszechnie stosowanych imion, należałoby uznać za nieważną⁴⁸. Urzędowy wykaz imion może mieć charakter jedynie posiłkowy⁴⁹.

Bezkompromisowo i krytycznie wobec organów administracyjnych, aczkolwiek rzeczowo w temacie dopuszczalności imion pochodzących z innych kultur, wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny OZ we Wrocławiu w wyroku z 24 czerwca 1988 r. w sprawie imienia *Mercedes*⁵⁰. W wyroku tym sąd postawił tezę, że jakkolwiek imię nadawane dziecku może być symbolem wartości kul-

⁴⁵ Wyrok NSA OZ we Wrocławiu z 28.12.1983, SA/Wr 674/83 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/EEB5431547>).

⁴⁶ Patrz przypis 35.

⁴⁷ Z. Leoński, *Materiałne prawo administracyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 81.

⁴⁸ Z. Janku, *Glosa do wyroku NSA z 17.11.1982 r., II SA 1474/82 w sprawie imienia Aramis*, OSPiKA 1984, nr 6, poz. 138.

⁴⁹ Z. Duniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego – zagadnienia administracyjnoprawne*, (w:) *Materiałne prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady*, M. Stahl (red.), Difin, Warszawa 2005, s. 58; W. M. Hrynicky, *Nadawanie...*, op. cit., s. 142–146.

⁵⁰ Wyrok NSA OZ we Wrocławiu z 24.6.1988, SA/Wr 115/88 (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/99669057E9>).

tywowanych w rodzinie, wybór tych wartości i sposób ich afirmacji (jeśli tylko nie narusza obowiązującego prawa) należy do rodziców dziecka. W wyroku tym sąd skrytykował postawę organów administracyjnych, które stwierdziły, że imię, wiążąc się z tożsamością narodową, jest nie tylko sprawą rodziców, ponieważ ma znaczenie patriotyczne i społeczne. Jak słusznie stwierdził sąd, takie stanowisko organu administracji publicznej jest nie tylko anachroniczne, ale również głęboko niesłuszne, bowiem obowiązujące przepisy nie ograniczają prawa rodziców, nawet narodowości polskiej, do nadawania dziecku imienia obcego. Nie ma więc przeszkód w nadaniu powszechnie znanego hiszpańskiego imienia *Mercedes*. Jak dalej zauważył sąd, posługiwanie się przez organy administracji publicznej pojęciem tożsamości narodowej może rodzić nieoczekiwane implikacje w społeczeństwie, które nie jest przecież całkowicie jednorodnie narodowościowo. Oprócz dominującej narodowości polskiej, nasz kraj zamieszkują obywatele polscy innych narodowości. NSA podkreślił, że nie jest rzeczą urzędnika stanu cywilnego pilnowanie „patriotyzmu” rodziców i strzeżenie „tożsamości narodowej” ich nowo narodzonego dziecka. Takie dążenia administracji publicznej nie znajdują podstaw w prawie, oderwane są całkowicie od realiów życia współczesnego społeczeństwa oraz podrywają zaufanie do działania organów administracyjnych jako przejaw ingerowania w sferę swobód jednostki.

Niestety, te mądre wywody sądu zostały częściowo zarzucone wskutek zaleceń Rady Języka Polskiego⁵¹, zgodnie z którymi imiona należą do kultury narodowej, choć pochodzą z różnych stron świata, znaczna ich część została przyswojona przez język polski w wiekach średnich i późniejszych, co spowodowało, że stały się wyznacznikiem narodowości ich nosicieli, a przez związek podstawowego zasobu imion używanych w Polsce z tradycją chrześcijańską należą do zbioru imion używanych w wielu krajach Europy i świata. Zgodnie z tymi zaleceniami, szukając imienia dla dziecka, należy się starać o pogodzenie wolnego wyboru z tradycją i tendencjami uniwersalnymi i nadawać imiona w postaci przyswojonej przez język polski (np.: *Jan*, nie *John* lub *Johann*, *Katarzyna*, nie *Catherine*, *Marcin*, nie *Martin*). Pogląd ten jednak należy poddać krytyce. Zalecenia te nie powinny być podstawą rozstrzygnięć organów administracyjnych w indywidualnych sprawach obywateli, bowiem odczytywane są jako obligujące do stosowania imion związanych z narodem polskim i tradycją chrześcijańską. Tymczasem nie są one wiążące ani dla rodziców poszukujących imienia dla dziecka, ani tym bardziej dla organów administracyjnych rozstrzygających w tym zakresie. Stwierdzenia o konieczności materialnoprawnej dopuszczalności nadawania imion obywatelowi w Polsce, w kontekście ochrony języka polskiego czy pochodzących z innych kultur, nie mają racji prawnego bytu.

Na bazie przytoczonego wyroku NSA w sprawie imienia *Mercedes* można zidentyfikować także problem związania imienia z możliwością odróżnienia płci

⁵¹ Patrz przypis 35.

dziecka (człowieka). Zgodnie bowiem z art. 50 ust. 1 *Prawa asc* kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia przyjęcia oświadczenia o wyborze imienia niepozwalającego odróżnić płci dziecka. Czy z tego można wyciągnąć wniosek, że istnieje zamknięty katalog imion męskich i zamknięty katalog imion żeńskich, poza którymi nie istnieją imiona pasujące do obu płci? Wątpliwe. Wymienić możemy wiele imion stosowanych na świecie (także w Polsce) do obu płci, np.: *Andrea, Alex, Sam, Camille, Carol, Jordan, Sasha, Nicol(e)*. Zatem pogląd o istnieniu dychotomicznego podziału imion na wyłącznie męskie i wyłącznie żeńskie jest nieuzasadniony. W tym zakresie postawić trzeba tezę, że ideą ustawodawcy nie było wyeliminowanie imion pasujących do obu płci, ale wprowadzenie niedopuszczalności nadawania imion typowo męskich (np.: *Krzysztof, Tobiasz, Cyprian*) kobietom i niedopuszczalności nadawania imion typowo kobiecych (np.: *Barbara, Sylwia, Krystyna*) mężczyznom. Podkreślić trzeba także, że trwające prace ustawodawcze dotyczące nowelizacji prawa nadawania imion nareszcie zmierzają do liberalizacji od 2014 roku w zakresie imion niepozwalających odróżnić, idąc w kierunku dopuszczalności imion pasujących do obu płci⁵². Podobnie jak w przypadku planowanej liberalizacji w obszarze imion zdrobniałych, pozostaje mieć nadzieję, że proponowane przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych zmiany przejdą pomyślnie proces ustawodawczy i wejdą niebawem w życie.

Ponadto przepis art. 50 ust. 1 *Prawa asc* nie uzależnia występowania głoski „a” na końcu wyrazu stanowiącego imię z płcią żeńską, choć jest to istotnie typowe dla imion żeńskich polskich. Odnaleźć możemy przecież zarówno wiele imion żeńskich niezakończonych głoską „a”, np.: *Carmen, Astrid, Inez, Ingeborg, Ingrid, Jennifer, Tracy, Noemi (...)*, jak i wiele imion męskich właśnie głoską „a” zakończonych, np.: *Barnaba, Bonawentura, Kuba, Kosma, Juda, Jarema, Joshua, Mustafa (...)*.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku w sprawie imienia *Mercedes* po pierwsze, uznał, że kryterium zróżnicowania imion żeńskich i męskich nie znajduje podstaw w treści obowiązującego prawa i jednocześnie odmówił słuszności twierdzeniu organu administracyjnego, że odróżnienie płci żeńskiej umożliwiają jedynie imiona zakończone głoską „a”. Podobnie w wymienionym wyroku w sprawie imienia *Astrid*, NSA nie miał wątpliwości co do żeńskości imienia pozbawionego końcowej głoski „a” stwierdzając, że imię to jest dostatecznie indywidualizujące, gdyż stosuje się je jako imię żeńskie, szczególnie w krajach skandynawskich. Wątpliwości co do żeńskości imienia *Jennifer* nie miał też Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu, orzekając w wyroku wyżej wskazanym. Sąd ten wyraźnie stwierdził, że imię *Jennifer* jest imieniem żeńskim, powszechnie znanym i nie można uznać za trafną wykładnię, że tylko w przypadku płci żeńskiej pozwala na odróżnienie tej płci imię zakończone na głoskę „a”. Taka wykładnia nie znajduje podstaw w przepisach prawa.

⁵² Patrz przypis 23.

Niezmiernie interesującym problemem w obrębie dopuszczalności nadawania imion, z którym muszą zmierzyć się sądy administracyjne, jest problem możliwości wykorzystania wyrazów pospolitych lub zupełnie nowo powstałych wyrazów dla imion. Zagadnienie to wiąże się z problemem neologizmów imiennych, których stosowania nie zabrania art. 50 ust. 1 *Prawa asc* w kontekście zakazu nadawania imion ośmieszających. Na kanwie ustawodawstwa powojennego utrwalił się w literaturze umiarkowany brak akceptacji neologizmów imiennych, uznając za niedopuszczalne te, których życie jeszcze nie zaakceptowało⁵³. Życie jednak pokazało, że neologizmy imienne coraz częściej są stosowane w praktyce, a sama żywotność i rozwój języka jest dla nich sporym ułatwieniem. Społeczna akceptacja poszczególnych neologizmów imiennych, nierzadko związana z panującą w danym momencie modą, są obecnie właściwie jedynymi ich ograniczeniami, bowiem granice śmieszności imienia co prawda sztywno określa norma prawna, ale w istocie weryfikuje opinia społeczna i środowisko, w którym człowiek żyje.

Najogólniej rzecz biorąc, neologizmy imienne możemy podzielić na dwie zasadnicze grupy: 1) neologizmy imienne właściwe (wyrazy nowo utworzone) i 2) neologizmy imienne zapożyczone od nazw pospolitych. Do pierwszej grupy zaliczamy wyrazy zupełnie nowe, które właściwie nic nie znaczą i nie mają swoich wzorców w rzeczywistości (np.: *Gretola, Antremin, Surycjusz*). Do drugiej grupy zaliczamy z kolei wyrazy już istniejące i określające coś w realnym świecie, ale które do tej pory nie były stosowane jako imiona, w tym nazwy geograficzne lub nazwy pochodzące ze świata przyrody (np. *Europa, Wisła, Tulipan, Jesion*). Można wręcz wskazać wiele przypadków stosowania jako imion nazw pospolitych, zapożyczonych z szeroko pojętego świata przyrody (np. *Róża, Kalina, Jaśmina, Lew, Daniel, Delfin, Hiacynta, Jagoda, Dalia, Malina, Hortensja*). Trzeba podkreślić, że nie wszystkie nazwy pospolite zyskują społeczną akceptację jako imiona, jeśli ich skojarzenie będzie istotnie pejoratywne (np. *Insekt, Pijawka, Mżawka, Piorun, Rosiczka, Ropucha, Ośmiornica, Żmija*). Takie wyrazy nie mogłyby stanowić imion z tej przyczyny, że mogłyby ośmieszyć osoby je noszące, a przecież zgodnie z art. 50 ust. 1 *Prawa asc* kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia przyjęcia oświadczenia o wyborze dla dziecka imienia ośmieszającego. W tym też tonie w sprawie neologizmów imiennych wypowiadały się sądy administracyjne.

Do neologizmu nowo utworzonego odniósł się Naczelny Sąd Administracyjny OZ we Wrocławiu w wyroku z 19 lutego 1987 r. w sprawie imienia *Solidariusz*⁵⁴ i stwierdził, że stosując najsurowsze nawet kryteria oceny, nie można skutecznie przypisać formie *Solidariusz* cech ośmieszających czy nieprzyzwoitych. Sąd zatem dopuścił ten neologizm imienny, posiłkując się opinią biegłego, z której wynikało, że imię to pod względem budowy (łaciński źródłosłów, zakończenie „-iusz”) nie wyróżnia się sztucznością ani naganną strukturą słowotwórczą, choć *de facto*

⁵³ J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, SW Prawo, Łódź 1949, s. 156 i n.

⁵⁴ Wyrok NSA OZ we Wrocławiu z 19.2.1987, SA/Wr 309/86 (wyrok niepublikowany).

była to negatywna opinia uzasadniana sprzecznością nowego imienia z polską tradycją językową. Sąd jednak stwierdził, że cechy zewnętrznej budowy językowej nie wykluczają zastosowania formy *Solidariusz* nie tylko jako imienia, lecz również jako zbiorczej nazwy osób wchodzących w skład określonej organizacji lub grupy społecznej (co byłoby porównywalne z takimi formami, jak – proletariusz, templariusz, karbonariusz). Sąd administracyjny stwierdził ponadto, że nie ma znaczenia skojarzenie nowego imienia *Solidariusz* ze zdelegalizowaną organizacją polityczną „Solidarność” i podkreślił, że znaczenie nadania dziecku imienia ujawnia się w dwóch co najmniej płaszczyznach. Po pierwsze, jest koniecznym warunkiem identyfikacji jednostki w życiu społecznym. Niezależnie od tej funkcji indywidualizacyjnej imię może być także zewnętrznym znakiem, symbolem wartości kulturowanych w rodzinie dziecka.

Z kolei do neologizmu imiennego zapożyczonego Naczelny Sąd Administracyjny odniósł się w wyroku w sprawie imienia *Dąb*, które miało stanowić drugie imię chłopca o imieniu pierwszym *Tadeusz*. Zgodnie z poglądem sądu administracyjnego przepis art. 50 ust. 1 *Prawa asc*, jako wyjątek od zasady, nie powinien być interpretowany rozszerzająco, zwłaszcza że dotyczy on sfery dóbr osobistych stron, w którą to sferę państwo nie powinno ingerować głębiej niż jest to absolutnie konieczne. Według sądu, gramatyczna wykładnia tego przepisu prowadzi jednoznacznie do wniosku, że imię *Dąb* nie jest w polskiej kulturze językowej ani imieniem ośmieszającym, ani nieprzyzwoitym i może być stosowane jako imię człowieka. Pozwala również na odróżnienie płci dziecka, zwłaszcza w kontekście pierwszego imienia *Tadeusz*. Ciekawe, że w uzasadnieniu wyroku sąd podzielił opinię Rady Języka Polskiego, że nie powinno się nadawać imion pochodzących od wyrazów pospolitych, zapominając przy tym, że wiele imion ma właśnie taką genezę i nie bacząc na nieustanny rozwój języka, a w nim form imiennych. Dobrze jednak, że sąd podkreślił, że opinia ta jest jedynie zaleceniem językoznawców i nie może zmieniać przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Pogląd ten zasługuje na aprobatę.

Dla porównania sięgnąć można do orzecznictwa sądów niemieckich w przedmiocie imion zapożyczonych od nazw własnych, które jest zdecydowanie bogatsze w tego typu przykłady. Analizując to orzecznictwo, dochodzimy do wniosku, że sądy naszych zachodnich sąsiadów są nieco bardziej wyrozumiałe w stosunku do neologizmów imiennych, aniżeli nasze rodzime sądy, choć nie brak też linii krytycznej⁵⁵. Na przykład sądy niemieckie odmówiły prawa bytu imionom: *Pffeferminze*⁵⁶ (*Mięta pieprzowa*), *Moewe*⁵⁷ (*Mewa*) czy *Woodstock*⁵⁸. Zezwoliły jed-

⁵⁵ Więcej w tym temacie: W.M. Hrynicky, *Dopuszczalność nadawania imion w systemie prawa niemieckiego na tle wybranego orzecznictwa sądowego*, (w:) Administracja T.D.P. nr 3(16)/2009, s. 140–156.

⁵⁶ AG Traunstein, StAZ Das Standesamt 1997, s. 40.

⁵⁷ BayObLG, StAZ Das Standesamt 1986, s. 248.

⁵⁸ AG Ulm, StAZ Das Standesamt 1990, s. 74–75.

nak na stosowanie takich imion jak: *Europa*⁵⁹, *Bavaria*⁶⁰, *Alpha*⁶¹, *Oleander*⁶², *Momo*⁶³, *Godot*⁶⁴ a nawet *Winnetou*⁶⁵. Jednak chyba najbardziej zaskakującym wyrokiem jest zgoda Sądu Krajowego w Kolonii na nadanie dziewczynce imienia *Fanta* (oprócz imion *Luisa Marie*) z argumentacją, że nazwa ta funkcjonuje przecież jako nazwa produktu⁶⁶.

W końcu istotnym problemem, rozstrzyganym przez sądy administracyjne w temacie nadawania imion dzieciom, jest problem ilości imion. Dla przypomnienia wspomnieć należy, że zakaz nadawania więcej niż dwóch imion pojawił się w naszym ustawodawstwie dopiero w art. 36 ust. 2 dekretu z 1955 roku. Ograniczenie to zostało recypowane przez przepis art. 50 ust. 1 *Prawa asc* i funkcjonuje do dzisiaj. Obecnie jednak coraz częściej spotkać się można z postulatami podniesienia dopuszczalnego limitu imion do trzech lub czterech. Ta społeczna potrzeba zwiększenia liczby imion ma różne konotacje. Przede wszystkim widać trzeba pod uwagę tradycję rodzinną, zgodnie z którą dziecku nadaje się drugie imię po jednym z dziadków. W sytuacji kiedy dopuszczalne są tylko dwa imiona, może dochodzić do sytuacji konfliktowych pomiędzy dziadkami – którego dziadka (babci) imię powinien nosić wnuk. W razie istnienia możliwości nadawania trzech imion można by wiele rodzinnych napięć na tym tle wyeliminować. Warto dodać, że przed II wojną światową znane były przypadki nadawania trzech i większej liczby imion. Choć po wojnie oficjalne ograniczenie w tym zakresie nie istniało, w praktyce urzędy stanu cywilnego wpisywały do aktu urodzenia jedynie dwa imiona, sugerując się niesłusznie art. 15 dekretu z dnia 10 listopada 1945 r. o zmianie i ustalaniu imion i nazwisk⁶⁷. Ponadto stalinowska Polska negocjowała to, co kojarzyło się z ustawodawstwem Polski międzywojennej, w tym także zamiłowanie rodów arystokratycznych do nadawania swym dzieciom wielu imion, a wśród arystokracji polskiej nierzadkie były wypadki osób o sześciu, ośmiu, a nawet kilkunastu imionach⁶⁸. Innym powodem konieczności zwiększenia dopuszczalnej ilości imion może być przybieranie dodatkowego imienia w czasie przyjmowania sakramentu bierzmowania w Kościele rzymskokatolickim, co w naszej społeczności jest szeroko praktykowane.

Warto także wspomnieć, że w 2003 roku pojawił się projekt zmiany art. 50 ust. 1 *Prawa asc*, w którym podniesiono limit nadawanych imion do czterech, ale ostatecznie projektu tego nie wprowadzono w życie. Pomysł ten uzasadniano

⁵⁹ LG München, StAZ Das Standesamt 1969, s. 42.

⁶⁰ AG München, StAZ Das Standesamt 1981, s. 276–277.

⁶¹ AG Duisburg, StAZ Das Standesamt 1984, s. 281–282.

⁶² AG Stuttgart, StAZ Das Standesamt 1983, s. 351–352.

⁶³ BayObLG, Bayerische Oberste Landesgericht Zeitschrift 1980, s. 189–195.

⁶⁴ LG Hannover, StAZ Das Standesamt 1997, s. 15.

⁶⁵ AG Darmstadt, StAZ Das Standesamt 1975, s. 134.

⁶⁶ LG Köln, StAZ Das Standesamt 1999, s. 147–148.

⁶⁷ Dz.U. nr 56, poz. 310.

⁶⁸ Zob. J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, WP, Warszawa 1961, s. 360.

tym, że wprowadzone w 1955 roku ograniczenie liczby imion do dwóch stoi w sprzeczności z obecną w wielu rodzinach tradycją nadawania dzieciom większej liczby imion, a ponadto tym, że proponowane zmiany nie miały spowodować dodatkowych obciążeń dla budżetu państwa, ani budżetów samorządowych oraz nie kolidowały z przepisami prawa UE.

Jak słusznie zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 23 marca 1982 r. w sprawie odmowy nadania dziecku imion *Anna Maria Zuzanna*⁶⁹, wyrazy *Anna Maria* stanowią dwa odrębne imiona, dlatego odmowa przez organy administracji publicznej nadania i wpisania do aktu urodzenia dziecku imion *Anna Maria Zuzanna*, a więc trzech imion, jest zgodna z przepisem prawa materialnego statuującym regułę posiadania przez obywatela co najwyżej dwóch imion. Bez znaczenia pozostaje fakt wpisania imion *Anna-Maria Zuzanna* z użyciem łącznika w świadectwie chrztu świętego (w parafii rzymskokatolickiej), co jak podkreślił sąd, nie może rzutować na wyniki kontroli legalności decyzji administracyjnych w sprawie objętej skargą. Nadmienić należy, że sąd zajął się w tym przypadku m.in. pisownią imion z dywizem (łącznikiem) i posiłkując się opiniami językoznawców, wykluczył taką możliwość. Opinię tę Naczelny Sąd Administracyjny podtrzymał w wyroku z 1 kwietnia 2003 r. w sprawie imion *Jan Mateusz*⁷⁰. W wyroku tym sąd stwierdził, że imiona *Jan Mateusz* pisane z łącznikiem nie stanowią nowego imienia, a forma bez łącznika jest zgodna z zasadami pisowni polskiej. Sąd podkreślił, że łącznik dopuszczalny jest jedynie w nazwiskach złożonych z dwu członów równorzędnych, w sytuacjach określonych innymi przepisami. Dodatkowo sąd zauważył, że bez znaczenia pozostaje faktyczna pisownia wspomnianych imion z łącznikiem w innych dokumentach.

Dla porównania przytoczyć można na przykład wyroki niemieckich sądów w temacie liczby imion, wobec braku w przepisach prawa niemieckiego podobnego ograniczenia jak w naszym ustawodawstwie. Sądy niemieckie zezwoliły na przykład na cztery⁷¹, siedem⁷² bądź trzynaście imion. Zwłaszcza interesujące wydaje się uzasadnienie sądu w Schönebergu uzasadniające dopuszczalność nadania siedmiu imion tym, że w wielu kulturach liczba siedem posiada szczególne znaczenie. Również za dopuszczalnością siedmiu imion wypowiedział się przedstawiciel niemieckiej doktryny twierdząc, że nadanie siedmiu imion jeszcze powinno być dopuszczalne⁷³.

Z punktu widzenia naszego ustawodawstwa takie podejście może z jednej strony szokować, ale z drugiej – skłania do refleksji, czy nasze przepisy nie są

⁶⁹ Wyrok NSA z 23.3.1982, SA 1265/81 (niepublikowany).

⁷⁰ Wyrok NSA z 1.4.2003, V SA 3647/02 (niepublikowany).

⁷¹ OLG Düsseldorf, StAZ Das Standesamt 1998, s. 343.

⁷² AG Hamburg, StAZ Das Standesamt 1970, s. 286; AG Schöneberg, StAZ Das Standesamt 1980, s. 198–199.

⁷³ H. Dörner, *Timpe und die magischen Sieben, Liberalisierungstendenzen im Vornamensrecht*, (w:) StAZ Das Standesamt 1980, s. 174.

w tej mierze zbyt restrykcyjne. Szkoda zatem, że wspomniane już plany zmiany od 2014 roku prawa nadawania imion, nie uwzględniają postulatu podniesienia limitu dopuszczalnych imion, co – jak wskazuje praktyka i orzecznictwo sądów administracyjnych – byłoby wypełnieniem potrzeb społecznych w tym zakresie.

Konkludując stwierdzić trzeba, że w okresie powojennym sądy administracyjne podejmowały wiele istotnych problemów w obszarze dopuszczalności nadawania imion obywatela. W swoich orzeczeniach sądy administracyjne konsekwentnie eliminowały nieracjonalne decyzje organów administracyjnych w tym zakresie, rozstrzygając ważne wątpliwości. W szczególności sądy administracyjne wielokrotnie podkreśliły, że nadanie dziecku imienia jest prawem i powinnością rodziców, które swe źródło czerpią z władzy rodzicielskiej. Do istotnych kwestii rozstrzyganych przez sądy zaliczyć możemy także problematykę imion obcych (obcojęzycznych), zdrobniałych i skrótowych, niepozwalających odróżnić płci, ośmieszających i pochodzących od rzeczy pospolitych, a także zagadnienie liczby imion. Trzeba podkreślić, że zgodnie z twierdzeniem sądów administracyjnych, poza przesłankami enumeratywnie wymienionymi w przepisie materialnym, organy administracyjne nie mają prawa do rozszerzania przyczyn dopuszczających możliwość odmowy wpisu do aktu urodzenia określonego imienia. Odnotowano także spostrzeżenie przez ustawodawcę postulatów sądów administracyjnych i doktryny w obszarze liberalizacji prawa nadawania imion i w tym zakresie większość analizowanych orzeczeń sądów administracyjnych uznać należy za wartościowe i zgodzić się z ich twierdzeniami.

Bibliografia

- Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2002.
- Czajkowska A., Pachniewska E., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, orzecznictwo, wzory dokumentów i pism*, Lexis Nexis, Warszawa 2005.
- Czajkowska A., *Zmiana imion i nazwisk – geneza, komentarz, orzecznictwo, wzory decyzji*, Lexis Nexis, Warszawa 2007.
- Dolecki H., *Glosa do wyroku NSA OZ we Wrocławiu z dnia 14 stycznia 1986 r.*, SA/Wr 880/85, OSPiKA 1988, nr 1.
- Domagalski J., *Jan będzie Jasiem, a Zofia Anielem*, (w:) Rzeczpospolita nr 61 (9485).
- Doroszewski W., Kurkowska H. (red.), *Słownik Poprawnej Polszczyzny*, PWN, Warszawa 1976.
- Dörner H., *Timpe und die magischen Sieben, Liberalisierungstendenzen im Vornamensrecht*, (w:) StAZ Das Standesamt 1980.
- Grzenia J., *Nasze imiona*, Świat Książki, Warszawa 2002.
- Haak H., *Władza rodzicielska. Komentarz*, TNOiK, Toruń 1995.

- Hrynicky W.M., *Uznanie administracyjne czy ocena administracyjna? Studium nad przepisem art. 50 ust. 1 ustawy z 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego*, (w:) *Administracja – Teoria. Dydaktyka. Praktyka*, 2006, nr 3(4).
- Hrynicky W.M., *Dopuszczalność nadawania imion w systemie prawa niemieckiego na tle wybranego orzecznictwa sądowego*, (w:) *Administracja T.D.P.* nr 3(16)/2009.
- Hrynicky W. M., *Nadawanie oraz zmiana imion i nazwisk. Komentarz*, Gaskor, Wrocław 2010.
- Janku Z., *Glosa do wyroku NSA z 17.11.1982 r., II SA 1474/82 w sprawie imienia Aramis*, OSPiKA 1984, nr 6.
- Kańtor M., *Czy Beckham zawsze ma rację, czyli o imionach słów kilka*, (w:) *Technika i USC*, Gliwice 2005.
- Leoński Z., *Materialne prawo administracyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Litwin J., *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, SW Prawo, Łódź 1949.
- Litwin J., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, WP, Warszawa 1961.
- Matuszewski J., *Polskie nazwisko szlacheckie*, ZN im. Ossolińskich, Łódź 1975.
- Ostroróg-Sadowski J., *O imieniu i nazwisku. Studium prawne*, E. Wende, Warszawa 1902.
- Ptaszyński J., *Imiona, nazwiska i nazwy miejscowości w dokumentach tłumaczonych z języków obcych*, *Nasze Prawo* nr 2/1957.
- Rabska T. (red.), *System prawa administracyjnego*, ZN im. Ossolińskich, Warszawa 1980, T. IV.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Skrzydło-Niżnik I. (red.), *Księga jubileuszowa prof. zw. dr. hab. Józefa Filipka*, UJ, Kraków 2001.
- Sobol E. (red.), *Mały Słownik Języka Polskiego*, PWN, Warszawa 1994.
- Stahl M. (red.), *Materialne prawo administracyjne. Pojęcia instytucje, zasady*, Difin, Warszawa 2005.
- Szer S., *Prawo rodzinne*, PWN, Warszawa 1966.
- Szreniawski J., *Prawo administracyjne. Część szczegółowa*, Branta, Bydgoszcz 1997.
- Tichoniuk B., *Imiona i ich formy na pograniczu polsko-białoruskim od XVI wieku do 1939 r.*, WSP, Zielona Góra 2000.
- Weber R., *Der Name als Rechtsinstitut und der bürgerlich-rechtliche Schutz seines Träger gegen unbefugten Fremdgebrauch. Habilitationsschrift*, Universität Heidelberg 1996.
- Winiarz J., *Prawo rodzinne*, PWN, Warszawa 1980.
- Zalecenia dla urzędów stanu cywilnego dotyczące nadawania imion dzieciom osób obywatelstwa polskiego i narodowości polskiej* (Komunikaty Komisji Kultury Języka Komitetu Językoznawstwa PAN, nr 1(4)/1996) oraz Komunikaty Rady Język Polskiego nr 2(15)/2004.

STRESZCZENIE

Autor, posiłkując się metodami dogmatyczną i komparatystyczną, porusza rzadko podejmowany w doktrynie temat prawnej dopuszczalności nadawania imion w aspekcie powojennego orzecznictwa sądów administracyjnych oraz w kontekście planowanych przez ustawodawcę zmian w tej materii. Dokonując analizy poszczególnych wyroków sądów, stara się wyodrębnić najbardziej ciekawe rozstrzygnięcia, a w szczególności dotyczące problematyki imion obcych (obcojęzycznych), zdrobniałych i skrótowych, niepozwalających odróżnić płci, ośmieszających i pochodzących od rzeczy pospolitych, a także rozstrzygnięcia związane z zagadnieniem liczby imion. Autor podkreśla, że sądy administracyjne wielokrotnie stwierdziły, że nadanie dziecku imienia jest prawem i powinnością rodziców, które swe źródło czerpią z władzy rodzicielskiej, a możliwości odmowy przyjęcia oświadczenia o wyborze dla dziecka imienia nie można rozszerzać poza przesłanki enumeratywnie wyliczone w przepisie prawa materialnego (konkretnie w art. 50 ust. 1 Prawa o aktach stanu cywilnego). Rekapitulując, autor dowodzi, że postulaty od wielu lat powtarzane przez sądy administracyjne oraz wnioski naukowców *de lege ferenda* zostały zauważone przez ustawodawcę i pozytywnie wpłyną na planowane od 2014 r. zmiany w prawie nadawania imion.

SUMMARY

The author, using dogmatic and comparative methods, examines a rarely discussed in the doctrine of law issue of legally permissible naming in the context of post-war decisions of administrative courts and changes in that area planned by the legislator. Having analyzed particular court decisions, he tries to select the most interesting rulings, especially those relating to foreign language names, diminutives that do not allow distinguishing the gender, ones that ridicule their holders or originate from ordinary things as well as decisions concerning the number of names. The author highlights the fact that administrative courts repeatedly stated that naming a child is the parents' right and responsibility derived from parental power and that the possibility to refuse to accept the choice of a child's name cannot be broader than the enumerated in the material law (i.e. in Article 50 item 1 of the Law on Certificates of Personal Status). To sum up, the author proves that the demands repeatedly made by administrative courts and scientists' conclusions *de lege ferenda* have been noticed by the legislator and will have a positive influence on the changes in the law on naming that are planned to be introduced in 2014.

RÉSUMÉ

L'auteur qui pratique les méthodes dogmatique et comparative parle au sujet rarement traité dans la doctrine c'est-à-dire de l'admissibilité juridique de don des prénoms dans l'aspect de jurisprudence des cours administratives d'après-guerre ainsi que dans le contexte des changements proposés par le législateur en cette matière. Il fait l'analyse des décisions des cours, essaie de démontrer les décisions les plus intéressantes et en particulier, celles concernant des prénoms étrangers (d'origine de la langue étrangère), diminutifs et abrégés, ne permettant pas de distinguer le sexe, ridiculisants, originaires des objets communs et il parle aussi des décisions sur la problématique du nombre des prénoms. L'auteur souligne que les cours administratives ont très souvent démontré que le don des prénoms à un enfant est un droit et obligation des parents qui prennent la source de leur pouvoir parental. Il explique aussi que les possibilités de refuser l'acceptation des déclarations des prénoms pour l'enfant ne peuvent pas être élargis au-delà des prémisses énumérées dans la règle du droit matériel (concrètement dans l'art.50 du Droit des actes de l'état civil). En résumant, l'auteur prouve que les postulats répétés depuis des années par les cours administratives et les conclusions des scientifiques *de lege ferenda* ont été apperçus par le législateur et ils donneront une suite positive sur les changements planifiés en 2014 dans le droit de don des prénoms.

РЕЗЮМЕ

Автор, опираясь на догматический и компаративный методы, обращается к редко затрагиваемой в теории тематике правовой приемлемости присвоения имён в аспекте послевоенной судебной практики административных судов, а также в контексте планируемых законодателями изменений в этой области. Производя анализ отдельных судебных решений, автор старается выделить наиболее интересные случаи судебных решений, в особенности касающиеся проблематики иностранных имён, уменьшительных и сокращённых, имён-существительных общего рода, смешных и происходящих от вульгарных слов, а также решения, связанные с вопросом о количестве имён. Автор подчёркивает, что административные суды многократно позиционировали, что присвоение ребёнку имени является правом и обязанностью родителей, пользующихся своими родительскими полномочиями, а возможности отказа принять заявление о выборе имени ребёнку нельзя рассматривать вне наличия условий, исчерпывающим образом перечисленных в положении, касающемся материального права (конкретные примеры содержатся в ст. 50 абз. 1 Закона о гражданском состоянии). Возвращаясь к сказанному, автор доказывает, что постулаты, многолетиями повторяемые административными судами, а также выводы учёных *de lege ferenda* были замечены законодателем и положительным образом отразятся на планируемые с 2014 года изменения в Законе о присвоении имён.

PAWEŁ DANIEL



ORZECZENIE LEKARSKIE JAKO DOWÓD W POSTĘPOWANIU W PRZEDMIOCIE STWIERDZENIA CHOROBY ZAWODOWEJ

Analiza orzeczeń sądów administracyjnych wskazuje, że jednym z kluczowych problemów związanych z rozstrzygnianiem spraw dotyczących stwierdzenia lub braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej, jest zagadnienie właściwej oceny orzeczenia lekarza jednostki orzeczniczej. To właśnie kwalifikowany dowód, jakim jest orzeczenie lekarskie, przesądza o możliwości uznania określonej jednostki chorobowej, jako choroby mającej swoje pochodzenie w warunkach wykonywania pracy zawodowej. Szczególny charakter powyższego orzeczenia powoduje jednakże, że niezbędne jest jego przybliżenie jako dowodu w postępowaniu administracyjnym. Stąd celem niniejszego opracowania jest dokonanie charakterystyki orzeczenia lekarskiego, o jakim mowa w § 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych¹, oraz odniesienie podjętych ustaleń do orzeczeń sądów administracyjnych kontrolujących decyzje w przedmiocie chorób zawodowych. Dokonanie powyższych ustaleń nie może zostać przy tym ograniczone jedynie do analizy aktów prawnych oraz wypowiedzi doktryny, lecz musi opierać się również na przybliżeniu stanowiska zajmowanego przez sądy administracyjne. Orzeczenia sądów administracyjnych umożliwiają bowiem odpowiedź na pytanie, co do charakteru prawnego dowodu z orzeczenia lekarskiego. Co więcej, umożliwiają one również wskazanie, kiedy możliwe jest skuteczne zakwestionowanie powyższego dowodu w postępowaniu w przedmiocie choroby zawodowej.

Zgodnie z przepisem art. 235¹ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy², dodanym ustawą z dnia 22 maja 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks pracy oraz zmianie niektórych innych ustaw³, a obowiązującym od dnia 3 lipca 2009 r., za chorobę zawodową uważa się chorobę wymienioną w wykazie chorób zawodowych, jeżeli w wyniku oceny warunków pracy można stwierdzić bezspornie

¹ Dz.U. z 2009 r. Nr 105, poz. 869.

² Tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.

³ Dz.U. z 2009 r. Nr 99, poz. 825.

lub z wysokim prawdopodobieństwem, że została ona spowodowana działaniem czynników szkodliwych dla zdrowia występujących w środowisku pracy albo w związku ze sposobem wykonywania pracy, zwanych „narażeniem zawodowym”. Użyte w treści powyższego artykułu wyrażenie „choroba wymieniona w wykazie chorób zawodowych” musi być interpretowane z uwzględnieniem wydanego na podstawie art. 237 Kodeksu pracy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych, wymieniającego w załączniku wykaz chorób zawodowych. Tym samym dla rozpoznania choroby zawodowej niezbędne jest stwierdzenie u danej osoby jednostki chorobowej wymienionej w załączniku do rozporządzenia z dnia 30 czerwca 2009 r., o ile w wyniku dokonanej przez właściwy organ administracji oceny warunków pracy, można stwierdzić bezspornie lub z wysokim prawdopodobieństwem, że została ona spowodowana działaniem czynników szkodliwych dla zdrowia występujących w środowisku pracy albo w związku ze sposobem wykonywania pracy. Stwierdzenie wystąpienia choroby zawodowej, zgodnie z § 5 powyższego rozporządzenia, musi zostać potwierdzone orzeczeniem lekarza spełniającego wymagania kwalifikacyjne określone w przepisach dotyczących służby medycyny pracy, zatrudnionego bądź to w jednostce orzeczniczej I stopnia, wymienionej w ust. 2 powyższego paragrafu, bądź też w jednostce orzeczniczej II stopnia określonej w ust. 3 § 5 rozporządzenia z dnia 30 czerwca 2009 r.

W świetle powołanych powyżej przepisów stwierdzenie przez organy inspekcji sanitarnej, a więc przez organy właściwe do orzekania w przedmiocie chorób zawodowych⁴, choroby zawodowej musi zostać poprzedzone uzyskaniem orzeczenia lekarskiego, stwierdzającego istnienie choroby zawodowej, a więc potwierdzającego, iż osoba, wobec której toczy się postępowanie, zapadła na jedną z chorób wymienionych w powołanym powyżej rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie chorób zawodowych z dnia 30 czerwca 2009 r. Zdaniem W. Kisielea, uzyskanie decyzji o stwierdzeniu choroby zawodowej zostało więc uzależnione od bariery, jaką jest specjalistyczna wiedza i terminologia medyczna⁵.

Jak wskazuje orzecznictwo sądów administracyjnych, orzeczenie, o jakim mowa w § 6 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych, stanowi dowód w sprawie w rozumieniu art. 75 § 1 w związku z art. 84 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego⁶, co przesądza o konieczności jego oceny przez organy przed wydaniem rozstrzygnięcia⁷. Zwrócić jednakże należy uwagę, iż pod rządami starego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2002 r. w sprawie wykazu chorób zawodowych, szczegółowych zasad postępowania

⁴ Por. art. 5 pkt. 4a ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 122, poz. 851 ze zm.

⁵ W. Kisiel, *Decyzje i wyroki w sprawach chorób zawodowych (część 1)*, Przegląd Prawa Publicznego 2007, Nr 9, s. 46.

⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm., dalej k.p.a.

⁷ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 17 maja 2011 r., sygn. akt II SA/Po 85/11, niepubl.

w sprawach zgłaszania podejrzenia rozpoznawania i stwierdzania chorób zawodowych oraz podmiotów właściwych w tych sprawach⁸, podnoszono wątpliwości, czy orzeczenie lekarskie w sprawie stwierdzenia choroby zawodowej nie stanowi aktu administracyjnego uprawnionego podmiotu, stanowiącego formę zajęcia stanowiska przez lekarza orzecznika, a więc czy nie stanowi formy współdziałania, o jakiej mowa w art. 106 k.p.a.⁹ Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt P 23/07¹⁰, w którym stwierdził niekonstytucyjność Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2002 r., odniósł się jednakże do powyższego zagadnienia wskazując, iż przewidziane w rozporządzeniu regulacje procesowe, odnoszące się do zasad uzyskiwania orzeczenia lekarskiego, nie modyfikują postępowania przewidzianego przez przepisy k.p.a., lecz stanowią jedynie jego uzupełnienie, uszczegółowienie i dostosowanie do specyfiki rozpatrywanych spraw, odnosząc się do kwestii o charakterze technicznym i organizacyjnym. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny podzielił stanowisko zajmowane przez sądy administracyjne, zgodnie z którym orzeczenie lekarskie w sprawie choroby zawodowej jest dowodem z opinii biegłego, o jakim mowa w art. 84 § 1 k.p.a. i musi być poddane ocenie organu administracji wydającego decyzję. Niewątpliwie uwagi Trybunału znajdują również zastosowania do rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych z dnia 30 czerwca 2009 r., które zastąpiło uchylone rozporządzenie z lipca 2002 r. Z porównania treści obydwóch rozporządzeń wynika bowiem, iż ustawodawca nie zmodyfikował znacząco przepisów dotyczących uzyskania orzeczenia o stwierdzeniu chorób zawodowych, utrzymując ich ściśle organizacyjny charakter. Oznacza to, iż omawiane orzeczenie musi zostać zakwalifikowane jako opinia biegłego¹¹. Twierdzenie to aktualizuje jednakże pytanie, co do miejsca powyższego dowodu w postępowaniu w przedmiocie stwierdzenia choroby zawodowej oraz, co istotniejsze, zakresu związania orzeczeniem lekarskim organów inspekcji sanitarnej. Niezbędne jest również ustalenie, czy dowód z orzeczenia lekarskiego może być skutecznie kwestionowany w dalszym toku postępowania, a więc już przed organem administracji publicznej lub sądem administracyjnym¹².

Dowód z orzeczenie lekarskiego niewątpliwie mieści się w otwartym katalogu środków dowodowych przewidzianych przepisami k.p.a. Należy bowiem mieć na względzie, iż w świetle art. 75 § 1 k.p.a., jako dowód należy dopuścić

⁸ Dz.U. z 2002 r. Nr 132, poz. 1115.

⁹ Por. W. Kisiel, *Decyzje i wyroki...* (część 1), op. cit., s. 58–62.

¹⁰ OTK-A 2008, Nr 5, poz. 82.

¹¹ Jakkolwiek w literaturze przedmiotu można znaleźć stanowiska wskazujące, iż orzeczenie lekarskie w kształcie przewidzianym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych ma szczególny, mieszany charakter łączący cechy dowodu z opinii biegłego z niektórymi elementami właściwymi dla aktu administracyjnego. Por. J. Cysek, *Sądowa kontrola decyzji w sprawach chorób zawodowych*, Administracja. Teoria. Dydaktyka. Praktyka 2009, Nr 4, s. 74.

¹² M. Chołodecki podnosi bowiem, iż w powyższym zakresie obowiązuje ograniczenie zasady prawdy materialnej, ujawniające się w braku możliwości skutecznego kwestionowania orzeczeń lekarskich. M. Chołodecki, *Kontrola sądów w sprawach chorób zawodowych*, Administracja. Teoria. Dydaktyka. Praktyka 2009, Nr 4, s. 60.

wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. Podjęte rozważania, a zwłaszcza powołany powyżej wyrok Trybunału Konstytucyjnego, wskazują przy tym, iż orzeczenie lekarskie stanowi kwalifikowany dowód, jakim jest dowód z opinii biegłego. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, iż zgodnie z powszechnie przyjmowanym stanowiskiem dowód z opinii biegłego znajduje zastosowanie w tych wszystkich sprawach, gdzie niezbędne jest zaciągnięcie wiadomości specjalnych dotyczących stanu faktycznego, a więc gdy niezbędne staje się „naświetlenie i wyjaśnienie okoliczności wskazanych przez organ administracji publicznej z punktu widzenia posiadanych przez niego wiadomości”¹³. Omawiany dowód w postaci orzeczenie lekarskiego jest jednak dowodem podwójnie kwalifikowanym. Nie dość, że jest on sporządzony przez lekarza, a więc osobę mającą wiadomości specjalne, to jeszcze na podstawie § 5 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych lekarzem tym musi być osoba spełniająca kwalifikacje określone w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o służbie medycyny pracy¹⁴ zatrudniona w jednej z jednostek orzeczniczych, o których mowa w ust. 2 i 3 powyższego paragrafu. Możliwość wydania orzeczenia lekarskiego na potrzeby postępowania w przedmiocie choroby zawodowej została więc zasadniczo ograniczona. Tym samym orzeczenie wydane przez innego lekarza niezatrudnionego w jednostce, o jakiej mowa w rozporządzeniu, nie spełnia wymogów podmiotowych¹⁵. Jak bowiem wyjaśnił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 14 marca 2012 r.¹⁶, z § 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych nie wynika, iżby pracodawca dopuścił możliwość umownego przekazywania kompetencji orzeczniczych w zakresie chorób zawodowych jednostkom spoza katalogu zawartego w § 5 ust. 2 pkt 1–4 tego rozporządzenia.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych uprawniony lekarz wydaje orzeczenie lekarskie o rozpoznaniu choroby zawodowej albo o braku podstaw do jej rozpoznania na podstawie wyników przeprowadzonych badań lekarskich i pomocniczych, dokumentacji medycznej pracownika lub byłego pracownika, dokumentacji przebiegu zatrudnienia oraz oceny narażenia zawodowego. Co istotne, sam lekarz zatrudniony w jednostce orzeczniczej może uzupełnić materiał dowodowy, niezbędny do wydania orzeczenia o stwierdzeniu choroby zawodowej. Jest on bowiem uprawniony, na podstawie § 6 ust. 3 pkt. 2 do przeprowadzenia oceny

¹³ B. Adamiak (w:) J. Borkowski, B. Adamiak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 11, Warszawa 2011, s. 356.

¹⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 125, poz. 1317 ze zm. Przepisem powyższym jest z kolei rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 czerwca 2010 r. w sprawie specjalizacji lekarskich niezbędnych do wykonywania orzecznictwa w zakresie chorób zawodowych, Dz.U. z 2010 r. Nr 110, poz. 736.

¹⁵ Por. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt II SA/Bd 617/10, niepubl., wyrok WSA w Białymstoku z dnia 29 listopada 2011 r., sygn. akt II SA/Bk 354/11, niepubl.

¹⁶ Sygn. akt IV SA/Po 20/12, niepubl.

narażenia zawodowego, jak i wystąpienia do pracodawcy, lekarza sprawującego profilaktyczną opiekę zdrowotną nad pracownikiem, lekarza ubezpieczenia zdrowotnego, właściwego państwowego powiatowego inspektora sanitarnego oraz samego pracownika lub byłego pracownika z wnioskiem o uzupełnienie dokumentów umożliwiających wydanie orzeczenie o stwierdzeniu lub o braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej (§ 6 ust. 5 rozporządzenia z 2009 r.). Oznacza to, iż postępowanie przed lekarzem orzecznikiem nie zostało ograniczone wyłącznie do zbadania stanu zdrowia osoby ubiegającej się o stwierdzenie choroby zawodowej, lecz musi odnosić się również bezpośrednio do ewentualnych niekorzystnych warunków, w jakich była ona wykonywana, przy szczególnym uwzględnieniu narażenia zawodowego w miejscu pracy. Wydaje się, że uregulowane wyżej zasady postępowania mają na celu zapewnienie możliwości orzekania przez lekarzy na podstawie pełnej wiedzy zarówno co do stanu zdrowia badanego pacjenta, jak i warunków wykonywanej przez niego pracy, z uwzględnieniem przebiegu zatrudnienia i narażenia zawodowego. Stąd też, jak zasadnie wywodzi W. Kisiel, lekarz medycyny pracy, wydając orzeczenie o chorobie zawodowej, ma odpowiedzieć na trzy pytania: 1) jaka choroba jest źródłem objawów, które uzasadniały zgłoszenie podejrzenia choroby zawodowej i wszczęcie całej procedury; 2) czy stwierdzona choroba jest objęta listą chorób zawodowych; 3) czy istnieje zależność przyczynowo – skutkowa między warunkami pracy a chorobą zawodową¹⁷. Dopiero orzeczenie, które spełnia wszystkie wymienione wymogi, może zostać zakwalifikowane jako orzeczenie zgodne z rozporządzeniem z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych, umożliwiające w dalszej kolejności wydanie właściwej decyzji o stwierdzeniu lub ewentualnie o braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej.

Rezultatem działań podjętych przez lekarza zatrudnionego w jednostce orzeczniczej I stopnia jest orzeczenie lekarskie (diagnoza), mocą którego stwierdzona zostaje choroba zawodowa, wymieniona w załączniku rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych lub też brak podstaw do jej stwierdzenia. Diagnoza powyższa nie ma jednakże charakteru ostatecznego, gdyż na podstawie § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych pracownik lub były pracownik, badany w jednostce orzeczniczej I stopnia, który nie zgadza się z treścią orzeczenia lekarskiego, może wystąpić z wnioskiem o przeprowadzenie ponownego badania przez jednostkę orzeczniczą II stopnia. Przepis powyższy niewątpliwie stanowi przepis uzupełniający zasady prowadzenia postępowania przed lekarzem orzecznikiem, umożliwiający dwukrotne przeprowadzenie badań lekarskich. Tym samym faza postępowania „medycznego” w sprawie o ustalenie choroby zawodowej została przewidziana przez ustawodawcę jako postępowanie dwustopniowe, czego nie można jednakże

¹⁷ W. Kisiel, *Decyzje i wyroki w sprawach chorób zawodowych (część 2)*, Przegląd Prawa Publicznego 2007, Nr 10, s. 33–34.

utożsamiać z dwuinstancyjnością. Orzeczenie lekarza orzecznika I stopnia nie stanowi bowiem aktu administracyjnego, lecz dokument będący opinią biegłego, w którym wypowiada się on w kwestii wystąpienia u osoby ubiegającej się o stwierdzenie choroby zawodowej, jednostki chorobowej wymienione w rozporządzeniu z dnia 30 czerwca 2009 r. Równocześnie, jak podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 23 lutego 2012 r.¹⁸, w postępowaniu w sprawie chorób zawodowych bez odwołania pracownika (byłego pracownika) od orzeczenia jednostki orzeczniczej medycznej I stopnia nie może znaleźć się w materiale dowodowym orzeczenie medycznej jednostki orzeczniczej II stopnia, bowiem tylko „odwołanie” w trybie § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych może doprowadzić do badania jednostki orzeczniczej II stopnia i wydania przez nią orzeczenia. Omawiany przepis jest o tyle istotny, iż – jak uprzednio wskazano – w przypadku czynności podejmowanych przed lekarzem orzecznikiem nie znajdują zastosowania przepisy określone w k.p.a. Konsekwentnie, wobec braku przepisów szczególnych, wątpliwości może powodować zakres czynności podejmowanych przez jednostkę orzeczniczą II stopnia oraz informacji, które winny znaleźć się w orzeczeniu wydanym przez lekarza II stopnia. W powyższym zakresie uznać jednakże należy, że obowiązkiem jednostki orzeczniczej II stopnia jest rzetelne i całościowe rozpoznanie sprawy obejmujące w szczególności konieczność przeprowadzenia własnych badań i skonfrontowania ich z wynikami uzyskanymi przez jednostkę I stopnia¹⁹. Tym samym orzeczenie powyższe winno zawierać zarówno relacje z badań przeprowadzonych przez jednostkę II stopnia, jak i ustosunkowanie się do przekazanego orzeczenia jednostki I stopnia, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności.

W świetle poczynionych powyżej rozważań diagnoza lekarska stanowi dowód z opinii biegłego, który winien być szczegółowo uzasadniony, i który powinien być, zgodnie z art. 80 kpa, oceniony przez organ inspekcji sanitarnej prowadzący postępowanie w przedmiocie choroby zawodowej. Jak pokazuje analiza orzeczeń sądów administracyjnych, orzeczeniu lekarza orzecznika przyznaje się jednakże szczególne miejsce w postępowaniu w przedmiocie stwierdzenia choroby zawodowej. Otóż zdaniem składów orzekających, organ prowadzący postępowanie o stwierdzenie choroby zawodowej jest związany rozpoznaniem choroby podanym w orzeczeniu lekarskim i nie jest uprawniony do kontroli merytorycznej tego orzeczenia ani też do dokonywania własnych ustaleń, prowadzących do odmiennego rozpoznania jednostki chorobowej²⁰. Tym samym organ nie może sprzecznie z orzeczeniami lekarskimi dokonać rozpoznania choroby zawodowej we własnym zakresie. Zdaniem sądów, specyfika omawianego postępowania

¹⁸ Sygn. akt II SA/Bd 619/11, niepubl.

¹⁹ Por. W. Kisiel, *Decyzje i wyroki...* (część 2), op. cit., s. 41.

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 marca 2007 r., VII SA/Wa 2429/06, niepubl.; wyrok NSA z dnia 5 stycznia 2007 r., II OSK 1078/06, niepubl.

w przedmiocie chorób zawodowych powoduje, iż w istocie inspektor sanitarny jest związany orzeczeniem lekarskim wydanym w sprawie, w tym znaczeniu, że organ ten nie jest uprawniony do kontroli merytorycznej orzeczeń lekarskich jednostek uprawnionych do rozpoznawania chorób zawodowych ani też do dokonywania własnych ustaleń prowadzących do odmiennego rozpoznania schorzenia. Jak bowiem wyjaśnił Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 r.²¹, rozpoznanie chorób zawodowych należy do właściwości jednostek medycznych określonych w § 5 rozporządzenia z dnia 30 czerwca 2009 r. i organy inspekcji sanitarnej nie są uprawnione do samodzielnej oceny dokumentacji lekarskiej, prowadzącej do odmiennego rozpoznania schorzenia. Prowadzi to do uznania, iż orzeczenia jednostek organizacyjnych służby zdrowia w kwestii rozpoznania choroby zawodowej lub braku do tego podstaw są wiążące dla organów inspekcji sanitarnej, jeżeli zostały one wydane z zachowaniem norm określonych w rozporządzeniu w sprawie chorób zawodowych. Podkreślenia wymaga, iż związaną powyższe dotyczy zarówno symptomów choroby, jak i przyczyn jej powstania. Tym samym ocena opinii lekarskich dokonywana i przez organ prowadzący postępowanie, i przez sąd administracyjny sprowadza się do badania ich pod względem formalnym, czyli oceny, czy wyjaśniają istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności wymagające wiadomości specjalnych i czy są rzeczowo i przekonująco uzasadnione z uwzględnieniem zagrożenia zawodowego, przebiegu i charakteru pracy osoby, która ubiega się o stwierdzenie choroby zawodowej. Skoro bowiem organ przed wydaniem decyzji dokonać musi na podstawie art. 80 k.p.a. oceny wiarygodności opinii to nie może on oprzeć swojego rozstrzygnięcia na orzeczeniu lekarskim, które niedostatecznie lub w sposób nieprzekonujący uzasadnia zajęte stanowisko²². Należy przyznać rację Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Gliwicach, który w wyroku z dnia 23 listopada 2010 r.²³ wskazał, że organ administracji nie może oprzeć swego rozstrzygnięcia w sprawie na opinii lekarskiej o lakonicznej treści, nie zawierającej przekonującego i należytego uzasadnienia bądź sprzecznej z przepisami prawa. W powyższym świetle za szczególnie istotne uznać należy uprawnienie przyznane państwowemu powiatowemu inspektorowi sanitarnemu w § 8 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych. Otóż zgodnie z powyższym przepisem, jeżeli organ prowadzący postępowanie przed wydaniem decyzji uzna, że materiał dowodowy jest niewystarczający do wydania decyzji, może żądać od lekarza, który wydał orzeczenie lekarskie, dodatkowego uzasadnienia tego orzeczenia lub też wystąpić do jednostki orzeczniczej II stopnia o dodatkową konsultację oraz podjąć inne czynności niezbędne do uzupełnienia tego materiału. Jak jednakże zauważył Naczelny Sąd Admini-

²¹ Sygn. akt II OSK 800/11, niepubl.

²² Wyrok WSA w Kielcach z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt II SA/Ke 510/11, niepubl.

²³ Sygn. akt II SA/Gl 572/10, niepubl.

stracyjny w wyroku z dnia 15 listopada 2011 r.²⁴, użyte w powołanym powyżej przepisie zwroty „dodatkowe uzasadnienie tego orzeczenia”, „dodatkowa konsultacja”, czy wreszcie „czynności niezbędne do uzupełnienia” nakazują wprost uznać, że postępowanie w tym zakresie ma charakter uzupełniający (dodatkowy) w porównaniu do wydanych uprzednio w sprawie orzeczeń lekarskich. Musi ono pozostawać w związku z nimi, a nawet odwoływać się do nich poprzez porównanie pojawiających się w sprawie wątpliwości z dotychczas ustalonymi wynikami postępowania medycznego. A więc uprawnienie, o jakim mowa w § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie chorób zawodowych, odnosi się wyłącznie do kwestii formalnych orzeczenia lekarskiego i nie może skutkować jego uchYLENIEM, czy też zmianą. Brak bowiem podstaw do uznania, aby wystąpienie do jednostki orzeczniczej o uzupełnienie orzeczenia, czy też jego ponowne uzasadnienie mogły prowadzić do zmiany diagnozy w przedmiocie choroby zawodowej. Z uwagi na fakt, iż omawiane rozporządzenie w istocie ma charakter techniczny, omawiany przepis nie daje podstaw do uznania, aby jednostka orzecznicza była uprawniona do uchYLENIA uprzednio wydanego orzeczenia i wydania nowej orzeczenia co do istoty sprawy.

Naczelny Sąd Administracyjny w powołanym uprzednio wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 r. wskazał, iż organy administracji prowadzące postępowanie w przedmiocie są związane orzeczeniami jednostek medycznych i nie dysponując przeciwdowodami, które mogłyby orzeczenia te podważyć, nie mają podstaw do przyjęcia, że rzeczywisty stan zdrowia pracownika/byłego pracownika kształtuje się odmiennie od wyników badań stanowiących postawę orzeczeń lekarskich²⁵. Oznacza to, iż – zdaniem sądu – brak jest możliwości kwestionowania diagnozy zawartej w orzeczeniu, jeżeli nie budzi ona wątpliwości w świetle pozostałych dowodów zebranych w sprawie. Możliwe jest jednak powstanie sytuacji, w której już po uzyskaniu orzeczenia lekarskiego materiał dowodowy zostanie uzupełniony w znacznym zakresie, w szczególności o fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W powyższym przypadku, jak wyjaśnił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 14 lutego 2012 r.²⁶, konieczne jest wydanie nowego orzeczenia lekarskiego, którego diagnoza zostanie sformułowana po rozpatrzeniu nowego materiału dowodowego. Zdaniem sądu, choć orzeczenie lekarskim właściwej jednostki medycznej stanowi istotny dowód w sprawie, to jednak uzasadnienie decyzji w przedmiocie choroby zawodowej wymaga wszechstronnego uzasadnienia obejmującego ustosunkowanie się do całości zgromadzonego materiału dowodowego. Stąd w sytuacji, gdy zakres, o jaki uzupełniono postępowanie dowodowe, dezaktualizował znaczną część uzasadnienia orzeczenia lekarskiego konieczne jest, aby przed wydaniem decy-

²⁴ Sygn. akt II OSK 1921/11, niepubl.

²⁵ Podobne stanowisko zajęto w wyroku WSA w Gliwicach z dnia 27 lipca 2010 r., sygn. akt IV SA/GL 752/09, niepubl.

²⁶ Sygn. akt II SA/Bk 565/11, niepubl.

zji do materiału powyższego ustosunkowała się jednostka medyczna orzekająca w sprawie choroby zawodowej. Co więcej, zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku, to ustosunkowanie się do uzupełnionego postępowania wyjaśniającego musi mieć miejsce w drodze wydania nowego orzeczenia lekarskiego, które powinno uwzględniać cały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie. Stąd, jak uznał powyższy sąd, jest możliwe sformułowanie tezy, iż w każdym przypadku postępowania o stwierdzenie choroby zawodowej, w którym po wydaniu orzeczenia lekarskiego nastąpi uzupełnienie materiału dowodowego w znacznym zakresie, w szczególności gdy nowe dowody przeprowadzono na okoliczność faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, konieczne jest wydanie nowego orzeczenia lekarskiego, którego diagnoza zostanie sformułowana po rozpatrzeniu nowego materiału dowodowego. Stanowisko to uznać należy za prawidłowe. Niewątpliwie dowód z opinii lekarza ma szczególny charakter, gdyż przesądza o stwierdzeniu choroby zawodowej. Jednakże orzeczenie powyższe nie odnosi się wyłącznie do stanu zdrowia osoby ubiegającej się o stwierdzenie choroby zawodowej, lecz obejmuje również, w świetle powołanego uprzednio § 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych przeprowadzone badania lekarskie i pomocnicze, dokumentację medyczną pracownika lub byłego pracownika, dokumentację przebiegu zatrudnienia oraz oceny narażenia zawodowego. Orzeczenie lekarskie jednostki orzeczniczej nie jest więc niezależne od innych dowodów zebranych w sprawie. Stąd też podważenie któregoś z powyższych dowodów lub też uzupełnienie materiału o nowe, nieznane w momencie wydawania orzeczenia, dokumenty (np. badania pomocnicze wykonane przez inne placówki), może prowadzić do wydania nowej diagnozy lekarskiej. Wydaje się, że argument powyższy przesądza również, iż orzeczenie to nie może być uznane za akt administracyjny. Skoro bowiem nie stosuje się do niego przepisów k.p.a., a w orzecznictwie sądów administracyjnych dopuszcza się wydanie ponownego orzeczenie lekarza orzecznika, to brakuje podstaw do uznania, aby diagnoza lekarska korzystała z powagi rzeczy osądzonej. Tym samym stan związania wydanym orzeczeniem trwa po stronie organu administracji publicznej prowadzącego postępowania tak długo, aż właściwy lekarz orzecznik nie wyda nowego, odmiennego orzeczenia. Istotą prowadzonego postępowania musi być bowiem ustalenie, czy w momencie wydawania decyzji przez powiatowego inspektora sanitarnego, w świetle aktualnego orzeczenia lekarskiego wydanego na podstawie kompletnego materiału dowodowego, strona mogła zostać uznana za osobę cierpiącą na jedną z chorób zawodowych wymienionych w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, wskazać należy, iż orzeczenie w przedmiocie rozpoznania choroby zawodowej wydane przez lekarza jednostki orzeczniczej określonej w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych stanowi kwalifikowany dowód z opinii

biegłego, podlegający ocenie przez powiatowego inspektora sanitarnego prowadzącego postępowanie w przedmiocie stwierdzenia choroby zawodowej. Orzeczenie – o którym mowa – wiąże organ prowadzący postępowanie w zakresie rozpoznania choroby zawodowej, przy czym uzupełnienie już po jego uzyskaniu materiału dowodowego w znacznym zakresie umożliwia wystąpienie do jednostki orzecznicznej o wydanie nowej diagnozy.

STRESZCZENIE

Podstawowym dowodem w sprawie stwierdzenia lub braku podstaw do stwierdzenia choroby zawodowej jest orzeczenie lekarskie wydane na podstawie § 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie chorób zawodowych. Brak orzeczenia o stwierdzeniu choroby zawodowej wyklucza bowiem możliwość uznania, że dana jednostka chorobowa miała swoje pochodzenie w warunkach wykonywania pracy zawodowej. Stąd też celem opracowania było scharakteryzowanie orzeczenia lekarskiego jako dowodu w postępowaniu w przedmiocie stwierdzenia choroby zawodowej. Podjęte rozważania doprowadziły do wniosku, że orzeczenie w przedmiocie rozpoznania choroby zawodowej wydane przez lekarza jednostki orzecznicznej stanowi kwalifikowany dowód z opinii biegłego, podlegający ocenie przez powiatowego inspektora sanitarnego prowadzącego postępowanie w przedmiocie stwierdzenia choroby zawodowej. Orzeczenie to wiąże organ prowadzący postępowanie dotyczące rozpoznania choroby zawodowej, przy czym ewentualne uzupełnienie materiału dowodowego umożliwia w znacznym zakresie wystąpienie do jednostki orzecznicznej o wydanie nowej diagnozy.

SUMMARY

The basic evidence in the proceeding to declare or lack of grounds to declare an occupational disease is a medical opinion issued in accordance with § 6 of the Council of Ministers Ordinance on Occupational Diseases of 30 June 2009. A lack of a medical opinion stating an occupational disease rules out the possibility of declaring that a disease originates from working conditions. Because of that, the work aims to characterize a medical opinion as evidence in the proceeding to declare an occupational disease. The presented considerations lead to a conclusion that a medical opinion stating an occupational disease issued by a physician from a dedicated medical commission is a valid proof by an expert that is subject to assessment by a regional sanitary inspector conducting the proceeding to declare an occupational disease. The above-mentioned opinion is binding for the organ conducting the proceeding to declare an occupational disease, however, it can still ask the medical commission to issue a new diagnosis in order to supplement the evidence if possible.

RÉSUMÉ

La preuve principale dans le cas de confirmer ou non une maladie professionnelle est une décision médicale délivrée à la base du § 6 du règlement du Conseil des ministres du 30 juin 2009 relatif aux maladies professionnelles. Le manque de certificat sur une maladie professionnelle exclut complètement la possibilité de constater qu'une maladie citée a trouvé ses origines dans les conditions de l'exécution du travail professionnel. Dans ces circonstances le but de l'article est de caractériser les décisions médicales en tant qu'une preuve de procédure pour confirmer une maladie professionnelle. Les réflexions décrites montrent une conclusion que la décision concernant le diagnostic d'une maladie professionnelle validée par un médecin de la commission de certification peut être qualifiée comme preuve d'après l'opinion du prud'homme et de cette manière peut être évaluée par l'inspecteur sanitaire local qui mène la procédure pour confirmer la maladie professionnelle. Cette décision est définitive pour l'organe qui mène la procédure pour confirmer la maladie professionnelle et seulement l'action de compléter le matériel de preuves donne cette possibilité pour procéder à nouveau un diagnostic devant une unité de confirmation.

РЕЗЮМЕ

Основным доказательством в вопросе о наличии либо отсутствии оснований для констатации профессионального заболевания является врачебное заключение, выданное на основе § 6 Распоряжения Совета Министров от 30 июня 2009 года относительно профессиональных заболеваний. Отсутствие заключения о наличии профессионального заболевания исключает таким образом возможность установления, что данное заболевание явилось следствием выполнения профессиональных обязанностей. Исходя из этого, автор поставил своей целью также рассмотрение и характеристику врачебного заключения как доказательства в ходе разбирательства по делу установления профессиональной болезни. Предпринятые рассуждения позволили прийти к выводу, что заключение в деле об установлении профессионального заболевания, выданное врачебной комиссией, является квалифицированным доказательством при экспертном заключении, которое должно быть оценено инспектором местного органа здравоохранения, участвующего в разбирательстве по делу об установлении профессионального заболевания. Это заключение является решающим для органа, ведущего разбирательство по делу установления профессионального заболевания, причём возможные дополнения к доказательству в значительной степени позволяют обратиться к врачебной комиссии с поручением предоставить новый диагноз.

JAROSŁAW SOZAŃSKI

NIEDOSTATKI UNIJNEJ OCHRONY
INDYWIDUALNYCH PRAW KONSUMENTA W POLSCE

1. Zakres ochrony konsumenta w prawie Unii a jej ujęcie w Polsce

Prawo Unii (unijny dorobek prawny – *acquis de l'Union*) przewiduje szeroką ochronę praw konsumenta (ze szczególnym wyeksponowaniem praw indywidualnych), ujmowaną jako istotny element rynku i konkurencji oraz interpretowany w kontekście całego *acquis*. Co więcej, w porządku unijnym ochrona ta jest ściśle powiązana z regulacyjną sferą zakazu dyskryminacji, a także praw człowieka i ogólnych zasad prawa, w tym (nowej kategorii) wartości Unii¹. Traktat z Lizbony daje nowe ujęcie praw człowieka (w tym wartości UE), sytuując je na szczycie porządku hierarchicznego *acquis*. Jednakże w polskim systemie prawnym wiele wskazuje na to, że akty chroniące prawa konsumenta są traktowane jako pojedyncze i oderwane, a istotne znaczenie przydaje się tu tylko prawom zbiorowym (interpretowanym zawężająco²), przy czym słabe i skromne są struktury indywidualnej ochrony konsumenta.³ Co więcej, są podstawy by sądzić, że UOKiK, rzecznicy konsumenta oraz sądy konkurencji i konsumenta nie dostrzegają związku indywidualnych praw konsumenta (jeśli je dostrzegają

¹ *Wartości Unii* – nowa kategoria prawa UE, niezwykle istotna dla struktury *acquis de l'Union* oraz praw podmiotowych, wprowadzona w Lizbonie przez przepis art. 2 TUE, która dotąd nie doczekała się uznania w doktrynie – por. J. Sozański, *Ogólne zasady prawa a wartości Unii*, Wyd. Adam Marszałek 2012, s. 389 i n.

² UOKiK dla przykładu, popularne u nas praktyki narzucania indywidualnym konsumentom modeli i wzorów umów oraz umieszczania w nich klauzul zabronionych nie uznaje za odnoszące się do praw zbiorowych, choć mają one bez wątpienia takie cechy.

³ Por. M. Pięglowski, *Podstawy ochrony prawnej konsumenta – przepisy i przykłady*, CeDeWu, Warszawa 2012, s. 15 i n.; I. Nestoruk, *Prawo konsumenckie w Polsce i Unii Europejskiej*, CH. Beck 2011, s. 21 i n.; E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 2; J. Maliszewska-Nienartowicz, *Ewolucja ochrony konsumenta w europejskim prawie wspólnotowym*, Toruń 2004, s. 11 i n. Zob. też w literaturze zachodniej: J. Devenney, M. Kenny, *European Consumers Protection*, Oxford Publication Press 2012, s. 7 i n.; Ch. Verdure, *Environmental Law and Consumer Protection*, Brussels 2011, Ed. Larcier, s. 27 i n.; I. Lagocka-Poguntke, *The Evolution of EC Consumer Protection in the Field of Consumer Credit*, Frankfurt aM, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2012, s. 19 i n.; *Consumer Law & Protection: A Practical Approach for Paralegals and the Public*, by Neal R. Bevans, CAP, North Carolina 2011, s. 15 i n.

w ogóle, bo nasze prawo je chyba marginalizuje) z istotą (*hard core*) konkurencji oraz z zasadami niedyskryminacji i ochroną praw człowieka (praw podstawowych). Jeśli powyższe byłoby prawdą, to postępowanie władz oznaczałoby nie tylko brak zrozumienia obowiązku ujmowania regulacji prawa Unii w kontekście całego *acquis*, ale także działanie przeciw indywidualnym interesom konsumenta, traktowanym (wbrew prawu UE i na szkodę konkurencji) jako mało istotne. Taka pozycja władz ustawodawczych i wykonawczych RP nie pozostaje zarazem w zgodzie z konstytucyjnymi zasadami dobra wspólnego, zaufania obywatela do państwa oraz proporcjonalności i subsydiarności.

Unia Europejska (UE) posiada jednolity, otwarty rynek obejmujący 27 (wkrótce 28) państw i ponad 490 mln konsumentów. Umożliwia to konsumentom dostęp do szerokiego asortymentu produktów i usług oraz daje możliwość zakupu towarów po konkurencyjnych cenach, bez trudności związanych z cłami, podatkami oraz w strefie euro – z kursami wymiany walut, a także z poszanowaniem ich praw indywidualnych. Aktualne badania wskazują, że konsumenci nie zawsze korzystają w pełni z możliwości oferowanych przez jednolity rynek, a wciąż czują się niepewnie, kupując towary lub usługi w innym kraju UE albo przez Internet. Jednakże między zakresem ochrony w poszczególnych państwach UE występują duże różnice, a zwłaszcza między państwami starej Unii a Europą Wschodnią⁴.

Ochrona konsumentów, ich interesów i bezpieczeństwa wpisuje się w ogólny cel UE, jakim jest poprawa jakości życia obywateli UE i poszanowanie ich praw (indywidualnych praw podmiotowych). Dlatego Unia dokłada starań, by zapewnić swoim obywatelom ochronę w ramach najważniejszych, podstawowych zasad ochrony konsumenta, niezależnie od tego, co kupują i w którym miejscu UE się znajdują. Zasady konsumenta (*dekalog konsumenta*)⁵ stanowią minimum praw konsumenta, które powinny być zagwarantowane we wszystkich państwach UE. Jednakże państwa mogą zapewniać szerszy i większy zakres uprawnień. Władze UE pragną ulepszyć te prawa i zagwarantować równość co do ich treści i stosowania, gdyż uznają, że zaufanie konsumentów jest bardzo ważne dla konkurencyjności i rozwoju Unii Europejskiej⁶. Należy jednak też zwrócić uwagę na aspekt *in minus* – prawo Unii (d. wspólnotowe) chroniło *prawa konsumenta* mniej intensywnie i efektywnie niż inne pozostałe prawa człowieka; ich regulacja rzadko miała charakter bezwzględny, a w Karcie Praw Podstawowych zostały

⁴ Zob. J. Devenney, M. Kenny, *European Consumers...*, s. 29 i n.

⁵ Chodzi tu o 10 *zasad konsumenta* wprowadzonych przez Komisję Europejską i traktowanych powszechnie w UE jako standard prawny. Są to: 1. Zakupy według własnego uznania i w wybranym przez siebie miejscu; 2. Jeśli artykuł jest wadliwy, zwróć go; 3. Wysokie normy bezpieczeństwa żywności i innych towarów konsumpcyjnych; 4. Dowiedz się co spożywasz; 5. Warunki umów muszą być uczciwe dla konsumentów; 6. Konsumenci mogą zmienić zdanie; 7. Ułatwione porównywanie cen; 8. Konsument nie może być wprowadzany w błąd; 9. Ochrona podczas urlopu; 10. Pomoc w skutecznym rozstrzygnięciu sporów transgranicznych.

⁶ Por. oficjalna strona UE: http://europa.eu/pol/cons/index_en.htm

ujęte jako ostatni przepis rozdziału IV, z zaznaczeniem, iż gwarantować je mają *polityki Unii*.

Obecnie konsumenci dostają wiele ofert handlowych – pocztą, telefonicznie czy przez Internet. Mogą odnosić wrażenie, że dzięki technikom sprzedaży na odległość można zaoszczędzić. Jednakże, inaczej niż w przypadku sprzedaży bezpośredniej, klient ma mniejsze możliwości zadawania pytań i nie ma pewności, czy kupowany produkt w pełni mu odpowiada. Przepisy prawa UE w zakresie sprzedaży towarów i usług finansowych, w tym na odległość **chronią prawa konsumenta w następujący sposób:**

- **Zakazują nieuczciwych praktyk** handlowych zobowiązujących konsumenta do zapłacenia za usługę, którą nie był zainteresowany.
- Ograniczają możliwość stosowania innych praktyk, takich jak przekazywanie drogą telefoniczną lub pocztą elektroniczną niezamówionych informacji handlowych (**telemarketing i spam**).
- Zobowiązują przedsiębiorstwa oferujące **usługi finansowe** do przekazania konsumentom przed zawarciem umowy **wszelkich niezbędnych informacji**, w tym danych kontaktowych dostawcy, ceny i warunków płatności, praw i obowiązków wynikających z umowy oraz sposobu wykonania oferowanej usługi.
- Dają konsumentowi **prawo do odstąpienia od umowy** w okresie wynoszącym zwykle 14 dni, a w przypadku ubezpieczenia na życie i indywidualnych planów emerytalnych – 30 dni.
- Przepisy zapewniają konsumentowi **prawo do równości**, w tym w sferze praw i obowiązków oraz formułowania treści kontraktu (jego naruszenie przez drugą stronę jest deliktem).
- Podobnie są chronione **kredyty konsumenckie**. Pożyczenie pieniędzy (kredyt konsumencki) jest użyteczne dla konsumentów kupujących samochody, wycieczki, meble czy ubrania. Zbyt duże obciążenie kredytem może być jednak ryzykowne. Biorąc kredyt konsumencki, konsumenci mają zagwarantowane minimum praw. Przepisy UE ustanawiają obowiązki kredytodawców dotyczące zarówno warunków umowy kredytu (np. prawo do przedterminowej spłaty), jak i informacji, które powinni przekazać⁷.
- Stwarzają **gwarancje bezpieczeństwa i jakości produktów**, w tym też bezpieczeństwa żywności (dwa odrębne działy regulacji unijnych, a także struktury organizacyjne).

Odpowiedzialność producentów i dystrybutorów za działania naprawcze jest zróżnicowana stosownie do okoliczności. Przedsiębiorstwa powinny zawierać umowy ze swoimi dostawcami określające zakres odpowiedzialności obu stron za działania naprawcze. Producent musi podjąć właściwe działania naprawcze, aby zapobiec niebezpieczeństwom związanym z produktem. W kontekście dzia-

⁷ Ibidem.

łań naprawczych producent jest definiowany jako: – wytwórca produktu, gdy działa na terenie Unii; – inna osoba występująca jako wytwórca (w tym inny producent), umieszczając na produkcie swoje nazwisko, nazwę, znak firmowy lub inne odróżniające oznaczenie, lub osoba, która dokonuje modyfikacji produktu, naprawia go lub regeneruje; – przedstawiciel producenta, gdy producent nie działa na terenie Unii lub jeżeli na terenie Unii nie działa przedstawiciel, importer produktu; – inne osoby uczestniczące w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli ich działanie może wpłynąć na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem. Odrębne zagadnienie unijne (i odnośne regulacje) stanowi certyfikacja **cech technicznych** produktu.

Europejska strategia **bezpieczeństwa żywności**: a) obejmuje bezpieczeństwo żywności, zdrowie i dobrostan zwierząt oraz zdrowie roślin; b) gwarantuje możliwość śledzenia pochodzenia żywności od momentu jej wyprodukowania, aż do chwili gdy pojawi się na stole konsumenta (również wtedy, gdy przekracza granice wewnętrzne UE). Strategia przyczynia się także do zniesienia ograniczeń w handlu i zapewnienia szerokiego wyboru różnorodnej żywności; c) zakłada przestrzeganie surowych norm zarówno w odniesieniu do żywności wyprodukowanej w UE, jak i żywności importowanej. Wyniki badań naukowych to podstawa, na której UE opiera się przy podejmowaniu decyzji dotyczących żywności. Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA) udziela porad przy opracowywaniu prawodawstwa oraz doradza decydentom w przypadku wystąpienia zagrożeń związanych z żywnością.

Obowiązkowa jest też przejrzystość cen. Po wprowadzeniu w 2002 r. przepisów zakazujących producentom samochodów tworzenia sieci selektywnej lub wyłącznej dystrybucji wzrosła konkurencja pomiędzy dostawcami, z korzyścią dla obywateli UE. Również wprowadzenie euro w 2002 r. ułatwiło konsumentom porównywanie cen i zakupy w różnych krajach bez potrzeby wymiany waluty. Komisja publikuje co roku sprawozdanie na temat cen samochodów pokazujące, w których krajach są one najwyższe, a w których najniższe. Istnieje również wiele stron internetowych, gdzie można znaleźć porównanie cen samochodów i najlepsze oferty dotyczące sprzedaży samochodów, części samochodowych i serwisu. Można sprawdzić, czy lokalne organizacje ochrony konsumenta szczególnie polecają którąś z tych stron⁸.

Robiąc **zakupy w innym państwie UE**, konsument za towar unijny płaci cenę całkowitą, tzn. nie musi zwracać VAT ani dopłacać ceł przywozowych (inaczej niż w przypadku wwozu towarów spoza UE). Zasada ta obowiązuje niezależnie od tego, czy konsument jedzie do innego kraju na zakupy, czy zamawia towary przez Internet, drogą pocztową lub przez telefon.

⁸ J. Devenney, M. Kenny, *European Consumers...*, s. 37 i n.

Ceny jednostkowe. Zgodnie z przepisami UE każdy sprzedawca musi w widoczny sposób **wyeksponować informację o pełnych cenach**, obejmujących VAT, wszystkich towarów przeznaczonych do sprzedaży konsumentom indywidualnym. W przypadku towarów sprzedawanych luzem, takich jak owoce, warzywa czy benzyna, powinna być wystawiona cena jednostkowa (tj. cena za kilogram lub litr). Należy ułatwiać konsumentom porównywanie cen oferowanych przez różnych sprzedawców⁹.

Nieuczciwe warunki kontraktów, w tym **klauzule zabronione**, są zakazane przez prawo UE. Przepisy te zabronią także stosowania nieuczciwych praktyk handlowych takich, jak:

- **Reklama wprowadzająca w błąd** Każdy przedsiębiorca mający siedzibę w UE, który twierdzi, że dany produkt wywołuje określony skutek, będzie musiał być w stanie to udowodnić. Reklama nie może twierdzić np., że dany produkt wyleczy jakąś chorobę, jeśli nie ma on takich właściwości, lub że jest (naj) lepszy.
- **Agresywne praktyki** oznaczają, że ceny towarów i usług muszą być stałe i wcześniej znane; nie wolno też wywierać nacisku, wykorzystując przewagę nad konsumentem. Prawo UE zabrania takich praktyk.
- **Agresywna sprzedaż obwoźna jest zabroniona.** Sprzedawca nie może ignorować prośby zaprzestania ofert. Takie zachowanie jest kwalifikowane jako agresywna praktyka i jest zakazane.
- **Klauzule niedozwolone** w umowach.
- **Podróżowanie** samolotami i innymi środkami, w tym służbowo, turystycznie, jak też ze zwierzętami, jest regulowane przepisami UE.
- **Rozstrzygnięcie sporów konsumenckich.**
- **Korzystanie z nieruchomości w systemie podziału czasu (*timeshare*)**¹⁰.

Zakres ochrony praw jest szeroki, ale wymagana jest też dbałość konsumenta o jego prawa. Kiedy np. kontrahent wywiera nacisk na zawarcie umowy, zaleca się żądanie odeń znajomości i wymienienia praw konsumenta, a także pełnej informacji o charakterze zawieranego kontraktu.

Odnosząc się do zasad zawierania umowy, jeżeli konsument zdecyduje np. podpisać umowę o **korzystanie z nieruchomości w systemie podziału czasu**, przepisy przyznają mu prawo do odstąpienia od umowy w okresie wynoszącym co najmniej 10 dni. Do końca tego okresu może on na własne życzenie anulować umowę bez konieczności ponoszenia jakichkolwiek opłat. W okresie tym przedsiębiorstwo nie ma prawa żądać przedpłaty, więc należy unikać przedpłat. Zawierając umowę o korzystanie z nieruchomości w systemie podziału czasu, nabywa się **prawo do corocznego korzystania z obiektu wypoczynkowego przez określony czas**. Takim

⁹ I. Lagoocka-Poguntke, op. cit., s. 53 i n.

¹⁰ Por. oficjalna strona UE: http://europa.eu/pol/cons/index_en.htm

obiektem wycieczkowym jest zwykle willa, dom lub mieszkanie. Przepisy UE mają zastosowanie do umów o korzystanie z nieruchomości w systemie podziału czasu zawartych na co najmniej trzy lata i gwarantujących pobyt co roku o długości co najmniej jednego tygodnia. Należy sprawdzić, **czy zachowano minimalne prawa**. Niezależnie od sytuacji i rodzaju oferowanych rozwiązań, należy sprawdzić, czy uprawnienia są zagwarantowane w podstawowym zakresie, na przykład – czy przewidziano prawo do odstąpienia od umowy w określonym czasie oraz czy prospekt i umowa są w znanym konsumentowi języku. Jeśli warunki te nie są spełnione, należy odrzucić taką ofertę. Przed podpisaniem umowy o korzystanie z nieruchomości w systemie podziału czasu zebrać jak najwięcej informacji, w tym szczegółowe dane na temat: **całkowitych kosztów**, w tym opłat prawnych, kosztów gazu, prądu i wody oraz rocznych opłat administracyjnych i konserwacyjnych; **okresu obowiązywania umowy; obiektu wycieczkowego**. Jeśli jest on w budowie, należy sprawdzić, czy zostało wydane pozwolenie na budowę, zapoznać się ze stanem zaawansowania prac oraz zakresem pozostałych robót; **rodzaju oferowanej umowy o korzystanie z nieruchomości w systemie podziału czasu**. Trzeba sprawdzić: własność (lub współwłasność) gruntu, czy można go sprzedać lub dokonać cesji praw, a ponadto – **warunki umowy, kwalifikacje osób zajmujących się bieżącym zarządzaniem** obiektem i **pracami konserwacyjnymi**¹¹.

Prawo Unii przewiduje obowiązek zapewnienia praw konsumenta zarówno w systemie działania urzędów antymonopolowych (ochrony konkurencji) i innych organów administracji publicznej, jak i wyspecjalizowanych struktur (w tym powiązanych z niedyskryminacją), a także ochronę tych praw ze strony władz, w tym sądów.

2. Rozwój ochrony konsumenta w UE i regulacje problemu

Choć Traktat Rzymski nie wymieniał ochrony konsumenta, to jednak zawierał takie postanowienia, które mogły stanowić uzasadnienie do jej podjęcia. Chodzi tu głównie o przepisy mające na celu zapewnienie swobody przepływu towarów, osób i usług oraz regulujące zasady konkurencji we Wspólnocie. One to właśnie miały, w pośredni sposób, zabezpieczyć słuszne interesy konsumentów.

Kilkanaście lat po przyjęciu Traktatu Rzymskiego, panujące wcześniej przekonanie, że wolny rynek i konkurencja zabezpieczy pozycje konsumenta, okazało się nieprawdziwe¹². Zachwiana została naturalna równowaga pomiędzy konsumentami a firmami, w czym można upatrywać genezy pierwszego programu ochrony konsumentów EWG z 1975 r. Drugi etap rozwoju prawa konsumenckiego był

¹¹ Ibidem. Zob. też Ch. Verdure, op. cit., s. 49 i n.

¹² Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, op. cit., s. 20 i n.; I. Lagocka-Poguntke, *The Evolution...*, s. 57 i n.

związany z przyjęciem programu Rady z 19 maja 1981 r., dotyczącym polityki informowania i ochrony konsumentów. Zachowano w nim główne cele i zasady starego programu, intensyfikując działania Wspólnoty na rzecz ochrony konsumenta¹³. Mimo braku mocy wiążącej obu programów, nie można lekceważyć ich znaczenia. Stanowiły one wyraz konsensusu na rzecz ochrony konsumenta, jaki udało się osiągnąć państwom członkowskim. Dały one niezbędny impuls instytucjom Wspólnoty, przede wszystkim Komisji, do występowania z projektami aktów prawnych w tej dziedzinie.

Oceny realizacji dotychczasowych programów dokonała Komisja w Komunikacie w sprawie nowego impulsu dla polityki ochrony konsumentów wydanym 14 lipca 1985 r.¹⁴ Wśród przyczyn niewielkiego jedynie postępu podano wymóg jednomyślności przewidziany w przepisach art. 100 i 235 TEWG (potem art. 94 i 308 TWE). Wystarczył wtedy brak zgody jednego z państw członkowskich, aby projekt upadł, co hamowało rozwój prawa konsumenckiego. Przyjęto jednak szereg aktów prawnych, poświęconych ochronie konsumenta, w tym: dyrektywę Rady 84/45/EWG z 10 września 1984 r. o reklamie wprowadzającej w błąd i dyrektywę Rady 85/577/EWG z 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w umowach zawieranych poza siedzibą przedsiębiorstwa¹⁵ oraz dyrektywę Rady 87/102/EWG z 22 grudnia 1986 r. w sprawie harmonizacji ustaw i przepisów wykonawczych państw członkowskich dotyczących kredytów konsumenckich¹⁶.

Duże znaczenie miał tu Jednolity Akt Europejski (JAE) przyjęty ostatecznie 28 lutego 1986 r.¹⁷ Nie wprowadził on wprawdzie odrębnej polityki ochrony konsumenta, ale dodał nowy art. 100 A (potem art. 95 TWE), stanowiący zasadę głosowania w Radzie większością kwalifikowaną. Wpłynęło to na przyspieszenie harmonizacji prawa w omawianej dziedzinie. Ponadto JAE nakładał na Komisję obowiązek zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumenta. Wszystko to nadało tej ochronie nową dynamikę. Rozszerzono też katalog środków prawnych ochrony konsumenta, dopuszczając tu także rozporządzenia.

Dalsze priorytety polityki ochrony konsumenta wytyczyła rezolucja Rady Ministrów z 9 listopada 1989 r.¹⁸ Były to: reprezentacja konsumentów, ogólne bezpieczeństwo towarów i usług, ułatwienie otrzymania odszkodowania oraz integracja polityki prokonsumenckiej z innymi priorytetami Wspólnoty. Formalne uznanie ochrony konsumenta za jeden z podstawowych obszarów zainteresowania Wspólnot Europejskich nastąpiło dopiero w Traktacie z Maastricht, podpisanym 7 lutego 1992 r., a obowiązującym od 1 listopada 1993 r. Do TWE został wpro-

¹³ Program – OJ C 133 z 3.06.1981 r. (używam tu powszechnie znanego skrótu od nazwy angielskie Dziennika Urzędowego UE – OJ ze względu na stosowanie u nas wielu różnych mało czytelnych skrótów).

¹⁴ COM (85) 314 final.

¹⁵ OJ L 250 z 19.09.1984 r.; OJ L 37 z 31.12.1985 r.

¹⁶ OJ L 42 z 12.02.1987 r.

¹⁷ OJ L 169 z 11.01.1987 r.

¹⁸ OJ C 294 z 22.11.1989 r.

wadzony nowy tytuł „Ochrona konsumenta” (art. 129 A, potem art. 153 TWE), do którego dodany punkt podniósł ochronę konsumenta do rangi zasadniczych celów Wspólnot. Wprowadzono regułę minimalnej harmonizacji, która pozwalała państwom członkowskim na dalej idącą ochronę konsumenta niż przewiduje to prawo wspólnotowe. Znaczenie Traktatu z Maastricht polega na tym, że prawo konsumenckie mogło rozwijać się jako autonomiczny cel Wspólnoty, a nie jak wcześniej, część regulacji wspólnego (wewnętrznego) rynku¹⁹.

Ochrona konsumentów w zakresie usług finansowych pojawia się po raz pierwszy w planie Komisji na lata 1996-1998²⁰, zapewniając zwiększoną ochronę w związku ze stworzeniem rynku wewnętrznego i szybkim rozwojem instytucji finansowych. Kolejnym istotnym aktem prawa pierwotnego był Traktat Amsterdamski z 1997 r., który wszedł w życie 1 maja 1999 r. Rozszerzył on zakres ochrony konsumenta (art. 153 TWE) o prawo do informacji, edukacji i organizowania się w celu ochrony własnych interesów. Wprowadził również nowy art. 153 ust. 2 TWE nakładający na instytucje Wspólnoty obowiązek uwzględniania wymogów ochrony konsumenta przy definiowaniu i realizacji innych celów Wspólnoty. Następnym działaniem był program dotyczący polityki ochrony konsumenta przyjęty przez Komisję Europejską na lata 1999–2001²¹. Wyeksponowano tu: wzmocnienie głosu konsumentów na forum Unii Europejskiej, zapewnienie wysokiego poziomu zdrowia i bezpieczeństwa konsumentów oraz pełne respektowanie ekonomicznych interesów konsumentów. Pewnego podsumowania osiągnięć Wspólnoty w omawianej dziedzinie dokonała Komisja w Zielonej Księdze o ochronie konsumenta w UE z 2001 r.²² Wskazano tam, że w zakresie ochrony konsumenta na rynku wewnętrznym występuje fragmentaryczny zespół regulacji i system ich stosowania. Z drugiej jednak strony wszystkie państwa członkowskie mają dobrze rozwinięty system przepisów służących ochronie konsumenta. Z uwagi na zakończenie poprzedniego planu działania 7 maja 2002 r. Komisja skierowała Komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomicznego i Społecznego oraz Komitetu Regionów o strategii polityki konsumenckiej na lata 2002–2006²³. Celami, które Komisja uznała tu za priorytetowe, były: wysoki wspólny poziom ochrony konsumenta, efektywne wdrażanie przepisów prawnych służących tej ochronie, a także włączenie organizacji konsumenckich w realizację celów Unii Europejskiej. 6 kwietnia 2005 r. Komisja przyjęła kolejny program ochrony zdrowia i konsumentów eksponujący: zwiększenie umiejętności obywateli do podejmowania korzystnych decyzji w sprawach ich zdrowia i interesów konsumenckich, zapewnienie wysokiego poziomu ochrony dla wszystkich konsumentów w Unii Europejskiej, zwiększenie możliwości konsumentów do samodzielnego promowania swoich interesów (*helping consumers help*

¹⁹ Por. E. Łętowska op. cit., s. 18 i n. oraz I. Łagocka-Poguntke, op. cit., s. 61 i n.

²⁰ COM (95) 519 final, Bruksela 31.10.1995 r.

²¹ COM (98) final.

²² COM (2001) final, Brussels 2.10.2001 r.

²³ OJ C 121 z 25.06.2002 r.

themselves). 20 czerwca 2005 r. Rada UE przyjęła dyrektywę 2005/29/EC dotyczącą praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów, mającą przede wszystkim przeciwdziałać oszukańczym i agresywnym praktykom²⁴. Duże znaczenie ma dyrektywa 2006/114/WE PE i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej²⁵. Ważne jest też **rozporządzenia PE i Rady nr 2006/2004/WE z 27.10.2004 r. o współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów**²⁶. Istotne są tu normy traktatowe TFUE i KPP²⁷.

Dyrektywy konsumenckie odgrywają ważną rolę w przedmiotowej ochronie. 10.10.2011 r., po trzech latach negocjacji, Rada UE przyjęła nową Dyrektywę w sprawie praw konsumentów. Przyjęty przez Radę UE dokument harmonizuje, a jednocześnie zastępuje Dyrektywę 85/577/EWG w sprawie umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa i Dyrektywę 97/7/WE w sprawie umów zawieranych na odległość.

Obowiązujące do tej pory regulacje dotyczące e-commerce oraz sprzedaży bezpośredniej zostały objęte Dyrektywą, która zakłada pełną harmonizację przepisów w tym zakresie w UE. Jak wynika z jej treści, państwa członkowskie nie będą mogły utrzymać ani przyjąć przepisów odbiegających od określonych Dyrektywą²⁸. Na pełną transpozycję przepisów państwom członkowskim wyznaczono termin 2 lat od daty wejścia w życie Dyrektywy. Istotne jest przedstawienie najważniejszych zmian, które wprowadza Dyrektywa w zakresie praw konsumentów. Oto one:

- wprowadzenie jednego wspólnego, dłuższego okresu na odstąpienie od umowy, tj. 14 dni;
- wprowadzenie obowiązku dołączenia do każdej zawieranej umowy standardowego formularza odstąpienia od umowy. Zaniechanie tego obowiązku spowoduje wydłużenie terminu do odstąpienia od umowy do 12 miesięcy;

²⁴ OJ L 2005, 149.

²⁵ OJ L 2006, 376/21.

²⁶ OJ L 2006, 379.

²⁷ TYTUŁ XV. OCHRONA KONSUMENTÓW. Artykuł 169 (d. art.153 TWE): 1. Dążąc do popierania interesów konsumentów i zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów, Unia przyczynia się do ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i interesów gospodarczych konsumentów, jak również wspierania ich prawa do informacji, edukacji i organizowania się w celu zachowania ich interesów. 2. Unia przyczynia się do osiągnięcia celów określonych w ustępie 1 poprzez: a) środki, które przyjmuje na podstawie artykułu 114 w ramach urzeczywistniania rynku wewnętrznego; b) środki, które wspierają, uzupełniają i nadzorują politykę prowadzoną przez Państwa Członkowskie. 3. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki określone w ustępie 2 litera b). 4. Środki przyjęte na podstawie ustępu 3 nie stanowią przeszkody dla Państwa Członkowskiego w utrzymaniu lub ustanawianiu bardziej rygorystycznych środków ochronnych. Środki te muszą być zgodne z Traktatami. Są one notyfikowane Komisji. Prawa konsumenta w KPP chroni art. 38.

²⁸ Dyrektywa PE i rady z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE PE i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE PE i Rady – OJ L 2011 304/64.

- obowiązek zwrotu przez sprzedającego kupującemu odstępującemu od umowy, poza zapłaconą ceną, także kosztów odesłania towaru, chyba że sprzedający poinformuje kupującego w sposób wyraźny przed zawarciem umowy, że w takich przypadkach to kupujący ponosi koszty odesłania;
- obowiązek odesłania przez kupującego, który odstąpił od umowy towarów albo przekazania ich przedsiębiorcy albo osobie upoważnionej przez niego do ich odbioru, bez zbędnej zwłoki, a w każdym razie nie później niż 14 dni od dnia, w którym poinformował przedsiębiorcę o decyzji odstąpienia;
- obowiązek umieszczania przez sprzedających na stronach internetowych wykazu państw, na terenie których jest prowadzona wysyłka oraz szczegółowych informacji na temat możliwości zwrotu towaru.

Oprócz tego, nowa Dyrektywa zmienia Dyrektywę 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich i Dyrektywę 99/44/WE w sprawie sprzedaży konsumenckiej i gwarancji.

W tym zakresie najważniejsze zmiany to:

- obowiązek uzyskania przez przedsiębiorcę, przed zawarciem umowy, wyraźnej zgody konsumenta na każdą dodatkową płatność należną, oprócz ceny. Jeżeli przedsiębiorca nie otrzymał wyraźnej zgody konsumenta, lecz założył jej istnienie poprzez stosowanie domyślnych opcji, które konsument musi odrzucić w celu uniknięcia dodatkowej płatności, konsument ma prawo do zwrotu tej płatności;
- zaostrzenie przepisów dotyczących dostawy (maksymalny okres dostawy 30 dni, w razie opóźnienia – zwrot pieniędzy w ciągu 7 dni, ryzyko utraty i uszkodzenia w czasie transportu będzie ponosił przedsiębiorca).

Zmiany dotyczyć będą wszystkich 27 porządków prawnych w UE, w tym Polski. Oznacza to, że wszyscy przedsiębiorcy i konsumenci w UE będą poddani tym samym zasadom, które niewątpliwie wzmacniają jeszcze bardziej pozycję konsumenta w relacji do przedsiębiorcy. W Polsce już pojawiły się głosy, że poszerzenie praw konsumentów w sposób, jaki zakłada Dyrektywa, jest zbyt daleko idące. Dotyczy to w szczególności przepisów wprowadzających wydłużony termin odstąpienia od umowy i ponoszenie kosztów przesyłki przez sprzedawcę. Z drugiej strony Dyrektywa stanowi kompromis pomiędzy zwiększeniem ochrony konsumentów w przypadku umów w tzw. okolicznościach nietypowych a dążeniem przedsiębiorców do ujednoczenia zasad zawierania umów. Na tym tle nasuwa się pytanie, czy przyjęte regulacje realizują postulat pewności obrotu w relacji przedsiębiorca-konsument. O ile bowiem prawo konsumenckie wymaga uwzględnienia dobra konsumenta, jako słabszego uczestnika obrotu, o tyle praktyka obrotu wymaga uwzględniania interesów przedsiębiorców, którzy – przy pełnym respektowaniu praw konsumentów – muszą realizować swoje cele gospodarcze.

Na uwagę zasługują również inne unijne regulacje praw konsumenta²⁹.

Obecny *program UE* w tej dziedzinie na lata 2007–2013 ma zapewnić: wysoki poziom *ochrony konsumentów* oraz skuteczne egzekwowanie przepisów³⁰.

²⁹ Oto wykaz ważniejszy aktów prawa UE, według przedmiotu ich regulacji. **Podróże samolotem:** Konwencja o ujednoczeniu niektórych zasad dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego (Konwencja montrealaska) z 28 maja 1999 r. (OJ L 2001.194.39). Rozporządzenie WE 261/2004 z 11 lutego 2004 r. ustanawiające wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylające rozporządzenie (EWG) nr 295/91 (OJ L 2004.46.1). **Usługi turystyczne:** Dyrektywa 90/314/WE z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (OJ L.90.158.59). **Timesharing:** Dyrektywa 94/47/WE z 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie (OJ L.94.280.83). Dyrektywa 2008/122/WE PE i Rady z 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (OJ L.09.33.10). **Handel elektroniczny:** Dyrektywa PE i Rady Nr 2000/31/EC z 8 czerwca 2000 roku o niektórych aspektach prawnych usług społeczeństwa informacyjnego (Dyrektywa o handlu elektronicznym) (OJ L.00.178.1). Dyrektywa PE i Rady Nr 97/7/WE z 20 maja 1997 dotycząca ochrony konsumentów w umowach zawieranych na odległość (OJ L.97.144.19). Dyrektywa 2007/64/WE z 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE (OJ L 07.319.1). Dyrektywa 2005/29/WE PE i Rady z 11 maja 2005 r. dot. nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE PE i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 PE i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”) (OJ L 05.149.22). **Zakupy towarów i usług:** Dyrektywa 1999/44/EC z 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (OJ L 99.171.12). Dyrektywa 97/7/WE z 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (OJ L 97.144.19). Dyrektywa 85/577/EWG z 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (OJ L 85.372.31). **Wynajem samochodów:** Dyrektywa 92/49/EWG z 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie oraz zmieniająca dyrektywy 73/239/EWG i 88/357/EWG (trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie) (OJ L 92.228.1). Dyrektywa 2009/103/WE z 16 września 2009 r. w sprawie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów mechanicznych i egzekwowania obowiązku ubezpieczenia od takiej odpowiedzialności (OJ L 09.263.11). Dyrektywy 2001/17/WE z 19 marca 2001 r. w sprawie reorganizacji i likwidacji zakładów ubezpieczeń (OJ L 01.110.28). Dyrektywa 2002/83/WE z 5 listopada 2002 r. dot. ubezpieczeń na życie (OJ L 02.345.1). **Podróże koleją:** Rozporządzenie (WE) 1371/2007 PE i Rady z 23 października 2007 r. dotyczące praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym (OJ L 07.315.14). **ADR:** Dyrektywa PE i Rady 2008/52/WE z 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (OJ L.08.136.3). Rozporządzenie (WE) nr 861/2007 PE i Rady z 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń (OJ L 07.199.1).

³⁰ Decyzja nr 1926 PE i Rady z 18.12.2006 r. (OJ L 2006, 404/21) określa jako cele programu na lata 2007–13: zapewnienie wspólnego, wysokiego poziomu ochrony konsumentkiej pod względem bezpieczeństwa i interesów ekonomicznych dla wszystkich obywateli UE niezależnie od tego, gdzie mieszkają, dokąd podróżują i gdzie robią zakupy oraz zwiększenie udziału konsumentów w promowaniu ich własnych interesów tzn. pomoc w pomaganiu samym sobie. Na podstawie programu KE opracowała odnośną strategię. Natomiast w projekcie KE programu na lata 2014–2020 wyeksponowano nadanie konsumentom centralnej roli na jednolitym rynku oraz umożliwienie im czynnego udziału w rynku i czerpania z niego korzyści, w szczególności: – zwiększenie bezpieczeństwa produktów przez skuteczne monitorowanie rynku; – poprawa informacji dla konsumentów, edukacja i zwiększanie wiedzy konsumentów na temat przysługujących im praw; – konsolidacja praw konsumentów i poprawa skuteczności dochodzenia roszczeń, zwłaszcza za pośrednictwem alternatywnych metod rozwiązywania sporów; – skuteczniejsze transgraniczne egzekwowanie praw konsumentów.

W 1997 r. pod naciskiem Parlamentu Europejskiego dawna Dyrekcja Generalna XXIV ochrony środowiska i polityki konsumenckiej została zreorganizowana i przekształcona w Dyrekcję Generalną „do spraw ochrony zdrowia i konsumentów” (Directorate General Health and Consumers). Wyrazem realizacji prawa konsumentów do zrzeszania się i reprezentacji jest w UE działalność organizacji konsumenckich, które szczególnie w ostatnich latach bardzo aktywnie wpływają na politykę Unii w tym zakresie. Do najważniejszych należą: Europejskie Biuro Stowarzyszeń Konsumenckich (BEUC), Europejska Wspólnota Towarzystw Konsumenckich (Euro-coop), Związek Organizacji Rodziny Wspólnoty Europejskiej (COFACE) oraz Europejski Instytut Regionalnych Organizacji Konsumenckich (IEIC). Na uwagę zasługują Europejskie Centra Konsumenta (ECK)³¹, w tym ich sieć i sieci elektroniczne (Solvit, EEC, ECJ) oraz inne struktury ADR. Unia promuje ochronę konsumenta przez organy administracji, a także pozasądowe sposoby ochrony. Powołano wiele struktur i mechanizmów, w tym: Europejską Sieć Konkurencji (ECN), Sieć Consumer Protection Cooperation (CPC), do której należą publiczne instytucje ochrony konsumentów (w tym prezes UOKiK)³², oraz obowiązkową współpracę publicznych struktur ochrony konsumenta³³.

3. Ochrona konsumenta w Polsce

3.1. Zagadnienia prawa materialnego

Formalnie rzecz biorąc, w Polsce istnieją wymagane przez UE podstawy prawne ochrony konsumenta. Regulacje prawne zagadnienia można podzielić na trzy grupy norm: a) te, które wynikają bezpośrednio z *acquis*, b) na wynikające z regulacji rynku i konkurencji, c) na specjalne regulacje ochrony konsumenta. Jednolitość porządku prawnego UE oznacza, że w każdym z państw członkowskich, w tym w Polsce, regulacje te funkcjonują jednakowo (są stosowane bezpośrednio). Jednakże wątpliwości może budzić efektywność ochrony oraz jej realny

³¹ SIEĆ EUROPEJSKICH CENTRÓW KONSUMENCKICH (ECK) została powołana dla szybkiego, taniego i skutecznego rozwiązywania sporów transgranicznych w państwach należących do UE oraz w Norwegii i Islandii. ECK zrzeszone są w jedną sieć ECC-Net. ZADANIA SIECI ECK TO: informowanie konsumentów o możliwościach jakie stwarza Jednolity Rynek UE; pomoc w rozwiązywaniu indywidualnych problemów/skarg konsumenckich związanych z transakcjami ponadgranicznymi; pomoc konsumentom w korzystaniu z pozasądowych procedur rozstrzygania sporów o zasięgu europejskim; pomoc w łatwym i świadomym korzystaniu z tych procedur w kontekście ponadgranicznym; współpraca wewnątrz sieci a także z innymi europejskimi sieciami takimi jak: FIN-NET (Financial Network), SOLVIT oraz Europejska Sieć Sądowicza (EJN) w sprawach cywilnych i handlowych; dostarczanie informacji na temat krajowego i unijnego prawodawstwa oraz orzecznictwa; dostarczanie analiz porównawczych w zakresie cen, legislacji i innych kwestii istotnych dla konsumentów; dostarczanie Komisji Europejskiej informacji na temat problemów konsumenckich w UE.

³² Zwalcza ona naruszenia interesów słabszych uczestników rynku transgranicznego, wykraczającego poza obszar jednego państwa.

³³ Decyzja nr 2011/C 260/01 – OJ C 2011, 260/1 oraz Addendum 2011/C 356/01 – OJ C 2011, 190/1.

kształt i rzeczywisty poziom. W tym miejscu zajmiemy się głównie regulacjami z trzeciej grupy. Należy zwrócić też uwagę na stosunek władz polskich do ochrony praw indywidualnych (stanowiących niemal 90% całej sfery praw konsumenta).

Ważnym etapem dostosowania prawa polskiego do wymogów UE było uchwalenie dwóch ustaw: z 12 grudnia 2000 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów oraz z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny³⁴, do których wydano akty wykonawcze. Działania na rzecz harmonizacji prawa uwzględniały także konwencje i zalecenia Rady Europy. Pomimo że termin wprowadzenia **rozporządzenia PE i Rady nr 2006/2004/WE** minął 29.12.2006 r., polską, nową ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów³⁵ uchwalono dopiero 16.02.2007 r. Co więcej wyłączyła ona jako przedmiot zainteresowania UOKiK skargi indywidualne konsumentów, pomimo że to one stanowią istotę respektowania ich praw (można się zastanawiać jak jest możliwe takie potraktowanie praw indywidualnych przez władze publiczne), a określenie praw zbiorowych pozostawiono do decyzji Urzędu.

Po wniesieniu przez Komisję Europejską skargi przeciw Polsce (sprawa 142/08)³⁶ o niewłaściwą transpozycję dyrektyw MiFID³⁷ oraz po jej wycofaniu Rada Ministrów RP złożyła wyjaśnienia, które streszczam: *Polska notyfikowała transpozycję przepisów dyrektywy MiFID I w bazie krajowych środków wykonawczych, która została dokonana ustawą z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi³⁸ oraz w aktach wykonawczych do tej ustawy. Jednocześnie została*

³⁴ Ustawa o ogólnym bezpieczeństwie produktów – Dz.U. Nr 15, poz. 179; Dz.U. 2000 Nr 22, poz. 271.

³⁵ Zob. OJ L 2006, 379; Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

³⁶ OJ C 2011, 142/45.

³⁷ MiFID I – Dyrektywa 2004/39/WE PE i Rady z 21 kwietnia 2004 roku w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFID) określająca szczegółowy zakres przepisów. MiFID II – Dyrektywa Komisji 2006/73/WE z 10 sierpnia 2006 roku wprowadzająca środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE PE i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby teże dyrektywy (akt wykonawczy). Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1287/2006 z 10 sierpnia 2006 roku wprowadzające środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do zobowiązań przedsiębiorstw inwestycyjnych w zakresie prowadzenia rejestrów, sprawozdań z transakcji, przejrzystości rynkowej, dopuszczenia instrumentów finansowych do obrotu oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby teże dyrektywy (akt wykonawczy). Zob. OJ C 2008 248/18.

Dyrektywa MiFID I zastąpiła dyrektywę 93/22/EWG z 10.05.1993 r. o usługach inwestycyjnych (tzw. dyrektywa ISD), która wprowadziła ogólne pojęcia i zasady autoryzowania firm inwestycyjnych, nadzorowania ich działalności, jak również praw i obowiązków związanych ze świadczeniem usług inwestycyjnych. Po 10 latach obowiązywania dyrektywa ta przestała odpowiadać potrzebom rynków i ich uczestników. W listopadzie 2000 r. Komisja Europejska opublikowała komunikat w sprawie aktualizacji dyrektywy, celem zainicjowania prac dla dokonania analizy przepisów i dostosowania ich zmian w zakresie usług inwestycyjnych dotyczących obrotu papierami wartościowymi w UE. KE w listopadzie 2002 r. przedstawiła projekt dyrektywy w sprawie rynku instrumentów finansowych MiFID I, który stanowił podstawę do wypracowania ostatecznego kształtu regulacji. Dyrektywa została wdrożona w Europejskim Obszarze Gospodarczym 1 listopada 2007 r. Objęła 27 państw członkowskich Unii oraz Norwegię, Islandię i Liechtenstein.

³⁸ Dz.U. 2005 Nr 183, poz. 1538 z późn. zm.

notyfikowana częściowa transpozycja dyrektywy MiFID II. Całkowitą implementację notyfikowano po uchwaleniu 4 września 2008 r. ustawy o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw. Powyższe zostało uznane i potwierdzone w szczególności przez: – wycofanie w dniu 7 listopada 2008 r. przez Komisję Europejską skargi przeciwko Polsce w sprawie o sygnaturze C-142/08, dotyczącej braku przyjęcia bądź braku notyfikacji przepisów ustawodawczych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania dyrektywy MiFID I; – wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 19 marca 2009 r. w sprawie o sygnaturze C-143/08, w którym stwierdzono jedynie, że poprzez nieprzyjęcie w przewidzianym terminie wszystkich przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych koniecznych do wykonania dyrektywy MiFID II RP uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy wymienionej dyrektywy. Ponadto konsumenci indywidualni (rzekomo –JS) nie składali skarg na niestosowanie MiFID³⁹.

Takie stanowiska oraz działania (podzielane przez UOKiK i KNF) oznaczają przede wszystkim brak szacunku dla indywidualnych praw konsumenta, a także ignorowanie istoty prawa Unii. Wyrok stwierdzający uchybienie zobowiązaniom ciążącym na państwie na mocy wymienionej dyrektywy oznacza zaniechanie zobowiązań traktatowych i jest skazujący (a nie stanowi, jak chce nasz rząd, jedynie upomnienia). Rząd w ogóle nie uważa za naganne istotnych opóźnień w przystąpieniu do transpozycji dyrektyw. Zaś stwierdzenie, że dyrektywy transponowano (rząd nie przyjmuje do wiadomości, że niepełna transpozycja jest niemal równoznaczna z jej brakiem, a także iż późniejsze orzeczenie TS – w sprawie 143/08 – częściowo konsumuje wcześniejsze zarzuty), w sytuacji kiedy badania Deloitte dowodziły czegoś przeciwnego, musi dziwić. Tym bardziej że dyrektywy MiFID nakazują sprawdzanie poziomu wiedzy klienta o danych instrumentach, ich podział na grupy i procesowanie według poziomu wiedzy. A o takim postępowaniu polskich banków i innych instytucji finansowych nikt w Polsce nie słyszał. Poza tym, jak konsumenci mogli składać skargi na niestosowanie MiFID, kiedy prawie nikt z nich o niej nie słyszał (brak było informacji i promocji). Cóż, powyższe postawy mówią samo za siebie.

Istotne znaczenie dla konsumenta ma **bezpieczeństwo produktów**. Produktem jest rzecz ruchoma: nowa, używana, naprawiana lub regenerowana, przeznaczona do użytku konsumentów lub co do której istnieje prawdopodobieństwo, że może być używana przez konsumentów, nawet jeżeli nie była dla nich przeznaczona; dostarczana lub udostępniana przez producenta lub dystrybutora zarówno odpłatnie, jak i nieodpłatnie, w tym również w ramach świadczenia usługi (art. 3 ustawy z 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów). Produktem nie jest rzecz używana, dostarczana jako antyk albo jako rzecz wymagająca naprawy lub regeneracji przed użyciem, o ile dostarczający powiadomił konsumenta o tych

³⁹ Odpowiedź na interpelację 14101 do ministra finansów w sprawie MiFID oraz uprzednie – nr 8201 i 11399.

właściwościach rzeczy. Produkt bezpieczny jest to produkt, który w zwykłych lub w innych, dających się w sposób uzasadniony przewidzieć, warunkach jego używania, z uwzględnieniem czasu korzystania z produktu, a także w zależności od rodzaju produktu, sposobu uruchomienia oraz wymogów instalacji i konserwacji nie stwarza żadnego zagrożenia dla konsumentów lub stwarza znikome zagrożenie, dające się pogodzić z jego zwykłym używaniem i uwzględniające wysoki poziom wymagań dotyczących ochrony zdrowia i życia ludzkiego. Za kontrolę jakości produktów, przed wprowadzeniem ich na rynek, **odpowiadają producenci i/lub dystrybutorzy**. Mają oni obowiązek wprowadzać na rynek tylko produkty bezpieczne – spełniające wymogi przepisów dotyczących ogólnego bezpieczeństwa produktów oraz wymogi właściwe dla danego produktu. Kompetencje w zakresie kontroli bezpieczeństwa produktów ma Inspekcja Handlowa oraz UOKiK. W przypadku gdy istnieje podejrzenie, że produkt stwarza zagrożenie lub nie spełnia odpowiednich wymogów, Inspekcja Handlowa może przeprowadzić jego kontrolę. Niezależnie od powiadomień, Wojewódzkie Inspektoraty Inspekcji Handlowej prowadzą również profilaktyczne kontrole różnych grup produktów, sprawdzając ich bezpieczeństwo. Prezes UOKiK natomiast przeprowadza postępowanie w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów, jeśli z ustaleń kontroli przeprowadzonej przez Inspekcję Handlową lub z innych informacji wstępnych wynika znaczne prawdopodobieństwo, że produkt nie spełnia ogólnych wymagań dotyczących bezpieczeństwa. Do kompetencji UOKiK należy prowadzenie rejestru produktów niebezpiecznych, który znajduje się na stronie internetowej Urzędu. Z kolei system RAPEX to instrument służący do wymiany informacji o produktach, które stwarzają zagrożenie dla życia i zdrowia konsumentów na poziomie europejskim. Ważne jest tu bezpieczeństwo zabawek⁴⁰.

3.2. Instrumenty ochrony praw konsumenta

W Polsce organami wyspecjalizowanymi administracji publicznej w zakresie konkurencji i konsumenta są urzędy antymonopolowe. I tu pojawiło się zjawisko „pączkowania” administracji – mamy już bowiem 3 urzędy: UOKiK, UKE i URE.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) powstał w 1990 r. jako Urząd Antymonopolowy (UA). 24.02.1990 r. uchwalono ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym dla promowania konkurencji i przeciw-

⁴⁰ Najważniejszym aktem prawa UE w kwestii zabawek jest Dyrektywa nr 2009/48/WE PE i Rady z 18 czerwca 2009 r. ws. bezpieczeństwa zabawek (OJ L 2009, 170/1). W Polsce implementuje ją rozporządzenie ministra gospodarki ws. zasadniczych wymagań dla zabawek z 5 kwietnia 2011 r. Przy kupowaniu i używaniu zabawek warto przestrzegać następujących zasad: nigdy nie kupuj zabawek nieposiadających oznakowania CE; nie kupuj zabawek z małymi odłączanymi częściami dzieciom w wieku poniżej 3 lat; przeczytaj wszystkie ostrzeżenia i instrukcje; zwracaj uwagę na bawiące się dzieci; zabawki kupuj zawsze w godnych zaufania miejscach; jeśli wystąpią problemy z bezpieczeństwem zabawki, zawsze informuj o tym producenta lub sprzedawcę.

działania antyrynkowym zachowaniom monopolistów. UA rozpoczął działalność po uchwaleniu statutu przez Radę Ministrów. W 1996 r. UA zmienił nazwę na UOKiK. Rozszerzono zakres jego działań o ochronę interesów konsumentów. Prezesowi Urzędu podporządkowano Głównego Inspektora Inspekcji Handlowej. W 2000 roku Urząd rozpoczął monitorowanie pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom oraz nadzorowanie ogólnego bezpieczeństwa produktów. Istotne znaczenie w rozwoju miała uchwalona 15.12.2000 r. ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (weszła w życie w kwietniu 2001 r.). Ważną zmianą było wprowadzenie kadencyjności prezesa oraz obowiązku wyłaniania go w drodze konkursu. W 2002 r. UOKiK zaczął tworzyć system nadzoru rynku dla wyrobów podlegających dyrektywom WE oraz system monitorowania jakości paliw. Prezes UOKiK udziela jednak zgody na niedozwolone przejęcia (sprzeczne z prawem UE), które doprowadziły do likwidacji przedsiębiorstw, celem zmniejszenia konkurencji⁴¹. Wstąpienie do Unii Europejskiej (2004) dla UOKiK oznaczało zakończenie procesu harmonizacji prawa PL z regulacjami unijnymi. Odtąd Urząd działa w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN). Prezes reprezentuje Polskę w sieci Consumer Protection Cooperation (CPC), do której należą publiczne instytucje ochrony konsumentów; zwalcza ona naruszenia interesów słabszych uczestników rynku transgranicznego – wykraczającego poza obszar jednego państwa. 16.02.2007 r. uchwalono nową ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów; odstąpiono od postępowań na wniosek w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Wprowadzono również możliwość nakładania przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych na przedsiębiorców, którzy naruszyli zbiorowe interesy konsumentów. Jednak nadal aż 1/3 konsumentów jest przekonana, że UOKiK rozpatruje indywidualne skargi, co świadczy o niskiej efektywności informacyjnej Urzędu.

14.01.2006 r. na mocy ustawy z 29.12.2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2005, nr 267, poz. 2258) został utworzony centralny organ administracji rządowej – **Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE)** w miejsce zniesionego 13 stycznia 2006 r. Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (URTiP). Ustawa określa zasady przeniesienia zadań i kompetencji organów państwowych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji oraz reguluje zasady, zakres i tryb przekształceń w administracji łączności. Nadzór nad Prezesem UKE sprawuje minister właściwy ds. łączności (obecnie Minister Transportu, w którego kompetencjach jest dział łączność). Do zakresu działania Prezesa UKE przeszły wszystkie dotychczasowe zadania i kompetencje Prezesa URTiP, a także niektóre kompetencje Przewodniczącego KRRiT. Jednak również on nie zajmuje się skargami indywidualnymi.

⁴¹ Nie było to jednak przedmiotem postępowań związanych z naruszeniem prawa.

Urząd Regulacji Energetyki (URE), powołany w 2007 r., jest centralnym urzędem państwowym, regulującym polski rynek energii (m.in. energii elektrycznej, gazu). Prezes URE jest członkiem Europejskiej Grupy Regulatorów Energii i Gazu. Działania podejmowane przez niezależny organ regulacyjny – Prezesa URE są skierowane na wypełnienie celu wytyczonego przez ustawodawcę, a mierzącego do tworzenia warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględniania wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii. Kompetencje Prezesa URE określa ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne⁴². Prezes URE wykonuje swoje zadania przy pomocy Urzędu Regulacji Energetyki oraz jego oddziałów terenowych. Jednak nie zajmuje się on także skargami indywidualnymi. A dokonana przed kilku laty deregulacja rynku dostawców energii nie wprowadziła na nim konkurencji (pozycję dominującą posiada bowiem RWE).

Istotnym, a właściwie jedynym stałym i publicznym, instrumentem ochrony prawa indywidualnych są (powiatowi) **rzecznicy praw konsumenta**, co do których efektywności i zaangażowania można mieć wątpliwości. Jednak przede wszystkim są oni mało widoczni; nie propagowanie ich aktywności oraz ich liczba pozostaje w jaskrawej dysproporcji z liczbą konsumentów i naruszeń ich praw. Istnieje też **konsumenckie sądownictwo polubowne**.

Prawa zbiorowe konsumenta powinien chronić UOKiK. Natomiast w **sprawach indywidualnych** bezpłatną pomoc prawną konsumenci mogą uzyskać m.in. u **miejskich lub powiatowych rzeczników konsumentów**. Do ich kompetencji należy: a) zapewnienie **bezpłatnego poradnictwa** konsumenckiego i informacji prawnej w zakresie ochrony interesów konsumentów, b) **składanie wniosków** w sprawie stanowienia i zmiany przepisów prawa miejscowego w zakresie ochrony interesów konsumentów, c) **występowanie do przedsiębiorców** w sprawach ochrony praw i interesów konsumentów, d) **współdziałanie z właściwymi miejscowo delegaturami** Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **organami Inspekcji Handlowej** oraz **organizacjami konsumenckimi**, **wytaczanie powództwa** na rzecz konsumentów oraz **wstępowanie**, za ich zgodą, **do toczącego się postępowania** w sprawach o ochronę interesów konsumentów. **Rzecznik konsumentów** w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów jest **oskarżycielem publicznym** w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

Konsumenty mogą korzystać również z sieci **polubownych sądów konsumenckich**⁴³. Działają one przy Wojewódzkich Inspektoratach Inspekcji Handlowej.

⁴² Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504, z późn. zm.

⁴³ Nie każdy jednak spór na linii przedsiębiorca – konsument (lub na odwrót) nadaje się do rozpatrzenia przez arbitrów stałego polubownego sądu konsumenckiego. Są one bowiem uprawnione do rozpatrywania sporów o prawa majątkowe, wynikające z umów sprzedaży produktów i świadczenia usług

Obecnie jest ich 16 oraz 15 ośrodków zamiejscowych. Wyroki sądu konsumenciekiego, a także ugoda przed nim zawarta mają taką samą moc jak wyrok sądów powszechnych, po stwierdzeniu przez ten sąd ich wykonalności. Jednak zgodę na sąd konsumencki muszą wyrazić obie strony. Trafić tu mogą **tylko spory między konsumentami i przedsiębiorcami**, wynikające z **umów sprzedaży i świadczenia usług. Chodzi wyłącznie o prawa majątkowe.**

Do **sądów konsumenckich**, funkcjonujących przy **wojewódzkich inspektorach Inspekcji Handlowej**, można kierować sprawy, w których wartość przedmiotu sporu nie przekracza **10 tys. zł**, z wyjątkiem **Sądu Konsumenckiego w Warszawie**, który rozpatruje sprawy bez względu na wartość przedmiotu sporu.

Do **sądu polubownego** sprawę może wnieść nie tylko konsument, ale także przedsiębiorca, organizacja konsumencka, miejski (powiatowy) rzecznik konsumentów. Każda ze stron może mieć pełnomocnika. Nie musi nim być adwokat czy radca prawny. Rozprawy są jawne, sporządza się z nich protokoły. **Wyrok zapada większością głosów i w ciągu 14 dni od ogłoszenia przesyła się go stronom wraz z pisemnym uzasadnieniem.** Koszty postępowania ponosi ten, kto przegrał sprawę. Przewodniczący może również z nich zwolnić. **W sprawach związanych ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych** (na przykład spór z operatorem telefonicznym) i pocztowych można zwrócić się do polubownego sądu konsumenckiego przy Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE), o czym wiedzą jedynie nieliczni konsumenci. Natomiast **w rozwiązywaniu problemów z bankami** (np. roszczenia pieniężne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania czynności bankowych) pomoc może Arbiter bankowy – instytucja działająca przy Związku Banków Polskich. **Spory pomiędzy uczestnikami rynku finansowego**, w szczególności pomiędzy konsumentami a podmiotami podlegającymi nadzorowi KNF (przede wszystkim zakładami ubezpieczeń, towarzystwami funduszy inwestycyjnych, otwartymi funduszami emerytalnymi, domami maklerskimi), rozstrzyga Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego. **Spory z zakładami ubezpieczeń, powszechnymi towarzystwami emerytalnymi**, Ubezpieczeniowym Funduszem Gwarancyjnym oraz Polskim Biurem Ubezpieczycieli Komunikacyjnych rozstrzyga Sąd Polubowny przy Rzeczniku Ubezpieczonych. **W sprawach spornych na linii konsument – przedsiębiorstwo energetyczne** (dostawca paliw gazowych i energii) należy zwracać się do Punktu Informacyjnego dla Odbiorców Paliw i Energii. **W sprawach spornych na linii konsument – przewoźnik lotniczy** należy zwracać się do Komisji Ochrony Praw Pasażera przy Prezesie Urzędu Lotnictwa Cywilnego.

zawartych pomiędzy konsumentami i przedsiębiorcami. Warunkiem jest też zgoda obu stron. Przedsiębiorca może być również zainteresowany polubownym rozstrzygnięciem, gdy konsument odstępuje od umowy lub zgłasza roszczenia z tytułu udzielonej gwarancji czy ustawowej odpowiedzialności za produkt. Instytucje te nie są natomiast właściwe m.in. w przypadku spraw z zakresu usług energetycznych, pocztowych i telekomunikacyjnych czy finansowych, w tym ubezpieczeniowych i bankowych. Ich odpowiednikami są w przypadku tego rodzaju spraw (za wyjątkiem energetyki) takie instytucje konsumenckie, jak: Sąd Polubowny przy Prezesie UKE, Sąd Polubowny przy Rzeczniku Ubezpieczonych czy Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego.

Natomiast informację o **prawach konsumentów w Unii Europejskiej** oraz **pomoc prawną** (formułowanie skarg, przesłanie dokumentów) i **organizacyjną** dotyczącą **sporów transgranicznych** można uzyskać w Europejskim Centrum Konsumentckim.

Ważnym instrumentem jest też zakaz (wymieniony w kodeksie cywilnym) i rejestr klauzul niedozwolonych. Do rejestru są wpisywane klauzule uznane za niedozwolone w orzeczeniach unijnego sądu ochrony konkurencji i konsumenta (SOKiK)⁴⁴ (jako taki działa wydział XVII SO w Warszawie, z odwołaniami do sądu apelacyjnego). Do tej pory (maj 2012) SOKiK zarejestrował ponad 3100 takich klauzul (a taka ich liczba musi oznaczać niesterowalność zbioru i deprecjację jego roli prawnej). Do SOKiK wnoszone są odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, a mechanizm ten dotyczy głównie przedsiębiorców. W powyższych uwarunkowaniach konsumentowi indywidualnemu pozostaje jedynie droga w powszechnym postępowaniu sądowym lub skarga do (niewyspecjalizowanych) organów administracji publicznej.

Klauzule niedozwolone (zakazane, abuzywne) to postanowienia, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z prawem, dobrymi obyczajami i rażąco naruszają jego interesy. Dana klauzula umowna może być uznana za niedozwoloną, jeśli nie była uzgadniana indywidualnie, tzn. konsument nie miał rzeczywistego wpływu na jej treść. Należy pamiętać, że klauzule wymienione w kodeksie cywilnym to tzw. klauzule nazwane, które nie stanowią zamkniętego katalogu zakazanych wzorców umownych⁴⁵.

Za niedozwolone kodeks cywilny uznaje w szczególności takie postanowienia umowne, które:

- wyłączają lub ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za szkody na osobie,
- wyłączają lub ograniczają odpowiedzialność względem konsumenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania,
- wyłączają lub istotnie ograniczają potrącenie wierzytelności konsumenta z wierzytelnością drugiej strony,
- przewidują postanowienia, z którymi konsument nie miał możliwości zapoznać się przed zawarciem umowy,

⁴⁴ Do Rejestru wpisywane są postanowienia umowne uznane za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Aktualnie jest ponad 3100 takich wpisów, np.: – Numer wpisu: **3196** Data wyroku: **2010-01-27** Monika Rogulska – „Octopus Adventure Monika Rogulska” w Piasecznie: „Uczestnik jest zobowiązany do pokrycia kosztów szkód wyrządzonych przez siebie lub inne osoby niepełnoletnie będące pod jego opieką w czasie trwania imprezy i w miejscu jej powstania”; – Numer wpisu: **3195** Data wyroku: **2010-10-12** „Nordea Polska Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie” S.A. z siedzibą w Warszawie: „Wraz z wnioskiem o wypłatę Świadczenia Ubezpieczeniowego z tytułu zgonu Ubezpieczonego z przyczyn innych niż Nieszczęśliwy Wypadek należy złożyć w Nordea: oryginał Certyfikatu Ubezpieczenia”; – Numer wpisu: **3194** Data wyroku: **2010-10-12** „Nordea Polska Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie” S.A. z siedzibą w Warszawie: „Umowa Ubezpieczenia może być zawarta na okres, w jakim Ubezpieczony zobowiązany jest spłacić kredyt zgodnie z postanowieniami Umowy Kredytowej, z zastrzeżeniem, że okres, na jaki zawierana jest Umowa Ubezpieczenia nie może być krótszy niż 5 lat”.

⁴⁵ Por. E. Łętowska, op. cit., s. 49 i n. Zob. też E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów, Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 75 i n.

- zezwalają kontrahentowi konsumenta na przeniesienie praw i przekazanie obowiązków wynikających z umowy bez zgody konsumenta,
- uzależniają zawarcie umowy od przyrzeczenia zawierania przez konsumenta podobnych umów w przyszłości,
- uzależniają zawarcie, treść lub wykonanie umowy od zawarcia innej umowy, niemającej bezpośredniego związku z umową zawierającą oceniane postanowienie,
- uzależniają spełnienie świadczenia od okoliczności zależnych tylko od woli kontrahenta konsumenta,
- przyznają kontrahentowi konsumenta uprawnienie do dokonywania wiążącej interpretacji umowy,
- uprawniają kontrahenta konsumenta do jednostronnej zmiany umowy, bez ważnej przyczyny wskazanej w tej umowie,
- przyznają tylko kontrahentowi konsumenta uprawnienie do stwierdzania zgodności świadczenia z umową,
- wyłączają obowiązek zwrotu konsumentowi uiszczonej zapłaty za świadczenie niespełnione w całości lub w części, jeżeli konsument zrezygnuje z zawarcia umowy lub jej wykonania,
- przewidują utratę prawa żądania zwrotu świadczenia konsumenta spełnionego wcześniej niż świadczenie kontrahenta, gdy strony wypowiedzą, rozwiązują bądź odstępują od umowy,
- pozbawiają wyłącznie konsumenta prawa do rozwiązania umowy, odstąpienia od niej bądź jej wypowiedzenia,
- zastrzegają dla kontrahenta konsumenta uprawnienie wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieoznaczony, bez wskazania ważnych przyczyn i stosownego terminu wypowiedzenia,
- nakładają wyłącznie na konsumenta obowiązek zapłaty ustalonej sumy na wypadek rezygnacji z zawarcia lub wykonania umowy,
- nakładają na konsumenta, który nie wykonał zobowiązania bądź odstąpił od umowy, obowiązek zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej lub odstępnego,
- stanowią, że umowa zawarta na czas oznaczony ulega przedłużeniu, jeśli konsument, dla którego zastrzeżono rażąco krótki termin, nie złoży przeciwnego oświadczenia,
- przewidują wyłącznie dla kontrahenta konsumenta jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia,
- przewidują uprawnienie kontrahenta konsumenta do określenia lub podwyższenia ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy, bez przyznania konsumentowi prawa odstąpienia od umowy,
- uzależniają odpowiedzialność kontrahenta konsumenta od wykonania zobowiązań przez osoby, za pośrednictwem których kontrahent zawiera umowę lub przy pomocy których wykonuje swoje zobowiązanie, albo uzależniają tę odpowiedzialność od spełnienia przez konsumenta nadmiernie uciążliwych formalności,

- przewidują obowiązek wykonania zobowiązania przez konsumenta, mimo niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez jego kontrahenta,
- wyłączają jurysdykcję sądów polskich lub poddają sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego albo innego organu, a także narzucają rozpoznanie sprawy przez sąd, który według ustawy nie jest właściwy miejscowo⁴⁶.

Zgodnie z postanowienia kodeksu cywilnego klauzula jest zawsze niedozwolona, jeśli nie była uzgadniana indywidualnie, a konsument nie miał rzeczywistego wpływu na jej treść i umieszczenie w umowie. Tymczasem wszyscy przedsiębiorcy świadczący usługi masowe dają do podpisania ustalone przez siebie bez udziału konsumenta wzory umów (których klient nie może w żaden sposób zmienić oraz nie ma wpływu na ich treść). Co więcej, znaczna część tych umów (a zwłaszcza niekorzystne dla konsumenta klauzule) jest pisana nie tyle małym drukiem, co drobnym *petitem* (zwykle trudno czytelnym), a często również odsyła do niedostępnych zwykle i jeszcze bardziej obszernych oraz zawiłych regulaminów firm⁴⁷. W *petitach* i regulaminach często jest wiele klauzul niedozwolonych. Klauzule niekorzystne dla klienta są często zawiłe i niezbyt jasne. Przy takich umowach klient nie ma pozycji równoprawnej (jego prawa są ograniczone, a obowiązki dysproporcjonalnie duże i narzucone). Nie ma natomiast w Polsce władzy publicznej, która z urzędu interesowałaby się takimi praktykami. Z drugiej strony przedsiębiorcy świadczący usługi masowe muszą trzymać się jednego modelu umów, a także dbać o własny interes ekonomiczny. Stąd wskazany byłby organ publiczny mogący ustalić, czy przedsiębiorca przekracza dopuszczalne prawem granice lub działa w złą wierz. Tego indywidualni konsumenci ani nie mogą ustalić, ani też zapewnić jednolitości i przyzwoitości (uczciwości) postępowania. Warto przypomnieć, że powyższe zjawisko dotyczy zwykle indywidualnych klientów sieci telekomunikacyjnych, kablówek oraz korzystających z usług finansowych, w tym bankowych, czyli zdecydowanie największej grupy klientów znajdujących się na rynku. Niezwykle trudno więc uznać (chyba że przy przyjęciu złej woli), że w grę nie wchodzi tu prawa zbiorowe. A instytucje publiczne, w tym rządowe, nie mają obowiązku interweniowania. Jeśli więc UOKiK prowadzi rejestr klauzul niedozwolonych, to trudno zrozumieć dlaczego nie monitoruje ich ewentualnego stosowania w najczęściej stosowanych typach umów lub przez podmioty zawierające największą liczbę umów z klientami indywidualnymi, w tym także praktyk narzucania umów tym konsumentom.

3.3. Ruch konsumencki w Polsce

W Polsce istnieją podstawy prawne dla rozwoju ruchu konsumenckiego⁴⁸. Były przyjmowane programy rządowe polityki konsumenckiej. Wdrożono ustawę

⁴⁶ Art. 385¹–385³ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

⁴⁷ Należy wątpić, by praktyki te były dopuszczalne.

⁴⁸ Na podkreślenie zasługuje przyjęcie pakietu ustaw, chroniących interesy zdrowotne i ekonomiczne nabywców, w tym między innymi: ustawy z 22 stycznia 2000 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów

o ogólnym bezpieczeństwie produktów⁴⁹, tworząc Krajowy System Informowania o Produktach Niebezpiecznych (KSIPN) oraz Krajowy System Monitorowania Wypadków Konsumentkich. Delegacje zawarte w ustawie zostały zrealizowane poprzez wydanie rozporządzeń w sprawie bezpieczeństwa zabawek, bezpieczeństwa i znakowania wyrobów włókienniczych, wyrobów stwarzających zagrożenie przez to, że ich wygląd wskazuje na przeznaczenie inne niż rzeczywiste. Wprowadzono rozporządzenie o zasadach kontroli towarów wprowadzanych na polski obszar celny. Rozpoczęły działalność systemy: KSPIN, który działa w UOKiK i monitoringu wypadków konsumentkich w Ministerstwie Zdrowia.

Istnieje wprawdzie Stowarzyszenie Konsumentów Polskich⁵⁰. Działa też Federacja Konsumentów (FK) współpracująca z administracją publiczną⁵¹.

(Dz.U. Nr 15, poz. 179); ustawy z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. nr 22, poz. 271); ustawy z 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku (Dz.U. Nr 74, poz. 855); ustawy z 25 maja 2001 r. o kredycie konsumentkim (Dz.U. Nr 100, poz. 1081).

⁴⁹ Ustawa z 12.12.2003 r. – Dz.U. 2003 Nr 229, poz. 2275, z późn.zm.

⁵⁰ Stowarzyszenie to jest niezależną, pozarządową organizacją konsumencką. Tak pisze ono o sobie: SKP zostało założone w marcu 1995 roku, a za cel postawiliśmy sobie rozwijanie świadomości konsumentów w zakresie posiadanego przez nich prawa do bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, informacji, edukacji i reprezentacji, jak również ochrony ich interesów ekonomicznych i prawnych. Prowadzimy **Warszawskie Centrum Porad Konsumentkich**, które finansowane jest ze środków Urzędu Miasta st. Warszawy. W Centrum tym konsumenci z Warszawy mogą otrzymać bezpłatną poradę prawną w sprawach konsumentkich. Przyznajemy certyfikat **Dobra Umowa** wzorcom umownym, które są zgodne z prawem i interesem konsumentów. Stowarzyszenie Konsumentów Polskich (SKP) nadaje wzorcom umownym certyfikat Dobra Umowa. Nadając certyfikat, Stowarzyszenie Konsumentów Polskich potwierdza, że umowa jest zgodna z przepisami polskiego prawa konsumenckiego oraz z szeroko rozumianym interesem konsumentów. Certyfikat gwarantuje, że umowa, którą mamy przed sobą, nie zawiera niebezpiecznych zapisów. **Opiniujemy** projekty aktów prawnych i kodeksów dobrych praktyk. Uczestniczymy w konsultacjach nowych przepisów konsumentkich, namawiamy przedsiębiorców do przestrzegania zasad etyki biznesu i tworzenia korzystnych dla konsumentów kodeksów dobrych praktyk. **Informujemy** Na naszych stronach internetowych zamieszczamy ważne dla konsumentów informacje. Publikujemy ulotki, broszury, książki, a także płyty CD o tematyce konsumenckiej. Ponadto z naszymi wydawnictwami zapoznać się można np. w biurach rzeczników konsumentów w całym kraju. **Edukujemy** We współpracy ze szkołami i organizacjami konsumentkimi z całej Europy tworzymy programy edukacji konsumenckiej dla szkół ponadpodstawowych. Opracowujemy materiały edukacyjne, prowadzimy szkolenia dla nauczycieli. Współtworzymy polską wersję portalu edukacyjnego dla dorosłych DOLCETA. Organizujemy **Targi Wiedzy Konsumentkiej** Targi organizowane są z okazji Światowego Dnia Praw Konsumenta, który obchodzony jest 14 marca. W czasie targów Konsumenti mają okazję porozmawiać z ekspertami z wielu ważnych i znanych instytucji państwowych, pro-konsumentkich organizacji oraz zreszeń przedsiębiorców – gotowych na udzielenie odpowiedzi na każde pytanie, a także wziąć udział w konkursach i wygrać ciekawe nagrody. **Prowadzimy badania** Aby działać skutecznie, monitorujemy na bieżąco: -jakie problemy mają polscy konsumenci – jaki wpływ na sytuację konsumentów ma określona polityka gospodarcza -co konsumenci wiedzą o swoich prawach, jakiej wiedzy im brakuje. Badamy również poszczególne rynki produktów i usług analizując stopień konkurencji między firmami i jego wpływ na pozycję konsumentów.

⁵¹ FK pisze o sobie: Dzięki aktywnemu działaniu grupy inicjatywnej złożonej z 40 osób (dziennikarzy, naukowców, prawników) 7. lipca 1981 roku zarejestrowane zostało ogólnopolskie stowarzyszenie – Federacja Konsumentów. Od 2004 roku jesteśmy Organizacją Pożytku Publicznego. W ciągu minionych lat nie zmieniła się jedynie nasza podstawowa działalność – bezpłatne poradnictwo i pomoc prawną, świadczone przez terenowe oddziały FK – centra doradztwa konsumenckiego pracujące na terenie całego kraju. Z codzienną pracą prawników, doradców konsumentkich i wolontariuszy jesteśmy najczęściej kojarzeni przez indywidualnych konsumentów. Ale to nie wszystko, co robimy. Rzeczywistość społeczna, gospodarcza, jak i ustrojowa zmieniały się i nadal każdy dzień przynosi nowe oczekiwania w stosunku do organizacji społecznej, która chce mieć

Istnieją też Stowarzyszenie Rzeczników Konsumentów. Jednakże ruch konsumencki w Polsce jest bardzo słaby i daleki od powszechności. W tym właśnie można upatrywać głównych powodów znacznej powszechności i bezkarności naruszania praw konsumenckich.

3.4. Prawa konsumenta a niedyskryminacja

Prawo Unii wyróżnia więcej form dyskryminacji, niż inne porządki prawne; wyróżnia bowiem dyskryminację negatywną, pozytywną odwrotną, ukrytą i bezpośrednią, a także wielokrotną⁵². Zgodnie z art. 40 ust. 2 TFUE dotyczącym wspólnej polityki rolnej jest zabroniona dyskryminacja w stosunkach między producentami a konsumentami. Zakaz ten odnosi się głównie do relacji o charakterze wspólnotowym, ale wiąże również państwa członkowskie o ile działają na podstawie upoważnienia wynikającego z prawa Unii. Do takich konkluzji doszedł Trybunał Sprawiedliwości UE (TS) w połączonych sprawach 201 i 202/85 *Klensch*⁵³. Dyskryminacja traktowana jest w UE coraz szerzej (konsument jako słabszy partner jest z reguły narażony na dyskryminację przez przedsiębiorcę), stąd możliwe i jest tu wskazane stosowanie regulacji antidyskryminacyjnych. Konieczne zaś jest stosowanie ogólnych zasad prawa odnoszących się do praw podmiotowych.

Dyrektywy wprowadzone w ostatnich latach określają konieczność powołania przez państwa członkowskie **wyspecjalizowanych organów** służących promowaniu równego traktowania, monitorujących realizację polityki równościowej i udzielających pomocy w dochodzeniu roszczeń. Polska nie przystąpiła nawet do projektowania wprowadzenia takiej regulacji. Zastrzeżenia do naszego kraju instytucje UE zgłaszały już wcześniej⁵⁴.

wpływ na kształtowanie rynku prokonsumenckiego tym bardziej, że nie jest on już ograniczony do naszego kraju, Jednolity Rynek europejski dziś jest już faktem.

⁵² Do tej ostatniej dyskryminacji dochodzi, gdy dana osoba doświadcza dyskryminacji lub napastowania z kilku powodów, które są częścią jej tożsamości.

⁵³ Wyrok TS: ECR 1986, s. 3477.

⁵⁴ Komisja Europejska w sierpniu 2008 r. zwróciła się do władz polskich o wyjaśnienia dotyczące sposobu i skuteczności wdrożenia dyrektywy 2004/113/WE do prawa krajowego. Polska wskazała przepisy, które jednak nie do końca wdrażały dyrektywę. Wcześniej, już w 2006 r. Komisja Europejska przedstawiła Polsce zarzuty w sprawie niewłaściwego lub niepełnego wdrożenia unijnych przepisów dotyczących antidyskryminacji. Sprawy te skończyły się wniesieniem skargi przeciw Polsce do TS.

Warto też wskazać, że Komisja Europejska opublikowała informację, iż UE proponuje wprowadzenie ochrony przed dyskryminacją poza miejscem pracy (IP/08/1071) w zakresie *równe traktowanie w dziedzinie ochrony socjalnej (w tym zabezpieczenia społecznego i ochrony zdrowia), edukacji, dostępu do towarów i usług oferowanych powszechnie na zasadach komercyjnych oraz dostarczania takich towarów i świadczenia takich usług (w tym również w zakresie mieszkalnictwa).*

4. Próba podsumowania

4.1. Ogólna ocena sytuacji konsumentów w Polsce

Założona wstępnie hipoteza, że ochrona konsumenta w Polsce jest słaba i niezgodna z prawem Unii, w trakcie analizy stanu prawnego i praktyki nie znalazła pełnego potwierdzenia. Polski porządek prawny posiada bogate, kompleksowe i kompletne regulacje praw konsumenta i ich ochrony. Formalnie zakres ochrony i stosowane instrumenty są *generalnie* zgodne z prawem Unii oraz zbliżone standardami do państw starej UE. Jednakże w polskim systemie ochrony konsumenta, zwłaszcza w jego segmentach stosujących prawo Unii, istnieje wiele słabości zarówno po stronie władz publicznych, jak i aktywności społecznej.

W pierwszej sferze należy tu wskazać zwłaszcza na: rozdrobnienie państwowych organów antymonopolowych (co najmniej trzy duże, niezbyt sprawne i zbiurokratyzowane struktury), z których żaden jednak nie zajmuje się monitorowaniem respektowania indywidualnych praw konsumenta, a także poszanowaniem zasad zawierania umów konsumenckich (w tym ochroną przed niedozwolonymi klauzulami), nie mówiąc już o ochronie konsumenckich praw indywidualnych. Jest sprawą bardzo przykrą, kiedy urzędy antymonopolowe akceptują wrogie przejęcia lub utrzymywanie braku konkurencji i pozycji dominującej na rynku dostawców energii. Jeszcze bardziej jest przykre, kiedy niektóre z nich pozbywają się ustawowo (korzystając ze zmian legislacyjnych) części obowiązków i mimo niezwykle rozbudowanych struktur i dużych budżetów, nie prowadzą działalności interwencyjnej, informacyjnej i edukacyjnej. Pewną słabość władze publiczne wykazują też w zapewnieniu odpowiednich i skutecznych pozasądowych procedur ochrony praw oraz dotyczących skarg i odwołań służących rozstrzygnięciu sporów (czego wymaga prawo Unii). W drugiej sferze trzeba wskazać na słabość ruchu konsumenckiego, związaną też ze słabością liczebną i aktywnościową organizacji pozarządowych. Władze nie akceptują też dotąd, nakazanego przez Unię, stworzenia publicznych struktur antydystryminacyjnych.

4.2. Oceny Komisji Europejskiej

Komisja Europejska do problematyki praw konsumenta podchodzi kazuistycznie, badając wprowadzanie przepisów UE (a zwłaszcza dyrektyw przez państwa członkowskie). W kilkunastu przypadkach zwracała dotąd Polsce uwagę na naruszenia praw konsumenta, w większości kierując sprawy do Trybunału Sprawiedliwości UE (TS). O dwóch takich skargach w sprawie MiFID już wspomniano. Spójrzmy na inne zarzuty KE wobec Polski.

Pojazdy. Komisja Europejska skierowała skargę przeciwko Polsce do TS za utrzymywanie przeszkód w rejestrowaniu w Polsce pojazdów przystosowanych do ruchu lewostronnego. Polskie przepisy wymagają, by kierownica znajdowała się po lewej stronie pojazdu. Oznacza to, że nie można w praktyce zarejestrować

ani nowych, ani używanych samochodów, które są przystosowane do ruchu lewostronnego. Komisja uważa, że takie ograniczenia stanowią nieproporcjonalną barierę dla przywozu do Polski takich pojazdów z innych państw członkowskich UE. We wrześniu 2010 r. Komisja wezwała polskie władze do zniesienia tych ograniczeń (notyfikacja IP/10/1221), lecz obowiązują one nadal. KE uważa, że jeśli pojazd silnikowy spełnia wymogi homologacji UE, można nim bezpiecznie jeździć we wszystkich państwach członkowskich bez względu na to, czy jest przystosowany do ruchu prawo- czy lewostronnego. W związku z powyższym całkowity zakaz rejestrowania pojazdów przystosowanych do ruchu lewostronnego jest nieproporcjonalny w stosunku do uzasadnionych wymogów porządku publicznego związanych z bezpieczeństwem na drogach i ochroną zdrowia i życia ludzi. Jeżeli chodzi o nowe samochody, Komisja jest zdania, iż przeszkody w rejestrowaniu pojazdów przystosowanych do ruchu lewostronnego naruszają przepisy dyrektywy 70/311/EWG dotyczącej homologacji typu układów kierowniczych oraz dyrektywy ramowej 2007/46/WE dotyczącej homologacji typu WE pojazdów silnikowych⁵⁵. Co do samochodów używanych, Komisja uważa, że Polska narusza unijne przepisy w zakresie swobodnego przepływu towarów (art. 34 TFUE).

Humanitarna polityka powrotów. Komisja zwróciła się do 8 państw członkowskich o zapewnienie pełnej zgodności z unijnymi przepisami dotyczącymi powrotów i wydalania nielegalnych imigrantów. Jak dotąd, Austria, Belgia, Cypr, Litwa, Niderlandy, Niemcy, **Polska** i Szwecja nie zgłosiły KE środków krajowych wdrażających dyrektywę 2008/115/WE w sprawie powrotów imigrantów z 2008 r. Miały one obowiązek przetransponować przepisy dyrektywy do 24.12.2010 r. Fakt, że tego nie uczyniły, zagraża skutecznej i sprawiedliwej realizacji wspólnej procedury powrotów, jak również podważa unijną politykę migracyjną. Pomimo not przesłanych przez Komisję 27 stycznia 2011 r., wymienione państwa wciąż nie poinformowały Komisji o przyjęciu przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, koniecznych dla zapewnienia pełnej zgodności z dyrektywą. W związku z tym Komisja postanowiła przesłać tym państwom uzasadnione opinie (zgodnie z art. 258 TFUE). W przypadku braku zadowalającej reakcji w terminie dwóch miesięcy Komisja może zgłosić przypadki uchybienia obowiązkowi państw członkowskich do Trybunału Sprawiedliwości i wnieść o nałożenie sankcji finansowych na wymienione państwa członkowskie. Dyrektywa w sprawie powrotów imigrantów przewiduje wyraźne, przejrzyste i sprawiedliwe wspólne przepisy dotyczące powrotów, wydalenia, zatrzymania i ponownego wjazdu, które uwzględniają w pełni poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności poszczególnych osób. W przeszłości ustawodawstwo i praktyka państw członkowskich w dziedzinie powrotów była zróżnicowana. Dyrektywa to pierwszy instrument prawa UE, który wprowadza wspólny katalog praw szczególnych przysługujących nielegalnym imigrantom. W szczególności dyrektywa rozszerza

⁵⁵ OJ 2007 L 263/1.

zasadę niewydalania (*non-refoulement*) na każdą osobę przebywającą w danym państwie nielegalnie, podczas gdy wcześniej prawo to gwarantowano jedynie osobom ubiegającym się o azyl. Stanowi ona element kompleksowej i zrównoważonej unijnej polityki migracyjnej, która obejmuje również środki służące organizacji legalnej imigracji oraz walce z osobami zaangażowanymi w handel ludźmi i gospodarczy wyzysk imigrantów.

Dyrektywa 2008/115/WE w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich weszła w życie 16 grudnia 2008 r. Wszystkie państwa związane dyrektywą w sprawie powrotów imigrantów (wszystkie państwa członkowskie UE z wyłączeniem Irlandii i Zjednoczonego Królestwa, a także państwa strefy Schengen – Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein) są zobowiązane dostosować swoje prawodawstwo krajowe do przepisów dyrektywy. Z dniem 15 września 2011 r. dziewiętnaście państw członkowskich UE oraz państw strefy Schengen powiadomiło Komisję o pełnej transpozycji dyrektywy (Bułgaria, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Luksemburg, Łotwa, Malta, Norwegia, Portugalia, Republika Czeska, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Szwajcaria, Węgry i Włochy). Cztery państwa członkowskie UE zgłosiły częściową transpozycję dyrektywy (Belgia, Litwa, Holandia i Szwecja). Zgodnie z art. 4.1 Protokołu dotyczącego stanowiska Danii, załączonego do tych Traktatów, Dania zdecydowała się wprowadzić dyrektywę do swojego prawa krajowego⁵⁶.

Timeshare. Komisja Europejska podjęła decyzję o podjęciu kroków prawnych przeciwko Hiszpanii, **Polsce**, Słowenii i Litwie w celu zapewnienia konsumentom ochrony przewidzianej w unijnych przepisach dotyczących umów timeshare (dyrektywa 2008/122/WE)⁵⁷. W międzyczasie zamknięto sprawy toczące się przeciwko dziesięciu innym państwom członkowskim, jako że państwa te dokonały niedawno transpozycji dyrektywy do swoich przepisów krajowych. Przepisy dyrektywy zapewniają konsumentom ochronę przed niepożądanymi umowami timeshare – umowami zawieranim na okres ponad roku, na podstawie których konsumenci nabywają prawo do korzystania w określonym czasie z zakwaterowania, takiego jak np. apartament w kurorcie wakacyjnym. Państwa członkowskie miały ponad dwa lata na dopełnienie swoich obowiązków. Wszystkie państwa członkowskie zostały zobowiązane do przeniesienia nowej dyrektywy dotyczącej umów timeshare do swoich przepisów krajowych do 23 lutego 2011 r. Czternaście państw członkowskich (Belgia, Cypr, Finlandia, Hiszpania, Litwa, Luksemburg, Malta, Polska, Republika Czeska, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Węgry, Włochy) nie transponowało dyrektywy w przewidzianym czasie, w związku z czym 17 marca 2011 r. Komisja wszczęła przeciwko tym państwom postępowania

⁵⁶ Z dyrektywą tą związana jest Decyzja nr 575/2007/WE PE i Rady z 23 maja 2007 r. ustanawiająca Europejski Fundusz Powrotów Imigrantów na lata 2008–2013 jako część programu ogólnego „Solidarność i zarządzanie przepływami migracyjnymi” – OJ L 2007, 144/45. Polska korzystała ze środków EFPI.

⁵⁷ OJ 2009 L 33/10.

w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. Po tej dacie dziesięć spośród wspomnianych państw poinformowało Komisję, że niezbędne środki transponujące zostały przez nie podjęte. Jednak Komisja nie otrzymała informacji o podjęciu takich środków od Hiszpanii, Polski, Słowenii i Litwy. Komisja podjęła zatem decyzję o przesłaniu tym państwom uzasadnionych opinii i wezwaniu ich do dostosowania się do dyrektywy w ciągu dwóch miesięcy. Po zgłoszeniu przepisów transponujących przez wszystkie państwa, Komisja przeprowadzi szczegółową analizę ogólnej jakości i kompletności transpozycji. Na podstawie dyrektywy przedsiębiorcy muszą dostarczyć konsumentom – w odpowiednim czasie przed związaniem konsumentów umową – informacji, w tym informacji dotyczących ceny, jaka ma zostać zapłacona, opisu produktu oraz dokładnego czasu i długości pobytu, do jakich konsument jest uprawniony na mocy umowy. Zgodnie z życzeniem konsumenta, informacje te powinny być udostępnione w jego języku ojczystym. Ponadto dyrektywa gwarantuje konsumentom możliwość odstąpienia od umowy w ciągu 14 dni kalendarzowych; przedsiębiorcy nie mogą w tym okresie zażądać od konsumenta wpłacenia zaliczki czy też kaucji. Przed zawarciem umowy przedsiębiorca ma obowiązek wyraźnie zwrócić uwagę konsumenta na prawo do odstąpienia od umowy, na termin odstąpienia od umowy oraz na zakaz uiszczania zaliczek przed upływem terminu odstąpienia od umowy. Ochrona ustanowiona na podstawie dyrektywy obejmuje również nowe produkty i umowy, które zostały opracowane w taki sposób, aby nie miały do nich zastosowania przepisy poprzedniej dyrektywy o umowach timeshare z 1994 r. Nowa dyrektywa obowiązuje również w odniesieniu do umów timeshare zawieranych na mniej niż trzy lata oraz ofert umożliwiających konsumentom wykorzystywanie do zakwaterowania różnych rodzajów ruchomości (np. statków wycieczkowych, przyczep turystycznych lub barek). Dyrektywa obejmuje także umowy odsprzedaży oraz długoterminowe oferty wakacyjne. Państwa członkowskie mają obowiązek poinformowania konsumentów o przepisach prawa krajowego transponujących dyrektywę i zapewnienia stosownych kar dla przedsiębiorców nieprzestrzegających przepisów. Państwa członkowskie muszą także wspierać ustanawianie oraz rozwój odpowiednich i skutecznych pozasądowych procedur dotyczących skarg i odwołań służących rozstrzygnięciu sporów.

Dyrektywa timeshare adekwatnie wskazuje na duży zakres obowiązków państw związanych z wprowadzaniem dyrektyw konsumenckich.

4.3. Uwagi końcowe

Reasumując, zakres ochrony indywidualnych praw konsumenta oraz stosowane instrumenty są zgodne z prawem Unii oraz porównywalne ze standardami istniejącymi w państwach starej Unii. Jednak zarówno władze publiczne RP, jak i ruchy społeczne powinny razić nadmierna rozbudowa, etatyżacja i rozczłonkowanie urzędów antymonopolowych, przy niskiej ich dbałości o respektowa-

nie indywidualnych prawa konsumenta oraz o informowanie o tych prawach, a także braku zaangażowania w efektywne monitorowanie ich respektowania oraz w polubowne rozstrzyganie sporów. W interesie publicznym jest konieczne monitorowanie zwłaszcza treści umów konsumenckich przedsiębiorców mających kontrakty masowe. Wskazana byłaby też większa inicjatywność władz w pobudzaniu rozwoju ruchu konsumenckiego (w tym NGOs), jako istotnego elementu społeczeństwa obywatelskiego. Problem sądowej ochrony praw konsumenta jest natomiast związany z ogólnym problemem efektywności i sprawności organów wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Kształtowanie polskich regulacji prawnych wydaje się też nie uwzględniać ścisłego związku ochrony praw konsumenta z ochroną konkurencji (w tej dziedzinie również istnieją w Polsce spore niedostatki), a często i specyfiki praw Unii (przy zauważalnym, niewysokim poziomie jego znajomości). Jednak wszystko to nie oznacza, iż autor optuje za natychmiastową i dynamiczną zmianą sytuacji (poprawa w omawianej sferze musi mieć charakter ewolucyjny), zwłaszcza w dobie kryzysu. Aktywność gospodarcza stanowi bowiem równie wielką wartość co prawa konsumenta, a jest wobec nich pierwotna.

Poza zakresem pracy pozostawiono natomiast niewysoką jakość polskiego prawa oraz jego nadmierną zmienność, oderwanie od poczucia słuszności i sprawiedliwości, a także niską efektywność.

STRESZCZENIE

Ochrona praw konsumenta w Unii, pomimo że stypulowana szeroko (zakres praw) i na wysokim poziomie (choć z odesłaniem do jej szerszej i możliwie maksymalnej realizacji przez państwa UE), nie jest jednoznacznie w tym prawie zdefiniowana i zakreślona, a ponadto brakuje efektywnych sankcji przeciw tym państwom członkowskim, które nie chcą jej zapewnić ochrony konsumenta nawet na minimalnym poziomie (Polska należy chyba do tej grupy). Korzystają z tego zwłaszcza nowe państwa, bo pełną gwarancję szerokiej i efektywnej ochrony może stworzyć tylko silny ruch konsumencki i społeczeństwo obywatelskie. Władze polskie wykazują (na tle starej Unii) niską dbałość o prawa konsumenta, co wynika także z interesów ekonomicznych dużych firm. Skargi Komisji przeciw Polsce nie mają większego wpływu na poprawę sytuacji konsumentów.

SUMMARY

The protection of customers' rights in the European Union, although stipulated broadly (the scope of rights) and at a high level (although with a referral to a broader and possibly maximal implementation by the European Union countries), is not unambiguously defined and outlined. Moreover, it lacks effective sanctions against

member states that do not want to provide their customers with the minimum level of protection (Poland seems to belong to this group). This is especially advantageous for the new member states because only a strong consumer movement and civil society can create a guarantee of broad and effective protection. Polish authorities show (in comparison with the old Union) little care for the rights of consumers, and it also results from the interests of big companies. The European Union Commission's complaints against Poland do not have a significant impact on the improvement of the consumers' situation.

RÉSUMÉ

La protection des droits du consommateur en Union européenne malgré son large champs d'activité (domaine des droits) et sur assez haut niveau (réalisé avant tout d'une façon maximale par les états-membres) n'est pas définie d'une manière équivalente dans ce droit. Et il manque encore des sanctions effectives contre les états-membres qui ne veulent plus respecter la protection des droits du consommateur même au niveau minimal (la Pologne appartient-elle à ce groupe). Les nouveaux états en profitent parce que le garanti complet et effectif peut être créé uniquement par le mouvement fort des consommateurs et la société dite civile. Les pouvoirs polonais (en les comparant aux anciens états de l'Union) montrent vraiment une négligence des droits du consommateur ce qui implique aussi les intérêts économiques des grandes entreprises. Et les plaintes de la Commission contre la Pologne n'ont pas une grande influence sur l'amélioration de la situation des consommateurs.

РЕЗЮМЕ

Защита прав потребителя в ЕС, несмотря на то, что представлена в широком объёме (перечень прав) и на высоком уровне (хотя бы со ссылкой на её более широкую и по возможности максимальную реализацию государствами-членами ЕС), неоднозначно определена и установлена в этом Законе; кроме того, отсутствуют эффективные санкции против государств-членов ЕС, не желающих гарантировать защиту потребителя даже на минимальном уровне (Польша, вероятнее всего, относится к этой группе). Особенно это важно для новых государств, так как полную гарантию широкой и эффективной защиты может предоставить только мощное потребительское движение и гражданское общество. Польское правительство выражает (на фоне «старожилов» ЕС) низкий уровень заботы о правах потребителя, что также является следствием экономических интересов крупных компаний. Замечания Комиссии относительно Польши не приводят к значительному улучшению положения потребителей.

PIOTR BOŻYM



DRUGA IZBA PARLAMENTU W ŚWIETLE PIERWSZYCH PROJEKTÓW KONSTYTUCJI ODRODZONEGO PAŃSTWA POLSKIEGO

W ubiegłym roku minęła, w nikłym stopniu zauważona przez media, dziewięćdziesiąta rocznica pierwszych obrad Senatu w odrodzonej Polsce. Otwierając obrady Senatu w dniu 28 listopada 1922 roku, Naczelnik Państwa, marszałek Józef Piłsudski, powiedział wówczas „Wielka jest tradycja Senatu w Polsce. W dziejach dawnej Polski, którą odnajdujemy nie tylko w dawnych księgach i badaniach współczesnych historyków, ale której pamięć żywym nieraz płomieniem wybucha w sercach, tęskniących do siły i potęgi naszej Ojczyzny – praca i wytrwałość senatorów wpływały na losy kraju. Lecz konstytucja obecna zakreśla Senatowi rolę skromniejszą. Czyni ona z Panów nie główny motor pracy państwowej, ale, zgodnie z duchem konstytucji współczesnych krajów demokratycznych, nakazuje Wam być rzecznikami rozsądku, rozwagi i miary w spełnianiu zadań, poruczonych organom władzy państwowej”. Marszałek widział Senat jako instytucję państwową, która „staje zawsze po stronie tych, którzy czy to z urzędu, czy to ze skłonności łagodzą tarcia, zmniejszają konflikty i doprowadzają do koniecznej równowagi zamierzeń, celów i środków”.

Zanim zostały wypowiedziane te znamienne słowa, po odzyskaniu niepodległości rozpoczęły się intensywne prace nad konstytucją odrodzonego państwa. Uchwała Sejmu Ustawodawczego z dnia 20 lutego 1919 r. w sprawie powierzenia Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa potocznie zwaną Małą Konstytucją, była traktowana jako rozwiązanie prowizoryczne. Intensywne prace nad opracowaniem projektu konstytucji prowadzono równoległe w rządowej Komisji Konstytucyjnej i sejmowej Komisji Konstytucyjnej. Rozpatrywano w nich projekty rządowe, projekty klubów sejmowych oraz projekty prywatne. Analiza projektów daje dość szeroki obraz panujących wówczas w Polsce opinii i przekonań. Wskazuje też, że pewne rozstrzygnięcia ustrojowe były przyjmowane jako niepodważalne aksjomaty. Do takich należała zasada zwierzchnictwa narodu, zasada podziału władz i system rządów parlamen-

tarno-gabinetowych¹. Natomiast struktura parlamentu – jedno czy dwuizbowego i zakres uprawnień drugiej izby budziła liczne kontrowersje, stąd poniżej zostały omówione te projekty, które przewidywały istnienie Senatu w jego tradycyjnej formule lub organ quasi-parlamentarny w postaci Straży Praw lub Izby Pracy.

Dnia 25 stycznia 1919 roku Prezes Rady Ministrów Ignacy Paderewski powołał grono osób z *mężów nauki i osób, biorących wybitny udział w życiu publicznym, celem poddania przygotowywanych dla Sejmu projektów konstytucji ocenie z naukowego i politycznego punktu widzenia*². Gronu obradującemu od 19 lutego do 12 marca 1919 roku nadano nazwę – Ankieta w sprawie projektu Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Jej przewodniczącym został historyk prawa Michał Bobrzyński, konserwatywny polityk, namiestnik Galicji w latach 1908–1913. Ankieta przygotowała projekt konstytucji zatytułowany *Projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Profesor Bobrzyński proponował w nim ustanowienie ustroju z silną prezydenturą, posługując się schematem właściwym dla francuskich ustaw konstytucyjnych. Zerwał tym samym związek między ideą suwerenności narodu a supremacją parlamentu. Zgodnie z projektem władza ustawodawcza miała należeć do Sejmu złożonego z dwóch izb: Izby Poselskiej i Senatu. Stojąc na stanowisku, że „obniżenie liczby senatorów uwolni Senat od niebezpieczeństwa chwilowych nastrojów”³, ankieta przewidywała, że liczba senatorów będzie odpowiadać połowie ogólnej liczby posłów. Trzy czwarte senatorów miało być wybranych przez sejmiki wojewódzkie i Radę Miasta Warszawy na lat dziewięć a jedna czwarta senatorów miała być dokooptowana przez izbę. Projekt zakładał, że co trzy lata wymianie będzie ulegała jedna trzecia senatorów. Bierne prawo wyborcze do Senatu zostało ograniczone wyższym cenzusem wiekowym wynoszącym 40 lat, w porównaniu do cenzusu wiekowego 21 lat, wymaganego od kandydatów na posłów. Sejm miał być zwoływany przez Prezydenta Rzeczypospolitej na sesję zwyczajną trwającą minimum cztery miesiące lub sesję nadzwyczajną na żądanie jednej trzeciej członków Izby Poselskiej lub jednej trzeciej członków Senatu. Kadencja Sejmu miała trwać cztery lata. Senat mógł zostać rozwiązany przez Prezydenta Rzeczypospolitej za zgodą dwóch trzecich ogólnej liczby posłów, a Izba Poselska za zgodą dwóch trzecich ogólnej liczby senatorów. Prawo inicjatywy ustawodawczej przysługiwało każdej z izb, każdy projekt ustawodawczy musiał uzyskać akceptację obu izb, a w przypadku rozbieżności powoływać miano komisję rozjemczą złożoną z równej liczby posłów i senatorów. Jeśli prace w komisji rozjemczej nie przyniosłyby efektów lub projekt ustawy zostałby ponownie odrzucony w Izbie Poselskiej lub w Senacie, wówczas nie mógł

¹ J. Czajowski (w:) *Model polskiego parlamentu. Zagadnienia optymalizacji usytuowania oraz struktury parlamentu w polskiej myśli prawno-ustrojowej XX wieku. Praca zbiorowa pod redakcją M. Grzybowskiego*, Kraków 1996, s. 25.

² W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne*, Reprint wydania z 1922 r., Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008, s. 149.

³ *Projekty Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1920 r., s. 158.

on być ponownie rozpatrywany na tej sesji Sejmu. Projekt ustawy uchwalony przez Sejm miał być przekazywany Prezydentowi Rzeczypospolitej do ogłoszenia w przeciągu 30 dni. Prezydent mógł zwrócić do ponownego rozpatrzenia projekt ustawy do Sejmu i to do tej izby, która go pierwsza uchwaliła. Jeśli Sejm uchwaliłby ponownie projekt większością dwóch trzecich, Prezydent musiałby ogłosić niezwłocznie ustawę. Przypuszczać należy, że autorzy, mówiąc o uchwaleniu projektu większością dwóch trzecich głosów przez Sejm, mieli na względzie osiągnięcie przez projekt większości dwóch trzecich głosów w każdej izbie, a nie dwóch trzecich zliczonych głosów obu izb⁴. Organem doradczym i to zarówno dla rządu, jak i dla Sejmu miała być Rada Stanu. Rada Stanu skupiająca znawców prawa, teoretyków i praktyków opracowywałaby lub opiniowałaby projekty ustaw przygotowane przez rząd lub przekazane przez Izbę Poselską, lub przez Senat. Projekt opracowany przez Ankieta nie uzyskał akceptacji rządu, został natomiast przesłany do Sejmu jako materiał do wykorzystania w pracach nad konstytucją.

Projekt deklaracji konstytucyjnej, uchwalony na posiedzeniu Rady Ministrów dnia 3 maja 1919 roku, wniesiony został do Sejmu dnia 6 maja 1919 roku. Projekt powierzał władzę ustawodawczą Sejmowi, który był *wyobrażeniem i składem wszechwładztwa Narodu*⁵. Projekt deklaracji przewidywał istnienie w miejsce Senatu trzydziestoosobowej Straży Praw powoływanej na cztery lata przez Naczelnika Rzeczypospolitej. Straż Praw miałaby za zadanie badanie zgodności ustaw uchwalonych przez Sejm z Konstytucją. Projekt deklaracji spotkał się z krytyką wszystkich ugrupowań w Sejmie i został uznany za nienadający się do dalszego rozpatrywania.

Projekt *Ustawa Konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, uchwalony na posiedzeniu Rady Ministrów 1 listopada 1919 roku, został wniesiony do Sejmu dnia 3 listopada 1919 roku. Projekt opierał się na *Projekcie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* opracowanym przez Ankieta, przyjmując jednakże jednoizbową strukturę parlamentu. Jednocześnie opierając się na rozwiązaniach zawartych w *Projekcie deklaracji konstytucyjnej* wprowadzono Straż Praw, której skład byłby kompletowany w następujący sposób: trzydziestu członków wybieranych byłoby spośród posłów (traciliby oni wówczas mandat poselski), trzydziestu powoływałby Naczelnik Państwa spośród zasłużonych obywateli, a grona profesorskie wybierałby po jednym przedstawicielu uczelni państwowej. Straż Praw miałaby za zadanie, podobnie jak w *Projekcie deklaracji konstytucyjnej*, badanie zgodności ustaw uchwalonych przez Sejm z Konstytucją, a ponadto badanie strony formalnej i celowościowej uchwalanych przez Sejm ustaw. Straż Praw w ciągu 30 dni od dnia przekazania ustawy mogłaby wystąpić z propozycjami zmian. Sejm

⁴ W. Komarnicki. *Polskie prawo...*, op. cit., s. 158.

⁵ Ibidem, s. 164.

mógłby zgłoszone propozycje uchwalić zwykłą większością głosów lub odrzucić je większością dwóch trzecich. Jeśli Sejm zadecydowałby odrzucić propozycje Straży Praw, wówczas Naczelnik Państwa ogłosiłby ustawę w brzmieniu zaproponowanym przez Sejm bądź podjąłby decyzję o zgłoszeniu weta. W odróżnieniu od proponowanego przez Ankiety wymogu uzyskania zgody Senatu (większością dwóch trzecich) na rozwiązanie Sejmu, Naczelnik Państwa mógłby rozwiązać Sejm bez pytania o zgodę Straży Praw. Projekt *Ustawy Konstytucyjnej Rzeczypospolitej Polskiej* został uzupełniony o *Projekt zmian niektórych artykułów*. Projekt wprowadzał Senat w miejsce Straży Praw, przy czym Sejm odpowiadał izbie poselskiej, tak jak przewidziano to w projekcie Ankiety, Senat zaś był ciałem stojącym poza Sejmem. W skład Senatu wchodziłoby 70 senatorów wybranych w głosowaniu proporcjonalnym przez Sejm, 30 przedstawicieli samorządu terytorialnego, 5 delegatów episkopatu katolickiego, 3 przedstawicieli innych religii oraz 13 przedstawicieli uczelni wyższych i instytucji naukowych. Senat miałby za zadanie badanie projektów ustaw uchwalonych przez Sejm. Senat mógłby wnioskować do Prezydenta Rzeczypospolitej o przyspieszenie promulgacji ustawy bądź o zmianę lub odrzucenie uchwalonego przez Sejm projektu. Poprawki zaproponowane przez Senat mógłby Sejm odrzucić większością dwóch trzecich. Wzmocnieniu w porównaniu do pierwotnego projektu uległby wpływ parlamentu na elekcję głowy państwa, gdyż Prezydent Rzeczypospolitej byłby wybierany przez Zgromadzenie Narodowe, tj. połączony Sejm z Senatem. Ponadto dla rozwiązania parlamentu konieczna byłaby zgoda dwóch trzecich ustawowej liczby senatorów.

Projekt Ustawy Konstytucyjnej, opracowany przez Komisję Konstytucyjną Sejmu Ustawodawczego, wniesiony pod obrady Sejmu dnia 8 lipca 1920 roku, opierał się na projekcie rządowym zmodyfikowanym propozycjami zawartymi w *Projekcie zmian niektórych artykułów*. W myśl postanowień projektu Sejm pochodziłby z wyborów powszechnych, Senat zaś kompletowany byłby w następujący sposób: 70 członków byłoby wybieranych przez Sejm spoza jego grona, po 2 z każdego województwa, po 2 z rad miejskich większych ośrodków (Warszawy, Lwowa, Poznania, Wilna i Łodzi), 5 delegatów episkopatu katolickiego, 3 przedstawicieli innych religii, przedstawicieli świata nauki. W jego skład weszliby też: Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Prezes Trybunału Administracyjnego, przedstawiciele działów Naczelnej Izby Gospodarczej Rzeczypospolitej oraz 2 przedstawiciele adwokatury. Ponieważ projekt nie precyzował liczby przedstawicieli świata nauki oraz przedstawicieli działów Naczelnej Izby Gospodarczej Rzeczypospolitej, nie określił tym samym ogólnej liczby senatorów. Tak skompletowany Senat miałby za zadanie badanie ustaw uchwalonych przez Sejm. Pozbawiony prawa inicjatywy ustawodawczej Senat mógłby wnioskować do Prezydenta Rzeczypospolitej o przyspieszenie promulgacji ustawy bądź o zmianę lub odrzucenie uchwalonego przez Sejm projektu. Obydwie izby parlamentu wybierałyby Prezydenta Rzeczypospolitej, decydowałyby też o składzie Trybunału Stanu.

Projekt konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgłoszony jako wniosek nagły przez posła Stanisława Głąbińskiego w imieniu Związku Ludowo-Narodowego, dnia 30 maja 1919 roku zakładał, że terytorium Polski będzie podzielone na dwa rodzaje ziem: ziem autonomicznych mających obok ludności polskiej znaczną osiadłą ludność innej narodowości oraz ziem samorządowych zamieszkałych w przeważającej większości przez ludność polską. Władza ustawodawcza byłaby powierzona jednolizbowemu Sejmowi. Konsekwencją wyodrębnienia dwóch rodzajów ziem byłoby stworzenie dwóch kategorii członków Sejmu – posłów wybieranych w wyborach powszechnych oraz delegatów sejmów ziemskich z ziem autonomicznych. Tym samym Sejm funkcjonowałby w dwojakim składzie – jako grono skupiające posłów ziem nieautonomicznych oraz delegatów sejmów ziem autonomicznych i – jak grono skupiające tylko posłów ziem nieautonomicznych, jako organ ustawodawczy tylko dla tych ziem⁶. Projekt przewidywał istnienie Straży Praw, której członków w połowie wybierałby Sejm i w połowie z delegatów sejmów i sejmików ziemskich, grona profesorskiego uczelni państwowych, rad miejskich stołecznych miast (Warszawy, Krakowa, Lwowa, Poznania i Wilna). W jej skład weszliby też delegaci Prezesa Najwyższego Trybunału Administracyjnego i Sądu Najwyższego. Straż Praw miała być wybierana na czas kadencji Sejmu, tj. na pięć lat a jej obradom miał przewodniczyć Marszałek Sejmu, a w jego zastępstwie delegat Trybunału Administracyjnego. Straż Praw badałaby ustawy pod względem formalnym, w kwestii ich zgodności z ustawą zasadniczą oraz ustawami zwykłymi, a także rozpatrywałaby zarzuty merytoryczne przeciwko ich treści. Tym samym Straż Praw łączyłaby kompetencje właściwe dla sądu konstytucyjnego oraz drugiej izby parlamentu⁷. Funkcją ustrojową Straży Praw stanowiłoby uczestnictwo w procesie ustawodawczym jako organu opiniodawczego i zarazem kontrolującego spójność systemu prawa⁸. Po zbadaniu ustawy Straż Prawa mogłaby: nie formułować zarzutów, wystąpić do Prezydenta Rzeczypospolitej o zawetowanie ustawy lub zwrócić ją Sejmowi z zaleceniem dokonania zmian formalnych lub merytorycznych. Konsultacja ze Strażą Praw byłaby niezbędna, gdyby Prezydent Rzeczypospolitej chciał zawetować ustawę. Zadaniem Straży Praw, byłoby zatem powściągnięcie radykalnych poczynań pochodzącego z demokratycznej elekcji Sejmu⁹. Zdaniem Wacława Komarnickiego, Straż Praw byłaby nikłym surogatem instytucji współdziałającej w ustawodawstwie, pozbawionym jakiegokolwiek znaczenia politycznego¹⁰.

⁶ Rozwiązanie to wyraźnie nawiązywało do patentu austriackiego z 26 lutego 1861 roku przewidującego funkcjonowanie Rady Państwa w pełnym składzie przy udziale posłów ze wszystkich krajów cesarstwa (w tym i węgierskich) i funkcjonowanie Rady Państwa tylko w składzie posłów z krajów niewęgierskich. Szerzej o tym w: W. Komarnicki, *Ustrój państwowy Austro-Węgier w oświeceniu historycznym i prawnym*, Warszawa 1917, s. 20.

⁷ Straż Praw jest często określana jako surogat Senatu lub organ pomocniczy Sejmu. A. Ajnenkiel, *Spór o model parlamentaryzmu polskiego do roku 1926*, Warszawa 1972, s. 217.

⁸ W. Jakubowski, K. Jajecznik, *Polska debata ustrojowa w latach 1917–1921*, Warszawa 2010, s. 138.

⁹ Ibidem.

¹⁰ W. Komarnicki, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 192.

Projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgłoszony jako wniosek przez posła Józefa Buzka w imieniu Klubu Pracy Konstytucyjnej, dnia 30 maja 1919 roku jako jedyny projekt zakładał nadaniu Polsce formy federacji. Zgodnie z projektem terytorium państwowe byłoby podzielona na ok. 70 ziem liczących od 200 000 do 500 000 mieszkańców. Obawa przed zbyt dużą centralizacją i jej niebezpieczeństwami skłoniła autora, zdaniem Stanisława Głabińskiego¹¹, do przyjęcia systemu zupełnej decentralizacji, który musiałby z czasem rozluźnić jedność państwową i utrwalić separatyzm dzielnicowy, narodowościowy i religijny w poszczególnych częściach naszego państwa. Konstrukcję władz federalnych, tj. Sejmu Narodowego i Prezydenta Rzeczypospolitej, autor projektu oparł na koncepcji amerykańskiego federalizmu, stąd przyłgnęła do niego nazwa *projekt amerykański*. Zgodnie z projektem władza ustawodawcza powierzona byłaby Sejmowi Narodowemu składającemu się z Izby Poselskiej i Senatu. Izba Poselska liczyłaby 400 posłów wybieranych na lat 5 w głosowaniu tajnym, bezpośrednim i równym, Senat zaś stanowiłby reprezentację ziem i składałby się z senatorów wybieranych na 9 lat przez sejmiki ziemskie, po dwóch z każdej ziemi. W zamysle autora liczba senatorów nie przekroczyłaby zatem 140. Co 3 lata wymianie ulegałby jedna trzecia senatorów. Senat nie mógłby zostać rozwiązany, natomiast Izba Poselska mogłaby zostać rozwiązana na wniosek Prezydenta Rzeczypospolitej, za zgodą Senatu. Obydwie izby miałyby prawo inicjatywy ustawodawczej, miałby je też Prezydent Rzeczypospolitej. Prezydent mógłby też zawetować ustawę uchwaloną przez Sejm Narodowy, dla odrzucenia weta konieczne byłoby uzyskanie większości dwóch trzecich głosów w każdej z izb, przy udziale co najmniej połowy członków izby. Projekt przewidywał też powoływanie komisji rozjemczej w przypadku zmiany tekstu uchwalonego przez jedną z izb. Komisja przedkładałaby swoje wnioski tej izbie, która pierwsza uchwaliliby projekt. Projekt zakładał obowiązkowe powołanie takiej komisji, gdyby pojawiły się rozbieżności co do szczegółów w uchwałach budżetowych. Projekt przewidywał też, że Senat będzie mógł sądzić Prezydenta Rzeczypospolitej, ministrów i członków Najwyższego Sądu Narodowego, oskarżonych przez posłów. Decyzję w tej sprawie posłowie podejmowałiby zwykłą większością głosów, w obecności co najmniej połowy składu Izby Poselskiej.

Projekt konstytucji, zatytułowany *Tymczasowa Ustawa Konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, został zgłoszony jako wniosek przez posła Mieczysława Niedziałkowskiego w imieniu Związku Polskich Posłów Socjalistycznych, dnia 27 maja 1919 roku. Jego twórcy wychodzili z założenia, że konstytucja ze względu na przechodzenie z ustroju kapitalistycznego w ustrój socjalistyczny powinna mieć charakter tymczasowy. Oprócz Sejmu sprawującego najwyższą władzę w Rzeczypospolitej, składającego się z posłów wybieranych na 3 lata, projekt zakładał

¹¹ Stanisław Głabiński *o ustroju państwa polskiego i parlamentarystyce*, Wstęp, wybór i opracowanie J. Kornaś, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999, s. 81.

utworzenie Izby Pracy. Izba ta skupiałaby przedstawicieli rad delegatów robotniczych miast i wsi, związków zawodowych i organizacji pracowników umysłowych. Liczebnością Izba Pracy byłaby zrównana z liczbą posłów zasiadających w Sejmie. Izba Pracy opiniowałaby projekty ustaw wniesione do Sejmu z zakresu szeroko rozumianego prawa pracy. Miałyby też prawo wnoszenia projektów ustaw do Sejmu, dotyczących tej materii. Nadto Izba Pracy mogłaby żądać poddania referendum ludowemu projektu ustawy, który niósłby *szkodę oczywistą dla interesów pracy* (art. 88 projektu). Izba Pracy mogłaby też zwracać się do ministrów z zapytaniami i interpelacjami, mogłaby też pociągnąć do odpowiedzialności konstytucyjnej ministra pracy za sprzeczne z konstytucją działania lub zaniechania wykonywania ustaw. Projektowi zarzucano, że wprowadza coś na kształt systemu dwuizbowego, w którym rolę izby wyższej odgrywa Izba Pracy, ponieważ jej ingerencja w ustawodawstwo jest w zasadzie nieograniczona, gdyż *każda sprawa może być rozpatrywana ze stanowiska pracy i kapitału*¹². Mieczysław Niedziałkowski uchodzi też za autora innego projektu konstytucji – Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, zwanego popularnie *ludowym*, który przewidywał istnienie parlamentu jednoizbowego. Z racji tej projekt ten nie został w tym artykule omówiony.

Na przełomie stycznia-marca 1919 roku w Biurze Konstytucyjnym utworzonym przy Prezydium Rady Ministrów pojawił się projekt konstytucji tzw. *francuski*, nieznanego autorstwa¹³. Według projektu, władza ustawodawcza powierzona byłaby dwuizbowemu Sejmowi (złożonemu z Izby Poselskiej i Senatu) wybranemu w wyborach powszechnych, bezpośrednich, równych, tajnych i proporcjonalnych. Projekt zakładał, że zarówno ministrowie, jak i rząd będą ponosili odpowiedzialność przed obiema izbami Sejmu, a nie tylko przed Izbą Poselską jak tradycyjnie ustalono to w konstytucjach francuskich. Nadto projekt zakładał, aby wszyscy ministrowie, łącznie z premierem byli członkami jednej z izb Sejmu. Powstałby tym samym rząd ściśle parlamentarny. Obydwie połączone izby wybierałyby też Prezydenta Rzeczypospolitej. Prezydent miałby weto zawieszające w stosunku do ustaw uchwalonych przez Sejm, mógłby też rozwiązać jedną z izb sejmowych za zgodą drugiej. Projekt zakładał też przeprowadzenie referendum w przypadku braku zgodności pomiędzy Izbą Poselską a Senatem.

Projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej autorstwa Stanisława Hłasko i Józefa Polaka również nie był przedmiotem prac Komisji Konstytucyjnej Sejmu Ustawodawczego. Podstawowym mankamentem projektu należało niedookreślenie formy głowy państwa (król czy prezydent?) i niedookreślenie ustroju państwa (monarchia czy republika?). Decyzje takie miał podejmować parla-

¹² W. Komarnicki. *Polskie prawo...*, op. cit., s. 187.

¹³ S. Wojciechowski – minister spraw wewnętrznych w rządzie J. Paderewskiego twierdził, że autorem projektu był prof. Władysław Maliniak. S. Wojciechowski, *Prace nad konstytucją. Wspomnienia, orędzia, artykuły*, oprac. M. Groń-Drozdowska, M.M. Drozdowski, Warszawa 1995, s. 200.

ment w każdej kadencji¹⁴. Konstrukcję systemu najwyższych organów władzy autorzy opierali na trójpodziale władz. Władza ustawodawcza miała należeć do dwuizbowego Sejmu, przy czym autorzy zaznaczali, że decyzję o jednoizbowości lub dwuizbowości podejmowałby Sejm zmieniając konstytucję. Przyjmując Sejm dwuizbowy, autorzy projektu konstytucji zakładali, że posłowie wybierani na trzy lata, tworzący Izbę Poselską¹⁵ pochodziliby z wyborów powszechnych, senatorowie wybierani na lat sześć wchodzący w skład Senatu wybierani byłiby przez kurie społeczno-zawodowe w liczbie 80, mianowani przez Zwierzchnika RP (król lub prezydent ?) w liczbie 20 oraz przez związki wyznaniowe i instytucje samorządowe. Nadto w skład Senatu weszliby: arcybiskup-prymas, dwaj biskupi rzymskokatoliccy oraz przedstawiciele innych głównych wyznań krajowych, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego i ponadto dwóch przedstawicieli wyższych instytucji sądowych. Obydwie izby Sejmu miałyby prawo inicjatywy ustawodawczej, miałby je również Zwierzchnik RP. W przypadku wprowadzenia poprawek do projektu ustawy powoływana byłaby komisja rozjemcza, która przedstawiłaby izbom do uchwalenia uzgodniony projekt. Projekt ustawy przyjęty przez Izbę Poselską a odrzucony przez Senat, jeśli zostałby ponownie uchwalony przez Izbę Poselską, po podpisaniu przez Zwierzchnika RP stałby się obowiązującym prawem.

Projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej autorstwa Tadeusza Jankowskiego ogłoszony drukiem w Warszawie w październiku 1919 roku również nie został uwzględniony w pracach Komisji Konstytucyjnej Sejmu Ustawodawczego. Przyjmując dwuizbowy model parlamentu, autor stał na stanowisku, że Izba Poselska będzie reprezentacją ogółu obywateli, Senat zaś *winien się składać z ludzi obeznanych z potrzebami państwa, jego życiem społecznym, kulturalnym, oświatowym i ekonomicznym*¹⁶, tj. z działaczy samorządowych. Zgodnie z projektem posłowie byłiby wybierani na lat 4 w głosowaniu powszechnym, bezpośrednim, równym, tajnym i proporcjonalnym, senatorowie zaś wybierani byłiby na lat osiem przez rady gminne i rady wiejskie. Obydwie izby Sejmu miałyby prawo inicjatywy ustawodawczej, miałby je również Naczelnik Państwa. Projekt przewidywał, że każdy projekt ustawy musiałby być w pierwszej kolejności wniesiony pod obrady Izby Posłów oraz że projekt odrzucony nie mógłby być przedmiotem obrad Senatu. Gdyby Senat zaproponował poprawki do projektu ustawy uchwalonego przez Izbę Posłów, winien on zostać odesłany z powrotem do tej izby. Celem uzgodnienia tekstu projektu ustawy możliwa byłaby do powołania komisja rozjemcza złożona w równej liczbie posłów i senatorów. Jej zadaniem byłoby przełożenie Izbie Posłów wniosków. Jeśli Izba Posłów, nie przyjmując wniosków komisji rozjemczej, ponownie uchwaliby ustawę w brzmieniu pierwotnym, wówczas Naczelnik

¹⁴ Szerzej o tym W. Jakubowski, K. Jajeczniak, *Polska debata...*, op. cit., s. 43.

¹⁵ Projekt nie dookreślał liczby posłów natomiast szczegółowo wymieniał skład Senatu.

¹⁶ T. Jankowski, *Projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa (b. w.) 1919, s. 15.

Państwa ogłosiłby po upływie sześciu miesięcy projekt jako obowiązujące prawo lub zarządziłby rozpisanie nowych wyborów do Sejmu. Projekt przyjmował też egzekwowanie odpowiedzialności konstytucyjnej od Naczelnika Państwa i od ministrów w trybie impeachmentu¹⁷.

Po utworzeniu w grudniu 1919 roku koalicyjnego rządu, na czele którego stanął Leopold Skulski, w drodze porozumień ze Polskim Stronnictwem Ludowym ustalono, że w przyszłej konstytucji znajdzie się miejsce dla Senatu. Złagodzenie oporu lewicy miało przynieść postanowienie, że 70 senatorów będzie wybieranych przez Sejm (spoza grona posłów), i że pozostałymi senatorami zostaną przedstawiciele samorządów i wryliści. Centroprawicowa większość popierająca utworzenie Senatu, dysponująca niewielką przewagą głosów w drodze ustępstw, dążyła do wypracowania stanowiska kompromisowego. Wycofała się z koncepcji zasiadania w Senacie wrylistów, zgodziła na zrównanie kadencji obu izb, zaakceptowała też pozbawienie Senatu prawa inicjatywy ustawodawczej.

Istnienie Senatu zostało przesądzone 27 stycznia 1921 roku, a w toku debat prowadzonych do marca tegoż roku określono jego pozycję w systemie ustrojowym odrodzonego państwa. Władzę ustawodawczą powierzono Sejmowi i Senatowi, przy czym prawo inicjatywy ustawodawczej zastrzeżono Sejmowi i rządowi. Obydwie izby były powoływane w głosowaniu powszechnym, tajnym, bezpośrednim, równym i proporcjonalnym. Różnice występowały w odniesieniu do czynnego i biernego prawa wyborczego do Sejmu i Senatu. Czynne prawo wyborcze do Senatu mieli obywatele mający ukończone 30 lat (do Sejmu 21 lat), bierne prawo wyborcze posiadali obywatele mający ukończone lat 40 (odpowiednio do Sejmu – lat 25). Kadencja obu izb była jednakowa i wynosiła 5 lat. Izby pracowały w systemie sesyjnym, zwyczajnym lub nadzwyczajnym. Konstytucja upoważniała Prezydenta Rzeczypospolitej do zwołania sesji nadzwyczajnej, np. na wypadek wypowiedzenia wojny lub zawarcia pokoju, obligowała zaś go do zwołania Sejmu (także i Senatu) na sesję nadzwyczajną, gdy z żądaniem takim wystąpiłaby 1/3 ogólnej liczby posłów. Przed upływem kadencji mogło nastąpić rozwiązanie parlamentu. Sejm większością dwóch trzecich w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów mógł dokonać samorozwiązania, Sejm mógł też zostać rozwiązany przez Prezydenta Rzeczypospolitej za zgodą trzech piątych ustawowej liczby senatorów. Rozwiązanie Sejmu skutkowało rozwiązaniem również Senatu. Konstytucja nie stworzyła, w ramach dwuizbowości, z Senatu czynnika ustrojowego konkurencyjnego wobec głównego ustawodawcy, tj. Sejmu¹⁸. Senat tylko rozpatrywał projekty ustaw uchwalonych przez Sejm. Uchwalony przez Sejm projekt ustawy był przekazywany Senatowi do rozpatrzenia, który w ciągu 30 dni od dnia przekazania ustawy mógł przedstawić zarzuty. Jeśli Senat nie

¹⁷ W trybie pochodzącego z brytyjskiego systemu politycznego impeachmentu oskarża izba pierwsza parlamentu, sędzi i wyrokuję izba wyższa.

¹⁸ Szerzej o tym J. Czajowski w: *Senat Rzeczypospolitej Polskiej pierwszej kadencji 1922–1927*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999, s. 117 i nast.

wniósłby zarzutów, Prezydent Rzeczypospolitej zarządziłby ogłoszenie ustawy w terminie 30 dniowym lub krótszym, jeśli Senat tak zawnioskowałby. Gdyby Senat postanowił wnieść poprawki do projektu ustawy lub zaproponowałby odrzucenie projektu, powinien wówczas o swym zamiarze powiadomić Sejm w terminie 30 dniowym, najpóźniej zaś w ciągu następnych 30 dni zwrócić Sejmowi tekst z poprawkami. Sejm przyjmował poprawki zwykłą większością albo odrzucał je większością jedenastu dwudziestych. Osobliwymi postanowieniami konstytucji było upoważnienie drugiego z kolei Sejmu, tj. *drugiego z rządu*, do rewizji konstytucji mocą własnej uchwały podejmowaną większością kwalifikowaną 3/5 głosów, w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Tym samym Sejm mocą własnej decyzji mógłby wyeliminować izbę wyższą z polskiego systemu ustrojowego. Konstytucja przewidywała też regularną rewizję konstytucji, która miała odbywać się co 25 lat przez połączony w Zgromadzenie Narodowe Sejm i Senat. Oznaczać to mogło, że Senat w odrodzonej Polsce został niejako wprowadzony na próbę, zwycięską – jak się to z upływem czasu okazało. Uchwalenie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 roku, a następnie ordynacji do Sejmu i Senatu dnia 28 lipca 1922 roku oznaczało zakończenie stanu przejściowego – rozpoczął się okres funkcjonowania parlamentaryzmu polskiego w ramach konstytucji marcowej roku 1921.

STRESZCZENIE

Celem artykułu jest przybliżenie projektów przewidujących istnienie drugiej izby parlamentu, jakie dziewięćdziesiąt lat wcześniej pojawiły się przy pracach nad projektem konstytucji odrodzonego państwa polskiego. Były to projekty rządowe, projekty klubów sejmowych i projekty prywatne. Niektóre z nich nie były przedmiotem prac Komisji Konstytucyjnej Sejmu Ustawodawczego, inne zaś stały się podłożem rozwiązań zawartych w tzw. konstytucji marcowej roku 1921. Analiza projektów daje dość szeroki obraz panujących wówczas w Polsce opinii i przekonań odnoszących się do drugiej izby parlamentu. Artykuł jest zakończony syntetycznym przedstawieniem Senatu w świetle konstytucji marcowej 1921 roku.

SUMMARY

The article aims to present the bills including plans to create the second chamber of parliament that appeared during the work on the reborn Polish state's constitution bills 90 years ago. The bills were government's, Sejm's clubs' and private projects. Some of them were subject for debate and work of the Constitutional Commission of the Legislative Sejm; others were the basis of the solutions included in the so-called March Constitution of 1921. The analysis of the bills gives a rather broad picture of

opinions typical for Poland of that time in connection with the idea of the second chamber of parliament. The article ends with a synthetic presentation of Senate in the light of the March Constitution of 1921.

RÉSUMÉ

Le but de l'article est l'approche des projets de l'existence de la deuxième chambre du parlement qui ont paru il y a 90 ans au moment du travail sur le projet de la constitution de l'Etat polonais. C'était des projets du gouvernement, des clubs de parlement ainsi que des projets proposés par des personnes privées. Certains parmi eux ont fait l'objet des travaux de la Commission constitutionnelle de la Diète législative, les autres ont donné début aux solutions qui se trouvent dans la constitution de mars 1921. L'analyse approfondie de ces projets montre un assez large image des opinions et convictions présentes en Pologne à cette époque-là et concernant la deuxième chambre du parlement. L'article finit par montrer la présentation syntétique du Senat dans le cadre de la constitution de mars 1921.

РЕЗЮМЕ

Целью статьи является приближение проектов, предусматривающих существование второй палаты парламента, возникших 90 лет раньше при работе над проектом конституции возродившегося польского государства. Это были правительственные проекты, проекты парламентских клубов и частные проекты. Некоторые из них не были объектом разработок Конституционной Комиссии Законодательного Парламента, тогда как другие стали базовыми для решений, содержащихся в так называемой мартовской Конституции 1921 года. Анализ проектов представляет широкую картину господствующих в то время мнений и убеждений, касающихся второй палаты парламента. Статья завершается синтетическим представлением Сената в свете мартовской Конституции 1921 года.



DOROTA MIECZKOWSKA

Glosa

do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r.,

I KZP 22/11

1. W przypadku wątpliwości co do charakteru prawnego przepisu zamieszczonego w którymś z rozdziałów części szczególnej kodeksu karnego należy uznać, że jeżeli przewidziana w tym przepisie modyfikacja sankcji karnej jest uzasadniona okolicznościami poprzedzającymi określony czyn lub też następującymi po jego popełnieniu, powinien być on traktowany jako instytucja sądowego wymiaru kary. Jeżeli zaś określone w danym przepisie okoliczności, które rzutują na wysokość sankcji karnej, bezpośrednio powiązane są z czynem i mają znaczenie dla oceny stopnia jego społecznej szkodliwości, należy uznać, że konstytuują one typ czynu zabronionego (kwalifikowany lub uprzywilejowany).
Art. 178a § 4 k.k. cechuje niejednorodny charakter normatywny: pierwsza jego część wyraża instytucję nadzwyczajnego obostrzenia kary, polegającą na specyficznej recydywie w zakresie przestępstw komunikacyjnych.
2. Odmienny charakter ma druga część art. 178a § 4 k.k. W tej części art. 178a § 4 k.k. wystawia typ czynu zabronionego, bowiem okoliczności w nim wskazane są ściśle związane z oceną społecznej szkodliwości czynu sprawcy, który prowadząc pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości (lub odurzenia), nie tylko narusza podstawowe zasady bezpieczeństwa w komunikacji, ale ponadto, nie wykonując wcześniej orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, okazuje lekceważenie dla wyroków sądowych, naruszając tym samym autorytet wymiaru sprawiedliwości.
3. Między art. 178a § 4 k.k. *in fine* a art. 244 k.k. nie zachodzi kumulatywny zbieg przepisów ustawy w rozumieniu art. 11 § 2 k.k.

Glosowane postanowienie Sądu Najwyższego wydane 19 stycznia 2012 r.¹ dotyczyło odmowy odpowiedzi na pytanie prawne sądu okręgowego działającego

¹ I KZP 22/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 63.

w charakterze sądu odwoławczego złożone w trybie art. 441 § 1 k.p.k. przyjęcia uchwały, w której zająłby wiążące stanowisko w zakresie prawidłowej reakcji sądów w razie pojawienia się zbiegu art. 178a § 4 *in fine* k.k. z art. 244 k.k.² Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu stwierdził jednak, że między art. 178a § 4 *in fine* k.k. a art. 244 k.k. nie może być mowy o kumulatywnym zbiegu przepisów ustawy, a ponadto zajął się kwestią charakteru prawnego art. 178a § 4 k.k.

Przepis art. 178a § 4 k.k. wprowadzono do Kodeksu karnego z 1997 r. w wyniku wydania ustawy z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (art. 1 pkt 9)³. Regulacja zawarta w art. 178a § 4 k.k. funkcjonuje zatem w systemie prawa dość krótko, jednakże przepis ten zdołał wywołać już wiele kontrowersji wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego. Główny problem sprowadza się w tym wypadku do odpowiedzi na newralgiczne pytanie o charakter prawny art. 178a § 4 k.k. – czy mamy tutaj do czynienia jedynie z zamkniętym katalogiem okoliczności sądowego wymiaru kary zaostrzającym odpowiedzialność karną, czy też omawiany przepis konstytuuje nowy typ kwalifikowany przestępstwa?

Sąd Najwyższy długo milczał w tej kwestii, aż do momentu głosowanego postanowienia z dnia 19 stycznia 2012 r. nie zajął jednoznacznego stanowiska co do materii charakteru prawnego art. 178a § 4 k.k. Pojawienie się omawianego orzeczenia w sposób jedynie połowiczny zadowoliło zwolenników obydwu koncepcji. Sąd Najwyższy wyraźnie podkreślił niejednorodny charakter normatywny art. 178a § 4 k.k., podsumowując, iż przepis ten w części wypełnia przesłanki właściwe dla instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary oraz równocześnie stanowi typ kwalifikowany przestępstwa.

Art. 178a § 4 k.k. składa się z normatywnego opisu trzech alternatywnie podanych wypadków, które świadczą o bezskuteczności zastosowanych względem skazanego środków reakcji karnoprawnej:

- 1) uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 178a § 1 k.k.;
- 2) uprzednie prawomocne skazanie za jedno z wymienionych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji popełnione w stanie nietrzeźwości lub

² Sąd Najwyższy, argumentując swoją odmowę wydania uchwały w tym wypadku, zauważył, że pytanie prawne musi zgodnie z art. 441 § 1 k.p.k. dotyczyć zagadnienia prawnego, zmuszającego do zasadniczej wykładni ustawy, które pojawiło się na etapie postępowania odwoławczego. Wymaga się, żeby pytanie przedłożone przez sąd odwoławczy dotyczyło konkretnej sprawy, a usunięcie wątpliwości w drodze wykładni pozwoliło na jej prawidłowe rozstrzygnięcie. (Por. m.in. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I*, Warszawa 2007, s. 714–718; J. Grajewski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 104–105; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 953–955; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 554–556; R.A. Stefański, *Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych*, Kraków 2001, s. 264–299). Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że przedłożone zagadnienie prawne nie spełnia powyższych wymagań, zauważając jednocześnie, iż powstałe niejasności mogą zostać rozwiązane w drodze zwykłej wykładni interpretacyjnej przepisów przeprowadzanej przez sądy przy rozpoznawaniu danej sprawy.

³ Dz.U. Nr 40, poz. 227.

pod wpływem środka odurzającego: sprowadzenie katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym zagrażającej życiu lub zdrowiu wielu osób lub mieniu w wielkich rozmiarach (art. 173 k.k.), sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym (art. 174 k.k.), wypadek komunikacyjny (art. 177 k.k.), spowodowanie przez żołnierza wypadku komunikacyjnego, którego następstwem jest śmierć innej osoby lub ciężki uszczerbek na jej zdrowiu (art. 355 § 2 k.k.);

- 3) popełnienie przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, który został orzeczony w związku ze skazaniem za przestępstwo⁴.

Każda z powyżej wskazanych okoliczności stanowi odrębną podstawę do zastosowania surowszej sankcji karnej w postaci kary pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Użycie przez ustawodawcę funktora „albo” powoduje w rezultacie, iż jeśli wystąpi którykolwiek z określonych w art. 178a § 4 k.k. wypadków, wówczas sąd uzyska narzędzie do bardziej restryktywnego potraktowania sprawcy zaostrożonym wymiarem kary. Niewątpliwie elementem łączącym wszystkie okoliczności zakreślone w treści art. 178a § 4 k.k. jest prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego⁵.

Sąd Najwyższy stwierdził w glosowanym postanowieniu, że art. 178a § 4 k.k. cechuje niejednorodny charakter normatywny, a tym samym dokonał podziału omawianego przepisu na dwie odmienne od siebie części:

- 1) pierwsza część art. 178a § 4 k.k. wyraża instytucję nadzwyczajnego obostrzenia kary, która polega na specyficznej recydywie w zakresie przestępstw komunikacyjnych („jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 był wcześniej prawomocnie skazany za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo za przestępstwo określone w art. 173, 174, 177 lub art. 355 § 2 popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego”);
- 2) druga część przepisu formułuje kwalifikowany typ czynu zabronionego, co wiąże się z naganną oceną społeczną zachowania przestępczego sprawcy, który pomimo orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych dokonuje jego naruszenia poprzez prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub odurzenia innym środkiem.

Art. 178a § 4 *in fine* k.k. dotyczy złamania orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w okresie jego obowiązywania. Zakres przedmiotowy

⁴ Por. R. Hałas (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 825.

⁵ Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2011 r., LEX nr 1108467; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2011 r., Prokuratura i Prawo – wykłady 2012, nr 6, poz. 2; wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2009 r. OSNwSK 2009, nr 1 poz. 630, sprawa o sygn. akt II KK 269/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2007 r. OSNwSK 2007, nr 1, poz. 2428, sprawa o sygn. akt. II KK 81/07.

omawianego przepisu przywołuje na myśl inną regulację również znajdującą się w Kodeksie karnym – art. 244. Przepis art. 244 k.k. formułuje przestępstwo, polegające na naruszeniu jednego z sądowych zakazów, m. in. zakazu prowadzenia pojazdów. Pierwsze wrażenie o podobieństwie obydwu regulacji może być nieco złudne, gdyż są to niewątpliwie dwie odrębne regulacje prawne. Przepis art. 244 k.k. posiada bardzo ogólny wymiar, obejmując swym zasięgiem wszelakie naruszenia zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów – zarówno mechanicznych, jak i niemechanicznych. W przypadku art. 178a § 4 *in fine* k.k. występuje zawężenie do ściśle określonego rodzaju naruszenia zakazu prowadzenia pojazdów. Przepis został uregulowany w rozdziale XXI Kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji” i dotyczy złamania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo⁶.

W treści art. 244 k.k. nie ma żadnej wzmianki o tym, na jakiej podstawie został orzeczony zakaz prowadzenia pojazdów. Można zatem przyjąć, iż ów przepis odnosi się zarówno do osób skazanych za przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, jak i równie dobrze do sprawców wykroczeń, względem których przepisy k.w. umożliwiają zastosowanie zakazu prowadzenia pojazdów⁷. Przestępstwo naruszenia zakazu sądowego prowadzenia pojazdów opisane w art. 244 k.k., polega po prostu na świadomym i umyślnym akcie niesubordynacji⁸, ujawniającym się poprzez niestosowanie się do orzeczonego zakazu. Skazany wypełnia znamiona tegoż przestępstwa, jeżeli wykazuje niepokojącą postawę, negując poprzez swoje zachowanie istnienie zakazu w zakresie prowadzenia pojazdów. Sprawca czynu z art. 244 k.k. nadal prowadzi pojazdy, które zostały objęte zakresem orzeczonego zakazu w okresie, gdy on nadal obowiązuje. Przepis art. 178a § 4 *in fine* k.k. koncentruje się na naruszeniu orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, przy czym forma złamania tego zakazu została przez ustawodawcę wyraźnie sprecyzowana. Naruszenie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych ma w świetle art. 178a § 4 *in fine* k.k. polegać na popełnieniu przestępstwa określonego w treści art. 178a § 1 k.k. w okresie obowiązywania zakazu, tj. na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub odurzenia innym środkiem.

Ważną wskazywaną różnicą między regulacją art. 178a § 4 k.k. a art. 244 k.k. jest fakt ochrony odmiennych dóbr prawnych w obydwu omawianych przepisach. Czyn objęty przepisem art. 178a § 4 k.k. usytuowany jest wprawdzie w rozdziale

⁶ Z treści art. 178a § 4 *in fine* k.k. wyraźnie wynika, iż ma on zastosowanie do przypadków złamania zakazu prowadzenia pojazdów orzeczonego wyłącznie za przestępstwa, a zatem nie może być mowy o zastosowaniu wskazanego przepisu do analogicznej sytuacji, ale gdy wobec sprawcy orzeczono wspomniany zakaz w związku z popełnionym wykroczeniem. Por. W. Radecki (w:) W. Radecki, M. Bojarski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 593.

⁷ Por. W. Radecki (w:) W. Radecki, M. Bojarski, *Kodeks wykroczeń...*, op. cit., s. 252–253.

⁸ Por. m.in. J. Piórkowska-Fliegier (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 631; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2009 r., II KK 254/08, KZS 2009, nr 6, poz. 25.

XXI k.k., zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji”, jednakże przedmiotem ochrony tego przepisu jest przede wszystkim życie i zdrowie człowieka⁹. Przepis art. 178a § 4 k.k. ma na uwadze ochronę najważniejszych wartości społecznych, które są zagrożone (choćby potencjalnie) w momencie prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości lub odurzenia innym środkiem. Jeśli zaś chodzi o przestępstwo sformułowane w treści art. 244 k.k., to tutaj dobro chronione stanowi przede wszystkim prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Sprawca nie stosując się do orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów narusza jednocześnie proces wykonywania orzeczenia wydanego przez sąd w postępowaniu karnym, co jest procederem nagannym, aczkolwiek nie godzi zazwyczaj w sposób bezpośredni w życie lub zdrowie ludzkie.

W tym miejscu należy postawić istotne pytanie – jaka relacja łączy art. 178a § 4 i art. 244 k.k.? Odpowiedź jest o tyle ważna, iż przybliży nas do odkrycia charakteru prawnego art. 178a § 4 k.k. Przyglądając się art. 244 k.k., możemy stwierdzić, że zakres tego przepisu odznacza się dużą ogólnością, obejmując wszelkie wypadki naruszenia zakazu prowadzenia pojazdów. Ustawodawca ustanowił w art. 244 k.k. odrębne przestępstwo, za które grozi sankcja w postaci kary pozbawienia wolności do lat 3. Celem regulacji art. 178a § 4 *in fine* k.k. jest zwiększenie surowości karania z uwagi na złamanie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych poprzez prowadzenie tegoż pojazdu w stanie nietrzeźwości lub odurzenia innym środkiem. Wypadek naruszenia omawianego zakazu ujętego w katalogu środków karnych w art. 39 pkt 4 k.k. przez sprawcę spełniającego przesłanki podane w art. 178a § 4 *in fine* k.k. jest zagrożony karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Wątpliwości budzi stosunek art. 178a § 4 *in fine* k.k. do art. 244 k.k. i czy między tymi przepisami dochodzi do zbiegu. Zbieg (rzeczywisty) przepisów ustawy zachodzi wtedy, gdy jeden czyn wypełnia znamiona dwóch lub więcej przestępstw¹⁰. W omawianym przypadku mamy do czynienia z pozornym zbiegiem przepisów ustawy, a więc z sytuacją podobną do rzeczywistego (właściwego) zbiegu, który jednak w praktyce nie zachodzi, ponieważ zapobiegają jego występowaniu tzw. reguły wyłączania wielości ocen. Dochodzi tutaj do zjawiska pochłaniania art. 244 k.k. przez regulację zawartą w art. 178a § 4 *in fine* k.k.¹¹ Zasada pochłaniania (*lex consumens derogat legi consumptae*)¹² jest jedną z trzech zasad, dzięki którym z pozoru rzeczywisty zbieg przepisów ustawy okazuje się jedynie

⁹ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 lipca 2007 r., LEX nr 372099.

¹⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 153; M. Gałązka (w:) A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2012, s. 182.

¹¹ Zwolennikiem tezy o pochłanianiu art. 244 k.k. przez art. 178a § 4 *in fine* k.k. jest R.A. Stefański (por. Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I KZP 21/11; R.A. Stefański (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 884).

¹² Zasada pochłaniania (wyłączenie przepisu pochłoniętego przez przepis pochłaniający) polega w skrócie na tym, że dany czyn wyczerpuje znamiona jednego przestępstwa, a jednocześnie fragment tego czynu wyczerpuje znamiona innego przestępstwa. Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 155.

zbiegiem pomijalnym (pozornym). Jeśli zachodzi realny zbieg przepisów ustawy, wówczas zgodnie z art. 11 § 2 k.k. stosuje się tzw. kumulatywną kwalifikację czynu, polegającą na skazaniu sprawcy za jedno przestępstwo, ale wymieniając przy tym wszystkie naruszone przepisy. Pomiedzy regulacjami art. 244 i art. 178a § 4 *in fine* k.k. nie dochodzi do kumulatywnego zbiegu przepisów, gdyż zawsze zastosowanie będzie miał art. 178a § 4 *in fine* k.k., stojący na silniejszej pozycji jako przepis pochłaniający. Większość przedstawicieli doktryny prawa karnego podziela pogląd o wyłączeniu zastosowania art. 244 k.k., jeśli zaistniałaby sytuacja zbiegu z art. 178a § 4 *in fine* k.k. T. Szafranski jeszcze w trakcie prac Sejmowej Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach doszedł do wniosku, że w przypadku zastosowania 178a § 4 *in fine* k.k., art. 244 k.k. zostanie wyeliminowany z kwalifikacji prawnej na zasadzie konsumpcji¹³.

Podstawowym warunkiem do zastosowania art. 11 § 2 k.k. jest uznanie, że określony przepis ustawy karnej wyraża typ przestępstwa, a nie okoliczność sądowego wymiaru kary, która może bezpośrednio wpływać na modyfikację wymiaru kary. Zdaniem Sądu Najwyższego¹⁴, art. 178a § 4 *in fine* k.k. niewątpliwie określa nowy typ czynu zabronionego, ponieważ „okoliczności w nim wskazane związane są ściśle z oceną społecznej szkodliwości czynu sprawcy, który prowadząc pojazd mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, nie tylko narusza podstawowe zasady bezpieczeństwa w komunikacji, ale ponadto, nie wykonując wcześniej orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, okazuje lekceważenie dla wyroków sądowych, naruszając tym samym autorytet wymiaru sprawiedliwości”. Przepis art. 178a § 4 *in fine* k.k. wykazuje zatem cechy charakterystyczne dla odrębnego typu przestępstwa o tak sformułowanych ustawowych znamionach, że powodują bez wchodzenia w szczegółowe metody wykładni, wykluczenie możliwości zastosowania kumulatywnej kwalifikacji określonej w art. 11 § 2 k.k.¹⁵ Według stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w postanowieniu z dnia 26 sierpnia 2004 r.¹⁶, prowadzenie pojazdu mechanicznego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, wbrew uprzednio orzeczonemu zakazowi prowadzenia takiego pojazdu, jest jednym czynem zabronionym, który wypełnia znamiona określone w art. 178a § 1 k.k. i art. 244 k.k., a tym samym przepisy te pozostają w realnym zbiegu ze sobą.

Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu z dnia 19 stycznia 2012 r. doszedł do wniosku, iż art. 178a § 4 k.k. w całościowym spojrzeniu wykazuje niejednorodny charakter normatywny, a zatem jest tworem o strukturze hybrydalnej, łącząc w sobie jednocześnie instytucję sądowego wymiaru kary wraz z nowym

¹³ T. Szafranski, Biuletyn Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 55), nr 3142/VI.

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I KZP 21/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 63.

¹⁵ Por. P. Gensikowski, *Uwagi o (nie)rzeczywistym zbiegu przepisów ustawy na tle relacji art. 178a § 4 in fine do art. 244 k.k.*, Iustitia 2012, nr 1(7), s. 42.

¹⁶ I KZP 11/04, OSNKW 2004, nr 7–8, poz. 84; glosa aprobuująca B. Zająca, PD 2006, nr 6, s. 5–8.

typem kwalifikowanym przestępstwa. Sąd Najwyższy wskazał podstawy rozróżnienia obu wariantów konstruktywnych natury prawnej art. 178a § 4 k.k., przy czym podkreślił zawodność kryterium położenia przepisu w Kodeksie karnym, gdyż nie zawsze typ kwalifikowany przestępstwa jest usytuowany w części szczególnej i nadzwyczajne obostrzenie kary w części ogólnej. W razie wątpliwości należy sprawdzić, czy podane w przepisie okoliczności, które rzutują na wysokość sankcji karnej, są bezpośrednio powiązane z czynem sprawcy i mają znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości tego czynu, wówczas – zdaniem Sądu Najwyższego – będziemy mieli do czynienia z pochodnymi typu podstawowego – kwalifikowanym lub uprzywilejowanym w zależności od charakteru dodanego znamienia. Jeśli natomiast próbujemy ustalić, czy rozpatrywany przepis dotyczy nadzwyczajnego zaostrzenia kary, należy zbadać genezę modyfikacji wymiaru kary tam przewidzianej oraz czy jest ona uzasadniona okolicznościami poprzedzającymi czyn sprawcy lub też następującymi po jego popełnieniu.

Stylistyka art. 178a § 4 k.k. z pewnością nie rozstrzyga wątpliwości co do natury prawnej samego przepisu. Konstrukcja art. 178a § 4 k.k. wykazuje cechy charakterystyczne zarówno dla typu kwalifikowanego przestępstwa, jak i równie dobrze okoliczności decydującej o nadzwyczajnym obostrzeniu kary. Zasadniczym powodem, w imię którego tworzy się odmianę typu podstawowego danego przestępstwa, są względy polityki kryminalnej państwa, a decydując się na takiego typu rozwarstwienie, ustawodawca obserwuje oraz kodyfikuje przypadki, mające szczególne znaczenie z uwagi na wysoką częstotliwość powtarzania oraz negatywne oddziaływanie tego rodzaju zachowań na prawidłowe funkcjonowanie życia społecznego¹⁷. Typ kwalifikowany przestępstwa powstaje w wyniku dodania do znamion typu podstawowego charakterystycznego znamienia, czyniącego surowszym ustawowe zagrożenie karą. Wstawiane znamię może dotyczyć skutku przestępstwa (wówczas będzie to tzw. typ kwalifikowany przez następstwo) bądź innej okoliczności (tzw. typ kwalifikowany przez okoliczności)¹⁸. Należy dodać, iż charakterystyczną cechą formalną typu kwalifikowanego jest zazwyczaj wyodrębnienie go w osobnym artykule lub kolejnym paragrafie danego przepisu¹⁹. Motywem dla wprowadzenia regulacji art. 178a § 4 k.k. była przede wszystkim walka z nietrzeźwymi kierowcami pojazdów mechanicznych oraz zahamowanie rosnącej liczby przypadków przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji z ich wiodącym udziałem. W doktrynie podkreśla się wzmocnioną wartość odstraszałą typu kwalifikowanego, który w silniejszy sposób oddziałuje prewencyjnie na

¹⁷ Por. T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 33.

¹⁸ Por. J. Kochanowski, *Przestępstwa kwalifikowane przez następstwa w kodeksie karnym*, PiP 1972, nr 1, s. 62–64; L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 69; T. Bojarski, *Odmiany...*, op. cit., s. 37.

¹⁹ Por. R.A. Stefański (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 866.

sprawcę niż przepis określający przestępstwo typu podstawowego²⁰. Wprowadzenie art. 178a § 4 k.k. ustawodawca uzasadnił koniecznością wprowadzenia skuteczniejszych od dotąd dostępnych mechanizmów zwalczania niebezpiecznych dla ruchu w komunikacji zachowań o charakterze wręcz patologicznym²¹. Regulacja zawarta w treści art. 178a § 4 k.k. może zostać uznana za kwalifikowany typ przestępstwa określonego w art. 178a § 1 k.k. oraz w zakresie naruszenia zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego za przestępstwo – również czynu zabronionego o znamionach podanych w art. 244 k.k.²²

Przepis art. 178a § 4 k.k. z drugiej zaś strony zawiera typowe okoliczności dla nadzwyczajnego obostrzenia kary. Zaostrzenie ustawowego wymiaru jest instytucją prawa karnego, która pełni ważną rolę przy wymierzaniu kary danemu sprawcy, gdyż w ściśle określonych w ustawie wypadkach (m.in. recydywa specjalna, uczynienie z popełniania przestępstw stałego źródła dochodu, ciąg przestępstw) pozwala na orzeczenie surowszej kary²³. Upřednie prawomocne skazanie za jedno z przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji jest z pewnością jedną z klasycznych okoliczności zaostrzających wymiar kary z powodu zaistnienia recydywy. M. Budyn-Kulik zajęła w tym kontekście ciekawe stanowisko, gdyż generalnie przyjęła, że art. 178a § 4 k.k. wprowadza nowy typ kwalifikowany, aczkolwiek zbudowany dzięki wskazaniu przez ustawodawcę trzech odrębnych znamion kwalifikujących. Pierwszy miałby być przypadkiem recydywy ogólnej jednorodnej (upřednie skazanie za przestępstwo określone w art. 178a § 1 k.k.), drugi zaś recydywy specjalnej niejednorodnej (upřednie skazanie za jedno z trzech podanych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji lub takiego przestępstwa z części wojskowej kodeksu karnego, popełnionych w stanie nietrzeźwości lub odurzenia). Trzecim znamieniem przesądającym o zaostrzonym wymiarze kary ma być złamanie orzeczonego w związku ze skazaniem za przestępstwo zakazu w okresie jego obowiązywania w wyniku popełnienia przestępstwa z art. 178a § 1 k.k.²⁴

Analiza art. 178a § 4 k.k. pozwala wysnuć wniosek, iż stanowisko co do charakteru omawianego przepisu, jakie zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 stycznia 2012 r. (OSNKW 2012, nr 1, poz. 6)²⁵, jest słuszne. Naturę prawną art. 178a § 4 k.k. cechuje niejednorodność, dlatego też wszelkie pojawiające

²⁰ Por. T. Bojarski, *Odmiany...*, op. cit., s. 34; R.A. Stefański (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 866.

²¹ Por. *Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie – Kodeks karny* (Sejm IV kadencji, druk nr 2115, s. 4).

²² Por. R.A. Stefański, *Ustawowe zaostrzenie represji za przestępstwa komunikacyjne*, Prok. i Pr. 2010, nr 7–8, s. 11, R.A. Stefański, *Przestępstwo z art. 178a § 1 k.k.*, PiP 2010, nr 9, s. 60–62.

²³ Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 192.

²⁴ Por. M. Budyn-Kulik (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 407.

²⁵ Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa, *Biuletyn Prawa Karnego* 2012, nr 1, s. 6.

się wątpliwości i dywagacje nad charakterem prawnym omawianego przepisu są w dużej mierze uzasadnione.²⁶ Redakcja art. 178a § 4 k.k. jest specyficzna, gdyż ustawodawca włączył do jednego przepisu aż trzy odrębne wypadki, z którymi powiązał surowszą odpowiedzialność karną. Należy wszystkie z opisanych w art. 178a § 4 k.k. okoliczności rozpatrywać indywidualnie, ponieważ każda z nich niezależnie wpływa na zastosowanie zaostrzonej odpowiedzialności. Wydaje się, że rozpatrując całościowo przepis art. 178a § 4 k.k., a zatem nie rozdrabniając się nad poszczególnymi elementami składowymi, regulację tę należy ujmować raczej jako kwalifikowany typ przestępstwa określonego w art. 178a § 1 k.k. oraz częściowo czynu o ustawowych znamionach podanych w art. 244 k.k., niż jako zbiór okoliczności zaostrzających odpowiedzialność karną. Warto podkreślić, iż karnoprawna ochrona praw i wolności obywateli powinna zawsze przyświecać procesowi ustanawiania prawa, od którego wymaga się, żeby było sformułowane w sposób możliwie jasny i precyzyjny, a tym samym w jak najmniejszym stopniu nastęrczający wątpliwości w praktyce orzeczniczej.

STRESZCZENIE

Głosowane postanowienie porusza temat charakteru prawnego art. 178a § 4 k.k. Autorka generalnie aprobuje pogląd Sądu Najwyższego o niejednorodnej naturze normatywnej omawianego przepisu, choć zwraca uwagę na pojawiające się w tym zakresie wątpliwości. Zgadza się ponadto, że między art. 178a § 4 k.k. a art. 244 k.k. nie dochodzi do kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy oraz dokonuje analizy relacji łączących wspomniane regulacje.

SUMMARY

The sentence refers to the issue of the legal character of Article 178a § 4 of the Penal Code. The author of the gloss in general approves of the Supreme Court's opinion on the non-uniform normative character of the discussed regulation, although she points out that there are some doubts in this area. Moreover, she agrees that there is no cumulative concurrence of the provisions of Article 178a § 4 of the Penal Code and Article 244 of the Penal Code and she analyzes the relations between the two mentioned regulations.

²⁶ Por. M. Małecki, *Charakter prawny art. 178a § 4 Kodeksu karnego*, Paragraf na drodze 2011, nr 8; M. Małecki, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r. w sprawie o sygnaturze akt I KZP 21/11*, OSNKW 2012, nr 1, poz. 63.

RÉSUMÉ

La décision présentée dans la glose touche le sujet du caractère juridique de l'art.178a §4 du code pénal. L'auteur approuve la décision de la Cour Suprême sur la nature normative hétérogène du règlement cité mais il souligne aussi quelques doutes dans ce domaine. Il est d'accord que dans l'art. 178a §4 et l'art.244 (code pénal) il n'y a pas de cumulation des règlements de la loi. Et il fait l'analyse des relations entre les régulations citées.

РЕЗЮМЕ

Обсуждаемое постановление касается тематики правового характера ст. 178а § 4 УК. Автор в основном одобряет мнение Верховного Суда о гетерогенном нормативном характере обсуждаемого положения, хотя и обращает внимание на возникающие в этой области сомнения. Автор согласен также с тем, что между ст.178а § 4 УК и ст. 244 УК не происходит совокупного наложения положений Закона; а также анализирует отношения, связывающие упомянутые правила.



MARCIN DUDZIK

*Glosa**do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2012 r.,**I KZP 1/12*

Wstanie faktycznym sprawy, na którego tle wyłoniło się zagadnienie prawne poruszane w glosowanym orzeczeniu, sąd oceniał sytuację w której M.T. i H.M. pozyskali drzewo z działek leśnych, w których posiadali udziały jako współwłaściciele. W sprawie ustalono również, że współwłaścicielką tychże działek leśnych jest Danuta M. wraz ze swoją siostrą, a udziały na gruncie nie zostały wyznaczone. Danuta M. złożyła zawiadomienie o popełnieniu przez M.T. i H.M. na jej szkodę czynów polegających na wyrębie drzew w lesie, którego jest współwłaścicielką.

Sąd Rejonowy, rozpoznając zażalenie na postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia, przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne sformułowane w pytaniu, czy rzeczą cudzą, o której mowa w art. 278 §1 i w art. 284 § 1 kodeksu karnego, jest również rzecz, której współwłaścicielem jest sprawca czynu określonego w tych przepisach?, jeżeli tak, to czy rzeczą cudzą w tym rozumieniu jest również rzecz, której współwłaścicielem jest sprawca, a która znajduje się w jego wyłącznym posiadaniu?

Co prawda Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, niemniej jednak, w obszernym uzasadnieniu ustosunkował się do wielu kwestii związanych z przedstawionym zagadnieniem prawnym. Po pierwsze, podsumowując dorobek orzecznictwa dotyczącego tej materii, dokonał wyjaśnienia zwrotu normatywnego „cudza rzecz ruchoma”, w kontekście dopuszczalności popełnienia przez jednego ze współwłaścicieli przestępstwa kradzieży bądź przywłaszczenia rzeczy wspólnej, a ponadto ustosunkował się do kwestii kwalifikacji prawnej zachowania polegającego na włączeniu rzeczy będącej przedmiotem współwłasności do sfery wyłącznego władztwa jednego ze współwłaścicieli.

Podzielając argumentację przedstawioną w uzasadnieniu glosowanego postanowienia, zasadne wydaje się jednak uporządkowanie pewnych zagadnień, pojawiających się przy okazji omawiania tego problemu. Potrzeba ta wydaje się tym bardziej zasadna, iż w rozważaniach Sądu Najwyższego poruszono wiele wątków znajdujących się w obszarze stycznym prawa karnego i cywilnego.

W pierwszej kolejności odnieść się trzeba do tej części wyводу sądu, która dotyczy interpretacji określenia „cudza”, użytego w treści przepisu art. 278 k.k.,

284 k.k. i *implicite* art. 290 k.k. Trzeba bowiem odpowiedzieć na pytanie, co decyduje o tym, czy mamy do czynienia z rzeczą cudzą, a następnie czy istnieją pewne dystynkcje w obrębie tego określenia, które powodują, że znamię to może być różnie interpretowane?

Otóż istoty tego problemu próżno szukać tylko na gruncie regulacji prawnokaranych. Jego specyfika powoduje, iż trzeba się odwołać do norm prawa cywilnego, a idąc tą drogą, spostrzec można, iż w wielu przypadkach, będących przedmiotem wypowiedzi orzecznictwa, problem, czy mamy do czynienia z cudzą rzeczą, zdaje się w ogóle nie być aktualny. W tym kontekście przypomnieć wypada, że ustawodawca w art. 140 kodeksu cywilnego nie tylko pozytywnie określił uprawnienia właściciela, ale także negatywnie określił sytuację osób trzecich jako „wyłączonych”; zobowiązanych do biernego przestrzegania cudzej własności¹. Zatem najprościej ujmując, rzeczą cudzą jest rzecz będąca własnością innego podmiotu. Przy interpretacji znamienia „cudza” należy więc w pierwszej kolejności ustalić, czy dopuszczający się zachowania opisanego w art. 278 k.k., 284 czy 290 k.k. jest podmiotem znajdującym się poza sferą uprawnień właścicielskich w stosunku do rzeczy będącej przedmiotem zaboru bądź przywłaszczenia.

Zaakcentowanie tych z pozoru oczywistych kwestii jest szczególnie potrzebne w sytuacji, gdy zaboru bądź przywłaszczenia rzeczy należącej do spółki dopuszcza się wspólnik tejże spółki.

Na gruncie kodeksu spółek handlowych, zarówno spółek kapitałowych, jak i osobowych są bowiem odrębnym podmiotem własności w stosunku do swych wspólników. Mienie spółki jest więc cudze dla jej wspólników². Gdy wspólnik wniesie jakąś rzecz tytułem wkładu do spółki, to przenosi prawo własności tej rzeczy na nowy podmiot, zatem to spółka będzie właścicielem tej rzeczy, a nie wspólnik. Czym innym jest bowiem posiadanie własności udziałów w spółce, a czym innym konkretnych rzeczy wniesionych do niej tytułem wkładu. Uwaga ta tym bardziej dotyczy mienia nabytego przez spółkę w czasie jej istnienia.

Tak więc w omawianym przypadku nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości to, że rzecz należąca do spółki jest rzeczą „cudzą” dla jej wspólników. Uwaga ta dotyczy przy tym w równym stopniu sytuacji, gdy w spółce kapitałowej będziemy mieli do czynienia z wieloma wspólnikami, jak i gdy będzie to spółka jednoosobowa. Dlatego też nie sposób podzielić poglądu wypowiedzianego w glosie do uchwały z dnia 20 maja 1993 r., według którego mienie jednoosobowej spółki z o.o. w stosunku do jedynej jej udziałowca (właściciela), w prawnokarnej ocenie charakteru tegoż mienia, nie jest „mieniem cudzym”, gdyż jego organizacyjnoprawne wyodrębnienie z majątku właściciela pod postacią spółki z o.o. nie pozbawiło właściciela możliwości sprawowania władztwa

¹ E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1999, s. 55.

² Uchwała SN z dnia 20 maja 1993 r., I KZP 10/93, OSNKW 1993, z. 7–8, poz. 44.

ani też faktycznych uprawnień wynikających z prawa własności³. Tymczasem to właśnie to organizacyjno-prawne wyodrębnienie powoduje, że wspólnik, choćby jeden nie jest uprawniony do rozporządzania mieniem należącym do spółki. Rozporządzać może on własnością udziałów w spółce, a nie składnikami majątku tejże. Tymi ostatnimi bowiem rozporządzać może jedynie spółka, a konkretnie jej organy zgodnie z przepisami prawa. Odrębnym podmiotem własności jest również spółka osobowa, co oznacza, że w przypadku takiego podmiotu także nie będzie zachodził stosunek współwłasności pomiędzy spółką a jej wspólnikami. Na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu spółek handlowych nie może budzić wątpliwości to, że nie ma żadnych podstaw do traktowania wspólników spółki osobowej jako współuprawnionych do majątku spółki na zasadzie wspólności łącznej⁴. Tym samym rzecz będąca własnością spółki osobowej jest rzeczą „cudzą” dla wspólników tejże spółki, a przyjęcie innego zapatrywania jest niemożliwe, już tylko choćby z tego względu, że w takim przypadku nie zachodzi stosunek współwłasności.

Uwagi powyższe są również aktualne w odniesieniu do majątku spółdzielni, co znaczy, że spółdzielca nie jest współwłaścicielem rzeczy należącej w sensie cywilnoprawnym do tego podmiotu. Rzecz taka jest więc dla spółdzielcy „cudzą” w rozumieniu prawa karnego⁵.

Jak z przedstawionych przykładów wynika, decydujące znaczenie przy ustaleniu czy rzecz jest „cudzą”, miało w nich to, że w odniesieniu do tej rzeczy nie istniał w ogóle stosunek współwłasności, a zatem wyodrębnienie dwóch niezależnych podmiotów stosunków własnościowych rzutować rzecz jasna powinno wprost na interpretację znamienia „cudza”, którym posługują się cytowane wyżej przepisy kodeksu karnego.

Dotychczasowe spostrzeżenia dotyczyły najprostszego schematu, w którym prawo własności rzeczy przysługiwało innemu podmiotowi niż ten, który dopuszczał się zaboru bądź przywłaszczenia. Problem poruszony w głosowanym orzeczeniu rysuje się w odmiennym świetle, gdy stosunek współwłasności będzie zachodził i który to problem stanowił główny nurt rozważań w uzasadnieniu komentowanego orzeczenia.

W tym miejscu „melduje” się więc pytanie, jak implikacje prawne wynikające z współwłasności, w stosunkach wewnętrznych (pomiędzy współwłaścicielami) rzutować będą na interpretację znamienia „cudza”.

Otóż w tym przypadku nie można powiedzieć, że sprawcy – współwłaścicielowi nie przysługuje żadne prawo rzeczowe do rzeczy. Przysługuje mu, ale – co najistotniejsze w kontekście omawianego problemu – nie wyłącznie. Trzeba bowiem

³ S. Łagodziński, *glosa do uchwały SN z dnia 20 maja 1993 r., I KZP 10/93*, PiP 1994, nr 1, s. 112 i nast.

⁴ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-300 k.s.h., System Informacji Prawnej LEX*, teza 1 do art. 28 k.s.h.

⁵ Wyrok SN z dnia 9 lipca 2003 r., III KK 334/02, LEX nr 80298.

wyraźnie zaakcentować, że żaden ze współwłaścicieli nie ma prawa rzeczą rozporządzać wyłącznie. Zgodnie bowiem z art. 199 zd. 1 kodeksu cywilnego do rozporządzania rzeczą wspólną potrzebna jest zgoda wszystkich współwłaścicieli. Rację ma zatem J. Satko pisząc, że z tego punktu widzenia pozycja sprawcy, który jest współwłaścicielem, nie różni się znacząco od sprawcy, który nie jest współwłaścicielem, i tym samym nie ma prawa w ogóle rzeczą rozporządzać⁶. Już więc choćby z tego powodu rzecz będąca przedmiotem współwłasności jest w tym kontekście rzeczą „cudzą” dla jej współwłaściciela.

Zapatrywanie takie, oprócz nielicznych wyjątków, stanowi *opinio communis* zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie⁷. Warto w tym miejscu odnieść się do wyrażonego w literaturze odmiennego zdania, według którego nietrafne są poglądy opierające się na założeniu, że ta sama rzecz może być dla tej samej osoby jednocześnie własna i cudza, albowiem wobec treści art. 195 k.c. rzecz wspólna jest dla współuprawnionego rzeczą własną z tym zastrzeżeniem, że jest ona własną także innej osoby. Dlatego współwłaścicielowi nie można przypisać celu przywłaszczenia rzeczy, lecz przywłaszczenie prawa majątkowego⁸. Wydaje się, że pogląd ten przywiązuje zbyt dużą wagę do aspektu cywilnoprawnego tego zagadnienia, nie uwzględniając w należyтым stopniu aspektu karnoprawnego. Trzeba bowiem zauważyć, iż od strony skutków, pozbawienie jednego współwłaściciela władztwa nad rzeczą przez innego współwłaściciela nie różni się niczym od tego, gdy tego władztwa miałyby go pobawić osoba trzecia. Tak w jednym jak i drugim wypadku pokrzywdzony (współwłaściciel) dozna ubytku w swoim stanie majątkowym, co rodzi potrzebę zastosowania prawnokarnej reakcji. Traktowanie zaś zachowania współwłaściciela polegającego na wyjęciu rzeczy spod wspólnego władztwa jako przywłaszczenia prawa majątkowego, razi w pewnej mierze niekonsekwencją. Nie można przecież nie zauważyć, iż prawo majątkowe stanowiące przedmiot czynności wykonawczej występku z art. 284 § 1 k.k. także musi być cudze⁹. Zaaprobowanie przedstawionego poglądu prowadziłoby więc do wniosku, że rzecz będąca przedmiotem współwłasności, nie może być „cudza” dla współwłaściciela, natomiast prawo majątkowe będące przedmiotem wspólności już tak¹⁰.

Podsumowując ten wątek rozważań, można skonstatować, iż przy dokonywaniu interpretacji określenia „cudza” dla potrzeb wykładni znamion z art. 278 k.k., 284 k.k. czy art. 290 k.k., należy sięgnąć do unormowań cywilnych dotyczących treści prawa własności. Jak jednak wyżej wykazano, zakres określenia

⁶ J. Satko, *glosa do wyroku SN z dnia 9 kwietnia 1997 r., III KKN 241/96*, OSP 1998, nr 5, s. 245.

⁷ Odmienny pogląd wyraził J.F. Marzec, *Z problematyki zaboru przez jednego z małżonków mienia objętego współwłasnością ustawową*, PiP 1959, z. 11, s. 848–853.

⁸ M. Gałązka (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, teza 5 do art. 278 k.k.

⁹ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, System informacji prawnej LEX, teza 2 do art. 284 k.k.

¹⁰ W literaturze prawa cywilnego podnosi się, że do wspólności praw stosuje się analogicznie przepisy o współwłasności, zob. E. Gniewek, *Prawo...*, op. cit., s. 128.

„cudza” na gruncie prawa karnego nie pokrywa się z zakresem tego pojęcia na gruncie prawa cywilnego. O ile w przypadku własności przysługującej jednemu podmiotowi, określenie to w zasadzie będzie znaczyło to samo, to w przypadku stosunku współwłasności tak nie jest. W prawie karnym bowiem rzecz będąca przedmiotem współwłasności jest dla współwłaściciela „cudzą”, pomimo że na gruncie prawa cywilnego przysługują mu w stosunku do rzeczy właścicielskie uprawnienia, z tym istotnym zastrzeżeniem, iż nie wyłącznie.

W tym miejscu przejść można już do innego zagadnienia, któremu wypada poświęcić więcej uwagi, zwłaszcza że w kwestii tej brak jednolitego stanowiska, zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Problem sprowadza się mianowicie do tego, czy rzecz będąca przedmiotem współwłasności może być skradziona przez współwłaściciela, czy też współwłaściciel może dopuścić się jedynie przywłaszczenia takiej rzeczy. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia słusznie podniósł, że rozbieżności doktryny i orzecznictwa w tej kwestii są rezultatem uogólniania pewnych stwierdzeń podjętych w realiach określonych spraw.

Tak np. w orzeczeniu z dnia 19 grudnia 1957r.¹¹ SN uznał, że małżonek, który mieniem ruchomym, wchodzącym w skład majątku wspólnego obojga małżonków, rozporządza jak własnym, czyniąc to wbrew woli drugiego małżonka, odpowiada za kradzież lub przywłaszczenie., w zależności od sposobu działania sprawcy. Według E. Pływaczewskiego, w kategorii rzeczy cudzych mieszczą się również rzeczy będące współwłasnością. Każdy ze współwłaścicieli może więc być podmiotem kradzieży tak długo, jak długo trwa niepodzielność wspólnego majątku¹². Z kolei w wyroku z dnia 9 kwietnia 1997 r.¹³ SN stanął na stanowisku, że osoba, która jest współwłaścicielem mienia ruchomego, nie może dopuścić się jego zaboru w rozumieniu art. 203 §1 k.k. (k.k. z 1969 r.). Dopuścić się go może osoba, która nie ma w ogóle prawa rzeczą rozporządzać. Taki sam pogląd wyraża M. Dąbrowska-Kardas, pisząc, że kradzież ze strony współwłaściciela rzeczy objętej współwłasnością nie może nastąpić do momentu, do którego trwa niepodzielność majątku wspólnego¹⁴. W doktrynie podnosi się również, że współwłaściciel jest współuprawniony do korzystania z rzeczy wspólnej, więc zasadniczo nie jest możliwe dokonanie przez niego zaboru takiej rzeczy, może on bowiem taką rzecz posiadać, czyli nią władać¹⁵.

¹¹ Postanowienie SN z dnia 19 grudnia 1957r., II KO 83/57, OSNPG 1959, nr 1, poz. 15.

¹² E. Pływaczewski (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexPolonica Maxima, teza 3 do art. 278 k.k.

¹³ Wyrok SN z dnia 9 kwietnia 1997 r., III KKN 241/96, OSP 1998, nr 5, poz. 95, B. Michalski (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 226–316, Tom II*, Warszawa 2010, teza 26 do art. 26.

¹⁴ M. Dąbrowska-Kardas (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 27–363 k.k.*, Kraków 2006, teza 55 do art. 278 k.k.

¹⁵ A. Marek, T. Oczkowski (w:) *System prawa karnego. T.9. Przepięstwa przeciwko mieniu o gospodarce*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, s. 75; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 sierpnia 2002 r., II AKA 1295/02, KZS 2002, nr 9, poz. 13.

Ustosunkowując się do tego problemu, należy zaznaczyć, iż w świetle dotychczasowych uwag jako uprawniona jawi się teza, że rozwiązanie tej kwestii nie można poszukiwać w obszarze regulacji art. 199 k.c., a konkretnie w tym, iż współwłaściciel nie może samodzielnie rzeczą rozporządzać. Brak prawa do samodzielnego rozporządzania rzeczą ma wpływ na ocenę tego, czy rzecz ta jest dla sprawcy „cudza”. Znamię to jednak jest obecne nie tylko w przypadku przestępstwa kradzieży, ale również w przypadku przestępstwa przywłaszczenia. Zatem stanowić będzie w ogóle warunek realizacji znamion tych występków, ale nie będzie kryterium oddzielającym znamiona przestępstwa kradzieży od przywłaszczenia.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu omawianego orzeczenia zawarł myśl, iż dla ustalenia, czy jest możliwe zrealizowanie przez współwłaściciela czynności zaboru rzeczy w celu jej przywłaszczenia, czy też tylko jej przywłaszczenia, znaczenie ma kwesta posiadania tej rzeczy. W orzecznictwie i wśród komentatorów konsekwentnie przyjmuje się bowiem, iż różnica między przestępstwem kradzieży a przestępstwem przywłaszczenia polega na tym, że sprawca kradzieży zabiera rzecz z posiadania innej osoby w celu jej przywłaszczenia, zaś sprawca przywłaszczenia, przywłaszcza sobie cudzą rzecz będącą już w jego posiadaniu¹⁶.

Myśl ta wymaga pewnego rozwinięcia. Przede wszystkim należy spróbować wyjaśnić, czy zasadne jest posługiwanie się w tym kontekście pojęciem posiadania i czy określenie to należy rozumieć tak samo jak na gruncie prawa cywilnego.

Dla wyjaśnienia tego zagadnienia trzeba przypomnieć, że dla przyjęcia posiadania w rozumieniu prawa cywilnego niezbędne jest władanie rzeczą „jak właściciel” lub „jak mający inne prawo do władania cudzą rzeczą”, z wykluczeniem dzierżenia „wykonywanego za kogo innego”. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z posiadaniem samoistnym, a w drugim – z posiadaniem zależnym. Wyodrębnienie zaś tych dwóch postaci posiadania ma znaczenie dla odróżnienia znamion przestępstwa kradzieży od przywłaszczenia. Dobrym tego przykładem jest właśnie rozważany w przedmiotowej uchwale przypadek podziału nieruchomości do korzystania *quoad usum*. Wiadomo, że w wyniku takiego podziału współwłaściciel będzie miał uprawnienie do odrębnego korzystania z określonej części rzeczy wspólnej. Skoro tak to się wydaje, że w sytuacji gdy któryś z pozostałych współwłaścicieli „zabierze” pożytek tej wydzielonej części nieruchomości, to będziemy mieli do czynienia z kradzieżą¹⁷. Nastąpi bowiem wyjęcia rzeczy spod władztwa innej osoby. Kwalifikacja taka znajdzie zastosowanie, pomimo tego, iż sprawca–współwłaściciel jest współposiadaczem samoistnym. Konsekwencją podziału rzeczy *quoad usum* jest bowiem to, że współwłaściciele, pozostając współposiadaczami samoistnymi rzeczy wspólnej, uzyskują posiadanie zależne

¹⁶ Wyrok SN z dnia 4 sierpnia 1978 r. Rw 285/78, OSNKW 1978, nr 10, poz. 118; J. Bafia (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, T. 2, Warszawa 1987, s. 255.

¹⁷ J. Satko, op. cit., s. 246.

części rzeczy¹⁸. Oczywiście, poza podziałem rzeczy do korzystania, istnieją inne sposoby uregulowania uprawnień współwłaścicieli w czasie trwania współwłasności, jak np. korzystanie przez współwłaścicieli z rzeczy w określonych porach dnia, dniach w tygodniu¹⁹. W takim przypadku również będziemy mieli do czynienia z zaborem, gdy jeden ze współwłaścicieli odbierze rzecz (traktując ją jak swą wyłącznie własną) temu, który akurat zgodnie z umową władał nią wyłącznie. Zachowanie takie uzasadnia kwalifikację z art. 278 k.k., a nie z art. 284 k.k., pomimo tego, że sprawca zaboru jako współwłaściciel jest posiadaczem samoistnym skradzionej przez siebie rzeczy.

Poruszany problem może być szczególnie aktualny w przypadku zaboru przez jednego z małżonków rzeczy wchodzącej w skład majątku wspólnego. W literaturze podkreśla się, że dla ustalenia czy będziemy mieli do czynienia z kradzieżą czy z przywłaszczeniem, istotną okolicznością jest posiadanie rzeczy w chwili bezprawnego działania jednego z małżonków²⁰. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 34¹ kodeksu rodzinnego i opiekuńczego każdy z małżonków jest uprawniony do współposiadania rzeczy wchodzących w skład majątku wspólnego oraz do korzystania z nich w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez drugiego małżonka. Przepis ten jednak nie wyłącza możliwości – jeżeli w ramach zarządu majątkiem wspólnym małżonkowie tak postanowią – wyłącznego władania rzeczą wchodzącą w skład majątku wspólnego i korzystania z niej przez jedno z małżonków²¹. Gdy w takiej sytuacji małżonkowi wyłącznie władającemu rzeczą zostanie ona odebrana przez drugiego małżonka, będziemy mieli do czynienia z przestępstwem kradzieży, a nie przywłaszczenia, pomimo tego, że posiadaczami samoistnymi są obydwój małżonkowie.

Powyższe uwagi skłaniają do wniosku, iż posiadanie w rozumieniu prawa karnego nie pokrywa się z pojęciem posiadania w prawie cywilnym, na co zwracała uwagę doktryna prawa karnego²². Szczególnie istotne jest to, że (jak w omawianych przykładach) posiadanie samoistne może niekiedy nie łączyć się z realnym władaniem rzeczą, a to właśnie owo realne władanie stanowi element, który jest decydujący przy ocenie, czy mamy do czynienia z zaborem w celu przywłaszczenia czy tylko z samym przywłaszczeniem. Dlatego też bardziej pożądane byłoby posługiwać się samym pojęciem władanie. Samo pojęcie władztwa w doktrynie

¹⁸ E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, System informacji prawnej LEX, teza 4.4 do art.206 k.c.

¹⁹ S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2005, s. 259.

²⁰ R.A. Stefański, *Odpowiedzialność karna za zabór mienia stanowiącego wspólność majątkową*, Prok. i. Pr. 1995, nr 10, s. 121.

²¹ M. Sychowicz (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 191.

²² M. Siewierski jeszcze w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1932r. pisał, że „...pojęcie posiadania w prawie karnym obejmuje również dzierżenie nie jest ono jednak równoznaczne z czasowym władaniem rzeczą w wykonaniu prawa innej osoby”, M. Siewierski (w:) W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego, T. 2*, Warszawa (bez daty), s. 786.

prawa karnego z kolei tłumaczy się jako faktyczny stosunek człowieka do mienia, wyrażający się w tym, iż mienie pozostaje w zasięgu jego władzy. Zatem kto władztwa faktycznie nie wykonuje nad rzeczą, ten jej nie ma²³. Stwierdzenie to w kontekście uwag poczynionych w niniejszej glosie oznacza, że jeżeli rzecz znajduje się we władztwie pokrzywdzonego współwłaściciela, zachodzi kradzież, zaś jeżeli władą nią sprawca współwłaściciel – przywłaszczenie²⁴. Dodać również trzeba, że w przypadku współwłasności nie przekreśla faktu wyłącznego władztwa, brak jego efektywnego wykonywania wystarczy bowiem, że wyłącznie władający współwłaściciel będzie miał taką możliwość. W praktyce z sytuacją taką możemy mieć do czynienia, gdy np. małżonek, któremu przypadł do wyłącznego korzystania samochód stanowiący wspólną własność, nie korzysta z niego w ogóle.

Reasumując, kradzież rzeczy stanowiącej współwłasności kilku osób przez jednego ze współwłaścicieli jest możliwa. Kwalifikacja ta znajdzie zastosowanie wtedy, gdy faktyczne władztwo nad rzeczą będzie wykonywane przez jednego ze współwłaścicieli, a sprawcą będzie ten współwłaściciel, któremu owe władztwo nie przysługuje.

Zaakcentowania jednak wymaga, iż samo pojęcie „władztwa” nie może być postrzegane jedynie w aspekcie faktycznym, bez odniesienia do źródeł tego stanu. Chodzi o to, że uprawnienie współwłaściciela do wyłącznego korzystania z danej rzeczy, a w konsekwencji wyłącznego władztwa, wynikać może tylko z umowy między współwłaścicielami lub orzeczenia sądu. Tylko zatem wyjęcie spod władztwa współwłaściciela, mającego swe umocowanie w umowie lub orzeczeniu sądu stanowić może o realizacji znamion przestępstwa kradzieży przez sprawcę, którym jest inny współwłaściciel. Zwrócenie uwagi na tą kwestię jest konieczne, albowiem w stosunkach współwłaścicielskich niejednokrotnie tylko jeden ze współwłaścicieli efektywnie korzysta z rzeczy, władą nią faktycznie, co nie znaczy jednak, iż dysponuje on wyłącznym władztwem. Pozostały współwłaściciel (współwłaściciele) może bowiem w każdej chwili skutecznie żądać skorzystania z niej. Zatem, gdy współwłaścicielowi władającemu jedynie faktycznie wspólną rzeczą zostanie ona „zabrana” do odrębnego majątku innego współwłaściciela, będziemy mieli do czynienia nie z przestępstwem kradzieży, lecz przywłaszczenia.

²³ A. Marek, A. Grześkowiak, M. Filar, *Zarys prawa karnego*, Toruń 1978, s. 247.

²⁴ M. Kulik (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, System Informacji Prawnej LEX, teza 11 do art. 278 k.k.

STRESZCZENIE

W glosie zaaprobowano pogląd Sądu Najwyższego zawarty w uzasadnieniu postanowienia. Kwestie poruszone w glosowanym orzeczeniu dotyczą złożonego problemu zaboru bądź przywłaszczenia rzeczy będącej przedmiotem współwłasności przez jednego z współwłaścicieli. Wypowiedź Sądu Najwyższego wywołała potrzebę rozwinięcia pewnych zagadnień. Po pierwsze, w opracowaniu należało wyjaśnić, czy rzecz będąca przedmiotem współwłasności jest rzeczą cudzą w rozumieniu art. 278 k.k., art. 280 k.k. i *implicite* art. 290 k.k. dla każdego współwłaścicieli i co przesądza o takiej jej kwalifikacji. Po uzyskaniu pozytywnej odpowiedzi na tak postawione pytanie należało z kolei wyjaśnić, jak zakwalifikować zachowanie współwłaściciela, który dokonuje wyjęcia wspólnej rzeczy spod wspólnego władztwa, a konkretnie czy dopuszcza się on przestępstwa kradzieży czy też przestępstwa przywłaszczenia. Odwołując się do dotychczasowego dorobku literatury i orzecznictwa dotyczącego tej materii, można dojść do wniosku, iż problem ten wymaga uwzględnienia przede wszystkim unormowań prawa cywilnego. Istotne jest jednak, że odwołując się do takich instytucji cywilnoprawnych, jak: współwłasność, wspólność, posiadanie, należy uwzględniać specyfikę znamion przestępstw przeciwko mieniu.

SUMMARY

The gloss approves of the Supreme Court's opinion included in the grounds for the decision. The issues discussed in the gloss concern a complex problem of willful taking or appropriation of co-owned property by one of the co-owners. The statement made by the Supreme Court made it necessary to explore some of the issues. Firstly, it is necessary to examine whether the co-owned object is somebody else's property in accordance with Article 278 of the Penal Code, Article 280 of the Penal Code and *implicite* Article 290 of the Penal Code for each of the co-owners and what the grounds for this classification are. Getting a positive answer to this question, it is necessary to examine how the co-owner's behavior should be classified if he/she excludes a co-owned object from common rule, i.e. whether he/she commits theft or appropriation. Invoking the output of literature and decisions made so far, it can be concluded that the issue requires taking into account the norms of civil law. However, regarding such notions of the civil law as co-ownership, commonness, ownership, etc., it is important to take into account the specificity of the features of crimes against property.

RÉSUMÉ

Dans la glose on a accepté l'idée de la Cour Suprême qui se trouve dans l'argumentation de la décision. Les questions traitées concernent le problème vraiment complexe de l'occupation ou de l'appropriation d'une chose qui n'est pas l'objet de copropriété de l'un de copropriétaire. La décision de la Cour Suprême a évoqué le besoin du développer certaines questions. D'abord, dans cet article on a du expliquer si l'objet appartenant à un copropriétaire est un objet étranger d'après la compréhension de l'art. 278 du code pénal, art. 280 du code pénal et *implicite* art. 290 du code pénal pour chaque copropriétaire et ce qui implique cette qualification. Ensuite, après avoir répondu positivement à cette question, on a dû expliquer comment qualifier le comportement du copropriétaire qui exécute la sortie de l'objet commun du pouvoir commun, et concrètement si cette personne exécute l'infraction de vol ou l'infraction d'appropriation. Après toutes littérature et jurisprudence dans ce domaine on peut en conclure que ce problème exige avant tout la régularisation du droit civil. Il est important, d'autre part, en respectant les institutions civiles et juridiques telles que copropriété, communauté et possession, de voir la spécificité de l'infraction contre les biens.

РЕЗЮМЕ

В обсуждении одобрена точка зрения Верховного Суда, содержащаяся в обосновании постановления. Вопросы, затронутые в обсуждаемом решении, касаются сложной проблемы захвата либо присвоения одним из совладельцев вещи, являющейся предметом совладения. Высказывание Верховного Суда вызвала необходимость развития некоторых положений. Во-первых, в работе следовало выяснить, является ли вещь как предмет совладения чужой собственностью в понимании ст. 278 УК., ст. 280 УК и *implicite* ст. 290 УК для каждого совладельца и что позволяет на приемлемость таких определений. После получения положительного ответа на поставленный таким образом вопрос следует, в свою очередь, выяснить, как квалифицировать поведение совладельца, который забирает совместную собственность из-под общего владения, а конкретно – является ли это преступлением в виде кражи, или же преступлением в виде присвоения. Ссылаясь на существующие до сих пор результаты и достижения литературы и судебной практики, касающейся данного предмета, можно прийти к выводу, что эта проблема требует прежде всего учёта нормализации гражданского права. Существенным, однако, является то, что, ссылаясь на такие институты гражданского кодекса, как совладение, совместность, обладание, следует учитывать специфику состава преступлений против имущества.

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego
oferuje następujące publikacje:

1. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
2. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
3. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
4. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
5. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
6. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
7. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
8. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
9. Marian Guzek (red. nauk.), *Ekonomia i polityka w kryzysie. Kierunki zmian w teoriach*, praca zbiorowa, Warszawa 2012.
10. Marian Guzek, *Teorie ekonomii a instrumenty antykryzysowe*, Warszawa 2013.
11. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
12. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
13. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
14. „Ius Novum”, Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik WSHiP, numery: 1/2007, 2–3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 1/2009, 2/2009, 3/2009, 4/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010, 4/2010, 1/2011, 2/2011, 3/2011, 4/2011, 1/2012, 2/2012, 3/2012, 4/2012, 1/2013, 2/2013.
15. Andrzej Jagiełło, *Polityka akcyzowa w odniesieniu do wyrobów tytoniowych w Polsce w latach 2000–2010 i jej skutki ekonomiczne*, Warszawa 2012.
16. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
17. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
18. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
19. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
20. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
21. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
22. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
23. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kasusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
24. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.

25. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
26. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. naczej.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1(28)2010, 2(29)2010, 3(30)2010, 4(31)2010, 1–2(32–33)2011, 3(34)2011, 4(35)2011, 1(36)2012, 2(37)2012, 3(38)2012, 4(39)2012, 1(40)2013.
27. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
28. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
29. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
30. Leokadia Oręziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
31. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
32. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
33. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Golat, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
34. Jacek Szymanderski, *Schylek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
35. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres (tłum. z jęz. łac.)*, Warszawa 2009.
36. Janusz Żarnowski, *Współczesne systemy polityczne. Zarys problematyki*, Warszawa 2012.

Oficyna Wydawnicza
Uczelni Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (22) 54 35 450
fax: (22) 54 35 480
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl

