

**Nr 1 / 2017**  
**Czasopismo naukowe**

**Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego  
w Olsztynie**

**K**

**P**

**P**

**Kortowski  
Przegląd  
Prawniczy**

## **REDAKCJA**

Redaktor Naczelny: Dr Magda Dziembowska  
Zastępca Redaktora Naczelnego: Dr Adrianna Szczechowicz  
Zastępca Redaktora Naczelnego: Dr Agata Opalska  
Redaktor Techniczny: Mgr Łukasz Cichowicz  
Członek Redakcji: Mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz  
Członek Redakcji: Mgr Katarzyna Ćwik  
Członek Redakcji: Aleksandra Kojadyńska  
Członek Redakcji: Elżbieta Roszkowska

## **ADRES REDAKCJI**

ul. Oczapowskiego 12B  
10-719 Olsztyn  
[www. uwm.edu.pl/kpp](http://www.uwm.edu.pl/kpp)  
adres e-mail: [kpp.uwmwpia@gmail.com](mailto:kpp.uwmwpia@gmail.com)

## **RADA NAUKOWA**

prof. zw. dr hab. Jerzy Kasprzak,  
dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM,  
dr hab. Wiesław Pływaczewski, prof. UWM,  
dr hab. Maria Szczepaniec  
dr Norbert Malec,  
prof. Josef Čentěš,  
prof. Edward Burda,  
PhDr. Anna Schneiderová

## **PROJEKT OKŁADKI**

Redakcja

## **SKŁAD I ŁAMANIE**

Mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz

ISSN 2300-4673

**OLSZTYN 2017**

# Spis treści

## MYŚL PRAWNICZA

Agnieszka Czyżewska-Skalska

UDZIAŁ CZYNNIKA SPOŁECZNEGO W POSTĘPOWANIU KARNYM JAKO GWARANCJA PROCESOWA DLA STRON I INNYCH UCZESTNIKÓW PROCESU..... 1

Katarzyna Kochel.....

UPRAWNIENIE DO PRZEGLĄDANIA AKT POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO I JEGO KONSEKWENCJE DLA ZACHOWANIA RZETELNOŚCI PROCESU KARNEGO W ŚWIELE NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO Z DNIA Z 27 WRZEŚNIA 2013 R. ORAZ 11 MARCA 2016 R. .... 9

Paulina Belowska.....

KONSEKWENCJE BRAKU POUCZENIA LUB MYLNEGO POUCZENIA PRZEDSTAWICIELI PROCESOWYCH STRON W POSTĘPOWANIU KARNYM..... 14

Roksana Sadzuga.....

OBRONA OBLIGATORYJNA Z UWAGI NA POCZYTALNOŚĆ SPRAWCY JAKO ELEMENT FUNKCJI GWARANCYJNEJ W ZNOWELIZOWANYM PROCESIE KARNYM..... 18

Bartłomiej Gadecki .....

ANONIMIZACJA DANYCH DOTYCZĄCYCH MIEJSCA ZAMIESZKANIA I MIEJSCA PRACY POKRZYWDZONYCH I ŚWIADKÓW W KONTEKŚCIE ZASADY INFORMOWANIA UCZESTNIKÓW PROCESU O ICH UPRAWNIENIACH ..... 23

Viviana Wylonk .....

ZASADA PRAWA POKRZYWDZONEGO DO INFORMACJI W ŚWIELE NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO ..... 29

Piotr Herman .....

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SPORZĄDZENIE SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO ..... 34

Paulina Paleń .....

INSTYTUCJA OBRONY OBLIGATORYJNEJ W POLSKIM PROCESIE KARNYM ..... 39

Małgorzata Kozłowska .....

O POTRZEBIE USTANOWIENIA JEDNOLITEJ I POWSZECHNIE OBOWIĄZUJĄCEJ KODYFIKACJI ZASAD ETYCZNYCH W BADANIACH NAUKOWYCH. ANALIZA ZAGADNIENIA W OPARCIU O WYBRANE KODEKSY ETYCZNE. .... 44

Kinga Jankowska.....

WYBRANE PRZESTĘPSTWA PRZECIWKO WOLNOŚCI..... 50

Paweł Kardasz .....

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZEZ ZWIERZĘTA ZNAJDUJĄCYCH SIĘ POD WŁADZTWEM CZŁOWIEKA I ZWIERZĘTA ŻYJĄCE W STANIE WOLNYM W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM. .... 57

Łukasz Chyla i Piotr Olechowski.....

O PRZEWADZE ARBITRAŻU NAD SĄDOWNICTWEM POWSZECHNYM W KONTEKŚCIE SPORÓW UCHWAŁOWYCH..... 62

Paulina Czemiel.....

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE W FORMIE SPÓŁKI PRAWA HANDLOWEGO ..... 68

Katarzyna Siemion.....

<b>USTAWOWE PRAWO DO WYKORZYSTANIA WIZERUNKU SPORTOWCA JAKO OGRANICZENIE PRZYSŁUGUJĄCYCH MU PRAW DO ZAWIERANIA UMÓW SPONSORINGOWYCH .....</b>	<b>75</b>
Tomasz Polanowski.....	
<b>ZASKARŻANIE CZYNNOŚCI ZWIĄZANYCH Z PRZEPROWADZENIEM PRZETARGU NA ODDANIE W UŻYTKOWANIE WIECZYSTE NIERUCHOMOŚCI GRUNTOWEJ .....</b>	<b>82</b>
Aleksandra Kojadyńska, Justyna Gałędek .....	
<b>ZNIEWAŻENIE FUNKCJONARIUSZA PUBLICZNEGO .....</b>	<b>87</b>
Paweł Aptowicz .....	
<b>HEJT GOSPODARCZY JAKO CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI. CYWILNOPRAWNA ORAZ KARNOPRAWNA OCHRONA INTERESU PRZEDSIĘBIORCÓW NA KANWIE USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI .....</b>	<b>92</b>
Weronika Baran.....	
<b>KILKA UWAG NA TLE ART. 204 KODEKSU KARNEGO W KONTEKŚCIE PRZESTĘPSTW EKSPLOATACJI PROSTYTUCJI .....</b>	<b>98</b>
Andrzej Dzikowski.....	
<b>ROMA SYBARITICA. DROBIARSTWO JAKO ŹRÓDŁO TOWARÓW LUKSUSOWYCH W CZASACH ANTYCZNEGO RZYMU .....</b>	<b>103</b>
Natalia Kociak .....	
<b>HISTORIA AKCYZY W POLSCE. CZY NADAL PODATEK OD DÓBR LUKSUSOWYCH? .....</b>	<b>112</b>
Monika Piekarska.....	
<b>KONSEKWENCJE PRAWNE NARUSZENIA OCHRONY PRAWNEJ TOWARU W KONTEKŚCIE WYKORZYSTANIA ZAREJESTROWANEGO ZNAKU TOWAROWEGO .....</b>	<b>118</b>
Joanna Radziszewska.....	
<b>REKLAMA JAKO ZACHĘTA DO KONSUMOWANIA I EPATOWANA LUKSUSEM ORAZ PRAWNE OGRANICZENIA TEGO ZJAWISKA - UWAGI WPROWADZAJĄCE .....</b>	<b>124</b>
Magdalena Suska.....	
<b>PATOLOGIE NA RYNKU SZTUKI PROWADZĄCE DO PRZESTĘPSTW PRZECIWKO DZIEŁOM SZTUKI. ZAGADNIENIA WYBRANE .....</b>	<b>131</b>
Dajana Śmigiel.....	
<b>LEX OPPIA DE LUXU FEMINARUM, CZYLI REGULACJA ZBYTKU KOBIET OKRESU REPUBLIKI RZYMU W III-II W. P.N.E.....</b>	<b>137</b>
Małgorzata Lubowiecka.....	
<b>GŁOSA APROBUJĄCA DO WYROKU WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W OLSZTYNIE Z DNIA 26 LISTOPADA 2015 R., SYGN AKT II SA/ OI 1091/15 .....</b>	<b>143</b>
Jakub Grygutis.....	
<b>CZY POTRZEBNA JEST PRAWNOKARNA OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH .....</b>	<b>147</b>
Magdalena Zglińska.....	
<b>EWOLUCJA KARY OGRANICZENIA WOLNOŚCI.....</b>	<b>156</b>
Karolina Kosiorek, Adrian Jarzynka.....	
<b>ODNAWIALNE ŹRÓDŁA ENERGII W UJĘCIU PRAWNYM.....</b>	<b>163</b>
Daniel Lubowiecki .....	
<b>REALIZACJA PRZEZ POLSKĘ ZOBOWIĄZAŃ POZYTYWNYCH PAŃSTWA POLEGAJĄCYCH NA ZAPEWNIENIU MOŻLIWOŚCI WYKONYWANIA PRZEZ RODZICÓW OPIEKI I KONTAKTU Z DZIECKIEM – ANALIZA WYBRANEGO ORZECZNICTWA ETPC.....</b>	<b>170</b>

## SPRAWOZDANIA I RECENZJE

Marek Salamonowicz .....	
<b>SPRAWOZDANIE Z 35-TEGO KONGRESU MIĘDZYKONFEDERACYJNEGO STOWARZYSZENIA WYKŁADOWCÓW I BADACZY PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ (ATRIP) PT. „WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA JAKO FUNKCJONALNY PLURALIZM: PARAMETRY, WYZWANIA I SZANSE ZMIANY” .....</b>	<b>175</b>
Maciej Duda, Klaudia Łukta.....	
<b>SPRAWOZDANIE Z OGÓLNOPOLSKIEJ KONFERENCJI NAUKOWEJ „PRZECIWDZIAŁANIE PATOLOGIOM NA RYNKU NIERUCHOMOŚCI”, OLSZTYN, 16 PAŹDZIERNIKA 2015 R. ....</b>	<b>177</b>
Łukasz Brózda .....	
<b>RECENZJA MARCIN MAZUR: PENALIZACJA PRANIA PIENIĘDZY, WARSZAWA: BIURO RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH 2014.....</b>	<b>179</b>
 <b>PORADY PRAWNE</b>	
Karolina Rzeczkowska, Przemysław Grzeško.....	
<b>POSTĘPOWANIE DYSCYPLINARNE WOBEC FUNKCJONARIUSZA SŁUŻBY WIĘZIENNEJ.....</b>	<b>181</b>
 INFORMACJE O AUTORACH.....	 183



Agnieszka Czyżewska-Skalska

## UDZIAŁ CZYNNIKA SPOŁECZNEGO W POSTĘPOWANIU KARNYM JAKO GWARANCJA PROCESOWA DLA STRON I INNYCH UCZESTNIKÓW PROCESU

### 1. Uwagi wstępne

Udział czynnika społecznego w postępowaniu karnym jest szczególnie istotny ze względu na doniosłość i znaczenie tej gałęzi prawa dla funkcjonowania społeczeństwa. Proces karny powinien być tak ukształtowany, by sprzyjał realizacji funkcji prawa karnego, czyli funkcji sprawiedliwościowej i ochronnej, bowiem funkcje te odnoszą się bezpośrednio do potrzeby ukarania sprawcy oraz do chęci zapewnienia społeczeństwu poczucia bezpieczeństwa. Zatem potrzeba udziału czynnika społecznego w postępowaniu karnym tkwi w samych założeniach leżących u podstaw prawa i postępowania karnego<sup>1</sup>.

Zasada udziału czynnika społecznego w procesie karnym jest jednym z filarów demokracji, ponieważ stanowi formę udziału obywateli w zarządzaniu państwem, a także formę współdecydowania o istotnych sprawach innych obywateli<sup>2</sup>. Problem potrzeby udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości jest prawdopodobnie jednym z najbardziej kontrowersyjnych, z jakim zmierzyć się musi każdy ustawodawca. O ile nie kwestionuje się faktu, że pewna aktywność obywateli jest wymagana w tym zakresie, o tyle pojawiają się wątpliwości co do zakresu i form tego udziału.

Zasada udziału czynnika społecznego w procesie karnym obejmuje udział czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, a także udział czynnika społecznego w ramach innych ról procesowych (jako: przedstawicieli społecznych, osób składających poręczenia), w ujęciu najszerszym *sensu largissimo* publiczności pełniącej kontrolę społeczną nad rozprawą sądową<sup>3</sup>.

Jedną z przyczyn wprowadzenia zasady udziału czynnika społecznego do polskiej procedury karnej była tendencja o charakterze politycznym do możliwie szerokiego angażowania społeczeństwa w rządzenie państwem, w tym również włączania go w sprawowanie wymiaru sprawiedliwości<sup>4</sup>. Przysłużyły się do tego uwarunkowania występujące w państwie, które ukształtowało się po II wojnie światowej, określanego jako socjalistyczne.

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki związanej z zasadą udziału czynnika społecznego w procesie karnym wraz z jej korzystnym wpływem na gwarancje procesowe stron i innych uczestników postępowania. W szczególności analizie poddano udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości, omawiając przede wszystkim kwestie dotyczące roli i funkcji ławnika. Rozważaniu poddano również instytucję przedstawiciela społecznego jako szczególnego uczestnika procesu karnego, należącego do grona rzeczników interesu społecznego. Przedstawiono postulaty, które umożliwiłyby ożywienie tej instytucji. Ponadto uwzględniono kwestię zasady jawności zewnętrznej jako przejawu udziału czynnika społecznego w procesie karnym.

### 2. Zasada udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości i w procesie karnym

Bezpośredni udział czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości może przybrać jeden z trzech wariantów. Po pierwsze może być to sąd wyłącznie społeczny, którego klasycznym przykładem jest występujący w Anglii sąd pokoju. Drugim wariantem jest sąd ławniczy złożony z czynnika zawodowego w postaci sędziego i czynnika społecznego, niezawodowego w postaci ławników, którzy wspólnie orzekają o winie i karze. Ostatnią formą jest natomiast sąd przysięgłych, który polega na tym, że zespół sędziów zawodowych bądź jeden sędzia zawodowy przewodniczy rozprawie, stosuje kwalifikację prawną czynu oskarżonego i wymierza karę, a czynnik społeczny tworzy ławę przysięgłych wydającą tzw. werdykt co do winy lub niewinności oskarżonego. Podkreślić należy, że w Polsce występowały wszystkie trzy formy udziału społeczeństwa w orzekaniu, z których po 1944 r. ostatecznie zdecydowano się na drugi wariant, czyli sąd ławniczy.

Instytucja ławnika wywodzi się z czasów średniowiecza. W polskich miastach był nim początkowo członek zarządu miejskiego, a od XIII w. członek ławy sądowej, którego wybierała na jeden rok rada miejska lub mianował pan

<sup>1</sup> K. Wieczorek, *Udział czynnika społecznego w orzekaniu w polskim i amerykańskim procesie karnym*, Szczecin 2012, s. 10.

<sup>2</sup> K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 68.

<sup>3</sup> B. Janusz-Pohl, *Zasada udziału czynnika społecznego*, [w:] *System prawa karnego procesowego. Zasady procesu karnego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1433.

<sup>4</sup> B. Nizieński, *Przedstawiciel społeczny w praktyce sądów*, [w:] *Społeczne przeciwdziałanie przestępczości. V Kongres Kryminologiczny Państw Socjalistycznych. Zakopane, 27-29 czerwca 1978 r.*, red. B. Hołyst, Warszawa 1980, s. 338.

miasta. Ławnikami nazywano również członków sądów wiejskich we wsiach lokowanych na prawie niemieckim. W latach 1919-1939 tytuł ławnika mieli członkowie zarządu miejskiego lub gminnego wybierani przez radę, którzy uczestniczyli w posiedzeniach magistratu. Zatem przez długi czas instytucja ławnika w Polsce nie była kojarzona z sądownictwem. W II Rzeczypospolitej w sprawach karnych nie znano żadnej innej formy udziału czynnika o charakterze społecznym w procesie orzekania poza ławą przysięgłych<sup>5</sup>. Ławnicy w dzisiejszym znaczeniu zostali wprowadzeni do polskiego wymiaru sprawiedliwości po II wojnie światowej. Od 1950 r. sąd rozpoznawał sprawy karne i cywilne w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego oraz dwóch ławników, jeżeli ustawa nie stanowiła inaczej. Ławnikom poświęcona została nawet odrębna ustawa z dnia 2.12.1960 r. o ławnikach ludowych w sądach powszechnych<sup>6</sup>. Z preambuły tej ustawy wynikało, że zostało ona uchwalona w celu zapewnienia szerokiego udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce.

Zasada udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości jest bezwzględny wymogiem prawnym, ponieważ określona została w art. 182 Konstytucji RP<sup>7</sup>, który stanowi, że „Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa”. Ustawa zasadnicza nie wskazuje jednak form tego udziału ani etapu postępowania, w którym czynnik ten powinien czy może występować. Z tego uregulowania wynika zatem, że w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości zawsze musi występować czynnik społeczny i sprzeczna z Konstytucją byłaby taka procedura sądowa, która całkowicie usunęłaby ławników z orzekania<sup>8</sup>. Podkreślił to Trybunał Konstytucyjny w jednym z wyroków, stwierdzając, że „nie jest możliwe ani całkowite wyłączenie obywateli ze sprawowania funkcji wymiaru sprawiedliwości, ani takie jej zawężenie, by udział ten przybrał zakres jedynie symboliczny”<sup>9</sup>.

Analizując problematykę udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości należy uwzględnić również przepisy ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (PrUSP). Artykuł 4 § 1 PrUSP ogólnie określa zakres tego czynnika w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości stanowiąc, że „W sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości obywatele biorą udział przez uczestnictwo ławników w rozpoznawaniu spraw przed sądami w pierwszej instancji, chyba że ustawy stanowią inaczej”. Jednocześnie powyższy akt normatywny w art. 4 § 2 zrównuje w zasadzie uprawnienia ławników z prawami sędziów zawodowych podczas orzekania. Jednakże ławnik nie może przewodniczyć na rozprawie i naradzie ani też wykonywać czynności sędziego poza rozprawą, chyba że ustawy stanowią inaczej (art. 169 § 2 PrUSP).

W procesie karnym zasadę udziału czynnika społecznego realizuje art. 3 Kodeksu postępowania karnego (KPK)<sup>10</sup>, który wskazuje, że postępowanie karne odbywa się z udziałem czynnika społecznego w granicach określonych w ustawie.

Uczestnictwo czynnika społecznego w składzie sądowego organu orzekającego jest niewątpliwie najważniejszą formą udziału tego czynnika w procesie karnym<sup>11</sup>. Jednakże rozwiązania ujęte w noweli z 15.03.2007 r.<sup>12</sup> radykalnie zmniejszyły zakres udziału ławników w orzekaniu pierwszoinstancyjnym. O ile poprzednia regulacja art. 28 § 1 KPK stanowiła, że na rozprawie głównej sąd orzeka w składzie jednego sędziego i dwóch ławników, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, o tyle obecna regulacja ustanowiła odwrotne priorytety. Zgodnie bowiem z art. 28 § 1 KPK na rozprawie głównej sąd orzeka w składzie jednego sędziego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Zatem udział ławników został ograniczony jedynie do:

- a) spraw o zbrodnie, w których to sprawach sąd orzeka w składzie zwykłego sądu ławniczego, czyli jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 2 KPK) oraz
- b) spraw o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności, w których sąd orzeka w składzie powiększonego sądu ławniczego, czyli dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4 KPK).

Powyższa regulacja ustawowa usunęła całkowicie ławników z orzekania w sądach rejonowych jako sądach pierwszej instancji, natomiast w sądach okręgowych pierwszoinstancyjnych ze spraw, które nie mają charakteru przewidzianego w art. 28 § 2 i 4 KPK.

Porównując poprzedni i obecny stan prawny w zakresie uczestnictwa obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu karnym należy wskazać, że udział ten obecnie ma charakter szczątkowy. Ze stosunku liczby spraw rozpoznawanych w sądach okręgowych do liczby spraw załatwianych przez sądy rejonowe można wywnioskować, że liczba spraw, w których orzekają ławnicy w Polsce, od 2008 r. nie przekracza 0,6% wszystkich spraw o przestępstwa i

<sup>5</sup> *Metodyka pracy ławnika*, red. A. Rycak, Warszawa 2011, s. 2.

<sup>6</sup> Dz.U. Nr 54, poz. 309 ze zm.

<sup>7</sup> Dz.U. Nr 114, poz. 946.

<sup>8</sup> K. Konoppek, *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym*, „Ius novum” 2014, numer specjalny, s. 26.

<sup>9</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 listopada 2005 r., P 16/04, Dz.U. z 2005 r., Nr 241, poz. 2037.

<sup>10</sup> Dz.U. Nr 89, poz. 555.

<sup>11</sup> J. Grajewski (red.), K. Papke-Olszauskas, S. Steinborn, K. Woźniewski, *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 70.

<sup>12</sup> Dz.U. Nr 112, poz. 766.



przestępstwa skarbowe rozpoznawane w pierwszej instancji w sądach rejonowych i okręgowych<sup>13</sup>. Ponadto w ciągu ostatnich kilku lat liczba ławników w Polsce zmalała o około 50%, ponieważ w kadencji 2004-2007 ławników w sądach powszechnych było ponad 43 500, podczas gdy w kadencji 2012-2015 już tylko 22 076<sup>14</sup>.

Działalność ławnika w wymiarze sprawiedliwości sprowadza się do trzech podstawowych funkcji, a mianowicie sędziego społecznego, czynnika kontroli społecznej oraz łącznika między sądem a społeczeństwem.

Funkcja sędziego społecznego sprowadza się do tego, że ławnik współdecyduje na równych prawach z sędzią zawodowym w rozstrzygnięciu spraw. Jest on zatem uczestnikiem postępowania w zakresie oceny faktów, ustalenia winy oraz wymierzenia kary, a także subsumcji prawa do konkretnego stanu faktycznego. Uznając, że ławnik jest sędzią „całokształtu” sprawy, nie można nie dostrzegać podziału ról między sędzią zawodowym a społecznym. Rola ławnika powinna polegać m.in. na prezentowaniu w sądzie ocen i poglądów panujących aktualnie w opinii społecznej oraz właściwym i skutecznym wykorzystywaniu ich w sprawowaniu swej funkcji. Wynika to z faktu, że osoby powołane do pełnienia tej funkcji są członkami określonej społeczności, z którą wiąże się preferowany przez daną społeczność system wartości. Osadzenie konkretnego ławnika w danej społeczności pozwala mu tym samym przekazać poniekąd jej ocenę rozstrzyganej sprawy. Jednym z kryteriów oceny dowodów zgodnie z art. 7 KPK jest doświadczenie życiowe. Wydaje się, że powołanie do pełnienia funkcji ławnika właściwej osoby wydatnie poszerza możliwości sensownego korzystania z tego kryterium także przez sędziego zawodowego. Zatem należy podzielić pogląd J. Turka, że powinien on być przedstawicielem i wyrazicielem tej opinii społecznej, stanowiąc jakby społeczne „zwierciadło” wymiaru sprawiedliwości<sup>15</sup>. Nie ulega wątpliwości, że społeczne rozumienie sprawiedliwości, a także społeczna ocena zjawisk i wydarzeń podlegających rozpoznaniu przez sąd w konkretnej sprawie ma również znaczenie dla sędziego zawodowego, który czasem patrzy zbyt formalistycznie na te jej aspekty. Znajomość realiów życia społecznego, rodzinnego oraz stosunków międzyludzkich, a także często fachowa, specjalistyczna wiedza powoduje, że ławnik może mieć wpływ na wydawanie sprawiedliwych orzeczeń, które znajdują aprobatę w opinii publicznej. Ławnik wykazuje zainteresowanie przede wszystkim indywidualnym charakterem sprawy, jej podłożem, sytuacją życiową sprawcy, okolicznościami mającymi wpływ na popełnienie przestępstwa. W doktrynie przyjmuje się, że rolą ławnika jest przede wszystkim uwrażliwienie społeczne procesu, czyli ochrona procesu przed potencjalnym brakiem wrażliwości na społeczną sytuację oskarżonego, a nie wkład merytoryczny w sam proces orzekania<sup>16</sup>. Zatem funkcją ławnika jest przeciwdziałanie, by w sądzie paragraf nie przesłonił życia<sup>17</sup>. Udział ławników wpływa w poważnym stopniu na pogłębianie humanizacji orzecznictwa sądów przez mocniejsze wydobywanie indywidualnego charakteru konkretnej sprawy<sup>18</sup>.

Rozważając udział ławnika jako sędziego społecznego w postępowaniu karnym należy odnieść się również do problemu rutyny zawodowej. Jest to zjawisko wynikające z samego faktu wykonywania w sposób zawodowy, codziennie, przez dłuższy okres czasu, podobnych do siebie czynności. Sędziemu zawodowemu, podobnie jak każdemu specjalście wykonującemu swą pracę zarobkową, grozi również niebezpieczeństwo wytwarzania się pewnych nawyków zawodowych i schematów działania. Jednak rutyna zawodowa w stosowaniu prawa w zakresie wymiaru sprawiedliwości stanowi szczególnie niebezpieczeństwo. W przypadku sprawowania wymiaru sprawiedliwości chodzi bowiem o podstawowe dobra obywatela, którymi są jego wolność, dobre imię, cześć oraz majątek. Zatem instytucja ławnika jest jednym ze środków, który ma zapobiegać niebezpieczeństwu zrutynizowanego systemu myślenia. Rola ławnika powinna polegać więc na tym, aby reprezentował on w sądzie oceny i poglądy aktualnie panujące w opinii społecznej, a wykorzystując je dokonywał swej indywidualnej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, materiału dowodowego oraz określał swój stosunek do problemu wymiaru kary. Natomiast konsekwencją tej misji jest konfrontacja laickiego, „świeżego”, czyli niezrutynizowanego spojrzenia na sądzony czyn ze spojrzeniem czynnika zawodowego, któremu grozi niebezpieczeństwo „stypizowania” i szablonowości, jakie wywołuje zawodowy nawyk<sup>19</sup>. Udział ławników powinien chronić orzeczenia sądowe od wpływu elementów rutyny oraz zapewnić maksymalną zgodność ocen sądu z ocenami społeczeństwa<sup>20</sup>.

Czynnik społeczny w orzekaniu pełni także funkcję kontroli społecznej, która wyraża się przede wszystkim w czuwaniu ławnika nad prawidłowością przebiegu postępowania jurysdykcyjnego. Zdaniem S. Zawadzkiego ławnik jako reprezentant społecznego punktu widzenia zwraca uwagę na sposób prowadzenia rozprawy przez sędziego, ale także

<sup>13</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 242.

<sup>14</sup> K. Konoppek, *op. cit.*, s. 28.

<sup>15</sup> J. Turek, *Ławnik – sędzia – przysięgły*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 24, s. 1326.

<sup>16</sup> P. Sitniewski, *Analiza wyników ankiet prezesów sądów w zakresie wyboru ławników, jakości ich pracy oraz funkcjonowania w ramach wymiaru sprawiedliwości*, [w:] J. Ruszewski (red.), *Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce. Ocena funkcjonowania i procesu wyboru ławników sądowych na przykładzie sądów Apelacji Białostockiej*, Suwałki 2011, s. 79.

<sup>17</sup> A. Turska, *Czynnik społeczny i zawodowy w wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 1971, s. 73.

<sup>18</sup> M. Rybicki, *Ławnicy ludowi w sądach PRL*, Warszawa 1968, s. 105.

<sup>19</sup> S. Zawadzki, *Instytucja ławnika ludowego jako przedmiot badań*, [w:] S. Zawadzki, L. Kubicki (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym. Opinie o rzeczywistość*, Warszawa 1970, s. 27.

<sup>20</sup> M. Rybicki, *op. cit.*, s. 104.

interesuje go postawa adwokata, prokuratora, a nawet zachowanie publiczności na sali sądowej<sup>21</sup>. Z kolei według J. Turka ławnik powinien czuwać nad prawidłowością przebiegu postępowania sądowego, ponieważ sędzia zawodowy zaabsorbowany prowadzeniem i przebiegiem posiedzenia sądowego może przeoczyć potrzebę wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy bądź dopuścić do innego naruszenia przepisów prawa<sup>22</sup>.

Wskazać należy również, że obecność czynnika społecznego w składach orzekających zmusza sędziów zawodowych do większej staranności w przygotowaniu się do rozpoznania sprawy, a także do wnikliwego prowadzenia postępowania sądowego. Udział ławników w składzie sędziowskim umożliwia im bieżące kontrolowanie działań sędziego oraz reakcję w sytuacji, gdy jego stanowisko nie będzie zgodne z szeroko rozumianym interesem społecznym. W ławniku można zatem upatrywać środka kontroli społecznej wymiaru sprawiedliwości, której jakość zależy od jego reprezentatywności społecznej. Ta zaś warunkowana jest systemem ich wybierania (pożądane byłoby wybory powszechne, równoczesne z wyborami do samorządu terytorialnego) oraz systemem powoływania ich do konkretnych składów orzekających (wskazane byłoby wylosowanie ich przed rozprawą)<sup>23</sup>.

Funkcja ławnika jako łącznika między sądem a społeczeństwem ma charakter dwukierunkowy. Z jednej strony ławnik wnosi do sądu opinię społeczną, z drugiej natomiast informuje społeczeństwo o problemach wymiaru sprawiedliwości. Bezpośredni udział ławnika w wymiarze sprawiedliwości umożliwia mu wpływanie na profilaktyczno-wychowawczą działalność sądu oraz na podnoszenie kultury prawnej społeczeństwa<sup>24</sup>. Poprzez przenoszenie własnych spostrzeżeń, ocen i doświadczenia sądowego do swojego środowiska społecznego, ławnik wywołuje zrozumienie i aprobatę wydawanych orzeczeń<sup>25</sup>. W swoim środowisku wyjaśnia on przecież politykę orzekania sądów, a przez to przyczynia się do kształtowania właściwych ocen i poglądów prawnych obywateli.

Poza wyżej wymienionymi zaletami sądu ławniczego wskazać należy również korzyści związane z kolegalnością orzekania, która pozwala na prowadzenie dyskusji i wymianę poglądów. Dzięki niej istnieje możliwość wszechstronnego rozpatrzenia sprawy, co zmniejsza niebezpieczeństwo niedokładności i błędów. M. Rybicki słusznie wskazuje, że pozwala to na lepszą kontrolę prawidłowości toku argumentacji i rozumowania<sup>26</sup>. Natomiast M. Cieślak kolegalność określa jako formę bardziej demokratyczną, która lepiej zabezpiecza cele procesu i prawa jego uczestników<sup>27</sup>. Możliwość kolegalnego rozstrzygnięcia na podstawie konfrontacji fachowego i społecznego punktu widzenia, zabezpiecza organy wymiaru sprawiedliwości przed izolacją i wyobcowaniem<sup>28</sup>. Kolegalność orzekania wzmacnia też niezawisłość sędziowską. Zdaniem F. Prusaka oddziaływanie na ławnika może być trudniejsze niż na sędziego zawodowego, a fakt uczestnictwa w składzie kolegalnym utrudnia jakiegokolwiek wpływy z zewnątrz<sup>29</sup>. Powszechnie wiadomo bowiem, że zespół jest bardziej odporny na naciski z zewnątrz niż jednostka. Kolegalne rozstrzygnięcie wzmacnia także autorytet organu, ponieważ decyzja zespołowa posiada większą wagę moralną dla stron oraz dla całego społeczeństwa<sup>30</sup>.

### 3. Udział przedstawiciela społecznego

Protoplastycznych form występującej w Polsce instytucji przedstawiciela społecznego można doszukiwać się już w prawie rzymskim. Istniała tam bowiem *actio popularis*, nazywana także „skargą powszechną”, a także instytucja przedstawiciela sądu – *amicus curiae*, która jest charakterystyczna dla systemów *common law*<sup>31</sup>. Duży wpływ na kształt prawny współczesnej instytucji przedstawiciela społecznego miało również ustawodawstwo państw socjalistycznych, zwłaszcza ustawodawstwo radzieckie, przewidujące ogólnoobywatelskie oskarżenie i ogólnoobywatelską obronę. Te dwie pierwsze formy procesowej aktywności społecznej były pierwowzorem dla wszystkich późniejszych konstrukcji społecznego przedstawicielstwa, które wyrażało się w uczestnictwie w postępowaniu karnym podmiotów występujących po stronie oskarżonego bądź popierających oskarżenie<sup>32</sup>.

Instytucja przedstawiciela społecznego w Polsce została wprowadzona Kodeksem postępowania karnego z 1969 r. Pod pojęciem tym kryły się dwie kategorie uczestników. Pierwszym był przedstawiciel organizacji społecznej lub delegat kolektywu żołnierskiego, lub pracowników służby zmilitaryzowanej, którego desygnowano przez dany podmiot

<sup>21</sup> S. Zawadzki, *op.cit.*, s. 27.

<sup>22</sup> J. Turek, *op. cit.*, s. 1326.

<sup>23</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *op. cit.*, s. 235.

<sup>24</sup> S. Zawadzki, *op.cit.*, s. 28.

<sup>25</sup> F. Prusak, *Czynnik społeczny w procesie karnym*, Warszawa 1975, s. 29.

<sup>26</sup> M. Rybicki, *op. cit.*, s. 105.

<sup>27</sup> M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, w: *Dzieła wybrane*, Tom II, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 203 i n.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 listopada 2005 r., P. 16/04, Dz. U. z 2005 r., Nr 241, poz. 2037.

<sup>29</sup> F. Prusak, *op. cit.*, s. 28.

<sup>30</sup> K. Marszał, *Proces ...*, *op. cit.*, s. 79.

<sup>31</sup> Zob. szerzej: M. Swora, A. Trela, *Amicus curiae w postępowaniu antymonopolowym*, „Administracja. Teoria-Dydaktyka-Technika” 2006, Nr 1, s. 79-100.

<sup>32</sup> W. Daszkiewicz, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym*, Warszawa 1976, s. 28.

zbiorowy do udziału w postępowaniu jurysdykcyjnym w celu obrony interesu społecznego objętego zadaniami statutowymi tego podmiotu<sup>33</sup>. Drugim natomiast był oferent poręczenia lub dozoru, którego uprawnienia dotyczyły wyłącznie zgłoszenia gotowości organizacji lub kolektywu do udzielenia poręczenia lub roztoczenia dozoru nad oskarżonym<sup>34</sup>.

W literaturze przedmiotu odnaleźć można spór dotyczący charakteru prawnego instytucji przedstawiciela społecznego. Według M. Siewierskiego, S. Waltośa i M. Lipczyńskiej należy traktować go jako *quasi*-stronę, ponieważ jest uczestnikiem niezaangażowanym i może zakończyć swój udział w procesie w roli oskarżyciela lub obrońcy społecznego<sup>35</sup>. Natomiast zdaniem M. Cieślaka i W. Daszkiewicza jest on rzecznikiem interesu społecznego niebędącym stroną, a jego pozycja w procesie jest samodzielna i specyficzna<sup>36</sup>. Ostatecznie przyjmuje się, że przedstawiciel społeczny jest rzecznikiem interesu społecznego<sup>37</sup>.

Zgodnie z art. 90 § 1 KPK istnieje możliwość zgłoszenia udziału przedstawiciela organizacji społecznej w postępowaniu sądowym do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego, jeżeli zachodzi potrzeba ochrony interesu społecznego lub ważnego interesu indywidualnego, objętego zadaniami statutowymi tej organizacji, w szczególności ochrony wolności i praw człowieka. Oznacza to, iż może on działać tylko w sądowym stadium postępowania karnego, nie zaś wtedy, gdy sąd orzeka bez rozprawy. Jego uczestnictwo nie jest także możliwe w postępowaniu przygotowawczym. Nie ulega jednak wątpliwości, że jest on uprawniony do udziału zarówno przed sądem I, jak i II instancji.

Organizacja społeczna, która zgłasza sądowi udział swego przedstawiciela w postępowaniu, wskazuje reprezentującą ją osobę (art. 90 § 2 KPK). Zgłoszenie przedstawiciela społecznego do udziału w postępowaniu sądowym następuje poprzez przedłożenie sądowi uchwały właściwego organu danej organizacji społecznej.

Samo zgłoszenie udziału przedstawiciela społecznego do udziału w postępowaniu sądowym nie jest jednak równoznaczne z włączeniem go do procesu, ponieważ o dopuszczeniu bądź odmowie dopuszczenia decyduje sąd po zbadaniu ustawowej przesłanki określonej w art. 90 § 3 KPK, czyli rozważeniu celowości jego udziału z punktu widzenia interesu wymiaru sprawiedliwości. W momencie dopuszczenia przez sąd zgłoszonego przedstawiciela społecznego staje się on uczestnikiem procesowym<sup>38</sup> i ma możliwość działania w toku procesu. Chociaż nie jest on formalnie związany z żadną ze stron i nie deklaruje działania na rzecz którejś z nich, to w konkretnej sytuacji jego zachowanie może *de facto* stać się społeczną obroną lub społecznym oskarżeniem<sup>39</sup>.

Uprawnienia ustawowe przedstawiciela organizacji społecznej zostały wskazane w art. 91 KPK, który przyznaje mu prawo uczestnictwa w rozprawie, wypowiedzania się i składania oświadczeń na piśmie. Duże znaczenie ma również możliwość ustosunkowania się do sprawy w końcowym przemówieniu (art. 406 § 1 zd. 1).

W związku z uprawnieniem wypowiedzania się posiada on możliwość przedstawiania poglądów istotnych dla sprawy, składania oświadczeń ustnych do protokołu, które sąd powinien mieć na względzie przy orzekaniu<sup>40</sup>. Wypowiedzi przedstawiciela społecznego mogą zawierać informacje, opinie społeczne, a także oświadczenia<sup>41</sup>. Oświadczenia na piśmie składane przez przedstawiciela społecznego przedstawiają jego punkt widzenia co do kwestii, które podlegają rozstrzygnięciu w procesie oraz mogą zawierać pewne sugestie co do decyzji podejmowanych z urzędu<sup>42</sup>. Jeżeli zawierają one informacje istotne dla sprawy, to mogą być potraktowane jako dowód z dokumentu i poszerzają np. wiedzę sądu o osobie oskarżonego. Istotnym *novum* w zakresie tych oświadczeń są wnoszone przez organizacje społeczne opinie prawne zawierające przedstawienie sądowi poglądów istotnych dla sprawy, wyrażonych we wcześniejszych uchwałach ich organów. Określa się je mianem „opinii przyjaciela sądu” (*amicus curiae*). W ten sposób organizacje społeczne za pośrednictwem swoich przedstawicieli pełnią rolę pomocnika wspierającego sąd i pomagają mu w rozstrzygnięciu sprawy. Nie jest on jednak zobowiązany uwzględnić taką opinię<sup>43</sup>.

Do uprawnień procesowych, których nie posiada przedstawiciel społeczny, zaliczyć należy możliwość zadawania pytań osobom przesłuchiwanym (art. 171 § 2 i art. 370 KPK), prawo inicjatywy dowodowej (art. 167 KPK), a także prawo do wnoszenia środków zaskarżenia (art. 425 § 1 KPK).

<sup>33</sup> M. Cieślak, *op.cit.*, s. 35.

<sup>34</sup> S. Waltoś, *Przedstawiciel społeczny w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Problemy Praworządności” 1969, nr 9, s. 14.

<sup>35</sup> Zob. szerzej: M. Siewierski, *Przedstawiciel społeczny w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Palestra” 1969, nr 9, s. 3; S. Waltoś, *op. cit.*, s. 6; M. Lipczyńska, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1972, nr 4, s. 564.

<sup>36</sup> M. Cieślak, *op. cit.*, s. 35; W. Daszkiewicz, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym*, „Palestra” 1985, nr 11, s. 66.

<sup>37</sup> Por. Wytyczne SN z dnia 27 września 1980 r., U 1/80, OSNKW 1980, Nr 10-11, poz. 79.

<sup>38</sup> K. Marszał, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 2001, nr 24, s. 123.

<sup>39</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *op. cit.*, s. 199.

<sup>40</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 399.

<sup>41</sup> J. Kosowski, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym – wybrane zagadnienia*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2006, nr 12, s. 13.

<sup>42</sup> P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011, s. 613-614.

<sup>43</sup> M. Jakubik, *Przedstawiciel społeczny w postępowaniu karnym*, Poznań 2014, s. 77.

Podkreślić należy, że funkcją procesową przedstawiciela społecznego jest ochrona interesu społecznego lub ważnego interesu indywidualnego objętego zadaniami statutowymi tej organizacji, którą ten podmiot reprezentuje. Natomiast celem reprezentanta organizacji społecznej jest pomoc w dążeniu do ujawnienia prawdy materialnej przez sąd<sup>44</sup>.

Korzyścią płynącą z udziału przedstawiciela społecznego w procesie karnym jest możliwość usuwania rozdzwieku między opinią kolektywu pracowniczego czy społecznego na temat sprawy karnej i sprawcy, a treścią decyzji organów procesowych<sup>45</sup>. Ponadto reprezentant organizacji społecznej jest właściwą osobą do złożenia oświadczenia o poręczeniu społecznym<sup>46</sup> w jej imieniu. Nie ulega wątpliwości, że sąd powinien być należycie zorientowany w przebiegu działania przestępnego, warunków, w jakich działał sprawca, a także cech i właściwości osobistych sprawcy<sup>47</sup>. Informacji takiej może udzielić sądowi właśnie organizacja społeczna i jej przedstawiciel w postępowaniu karnym poprzez wskazanie faktów z szerszej perspektywy niż świadkowie zdarzenia. Przyczynia się to do trafniejszego orzekania, a także prawidłowego ustalenia i oceny stopnia niebezpieczeństwa społecznego czynu. Aktywny udział przedstawicieli społecznych w procesie pozwala także na zastosowanie przez sąd najtrafniejszego środka karnego uwzględniającego wszystkie dyrektywy kary, jak również podjęcie odpowiednich środków zapobiegających i usuwających powody powstawania przestępstw<sup>48</sup>. Zatem przedstawiciel społeczny w procesie karnym jest czynnikiem obiektywnym oraz niezaangażowanym, który daje świadectwo prawdzie i przekazuje informacje o toczącym się procesie z sali sądowej do organizacji społecznej<sup>49</sup>. Jest on przede wszystkim obserwatorem przebiegu procesu karnego, jego *sui generis* kontrolerem podejmującym działanie w sytuacji, gdy w jego ocenie broniony interes społeczny nie znajduje dostatecznej ochrony w toczącym się postępowaniu<sup>50</sup>.

Na ożywienie stosowania instytucji przedstawiciela społecznego wpływ miałyby przede wszystkim podniesienie poziomu świadomości prawnej społeczeństwa, a także zaangażowanie go we współdziałanie z wymiarem sprawiedliwości. Trzeba byłoby także wykluczyć panującą obecnie nieprzychylność sądów i innych organów postępowania karnego, które obawiają się przede wszystkim przedłużania postępowań sądowych. Zatem organy wymiaru sprawiedliwości nie powinny postrzegać przedstawiciela społecznego jako wroga sądu.

#### 4. Dostęp obywateli do publicznie odbywanych spraw

Udział czynnika społecznego w postępowaniu karnym przejawia się również w dostępie obywateli do publicznie odbywanych rozpraw. Jawność procesu wobec społeczeństwa uznana była za niezbędną już w systemie ateńskim. Podobne rozwiązania przyjęto w procesach żydowskich i rzymskich, które były jawne aż do epoki Pryncypatu<sup>51</sup>. Proces germański oraz wszystkie procesy wczesnego średniowiecza także były przeprowadzane z udziałem publiczności. Podkreślić należy, że w literaturze jawność procesu karnego wobec publiczności określa się mianem jawności zewnętrznej, która służy kontroli społecznej nad wymiarem sprawiedliwości i poczynaniami jego uczestników.

W państwach demokratycznych jawność postępowania sądowego jest istotnym elementem rzetelnego procesu karnego. Publiczność obecna na rozprawie może kontrolować, czy proces prowadzony jest rzetelnie, a także czy interes publiczny oraz interes pokrzywdzonego jest należycie chroniony. Przez dopuszczenie obywateli do udziału w rozprawach sądowych następuje udostępnienie społeczeństwu informacji o rozpoznawanych sprawach karnych i zapadłych rozstrzygnięciach, co pośrednio wpływa na wychowawcze oddziaływanie wymiaru sprawiedliwości oraz spełnia doniosłą funkcję ogólnoprewencyjną<sup>52</sup>. Jawność rozprawy sądowej zmusza sąd i uczestników postępowania do należytego wykonywania obowiązków procesowych, a także do dbałości o odpowiedni poziom podejmowanych czynności. Ponadto postępowanie sądowe prowadzone jawnie stanowi gwarancję niezawisłości i bezstronności sędziego oraz sprzyja równemu traktowaniu stron procesowych. Zasada jawności zewnętrznej sprzyja wydawaniu rozstrzygnięć odpowiadających prawu oraz społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także wzmacnia zaufanie obywateli do sądów. Nie ulega wątpliwości, że chodzi również o tzw. prewencję generalną, czyli o wytworzenie w społeczeństwie przekonania, zwłaszcza wśród potencjalnych przestępców, że sprawcy przestępstw są pociągani do odpowiedzialności i ponoszą odpowiednią karę, że przestępstwo nie pośląca<sup>53</sup>. Publiczny proces karny pełni także istotną rolę dla oskarżonego, ponieważ daje mu szansę na rehabilitację

<sup>44</sup> M. Wypych, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym*, „Dziecko Krzywdzone” 2005, nr 10, s. 126.

<sup>45</sup> S. Waltoś, *op. cit.*, s. 4.

<sup>46</sup> Zob. szerzej: M. Cieślak, Z. Doda, *Společne poręczenie*, „Palestra” 1968, nr 12, s. 29 i n.

<sup>47</sup> M. Siewierski, *op. cit.*, s. 5.

<sup>48</sup> J. Gacek, *Nie zapominajmy o przedstawicielu społecznym (art. 81-84 k.p.k.)*, „Nowe Prawo” 1978, nr 3, s. 462.

<sup>49</sup> A. Wierciński, *Charakter prawny przedstawiciela społecznego w polskim procesie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1971, nr 3, s. 108-109.

<sup>50</sup> J. Grajewski (red.), K. Papke-Olszauskas, S. Steinborn, K. Woźniewski, *op. cit.*, s. 328.

<sup>51</sup> K. Nowicki, *Jawność zewnętrzna postępowania sądowego*, [w:] *Jawność procesu karnego*, red. J. Skorupka, Warszawa 2012, s. 311.

<sup>52</sup> J. Grajewski (red.), K. Papke-Olszauskas, S. Steinborn, K. Woźniewski, *op. cit.*, s. 120; R. Kmieciak, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 101.

<sup>53</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 150; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Poznań 1999, s. 100.

społeczną, a także jest dodatkową gwarancją respektowania przysługujących mu praw. Publiczność procesu wpływa również dodatkowo na zeznania świadków i biegłych, wyjaśnienie oskarżonego, oświadczenia stron, ponieważ utrudnia w pewnym stopniu zamiar realizacji fałszywych oświadczeń i skłania do sumienności przy składaniu zeznań i wyjaśnień<sup>54</sup>.

Zasada publiczności rozprawy sądowej należy do jednej z najważniejszych cech demokratycznych systemów procesu karnego. Uregulowana została w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Wyrażona jest również w art. 355 KPK, wedle którego rozprawa odbywa się jawnie, a ograniczenia jawności określa ustawa. Znalazła ona odzwierciedlenie także w art. 42 § 2 PrUSP, który wskazuje, że sądy rozpoznają i rozstrzygają sprawy w postępowaniu jawnym. O doniosłości społecznej tej zasady świadczy również zakreślenie w Konstytucji RP nieprzekraczalnego zakresu przyczyn zezwalających na wyłączenie jawności rozprawy sądowej. Zgodnie bowiem z art. 45 § 2 ustawy zasadniczej wyłączenie jawności może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub ważny interes prywatny. Wskazać należy, że granice konstytucyjne precyzują przepisy ustawy procesowej określające wypadki obligatoryjnego i fakultatywnego wyłączenia jawności rozprawy (np. art. 360 §1 i 2 KPK, art. 359 pkt 1 i 2 KPK, art. 393 § 4 KPK, art. 181 § 1 KPK).

## 5. Zakończenie

Koncepcja sądu prawie wyłącznie zawodowego pozostaje w rażącej sprzeczności z ideą społeczeństwa obywatelskiego. Nie ulega przecież wątpliwości, że pochodzący z wyboru ławnicy są czynnikiem demokratyzującym sądy oraz realizacją zasady suwerenności narodu w sferze władzy sądowniczej.

Chociaż instytucja ławnika w postępowaniu karnym posiada ugruntowaną pozycję i nie jest zagrożona w świetle art. 182 Konstytucji RP, to z uwagi na jej niezaprzeczone korzyści dla rozstrzygania spraw karnych należy postulować rozszerzenie zakresu tych spraw, w których obowiązkowym składem orzekającym w sądzie I instancji będzie skład ławniczy. Udział ławników zapewnia bowiem przeniesienie do orzekania ich świadomości społecznej i doświadczenia życiowego, a tym samym trafniejszą ocenę rozpatrywanej sprawy.

Eliminacja ograniczeń wynikających ze sposobu unormowania instytucji przedstawiciela społecznego przyczyniłaby się do jej większego zastosowania w praktyce sądowej. Zestaw kryteriów warunkujących dopuszczenie reprezentanta organizacji społecznej do konkretnego procesu jest zbyt skomplikowany, ponieważ wymaga wielostopniowych ocen, a ich nieostre zakresy pojęciowe prowadzą do dużej swobody decyzyjnej sądu. Bariery są również niezaskarżalność decyzji o odmowie dopuszczenia do udziału w postępowaniu, a konsekwencją mniejsze wykorzystanie praktyczne tej instytucji. Odnosząc się natomiast do zakresu uprawnień procesowych należałoby wyposażyć przedstawiciela społecznego w prawo składania wniosków dowodowych.

\*\*\*

## THE PARTICIPATION OF A SOCIAL REPRESENTATIVE IN THE CRIMINAL PROCEDURE IS A TRIAL GUARANTY FOR DEFENDANTS AND OTHER MEMBERS OF A TRIAL.

The aim of the article is to present the issues connected with the principle of participation of the social representative in criminal trial along with its favourable influence on trial guaranty of defendants and other participants of the legal proceedings. The activity of the social representative in legal proceedings is one of the democracy pillars because it makes up a form of citizens' participation in the state management. Also, a form of co-deciding about essential cases of other citizens. In order to put forward these issues, a matter of social factor share in administration of justice was considered first because the institution of jurors in judicial adjudicating organ is undoubtedly the most important form of this participation. Subsequently, the institution of the social representative was presented as a special participant of criminal trial who belonged to the spokesmen circle of social interest. Finally, the citizens' access to public cases was put to the analysis. It serves the social control over the administration of justice, over its participants' actions and also the police organs' operations. It was affirmed that the conception exclusively professional court is with the glaring contradiction with the idea of a civil society because elected jurors are democratizing factors and realization of independent nation principle in the sphere of the judiciary. It is necessary to postulate the widening the range of these issues in which the juror constitution is compulsory to adjudicate in Court of first instance because the part of jurors ensures a transfer to the social consciousness and life experience as well as a righter judgement in a considered case. However, in the case of the institution of a social representative, it is necessary to give him the right to apply motions as to evidence.

<sup>54</sup> M. Cieślak, *op. cit.*, s. 253.

**Keywords:** social representative, the principle of exterior publicness, the juror constitution, a just trial, the principle of social share factor.

Katarzyna Kochel

## UPRAWNIENIE DO PRZEGLĄDANIA AKT POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO I JEGO KONSEKWENCJE DLA ZACHOWANIA RZETELNOŚCI PROCESU KARNEGO W ŚWIETLE NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO Z DNIA Z 27 WRZEŚNIA 2013 R. ORAZ 11 MARCA 2016 R.

### Uwagi wprowadzające

Idea rzetelnego procesu karnego mająca swoje źródło w międzynarodowych regulacjach art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

<sup>1</sup> oraz art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich<sup>2</sup> znajduje swoje odzwierciedlenie w wielu elementach i uprawnieniach właściwych również dla polskiej ustawy karnoprocesowej. W związku z tym, że nie stanowią one katalogu zamkniętego, z punktu widzenia niniejszych rozważań jako jedne z podstawowych należy wymienić: kontradyktoryjność postępowania, ujawnienie dowodów i w związku z tym równouprawnienie stron w dostępie do materiału dowodowego, postępowanie dowodowe, a także prawo pokrzywdzonego do rzetelnego procesu<sup>3</sup>.

Obecność tych elementów, a także realizacja uprawnień kształtujących rzetelność procesu karnego na gruncie polskiego ustawodawstwa nie byłaby możliwa bez przestrzegania zasady informacji realizowanej poprzez obowiązek przekazywania stosownych pouczeń przez organ procesowy oraz możliwość skorzystania z prawa do przeglądania akt sprawy. Konsekwentne i prawidłowe realizowanie tej zasady umożliwia zaangażowanie stron procesu karnego, świadome korzystanie przez nie z przysługujących im praw i sumienne wywiązywanie się z obowiązków procesowych.

Postępowanie przygotowawcze stanowi pierwszy etap postępowania karnego, a więc właśnie zagwarantowanie prawidłowej realizacji zasady informacji prawnej w tej fazie postępowania ma niebagatelne znaczenia dla zachowania rzetelności w kolejnych jego etapach, a przede wszystkim w trakcie postępowania jurysdykcyjnego. Istotne znaczenie ma przede wszystkim w postępowaniu przygotowawczym pouczenie stron, o którym mowa w art. 300 k.p.k. dokonywane przez organ procesowy jak i możliwość zaznajomienia się z zebrany materiał dowodowy, który rzutuje na taktykę obu stron przyjmowaną w dalszej konsekwencji w procesie.

W obliczu dynamicznych w ostatnim czasie zmian legislacyjnych procedury karnej niniejszy artykuł ma na celu zwrócenie uwagi przede wszystkim na wskazaną gwarancję w kontekście nowelizacji, które obowiązywały od 2015<sup>4</sup> i następnie 2016 r.<sup>5</sup> Czy wobec obecnego ukształtowania przepisów statuujących dostęp do akt sprawy na etapie postępowania przygotowawczego możemy mówić o niezachwianej racji bytu rzetelności procesu karnego w wydaniu polskiej ustawy karnoprocesowej?

Poniższe uwagi dotyczące wybranych, chyba najistotniejszych kwestii w kontekście analizowanego zagadnienia będą stanowić próbę odpowiedzi na tak postawione pytanie.

### Uprawnienie do zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego na podstawie art. 156 k.p.k.

Jak wspomniano już na wstępie niniejszego artykułu zapewnienie tak oskarżonemu jak i pokrzywdzonemu dostępu do akt postępowania przygotowawczego ma duże znaczenie dla przyjęcia odpowiedniej taktyki dla dalszego toku postępowania karnego bez względu na to czy będzie to konsensualny tryb zakończenia sporu czy też „tradycyjna” forma rozprawy karnej w której po przeprowadzeniu dowodów sąd wyda rozstrzygnięcie. Omawiana czynność procesowa dokonywana na etapie postępowania przygotowawczego daje pokrzywdzonemu możliwość skutecznej obrony jego interesów w kolejnej fazie postępowania, w szczególności w sytuacjach zastosowania konsensualnych trybów zakończenia postępowania karnego. Dzięki zaznajomieniu z aktami postępowania przygotowawczego pokrzywdzony może opracować odpowiedni dla swojej sytuacji procesowej sposób postępowania, ale również przedsięwziąć działania zapobiegawcze w

<sup>1</sup> Sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z późn. zm.).

<sup>2</sup> Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

<sup>3</sup> Na podstawie pozycji pt. Rzetelny proces karny, red. P. Wiliński, Warszawa 2009.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247, z późn. zm.), zwana dalej „nowelizacją z 2013 r.”.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437), zwana dalej „nowelizacją z 2016 r.”.

przypadku chęci utrudnienia lub uniemożliwienia przez podejrzanego możliwości realizacji uprawnień przysługujących tej stronie<sup>6</sup>.

Stosownie do treści art. 156 § 5 k.p.k. prawo do przeglądania akt postępowania przygotowawczego zostało przyznane stronom, obrońcom, pełnomocnikom i przedstawicielom ustawowym, przy czym wymagana jest w tym zakresie zgoda prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Omawiana regulacja stanowi nadal wyjątek od zasady tajności postępowania na rzecz jawności wewnętrznej. Na zarządzenie odmawiające wyrażenia zgody na udostępnienie akt w tej fazie postępowania karnego przed nowelizacją z 2013 r. przysługiwało zażalenie, o którym mowa w art. 159 k.p.k. do prokuratora bezpośrednio przełożonego. Takie ukształtowanie możliwości weryfikacji skorzystania z tego istotnego uprawnienia spotykało się z dezaprobatą przedstawicieli doktryny, co do braku możliwości sądowej kontroli udostępnia akt śledztwa lub dochodzenia<sup>7</sup>. Obecne brzmienie tego przepisu, obowiązujące od 1 lipca 2015 r. stanowi, że na zarządzenie prokuratora zażalenie przysługuje do sądu. Stosownie natomiast do przepisu art. 465 § 3 k.p.k. zażalenie na postanowienie prowadzącego postępowanie przygotowawcze jeśli nie jest nim prokurator rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad tym postępowaniem. Dokonaną w tym zakresie zmianę należy ocenić pozytywnie, ponieważ w obecnie obowiązującym stanie prawnym trudniej będzie o stronniczość organu procesowego dokującego kontroli. Brzmienie analizowanego art. 159 k.p.k. sprzed nowelizacji mogło, bowiem stwarzać wrażenie, a nawet prowadzić wręcz do sytuacji, w których kontrola była iluzoryczna. Obecne ukształtowanie systemu kontroli decyzji procesowych prokuratora zdaje się być zatem jednym z narzędzi odzwierciedlających ideę rzetelnego procesu karnego.

Jedną z najistotniejszych modyfikacji w kwestii dostępu do akt uczestników postępowania karnego dokonanych w wyniku nowelizacji z 2013 i 2016 r. jest zmiana, która weszła w życie z dniem 2 czerwca 2014 r. na mocy ustawy z 27 września 2013 r. Zrezygnowano z ograniczenia udostępnienia akt sprawy w części zawierającej dowody wskazane we wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania, gdy będzie zachodziła uzasadniona obawa, że narażałoby to na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia pokrzywdzonego lub innego uczestnika postępowania, groziłoby zniszczeniem lub ukryciem dowodów albo tworzeniem dowodów fałszywych, groziłoby uniemożliwieniem ustalenia i ujęcia współsprawcy czynu zarzucanego podejrzanemu lub sprawców innych czynów ujawnionych w toku postępowania, ujawniałoby prowadzone czynności operacyjno-rozpoznawcze lub zagrażałoby utrudnieniem postępowania przygotowawczego w inny bezprawny sposób. Była to tym bardziej istotna zmiana, że stanowiąca kolejny krok zbliżający gwarancje towarzyszące instytucji dostępu do akta postępowania przygotowawczego ku rzetelności polskiego postępowania karnego, a także standardom wynikającym z orzecznictwa organów międzynarodowych – Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Takiego rozwiązanie nie da się bowiem przecenić jeśli chodzi o kwestie efektywności strategii przyjmowanej przez obrońcę podejrzanego<sup>8</sup>. Analizowana regulacja uległa jednak kolejnym przekształceniom dokonanych w wyniku nowelizacji z 2016 r. na mocy której dokonano ograniczeń w zakresie dostępu do dowodów dołączonych do wniosku w przedmiocie zastosowania albo przedłużenia tymczasowego aresztowania. Odwróceniu uległa tym samym pozytywna tendencja zbliżająca instytucję dostępu do akt postępowania karnego do jednego z kanonów rzetelnego procesu, jakim jest prawo do obrony.

Mając na uwadze zwiększenie dostępności informacji procesowej dla zainteresowanych uczestników i zredukowanie kosztów społecznych czynności udostępniania akt postępowania zainteresowanym podmiotom prawodawca zdecydował się na modyfikację art. 156 § 5 k.p.k. jak również pozostałych przepisów art. 306 § 1b k.p.k., art. 321 § 1 k.p.k. kształtujących prawo do przeglądania akt w fazie przygotowawczej poprzez wprowadzenie unormowania, które umożliwi zapoznanie się z aktami sprawy w postaci elektronicznej lub z informacjami o nich za pomocą systemu teleinformatycznego<sup>9</sup>. Chociaż zaproponowane rozwiązanie należy ocenić pozytywnie w kontekście przyświecających mu celów postępowania jak również dynamicznego rozwoju wykorzystywania technologii informatycznych pozwalających w szybki sposób pozyskać informację procesową to już sama realizacja tego słusznego założenia może okazać się utrudniona biorąc pod uwagę brak regulacji upoważniającej ministra do wydania stosownego aktu wykonawczego, precyzującego sposób skorzystania z tego prawa. Takie rozwiązanie może spowodować, iż na razie uprawnienie w tym zakresie nie będzie realizowane. Będzie zatem iluzoryczne.

### **Upewnienie do zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego na podstawie art. 321 k.p.k.**

<sup>6</sup> K. Dudka, Dostęp do akt postępowania przygotowawczego w świetle prawa do rzetelnego procesu karnego [w:] Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 395-396.

<sup>7</sup> Zob. np. K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012, s. 370; P. Kruszyński, Prawo podejrzanego do obrony w nowym k.p.k. [w:] Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe, red. E. Skrętowicz, Kraków 1998, s. 124.

<sup>8</sup> M. Kościelniak-Marszał, Ograniczona jawność wewnętrzna postępowania przygotowawczego – pół kroku we właściwym kierunku [w:] Kontrydktoryjność w polskim procesie karnym, red. P. Wiliński Warszawa 2013, s. 362.

<sup>9</sup> Zob. Uzasadnienie do projektu nowelizacji z 2016 r., s. 14.



Udostępnienie akt postępowania przygotowawczego zostało unormowane w sposób ogólny w art. 156 k.p.k. Obecnie obowiązujący art. 321 k.p.k. stanowi natomiast w odniesieniu do podejrzanego *lex specialis* w tej kwestii. Również w innych przepisach k.p.k. mających szczególny charakter został uregulowany obowiązek udostępniania przez organy procesowe akt postępowania przygotowawczego. Jest to art. 306 § 1b k.p.k., stanowiący *lex specialis* do przepisu art. 156 § 5 k.p.k., w którym zostało ustanowione prawo do przejrzenia akt przez podmioty uprawnione do złożenia zażalenia na postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa oraz o jego umorzeniu. Warto w tym miejscu powtórzyć za piśmiennictwem, że w przeciwieństwie do treści art. 156 k.p.k. w art. 306 k.p.k. nie przewidziano możliwości uzyskania zgody prokuratora na przeglądanie akt postępowania przygotowawczego. Uprawnienie to nie zostało również obwarowane jakimiś dodatkowymi wymogami formalnymi w postaci wniosku, ponieważ w treści samej decyzji procesowej prokuratora jest umieszczone pouczenie w tym zakresie<sup>10</sup>. Przyjmuje się także, że omawiana regulacja nie zawiera ograniczeń co do możliwości przejrzenia całości akt przy czym w sprawach skomplikowanych podmiotowo jak i przedmiotowo, prawo to obejmuje całość materiału zebranego w sprawie w zakresie, w jakim zażalenie jest prawnie dopuszczalne<sup>11</sup>. Inna interpretacja prowadziłaby bowiem do możliwości nieograniczonego przeglądania akt, a przez to mogła generować utrudnienia procesowe.

Podobnie sytuacja wygląda w przypadku art. 325a § 2 k.p.k. Posługując się wykładnią *a maiori ad minus* takie uprawnienie pokrzywdzonego wywodzi się również z przepisu art. 157 § 3 k.p.k., który przyznaje tej stronie postępowania przygotowawczego prawo sporządzenia odpisu protokołu czynności, w której strona uczestniczyła lub miała prawo uczestniczyć, jak również dokumentu pochodzącego od niej lub sporządzonego z jej udziałem<sup>12</sup>. Wskazane przepisy istotne z punktu widzenia urzeczywistnienia standardów rzetelnego procesu nie uległy jednak zasadniczym zmianom w wyniku nowelizacji z 2013 i 2016 r.

Znaczne modyfikacje mające wpływ na respektowanie reguł rzetelnego procesu należy odnotować w kontekście analizowanych zmian w regulacji dotyczącej omawianej czynności procesowej zawartej w dziale VII k.p.k. – art. 321 k.p.k. Zmiany w zakresie końcowego zapoznania się z materiałami postępowania przygotowawczego, polegające na nadaniu pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi uprawnienia do końcowego zapoznania się z materiałami postępowania oraz zmiany sposobu zapoznania się z tymi materiałami miały znaczenie dla zrównania pozycji obu stron tej fazy postępowania karnego. Odwrócenie tej tendencji dokonane na mocy nowelizacji z 2016 r. spowodowało zachwianie w możliwości realizacji standardów rzetelnego procesu. Pozytywnie należało ocenić zaproponowane nowelą z 2016 r. modyfikacje dotyczące zaznajomienia również pokrzywdzonego ze zgromadzonymi w toku postępowania przygotowawczego materiałami. Zaproponowane regulacje realizowały postulaty zgłaszane od dawna w piśmiennictwie<sup>13</sup>. Przepisy kształtujące uprawnienie do zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego w brzmieniu zaproponowanym nowelizacją z 2013 r. mogły przyczynić się do lepszego przygotowania się przez pokrzywdzonego m.in. do roli oskarżyciela posiłkowego. Nie tylko poprzez uzyskanie pełniejszego oglądu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, ale możliwości weryfikacji pod względem kompletności i wszechstronności zgromadzonego materiału dowodowego niezbędnej do składania wniosków o uzupełnienie zgromadzonego przez organ postępowania przygotowawczego materiału, a w następstwie kolejnych wniosków dowodowych w dalszym etapie postępowania karnego. Analizowane unormowanie poprzez przyznanie prokuratorowi możliwości ograniczenia liczby pokrzywdzonych, którym umożliwiło się końcowe zapoznanie z materiałami postępowania miało na celu zabezpieczenie prawidłowego toku śledztwa.

W piśmiennictwie odnosząc się do tego kryterium zastosowanego w przepisie art. 321 odwoływano się do treści art. 249 § 1 k.p.k. w którym jako podstawę stosowania środków zapobiegawczych wskazano „zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania” mając także na uwadze rozstrzygnięcie sprawy w rozsądnym terminie, a także art. 56 § 1 zd. 1 k.p.k. w którym przy powołaniu się na tę przesłankę możliwe jest ograniczenie liczby oskarżycieli posiłkowych. I tak odwołując się do poglądów powstałych na tle analizy regulacji art. 249 § 1 k.p.k. przez zabezpieczenie prawidłowego toku śledztwa rozumie się konieczność gwarantowania możliwości niezakłóconego przebiegu procesu karnego prowadzonego także w taki sposób aby osiągnięte zostały założone przez ustawodawcę cele postępowania karnego<sup>14</sup>. Podobnie, na co warto wskazać, użycie przesłanki uzasadniane jest w sytuacji konieczności ograniczenia liczby oskarżycieli posiłkowych o której mowa w art. 56 § 1 zd. 1 k.p.k.. W przypadku konieczności skorzystania z tej instytucji również wskazuje się na znaczne utrudnienie lub uniemożliwienie realizacji celów procesu karnego<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Zob. Z. Brodzisz, Komentarz do art. 321 k.p.k. [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. J. Skorupka, 2016 Legalis.

<sup>11</sup> Postanowienie SN z 26 sierpnia 2010 r., I KZP 13/10, OSNKW 2010, Nr 9, poz. 79.

<sup>12</sup> K. Dudka, Dostęp do akt postępowania przygotowawczego w świetle prawa do rzetelnego procesu karnego [w:] Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 395-396.

<sup>13</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2007, s. 123.

<sup>14</sup> Zob. D. Drajewicz, Pokrzywdzony w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 18, s. 968 i powołana tam literatura dotycząca analizowanego problemu.

<sup>15</sup> K. Dudka, Ograniczenie liczby oskarżycieli posiłkowych w polskim procesie karnym, „Prokuratura iPrawo” 2004, nr 7–8, s. 94.

Mając na względzie powyższe uwagi jak i zapewnienie sprawności i niezakłóconego przebiegu postępowania jak również w przypadku redagowania art. 321 k.p.k. przyświecało ustawodawcy trudno jednak uznać znowelizowaną na mocy ustawy z 27 września 2013 r. regulację za nie budzącą wątpliwości. W doktrynie prawa karnego procesowego w odniesieniu do tej regulacji wskazywało się bowiem na brak przejrzystości w kwestii liczby pokrzywdzonych, która miałaby znaczenie dla ograniczenia prawa do końcowego zapoznania się z materiałami zgromadzonymi w postępowaniu przygotowawczym spośród tych pokrzywdzonych, którzy zostali ujawnieni. Podnoszono, że niewyodrębnione zostały jakichkolwiek kryteria na podstawie których organ prowadzący śledztwo dokonywałaby owego ograniczenia. Ponadto podnoszono w literaturze, że przyznanie takiego uprawnienia jednemu pokrzywdzonemu, a drugiemu nie naruszało zasadę równości stron w tej fazie postępowania<sup>16</sup>. Chociaż jak wskazywano w doktrynie nadana nowelizacją z 2013 r. redakcja przepisu art. 321 k.p.k. dotycząca udostępniania materiałów postępowania przygotowawczego pokrzywdzonemu nie była dopracowana to jednak zrównywała pozycję podejrzanego i pokrzywdzonego w zakresie uprawnienia do uzyskiwania informacji o toczącym się postępowaniu w fazie przygotowawczej, co sprzyjało rzetelności procesu.

W wyniku nowelizacji z 2016 r. powrócono do rozwiązań sprzed zmian, które weszły w życie 1 lipca 2016 r. w zakresie regulacji art. 321 k.p.k. dotyczących zaznajomienia podejrzanego i jego obrońcy z materiałami postępowania przygotowawczego<sup>17</sup>. Z poprzedniego brzmienia pozostawiono jedynie możliwość udostępnienia akt przez organ procesowy do przejrzania w wersji elektronicznej. Przywrócenie poprzedniej redakcji przepisu bez pozostawienia możliwości końcowego zaznajomienia się z materiałami postępowania przygotowawczego przez pokrzywdzonego budzi przede wszystkim zdziwienie. Jakkolwiek pokrzywdzony nie jest pozbawiony możliwości przejrzania akt postępowania przygotowawczego na podstawie regulacji 156 k.p.k. jak również składania wniosków o uzupełnienie materiałów zgromadzonych w toku śledztwa w związku którymi uznaje się, że tej stronie przysługuje prawo przejrzania akt w tej fazie postępowania karnego<sup>18</sup>, to niezrozumiałym pozostaje przywrócenie regulacji art. 321 § 1 k.p.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2013 r. Nie tylko z punktu widzenia zrównania pozycji pokrzywdzonego i podejrzanego w tym zakresie, ale także logiki tworzenia regulacji prawnych, które powinny być ze sobą spójne.

### **Upewnienie do zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego a udostępnianie danych lub oryginałów dokumentów z załącznika teleadresowego**

Dokonując analizy oraz oceny znowelizowanych rozwiązań procedury karnej w kontekście upewnienia do zaznajomienia z aktami postępowania przygotowawczego mającego znaczenie dla zachowania standardów rzetelności procesu karnego należy odnieść się także do wprowadzonych na mocy przepisów ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka<sup>19</sup>, a następnie zmienionych na mocy przepisów nowelizacji z 2016 r. unormowań dotyczących udostępniania danych lub oryginałów dokumentów z załącznika teleadresowego. W wyniku wejścia w życie wspomnianej ustawy dodano art. 156a k.p.k. w treści którego ustanowiono regułę zgodnie z którą dane adresowe świadka i pokrzywdzonego lub oryginały dokumentów znajdujące się w załączniku adresowym nie mogą być udostępniane innym osobom. Od tej zasady ustawodawca ustanowił wyjątki, które w żadnym razie nie dotyczą podejrzanego, bowiem możliwość udostępnienia przedmiotowych danych została przyznana organom państwowym oraz organom samorządu terytorialnego na ich żądanie (art. 156a zd. 1 k.p.k.), a także innym instytucjom lub osobom, jeżeli przemawia za tym ich ważny interes i złożą stosowny wniosek w tym zakresie (art. 156a zd. 2 k.p.k.). Przy czym stosownie do art. 159 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym stronom przyznano jednocześnie upewnienie do złożenia zażalenia na odmowę udostępnienia tych danych.

W przypadku tej instytucji mającej na celu ochronę pokrzywdzonego oraz świadka występuje zatem ograniczenie upewnienia określających dostęp do akt postępowania przygotowawczego, stanowiących materiał dowodowy dostarczający informacji niezbędnych do podjęcia odpowiednich kroków zmierzających do zneutralizowania lub zapobieżenia konsekwencji, które organ postępowania przygotowawczego będzie wywodził na ich podstawie. W tym przypadku ustawodawca dał wyraźny prymat ochronie pozostałych uczestników postępowania – pokrzywdzonym i świadkom.

### **Podsumowanie**

<sup>16</sup> O. Włodkowski, Prawo pokrzywdzonego do uzyskiwania informacji o toczącym się postępowaniu karnym w świetle ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego z 27 września 2013 r. oraz dokumentów międzynarodowych [w:] Realizacja zasady kontryktoryjności w polskim procesie karnym – zagadnienia wybrane, red. J. Żylińska, M. Filipowska-Tuthil, Warszawa 2015, s. 39.

<sup>17</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 6.

<sup>18</sup> Tak np. Z. Brodzisz, Komentarz do art. 321 k.p.k. [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. J. Skorupka, 2016 Legalis. Autor wskazuje ponadto, iż wniosek w tym zakresie zyskuje na znaczeniu w kontekście dodanej ustawą z 27 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. [poz. 1247](#)), która weszła w życie 2 czerwca 2014 r. [art. 300 § 2](#) k.p.k., który stanowi m.in., że pokrzywdzonego należy pouczyć przed pierwszym przesłuchaniem o prawie do końcowego zapoznania się z materiałami postępowania przygotowawczego.

<sup>19</sup> Dz. U. 2015 poz. 21.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż zaproponowane przez ustawodawcę nowelizacją z 2013 r. rozwiązania prawne bez wątpienia sprzyjały spełnieniu standardów rzetelnego procesu karnego. Z punktu widzenia realizacji prawa do obrony z aprobatą należało odnieść się do propozycji regulacji statuujących pełną jawność wewnętrzną w kwestii udostępnienia materiałów postępowania przygotowawczego do akt sprawy, w której skierowano wnioski o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Powrót do rozwiązań poprzedniego stanu prawnego stanowi krok w tył w kierunku rzetelności determinowanej w tym przypadku zawężeniem możliwości wpływania na tok sprawy i obrania odpowiedniej taktyki obrońcy.

Pozytywnie należy się także odnieść do zmian zaproponowanych w nowelizacji z 2015 r. i podtrzymanych następnie tą z 2016 r. w zakresie dostępu do akt postępowania przygotowawczego sprzyjających ułatwieniu i usprawnieniu procesu. Warto jednak byłoby rozważyć bardziej szczegółowe uregulowanie wykonania tego uprawnienia przez organy procesowe choćby przez stosowne rozporządzenie lub ewentualnie wytyczne regulujące tą możliwość na poziomie centralnym.

Analizowane unormowania pozostawiają jednak duży niedosyt tak w zakresie spójności i precyzyjności ich sformułowania, jak i gwarancji dotyczących uprawnień pokrzywdzonego. Brak bowiem zrozumienia dla powrotu instytucji końcowego zaznajomienia z materiałami śledztwa w brzmieniu sprzed nowelizacji nie tylko w kontekście wspomnianego już zrównania pozycji obu stron postępowania karnego, ale przede wszystkim wykładni systemowej i logicznej odnoszącej się do pozostałych regulacji kształtujących uprawnienia obu stron w tym zakresie. Wątpiwości budzi także zawężenie dostępu do informacji możliwych do pozyskania na podstawie dowodów zgromadzonych w postępowaniu przygotowawczym w przepisach dotyczących obowiązku prowadzenia i udostępniania załącznika teleadresowego, który przecież w praktyce bardzo często i łatwo przez niedopatrzienie bądź błąd ludzki może być łatwo udostępniony w toku czynności przeglądania akt. Należy postulować zmiany w tym obszarze. Poprzez zmniejszenie zakresu przedmiotowego przestępstwa do tych najpoważniejszych, które faktycznie uzasadniałyby taką ochronę bądź do wniosku pokrzywdzonego o jej zastosowanie<sup>20</sup>, co również sprzyjałoby zachowaniu standardów rzetelnego procesu.

W tym miejscu wypada jednak wspomnieć, że nie mniej istotne od prawidłowych i spójnych regulacji wypełniających kanonu rzetelnego procesu są warunki jakie winny zostać stworzone uprawnionym do przeglądania akt postępowania. Odpowiednie pomieszczenie i swoboda dokonania tej czynności<sup>21</sup> z pewnością wpisują się także w ten standard.

Kończąc należy wreszcie mieć nadzieję, iż ustawodawcy przyjdzie jeszcze powrócić do niektórych z zaproponowanych nowelizacją z 2013 r. modyfikacji. Ciekawe i wypisujące się w standardy rzetelnego procesu karnego było rozwiązanie zapoznania również pokrzywdzonego z zebrany w toku postępowania przygotowawczego materiałem w sprawie, a także brak ograniczeń w dostępie do akt postępowania przygotowawczego uzasadniających zastosowanie lub przedłużenie wniosku o tymczasowe aresztowanie.

\*\*\*

#### THE ENTITLEMENT TO LOOK RECORDS OF PREPARATORY PROCEEDINGS THROUGH AND HIS CONSEQUENCES FOR KEEPING THE RELIABILITY OF A CRIMINAL TRIAL IN THE LIGHT OF THE AMENDMENT OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEEDINGS FROM THE DAY FROM 27 SEPTEMBER 2013 AND 11 MARCH 2016

In contents of the article issues of entitlements of sides of preparatory proceedings to look records through gathered at this stage of criminal proceedings relating to the last amendments to a bill were brought up disciplinary-procedural. Were directed attention to wakening the dispute up both in doctrine, but also amongst practitioners of the law problems existing in this respect on land of the legal status from before the amendment. Analysis of legal answers concerning looking records through in the course of preparatory proceedings made was taken with amending acts, and they also paid attention on incurred in the new legal status problems. Above dissertations were being kept in the context of preserving principles ruling a reliable criminal trial in analysed regulations.

**Keywords:** preparatory proceedings, looking records through, a reliable criminal trial

<sup>20</sup> Tak również M. Tokarska, Ochrona interesów pokrzywdzonego w nowych regulacjach dotyczących dokumentacji czynności procesowych [w:] Sądownictwo polskie wobec dorobku prawa UE, red. D. Gil, Lublin 2015, s. 182.

<sup>21</sup> Szczegółowo na temat tych warunków zob. R. A. Stefański, Końcowe zapoznanie z materiałami postępowania przygotowawczego, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1-2.

Paulina Belowska

## KONSEKWENCJE BRAKU POUCZENIA LUB MYLNEGO POUCZENIA PRZEDSTAWICIELI PROCESOWYCH STRON W POSTĘPOWANIU KARNYM

Zasada informacji prawnej jest zasadą prawnie zdefiniowaną

<sup>1</sup>. Określa ją wprost art. 16 k.p.k.<sup>2</sup>, zgodnie z którym organ prowadzący postępowanie jest obowiązany pouczyć uczestników postępowania o ciążących obowiązkach i o przysługujących im uprawnieniach. Brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywoływać ujemnych skutków procesowych dla uczestnika postępowania lub innej osoby, której to dotyczy. Doktrynalne pojęcie uczestnika postępowania jest bardzo szerokie, jednakże po dokonaniu wykładni językowej art. 16 k.p.k. objęcie pełnomocnika czy obrońcy tym terminem staje się wątpliwe<sup>3</sup>. Fakt posiadania fachowego przygotowania prawniczego przez przedstawicieli procesowych stron powoduje, że pouczenie takich podmiotów staje się zbędne. Zagadnienie to nie jest jednak oczywiste i wywołuje szereg kontrowersji oraz sporów, zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie. Wypracowanie jednolitego stanowiska w tej kwestii będzie miało decydujące znaczenie w przypadku niedotrzymania terminu zawitego przez przedstawicieli procesowych stron (art. 126 § 1 k.p.k.). Celem niniejszego artykułu jest zatem ukazanie sporów w doktrynie i orzecznictwie dotyczących możliwości uchylenia się od negatywnych skutków procesowych w przypadku braku pouczenia lub mylnego pouczenia przedstawiciela procesowego strony.

Zasada informacji prawnej stanowi naczelną zasadę procesu karnego. Jest ona związana z zasadą rzetelnego procesu, która została zawarta w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP<sup>4</sup> („Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”) oraz w art. 6 EKPC<sup>5</sup> (przepis ten gwarantuje podejrzanemu i oskarżonemu ich prawa w procesie karnym; jednym z ich najważniejszych praw jest prawo do informacji o podstawach oskarżenia; informacja ta powinna być udzielona w takim czasie, by umożliwić oskarżonemu prawo do obrony<sup>6</sup>).

Zasada informacji prawnej ma na celu ograniczenie zasady ignorantium iuris nocet, co w znaczącym stopniu wzbudza zaufanie do państwa i do prawa przez nie stanowiącego<sup>7</sup>. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego „(...) prawidłowa realizacja dyrektyw zawartych w art. 16 k.p.k. ma celu niedopuszczenie do ujemnych następstw procesowych dla uczestników postępowania z racji ich nieznajomości prawa (...)”<sup>8</sup>. Kwestią sporną jest czy z tego uprawnienia korzystają wszyscy uczestnicy postępowania (jako pojęcie sensu largo) czy zakres tego pojęcia jest ograniczony. Dokonując wykładni art. 16 § 1 k.p.k. okazuje się, że znaczenie terminu „uczestnik postępowania” użytego in principio oraz in fine przepisu jest różne. Zdaniem Sądu Najwyższego<sup>9</sup> pierwsza część przepisu zawiera pojęcie sensu largo, a zatem ma tożsame znaczenie z pojęciem użytym w starym brzmieniu art. 100 § 6 zd. 1. k.p.k. („Po ogłoszeniu lub przy doręczeniu orzeczenia należy pouczyć uczestników postępowania o przysługującym im prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia lub o tym, że orzeczenie nie podlega zaskarżeniu”). Natomiast w drugiej części przepisu powstają dwa „podzakresy”, ustawodawca podaje dwa terminy: „uczestnik postępowania”, „osoba, której to dotyczy”. Wynika z tego, że w końcowej części przepisu zakres pojęcia „uczestnik postępowania” został użyty w znaczeniu węższym niż w początkowej jego części. Zdaniem Sądu Najwyższego zawężenie to należy wiązać z kontekstem w jakim zostały użyte wyżej wymienione pojęcia. Jest nim zatem zdolność do ponoszenia ujemnych konsekwencji procesowych wynikających z braku pouczenia lub pouczenia mylnego. Uczestnikiem postępowania w rozumieniu art. 16 § 1 k.p.k. jest zatem uczestnik, który zabiega o własny interes procesowy w postępowaniu karnym. Przedstawiciele procesowi są więc wyłączeni spod zakresu tego pojęcia, bowiem działają w interesie stron, nie we własnym. Zdaniem Sądu Najwyższego nie mogą oni zatem uchylić się od ujemnych skutków procesowych wynikających z braku pouczenia lub pouczenia mylnego. Należy jednak pamiętać o zakazie wykładni homonimicznej, a więc o zakazie nadawania różnych znaczeń tym samym zwrotom. Zdaniem Sądu Najwyższego ustawodawca prawdopodobnie nie przywiązywał większej wagi do istniejących między wyżej wymienionymi pojęciami

<sup>1</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. 9, Warszawa 2014, s. 79.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Postępowania Karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

<sup>3</sup> M. Żbikowska, *Obowiązek pouczenia o prawach i obowiązkach oraz konsekwencje jego niedopełnienia w kodeksie postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 11, s. 92.

<sup>4</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

<sup>5</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993.61.284).

<sup>6</sup> G. Dikov, D. Vitkauskas, *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Rada Europy, Strasburg 2012, s. 7, 87-88.

<sup>7</sup> *Kodeks postępowania karnego*, Komentarz, red. A. Sakowicz, wyd. 6, Warszawa 2015, s. 76.

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2006 r., II 2 Ka 286/06.

<sup>9</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2013 r., I KZP 6/13.

różnic znaczeniowych<sup>10</sup>. W tym przypadku wykładnia językowa nie może rozstrzygać o omawianym zagadnieniu. Należy bowiem wziąć pod uwagę wykładnię funkcjonalną przepisu, a więc spojrzeć na cel jaki postawił przed sobą ustawodawca uchwalając art. 16 k.p.k. Celem tym jest zapewnienie uczestnikom postępowania należytego poinformowania o przysługujących im prawach i ciążących na nich obowiązkach a także możliwości uchylenia się od ujemnych skutków procesowych będących wynikiem braku lub mylnego pouczenia przez organ prowadzący postępowanie. Uprawnienie do uchylenia się od wskazanych skutków prawnych jest gwarancją procesową uczestnika postępowania, gwarancją rzetelnego procesu. Organ procesowy nie może wykorzystywać jego niewiedzy. Zdaniem Sądu Najwyższego przedstawiciel procesowy dysponuje fachowym przygotowaniem prawniczym, zatem o jego niewiedzy nie może być mowy. Ten pogląd wydaje się być błędny. Możliwość ustanowienia pełnomocnika czy obrońcy jest uprawnieniem strony, nie daje jednak gwarancji prawidłowego, profesjonalnego prowadzenia jego sprawy. Nie daje to też gwarancji, że sprawa zakończy się na korzyść strony (za wyjątkiem ustanowienia obrońcy, którego działanie jest ograniczone przepisami ustawy, bowiem może on dokonywać czynności procesowych jedynie na korzyść oskarżonego<sup>11</sup>). Strona ponosi więc ryzyko związane z wyborem przedstawiciela procesowego. Wykształcenie prawnicze nie oznacza wiedzy bezwzględnej, niczym nieograniczonej. Nie oznacza wiedzy o każdym akcie prawnym, zwłaszcza o ustawach szczególnych. Obowiązkiem przedstawiciela procesowego jest staranne działanie, nie jest nim natomiast uzyskanie z góry określonego rezultatu. Jednakże w przypadku, gdy ustawa gwarantuje stronie prawo do informacji oraz możliwość uchylenia się od ujemnych skutków procesowych w razie braku pouczenia lub pouczenia mylnego, gwarancja ta winna być respektowana bez względu na profesjonalność przedstawiciela procesowego. Uwagę bowiem należy skupić na świadomości reprezentowanej strony. Zdaniem Sądu Apelacyjnego<sup>12</sup>, warunkiem skutecznego pouczenia jest dotarcie informacji do świadomości strony postępowania. To właśnie świadomość strony o przysługujących jej uprawnieniach i ciążących na niej obowiązkach jest pożądanym przez ustawodawcę rezultatem zamieszczenia gwarancji procesowej w art. 16 k.p.k. Zarówno sędzia jak i adwokat czy radca prawny dopuszczają się błędów, które wynikają z zaniedbania, niedopatrzeń lub nawet z niewiedzy. Niektóre błędy jawią się jako nieistotne, zdarzają się jednak także rażące naruszenia prawa. Zasada informacji prawnej powinna być zatem gwarancją strony w wypadku braku pouczenia lub pouczenia mylnego jej przez organ prowadzący postępowanie a także wtedy gdy przedstawiciel procesowy przekaze stronie mylną informację, którą otrzymał od organu albo nie przekaze stronie żadnej informacji, gdyż organ zaniechał pouczenia. Należy pamiętać, że zasada informacji prawnej nie „obniża poprzeczki” profesjonalnym przedstawicielom procesowym, nie stanowi też przyzwolenia na zaniedbywanie swoich obowiązków w procesie karnym<sup>13</sup>. Zasada ta ma jedynie na celu ochronę interesów procesowych niefachowych uczestników postępowania. Art. 16 k.p.k. nie znosi bowiem odpowiedzialności dyscyplinarnej przedstawicieli stron, stwarza jedynie możliwość uchylenia się od skutków ich działań, które wpływają negatywnie na interes procesowy reprezentowanego. Przedstawiciel procesowy jest „ustami” mocodawcy<sup>14</sup>, jego działania wpływają bezpośrednio na sytuację procesową strony. Działania te zatem należy traktować jako działania samego mocodawcy, jednakże w bardziej profesjonalnej wersji. Strona ustanawia swojego reprezentanta nie dlatego, by poprowadził sprawę sam, według własnej koncepcji, w oderwaniu od zamierzonego przez nią celu. Ustanawia go jednak dlatego, że sama nie posiada dostatecznej fachowej wiedzy prawniczej oraz ma świadomość tego, że bez pomocy zawodowego prawnika nie osiągnie zamierzonego rezultatu w danym postępowaniu karnym. Dzięki gwarancji informowania uczestników w procesie o ich prawach i ciążących na nich obowiązkach mocodawca będzie w stanie wychwycić nieprofesjonalne działania bądź zaniechania przedstawicieli procesowych. Jest to istota art. 16 k.p.k., a więc wyeliminowanie deficytu informacyjnego u uczestnika postępowania bez względu na jego wiek, inteligencję, zaradność życiową, posiadanie fachowego przygotowania prawniczego a także korzystanie z pomocy profesjonalnego przedstawiciela procesowego<sup>15</sup>. Należy jednak pamiętać, że brak pouczenia lub mylne pouczenie nie może stwarzać dodatkowych uprawnień po stronie uczestnika postępowania, a więc takich, które w rzeczywistości uczestnikowi nie przysługują<sup>16</sup>.

Przykładem możliwości uchylenia się od ujemnych skutków procesowych wynikających z braku pouczenia lub pouczenia mylnego jest przywrócenie terminu zawitego w przypadku jego niedotrzymania. Możliwość tą reguluje art. 126 § 2 k.p.k. Jest to jednak uprawnienie warunkowe, bowiem uchybienie terminowi winno nastąpić z przyczyn niezależnych od strony. Strona powinna także w ciągu 7 dni od dnia ustania przeszkody zgłosić wniosek o przywrócenie terminu, dopełniając jednocześnie czynności, która miała być w terminie dokonana. Zdaniem Sądu Najwyższego „Mylne

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Kodeks postępowania karnego, art. 86 § 1.

<sup>12</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 marca 2007 r., II AKz w 124/07.

<sup>13</sup> A. Bojańczyk, Czy zasada lojalności procesowej (informacji procesowej) ma zastosowanie w tych układach, w których oskarżony korzysta z pomocy obrońcy?, *Palestra* 7-8/2012, s. 200-201.

<sup>14</sup> A. Leszczyńska, D. Szumiło-Kulczycka, Glosa do uchwały Sadu Najwyższego z dnia 1 października 2013 r., I KZP 6/13, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2014, nr 1, s. 109-115.

<sup>15</sup> B. Bieńkowska, Wykład prawa karnego procesowego, red. P. Kruszyński, Warszawa 2012 r., s. 96.

<sup>16</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2014 r., sygn. akt IV KZ 44/14.

pouczenie uczestnika postępowania karnego o przysługującym mu prawie, terminie lub sposobie wniesienia środka zażalenia stanowi przyczynę niedotrzymania terminu niezależną - w rozumieniu art. 126 § 1 k.p.k. - od uczestnika postępowania<sup>17</sup>. Jest to pogląd jak najbardziej trafny, gdyż niewiedza uczestnika postępowania implikuje brak świadomości o przysługującym mu prawie. Jest to zatem przyczyna, której powstanie pozostaje bez związku z uczestnikiem postępowania<sup>18</sup>. Nie ma natomiast zgodności co do możliwości przywrócenia terminu w przypadku braku pouczenia lub pouczenia mylnego przedstawiciela procesowego. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się jednak, że tylko w przypadku niedotrzymania terminu zawitego przez obrońcę możliwe jest jego przywrócenie. Zdaniem Sądu Najwyższego<sup>19</sup>, pozbawienie oskarżonego możliwości wniesienia środka odwoławczego z powodu niedotrzymania terminu przez obrońcę jest naruszeniem konstytucyjnej gwarancji prawa do obrony<sup>20</sup>. Działanie obrońcy nie może zatem szkodzić oskarżonemu, bez względu na to czy będzie wynikało z zaniedbania czy też z niewłaściwego wykonywania ciężących na nim obowiązków procesowych<sup>21</sup>. Za przyczynę niezależną od oskarżonego uznaje się także sytuację, w której decyzje podjęte przez obrońcę okazały się niesłuszne, bowiem oskarżony został pozbawiony możliwości realizacji prawa do obrony<sup>22</sup>. Brak pouczenia lub mylnie pouczenie obrońcy przez organ prowadzący postępowanie stanowi zatem przesłankę do przywrócenia uchybionego terminu zawitego, ponieważ każde jego działanie, które stwarza niekorzystną sytuację dla oskarżonego, uważane jest za przyczynę niezależną od strony. Odmiennie jednak przedstawia się kwestia niedotrzymania terminu zawitego przez pełnomocnika strony. W orzecznictwie kryterium różnicowania skutków uchybienia terminowi przez obrońcę i pełnomocnika jest naruszenie prawa do obrony<sup>23</sup>. Obrońcę ogranicza obowiązek działania na korzyść oskarżonego, zatem jego decyzje są ściśle ukierunkowane. Inaczej jest natomiast w przypadku pełnomocnika, który nie ma wyznaczonego kierunku podejmowanych przez siebie działań w stosunku do mocodawcy. Jego decyzje wiążą więc stronę, nawet w przypadku, gdy są dla niej niekorzystne<sup>24</sup>. Sąd Najwyższy uznał, że: „Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego nie może uchylić się od ujemnych konsekwencji procesowych zaniedbań wynikających z udzielenia mu mylnego pouczenia przez organ procesowy; w szczególności nie stanowi to przyczyny niezależnej od strony, uzasadniającej przywrócenie terminu zawitego<sup>25</sup>”. Pogląd ten wydaje się być jednak błędny<sup>26</sup>. Należy bowiem pamiętać o uprawnieniu, które przysługuje uczestnikowi postępowania karnego zgodnie z art. 16 k.p.k. Jest nim prawo do informacji o przysługujących uprawnieniach i ciężących obowiązkach, zatem w przypadku braku lub mylnego pouczenia pełnomocnika przez organ prowadzący postępowanie strona również zostaje błędnie pouczona. Jest ona więc narażona na ujemne skutki procesowe spowodowane niewiedzą swojego reprezentanta. Nie posiada wystarczającej wiedzy, która pozwoliłaby jej zapobiec nieprofesjonalnym działaniom ustanowionego przez siebie pełnomocnika. W wyniku tego strona ponosi podwójne ryzyko, bowiem oprócz ryzyka związanego z wyborem osoby ją reprezentującej i możliwymi skutkami w postaci nienależytego prowadzenia jej sprawy, ponosi także ryzyko w postaci możliwości odebrania jej uprawnień do informacji o prawach jej przysługujących i obowiązkach na niej ciężących a także uchylenia się od ujemnych skutków procesowych spowodowanych wystąpieniem u niej deficytu informacyjnego. Strona nie jest w stanie przewidzieć działań swojego reprezentanta, tym bardziej gdy posiada ona deficyt informacyjny, który powstał w wyniku przekazania jej błędnej informacji lub nie przekazania żadnej. Uchybienie terminowi przez pełnomocnika nie ma żadnego związku ze stroną postępowania. Jeżeli pełnomocnik nie posiadał dostatecznej wiedzy, czego następstwem było niedotrzymanie terminu, to strona tym bardziej wiedzy tej nie posiadała. Jest to zatem przyczyna od niej niezależna, działała ona bowiem bez świadomości możliwych konsekwencji, które wpłynęły na jej interes procesowy. Nie ulega wątpliwości, że instytucja pełnomocnika wiąże się z ryzykiem strony, która go ustanawia. Jednak w przypadku gdy ustawa gwarantuje, iż uczestnicy postępowania uzyskają informacje o swoich prawach i obowiązkach oraz nie ponoszą negatywnych konsekwencji z tytułu braku lub mylnego pouczenia, winno się objąć ochroną nieświadomych swoich praw i obowiązków uczestników postępowania. Sąd Najwyższy w swoim postanowieniu<sup>27</sup> stwierdził, że „przyczyna niezależna” to przyczyna, której strona nie mogła usunąć i z tego właśnie powodu termin został niedotrzymany. Stwierdził on także, że należy ocenić, czy niedotrzymanie terminu przez stronę wynikało z braku należytej staranności, bowiem niedbalstwo wyklucza możliwość przywrócenia uchybionego terminu<sup>28</sup>. Niedo-

<sup>17</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1987 r., V KRN 61/87.

<sup>18</sup> R. Stefański, Przyczyna niezależna od prokuratora uzasadniająca przywrócenie terminu zawitego, *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 3, s. 27.

<sup>19</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 sierpnia 1952 r., KZ 97/52.

<sup>20</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, art. 42 ust. 2.

<sup>21</sup> Postanowienie SN..., KZ 97/52.

<sup>22</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 1973 r., II KZ 220/73.

<sup>23</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 sierpnia 1998 r., II AKz 200/98.

<sup>24</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1996 r., II KZ 22/96.

<sup>25</sup> Uchwała SN..., I KZP 6/13.

<sup>26</sup> Por. R. Stefański, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za 2013 r., *Ius Novum*, 3/2014, s. 108-111.

<sup>27</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt V KZ 66/13.

<sup>28</sup> Ibidem.

trzymanie terminu w razie braku lub mylnego pouczenia przedstawiciela procesowego przez organ prowadzący postępowanie następuje z winy organu obowiązanej do pouczenia. Organ ten został zobowiązany przez przepisy ustawy do informowania uczestników postępowania. Obowiązek ten nie może być zatem scedowany na przedstawiciela procesowego strony<sup>29</sup>. Innymi słowy, organ prowadzący postępowanie nie może zostać zwolniony ze swojego obowiązku. Zdaniem Sądu Najwyższego: „fakt, że wyznaczony z urzędu obrońca sam poinformował skazanego o braku podstaw do wniesienia kasacji, nie zwalniał Sądu od wykonania ciężących na nim z mocy ustawy obowiązków”<sup>30</sup>. W doktrynie pojawia się pojęcie „dublowania” obowiązków procesowych, a więc powielania obowiązku informacyjnego<sup>31</sup>. Zgodnie z tym założeniem informowanie przedstawiciela procesowego przez sąd, a następnie przekazywanie tej samej informacji stronie przez przedstawiciela procesowego jest zbędne. Należy w tym miejscu zwrócić jednak uwagę na podstawę prawną obowiązku informacji prawnej zarówno organu prowadzącego postępowanie jak i przedstawiciela procesowego strony. W przypadku pierwszego podmiotu podstawą prawną obowiązku jest konkretny przepis ustawy, natomiast zakres obowiązku przedstawiciela procesowego jest wyznaczony przez zakres umocowania go przez mocodawcę. Nie należy zatem utożsamiać tych obowiązków, scalać ich w jedność. Każdy z nich bowiem zapewnia realizację innych celów w postępowaniu karnym. Organ prowadzący postępowanie realizuje zasadę rzetelnego procesu, powinien zatem dbać o to, by strona miała świadomość przysługujących jej praw i ciężących na niej obowiązków. Stanowi to gwarancję, że organ prowadzący postępowanie nie będzie wykorzystywał jej niewiedzy. Natomiast obowiązkiem przedstawiciela procesowego jest wykonywanie powierzonych mu obowiązków z należytą starannością oraz informowanie strony o aktualnym stanie prowadzonej przez niego sprawy w postępowaniu karnym oraz sygnalizowanie o możliwości podjęcia szeregu decyzji, które wpłyną na interes procesowy strony.

Aby w pełni zrozumieć sens i cel zasady informacji prawnej należy całą uwagę skupić na stronie postępowania. Strona nie może ponosić ujemnych skutków procesowych, które są wynikiem zaniedbania lub niewiedzy organu prowadzącego postępowanie. Ustanowienie przedstawicieli procesowych przez stronę oraz fakt posiadania przez te podmioty fachowego przygotowania prawniczego nie ma zatem znaczenia. Błędny jest myślenie, iż jeśli strona posiada reprezentanta to pouczenie jej przez organ prowadzący postępowanie jest zbędne. Wynikałoby z tego zatem, że w niektórych przypadkach strona niekorzystająca z profesjonalnej pomocy przedstawiciela procesowego znajduje się w korzystniejszej sytuacji niż strona, która z takiej pomocy korzysta.

\*\*\*

#### THE CONSEQUENCES OF SHORTAGE OF INSTRUCTION OR ERRONEOUS INSTRUCTION PROCEDURAL REPRESENTATIVES OF PARTY IN THE CRIMINAL PROCEEDING

The article presents the rule of law information. The authority conducting the proceedings is obliged to instruct participants in the criminal proceedings about their rights and obligations. Shortage of this instruction must not bring negative procedural effects for participants in the proceedings and other people if this shortage apply to them. Contentious issue is if the rule of law information concern counsel for the defence and procedural representative of party in the criminal proceeding. There are many disputes in doctrine and jurisdiction. It must be concluded that the rule of law information is warranty process for participants in the criminal proceedings - this solution helps them to catch unprofessional activities of their procedural representatives.

**Keywords:** the rule of law information, shortage of instruction, erroneous instruction, procedural representatives

<sup>29</sup> J. Kosowski, Glosa do postanowienia SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., III KK 417/05, *Studia Iuridica Lublinensia*, tom X, Lublin 2007, s. 155-161.

<sup>30</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2008 r., IV KZ 82/08.

<sup>31</sup> A. Bojańczyk, op. cit., s. 198.

Roksana Sadzuga

## OBRONA OBLIGATORYJNA Z UWAGI NA POCZYTALNOŚĆ SPRAWCY JAKO ELEMENT FUNKCJI GWARANCYJNEJ W ZNOWELIZOWANYM PROCESIE KARNYM

Podmiotową podstawę odpowiedzialności karnej we współczesnym prawie karnym stanowi wina, co jest związane z zasadą *nullum crimen sine culpa*. Wina jest odrębnym elementem struktury przestępstwa, a w prawie karnym rozróżnia się jej dwa rodzaje – winę umyślną oraz nieumyślną

<sup>1</sup> Określa się ją jako psychiczny stosunek sprawcy do popełnionego czynu (w myśl teorii psychologicznych) lub jako osądzenie jego postępowania (wg. teorii normatywnych)<sup>2</sup>. Stosunek sprawcy do przyjętego sposobu realizacji swojego czynu, który staje się zamiarem jego popełnienia definiuje się jako winę umyślną. Natomiast nie zachowanie ostrożności, przez które doszło do popełnienia czynu i tym samym spowodowało prawne konsekwencje wobec sprawcy nazywane jest winą nieumyślną<sup>3</sup>. Od pojęcia winy należy odróżnić przesłanki, które same w sobie pozwalają na przypisanie winy. Chodzi tutaj m.in. o podmiotową zdolność sprawcy do przypisania mu winy, która zależy po pierwsze od osiągnięcia wieku określonego przez ustawę karną, który pozwala na pociągnięcie go do odpowiedzialności, po drugie od adekwatnego stanu umysłowego (psychicznego), który powoduje iż człowiek jest w stanie rozpoznać znaczenie swojego czynu i pokierować swoim postępowaniem. Ten stan określa się mianem poczytalności<sup>4</sup>.

Zaistnienie przesłanki niepoczytalności u sprawcy, któremu przez jego stan psychiczny nie można postawić zarzutu świadomego naruszenia norm prawnych, w większości systemów prawnych powoduje wyłączenie odpowiedzialności karnej<sup>5</sup>. Określenie tego, czy oskarżony jest osobą z zaburzeniami psychicznymi jest ważna w przypadku realizacji jego prawa do obrony, które nierozdzielnie łączy się z funkcją gwarancyjną procesu karnego. Prawo do obrony to jedna z naczelnych zasad procesu karnego, gwarantowana w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 42 ust. 2)<sup>6</sup>, mająca na celu umożliwienie oskarżonemu bronięcia swych interesów oraz korzystania z pomocy obrońcy. Wyodrębnienie tej zasady jest spowodowane szczególnie sytuacją oskarżonego w procesie, którego czyn jest zagrożony karą kryminalną.

Gwarancją realizacji tego prawa jest instytucja obrony obligatoryjnej, która polega na tym, iż w określonych ustawowo przypadkach udział obrońcy w procesie jest obowiązkowy. Artykuł 79 § 1 k.p.k. stanowi, że: „W postępowaniu karnym oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli:

- 1) nie ukończył 18 lat,
- 2) jest głuchy, niemy lub niewidomy,
- 3) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona,
- 4) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny”<sup>7</sup>.

Uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego (podejrzanego) zachodzą wówczas, gdy na podstawie okoliczności występujących w sprawie można wysunąć przypuszczenie, że oskarżony wykazuje cechy ułomności umysłowej, jest chory psychicznie bądź z innych przyczyn jego czynności psychiczne są zakłócone<sup>8</sup>. Według treści art. 366 k.p.k. przewodniczący składu orzekającego powinien podjąć czynności zmierzające do wyjaśnienia kwestii poczytalności oskarżonego już w fazie wstępnej rozprawy głównej. Oznacza to, że na tym etapie rozprawy głównej nie wystarczy wyłącznie ustalenie danych dotyczących osoby oskarżonego, ale także trzeba określić, czy zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 79 § 1 i 2 k.p.k.<sup>9</sup> Naruszenie przepisu art. 79 § 1 pkt 3 i § 3 k.p.k. następuje nie tylko wtedy, gdy rozprawa

<sup>1</sup> A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2011, s. 126-127.

<sup>2</sup> G. Rejman, Teorie i formy winy w prawie karnym, Warszawa 1980, s. 131.

<sup>3</sup> A. Marek, Prawo... op. cit., s. 129.

<sup>4</sup> Niepoczytalność jest z kolei chorobowym stanem psychicznym, w którym człowiek nie umie rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swoim postępowaniem. Nieumiejętność ta jest spowodowana niedorozwojem umysłowym, chorobą psychiczną bądź innym zakłóceniem czynności psychicznych (Zob. J. Konecki, Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego w postępowaniu karnym, Warszawa 2015, s. 28). Polski Kodeks postępowania karnego nie tworzy własnej definicji poczytalności, odwołuje się w tym względzie do norm Kodeksu karnego, który wskazuje jedynie skutki prawne dla oskarżonego łącząc je ze zniesieniem lub znacznym ograniczeniem poczytalności z art. 31 § 1-3 k.k. Należy więc opierać się na ustaleniach psychiatrii i orzeczeń sądowych, które muszą opierać się na aktualnej wiedzy.

<sup>5</sup> S. Ładoś, Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi, Warszawa 2013, s. 26-27.

<sup>6</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks postępowania karnego, Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.

<sup>8</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, Z. Zgrzyzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. 1, Warszawa 2011, s. 437-438.

<sup>9</sup> Wyrok SN z 1.10.2008 r., IV KK 89/08, Legalis.



została przeprowadzona bez udziału obrońcy, pomimo, że sąd powziął wątpliwość, co do poczytalności oskarżonego, ale również wtedy, gdy na podstawie zebranego materiału dowodowego, sąd powinien był taką wątpliwość podjąć<sup>10</sup>. Jak wspomniano wyżej Kodeks postępowania karnego nie definiuje pojęcia „poczytalność”, a odwołuje się jedynie do przepisów Kodeksu Karnego<sup>11</sup>. Przyjąć należy zatem za trafny pogląd reprezentowany w orzecznictwie SN i doktrynie, że ustalenie przez biegłych psychiatrów braku podstaw do przyjęcia niepoczytalności albo poczytalności ograniczonej w znacznym stopniu powinno skutkować zaniechaniem „wątpliwości, co do poczytalności” w rozumieniu art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. Z powyższego wynika, że w przypadku braku zaistnienia owej wątpliwości w toku postępowania nie jest wymagana obrona obligatoryjna, co wyklucza ewentualne uchybienie bezwzględne, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.<sup>12</sup>.

Problem obligatoryjnego udziału obrońcy związanego ze stanem psychicznym oskarżonego był odmiennie uregulowany przed nowelizacją (Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2013 poz. 1247), która weszła w życie 1 lipca 2015 r. Nowa wersja ustawy znacznie rozszerzyła przesłanki obligatoryjnej obrony formalnej. Wcześniej odnosiła się ogólnie do wątpliwości co do poczytalności oskarżonego<sup>13</sup>. Celem nadania nowego brzmienia przepisów było usunięcie wątpliwości oraz trudności z wykładnią przepisu art. 79 k.p.k. Usunięto zarzucany przez doktrynę mankament powstały w wyniku nowelizacji z 2003 r.<sup>14</sup>, który polegał na odniesieniu użytego w treści przepisu pojęcia poczytalności tylko do czasu popełnienia czynu. Dokonane zmiany w dużej części realizują postulaty doktryny oraz wcielają w życie trafne w owym zakresie stanowisko zajmowane w orzecznictwie<sup>15</sup>. Aktualne brzmienie art. 79 § 1 k.p.k. odnosi się zarówno do chwili popełnienia czynu zarzucanego oskarżonemu (*tempore criminis*), jak również do jego stanu psychicznego w czasie postępowania (*tempore procedendi*)<sup>16</sup>. W obecnej formie przepis wyraźnie odróżnia kwestię poczytalności w znaczeniu materialnoprawnym (punkt 3) od zdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu karnym (punkt 4). Zmiana ta według oceny specjalistów jest pozytywna. Poczytalność to instytucja z zakresu prawa karnego materialnego, która wiąże się ze stosunkiem psychicznym sprawcy do popełnionego przez niego czynu zabronionego, od której należy odróżnić zdolność oskarżonego do dokonywania czynności procesowych, która jest zupełnie innym zagadnieniem, mającym stricte procesowy charakter.

Nowela niewątpliwie rozszerza katalog obrony obligatoryjnej ze względu na stan psychiczny sprawcy. Świadczy o tym to, iż obok wątpliwości co do poczytalności oskarżonego (w stricte materialnoprawnym znaczeniu) oraz wątpliwości co do jego udziału w postępowaniu, ustawodawca sformułował trzecią przesłankę obrony niezbędnej, którą jest „uzasadniona wątpliwość co do zdolności oskarżonego do prowadzenia obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny”. Patrząc na dwie pierwsze przesłanki nowela nie wprowadza istotnych zmian. Dotyczą więc one wątpliwości co do przebiegu określonych zdarzeń, a także możliwości ewentualnego przewidzenia konsekwencji dokonywanych wyborów i podjętych działań, które są związane z odmiennymi wyobrażeniami rzeczywistości, stanem niepewności<sup>17</sup>. Pojawiające się wątpliwości muszą być potwierdzone konkretnymi dowodami. Jeżeli poczytalność oskarżonego ma być zakwestionowana to powinny na to wskazywać obiektywne dane, które będą realną i konkretną podstawą powstałych wątpliwości<sup>18</sup>. W literaturze istnieje pogląd, iż chodzi tu o takie okoliczności, które na podstawie doświadczenia życiowego mogą wskazywać na zakłócenia czynności psychicznych. Wątpliwości, które zachodzą powinny mieć realne przełożenie w rzeczywistości, czyli muszą faktycznie zaistnieć<sup>19</sup>. Sąd Najwyższy podkreśla, iż muszą być przywołane rzeczywiste przesłanki oparte na konkretnych i jednoznacznych faktach. Wskazuje również, że: „Warunek ustawy, aby wątpliwości co do poczytalności były uzasadnione, oznacza wprowadzenie obiektywnych kryteriów ocennych. Przyjęcie, że zachodzą uzasadnione wątpliwości, musi opierać się na podstawie realnej i konkretnej. Wchodzą tu w rachubę środki dowodowe, z których można wysunąć wniosek, że istnieje podejrzenie co do tego, czy oskarżony nie wykazuje odchylenia od normy psychicznej”<sup>20</sup>. Ważne jest nie tylko to, aby wątpliwości zaistniały, ale by były również odpowiednio uzasadnione. Związane jest to z procesowym wymogiem uprawdopodobnienia. Ocena tych wątpliwości powinna odnosić się do obiektywnego

<sup>10</sup> Kodeks postępowania karnego Komentarz, t. I, red. J. Grajewski, Wolters Kluwer 2013, s. 367.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny, Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.

<sup>12</sup> Kodeks postępowania karnego komentarz, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 270.

<sup>13</sup> Brzmienie przepisu art. 79 § 1 pkt 3 przed nowelizacją z 1 lipca 2015 r.: „zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności”.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy - kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. 2003 nr 17 poz. 155.

<sup>15</sup> Zob. Postanowienie SN z dnia 29 czerwca 2010 r., I KZP 6/10, OSNKW 2010, nr 8, poz. 65.

<sup>16</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (druk sejmowy 870), s. 47.

<sup>17</sup> S. Waltoś, glosa do uchwały SN z dnia 21 stycznia 1970 r., VI KZP 23/69, OSP 1971, z. 2, poz. 36.

<sup>18</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, Z. Zgrzyzek, Kodeks... op. cit., s. 438.

<sup>19</sup> R. A. Stefański, Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015 r. [w:] Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 31.

<sup>20</sup> Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 21 stycznia 1970 r., VI KZP 23/69, OSNKW 1970, nr 2-5, poz. 15.

stanu rzeczywistości, nie zaś powstawać w sferze indywidualnych i subiektywnych opinii<sup>21</sup>. Okoliczności te muszą nasuwać rozsądne wątpliwości co do poczytalności oskarżonego i świadczyć o tym, że są one faktycznie uzasadnione. Po pierwsze mają one dotyczyć stanu psychicznego oskarżonego zarówno w chwili popełnienia czynu jak i w czasie prowadzenia postępowania karnego, po drugie natomiast wpływu tego stanu na zdolność do rozpoznawania czynu lub kierowania swoim postępowaniem czy prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny<sup>22</sup>. Obronę obligatoryjną powoduje samo zaistnienie takich okoliczności, które uzasadniają wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, a nie dopiero stwierdzenie występowania u niego zaburzeń psychicznych<sup>23</sup>.

Prawdopodobnym jest, że w praktyce w zakresie dwóch pierwszych przesłanek stosowane będą dotychczasowe poglądy doktryny i orzecznictwo sądowe, natomiast w przypadku trzeciej powstałej przesłanki rodzą się pytania: co oznacza i na czym polega zdolność do prowadzenia obrony w sposób „samodzielny i rozsądny” i kiedy dochodzi do takiej sytuacji, że oskarżony ze względu na swój stan psychiczny ma być pozbawiony tej zdolności? Omawiana przesłanka odnosi się do osób, które, pomimo posiadania określonych defektów stanu psychicznego, są zdolne do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że nie chodzi tu o te osoby, które ze względu na chorobę psychiczną bądź inne poważne zaburzenia psychiczne nie rozumieją znaczenia czynności procesowych, które są dokonywane z ich udziałem, w których przypadku istnieje obowiązek zawieszenia postępowania zgodnie z art. 22 § 1 k.p.k. Są to zatem osoby, które w ogóle nie są zdolne do realizowania prawa do obrony. Należy przyjąć więc, iż wskazana powyżej „nowa” przesłanka obrony obligatoryjnej dotyczy osób, wobec których postępowanie jak najbardziej może się toczyć, z tym, że obowiązkowy udział obrońcy ma rekompensować oskarżonemu niezdolność do prowadzenia „samodzielnej i rozsądnej” obrony, która jest spowodowana istnieniem określonych zaburzeń psychicznych. Wniosek nasuwa się tu taki, że owa przesłanka odnosi się do osób, które posiadając zdolność do udziału w postępowaniu podejmują czynności działające na ich niekorzyść<sup>24</sup>.

Przesłanki te według uzasadnienia do noweli z 1 lipca 2015 r. „służą ocenie możliwości realizacji przez oskarżonego przysługującego mu prawa do obrony w toku postępowania karnego, prowadzenia samodzielnej i efektywnej obrony. Celem posłużenia się w tym przypadku przesłankami „samodzielności” i „rozsądnego sposobu prowadzenia obrony” było wskazanie na kryteria zobiektywizowane, lecz jednocześnie odwołujące się do pewnego wzorca przeciętnego zachowania, w którym istnieje faktyczna możliwość oceny własnego zachowania i realizacji przyznanych uprawnień<sup>25</sup>. Rozsądna obrona ma prowadzić do poprawy sytuacji oskarżonego w znaczeniu materialnoprawnym jak i w procesowym. W tym pierwszym chodzi o wykorzystanie szeregu przysługujących uprawnień związanych z odpieraniem zarzutów, gdy oskarżony albo kwestionuje swój udział w popełnieniu zarzucanego mu czynu albo nie przyznaje się do winy. Jeżeli natomiast oskarżony przyznaje się do winy należy skorzystać z przysługujących mu instrumentów pozwalających na próbę dążenia do korzystnego ukształtowania odpowiedzialności karnej. Natomiast w znaczeniu procesowym prawo do obrony daje oskarżonemu możliwość kwestionowania działań organów procesowych, które ingerują w sferę jego praw i wolności osobistych. Chodzi tu o ochronę interesu oskarżonego polegającą na wyeliminowaniu lub ograniczeniu działań procesowych, które ewidentnie rodzą niekorzystne dla niego konsekwencje<sup>26</sup>. Ustawa posługuje się ocennymi określeniami. „Samodzielnie” więc oznacza „w sposób samodzielny, bez niczyjej pomocy, bez ulegania czyimś wpływom, czyjejs władzy [...] w sposób nacechowany własną osobowością, talentem, umiejętnościami”<sup>27</sup>. To oznacza zatem, że oskarżony potrafi sam sobie radzić w procesie, bez niczyjej pomocy. Natomiast słowo „rozsądnie” pojmuje się jako „w sposób, który świadczy o kierowaniu się rozsądkiem, w sposób przemyślany i rozumny”<sup>28</sup>. Oznacza to nic innego jak to, że oskarżony jest zdolny do działania z rozwagą, umie trafnie, realnie oceniać sytuację, właściwe w niej zachowanie, ponadto skłonny jest do namysłu nad działaniem<sup>29</sup>.

W dalszym ciągu jednak pojawiają się trudności interpretacyjne związane z prowadzeniem rozsądnej obrony, której rolą jest ochrona interesu oskarżonego. W praktyce sądowej często zdarzają się sytuacje, kiedy interes oskarżonego jest odmiennie postrzegany przez określonych uczestników postępowania. Połączenie wyrażen „samodzielny” i „rozsądny” funktorem zdaniowym „oraz” nasuwa konieczność łącznego występowania tych dwu określeń. Co powoduje, iż obrona obligatoryjna musi nastąpić, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość co do tego, czy oskarżony może bronić się

<sup>21</sup> F. Prusak, Wątpliwości co do poczytalności oskarżonego jako podstawa obligatoryjnego udziału obrońcy w postępowaniu karnym, „Palestra” 1969, nr 1, s. 36.

<sup>22</sup> R. A. Stefański, op. cit., s. 32.

<sup>23</sup> R. A. Stefański, Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym, Warszawa 2012, s. 139.

<sup>24</sup> S. Ładoś, Wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego jako przesłanka obligatoryjnej obrony formalnej [w:] Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty, Warszawa 2014, s. 90.

<sup>25</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (druk sejmowy 870), s. 46.

<sup>26</sup> S. Ładoś, Wątpliwości... op. cit., s. 91.

<sup>27</sup> R. A. Stefański, Konstytucyjne prawo do obrony a obrona obligatoryjna w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r. [w:] Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty, Warszawa 2014, s. 26-27; Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, red. H. Zgółkówna, t. 37, Poznań 2002, s. 426.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 41.

<sup>29</sup> R. A. Stefański, Konstytucyjne... op. cit., s. 26.

samodzielnie (bez pomocy obrońcy) i rozsądnie (będzie bronił swych praw z rozsądkiem)<sup>30</sup>. Owa nowelizacja niewątpliwie może przyczynić się do sporych problemów praktycznego stosowania art. 79 § 1 pkt. 4 k.p.k.

Diagnoza stanu psychicznego oskarżonego w postępowaniu karnym to niewątpliwie kolejny problem omawianej „nowej” przesłanki. Wątpliwości nie ulega fakt, iż w razie podejrzenia zaburzeń psychicznych powodujących niepoczytalność lub niezdolność oskarżonego do udziału w postępowaniu sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, powinien dopuścić dowód z opinii biegłych lekarzy psychiatrów. Według art. 202 § 5 k.p.k. opinia biegłych powinna zawierać stwierdzenia dotyczące poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia czynu zabronionego, jak również jego aktualnego stanu zdrowia psychicznego i zdolności do udziału w postępowaniu. W przepisie nic nie ma jednak o konieczności ustalenia, czy oskarżony jest zdolny do prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny, czy też zdolność ta jest wyłączona<sup>31</sup>.

Treść art. 79 § 4 k.p.k. na nowo określa przesłanki ustania obrony niezbędnej ze względu na stan zdrowia psychicznego oskarżonego. Wymaga uznania za uzasadnioną opinię biegłych lekarzy psychiatrów, że „czyn oskarżonego nie został popełniony w warunkach wyłączenia lub znacznego ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem i że stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala na udział w postępowaniu i prowadzenie obrony w sposób samodzielny i rozsądny”. Powyższy przepis wskazuje, że biegli lekarze psychiatrzy powinni się wypowiedzieć nie tylko co do zdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu, ale także zdolności do prowadzenia obrony w sposób „samodzielny i rozsądny”. Określenie kryteriów, według których lekarz powinien stwierdzić, czy oskarżony posiadający zdolność do udziału w postępowaniu, wykazuje tendencję do podejmowania czynności procesowych na swoją niekorzyść, jest dość trudne. Diagnoza sądowo – psychiatryczna jest poniekąd konsekwencją ustanowienia obrońcy z urzędu ze względu na wątpliwości co do stanu psychicznego oskarżonego, zatem sąd może dopuścić dowód z takiej diagnozy m.in. dlatego, że ocenia jego działania jako te dla niego niekorzystne. Te same działania z kolei według biegłych lekarzy psychiatrów mogą być ocenione zupełnie inaczej, co spowoduje stwierdzenie w opinii, że oskarżony zachował zdolność do prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny. Można więc tutaj stwierdzić, iż ustawodawca popełnił legislacyjny błąd obarczając biegłych lekarzy psychiatrów zadaniem wykraczającym poza ocenę stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. Powoduje to fakt, że należy do nich teraz określenie tego, co dla oskarżonego jest korzystne a co nie, w toczącym się postępowaniu karnym<sup>32</sup>.

W nowelizacji z 1 lipca 2015 roku w zakresie zmian w art. 79 § 1 KPK ustawodawca słusznie odszedł od pojęcia „poczytalności procesowej”. Była to na pewno realizacja postulatów głoszonych od dawna w doktrynie oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jednak ustawodawca zmieniając przepis nie ustrzegł się kolejnych kontrowersji, które budzi sformułowanie „zdolności oskarżonego do prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny”. Prawdopodobnie intencją nowego brzmienia przepisu było lepsze zabezpieczenie interesów osób z zaburzeniami psychicznymi, aczkolwiek wprowadzenie kolejnej przesłanki obrony obligatoryjnej w takiej postaci może prowadzić do częstego i całkowicie nieuzasadnionego powoływania się na istnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej, gdy oskarżony będzie podejmował kontrowersyjne działania, a nie posiadał obrońcy. W płaszczyźnie społecznej ustanawianie obrońcy z urzędu, gdy jego działania są nieakceptowalne, może prowadzić do jego stygmatyzacji. Wątpliwości może budzić również ustawowe obciążenie biegłych lekarzy psychiatrów obowiązkiem stwierdzenia, czy oskarżony jest w stanie prowadzić obronę samodzielnie i rozsądnie i według jakich kryteriów miałyby być to określone. Trzeba zaznaczyć, iż organ procesowy nie zawsze zna rzeczywiste intencje działań podejmowanych przez oskarżonego, niestety biegły lekarz psychiatrii też nie jest w stanie zawsze obiektywnie określić jakie działania są dla niego korzystne a jakie nie w toku procesu. Przez błędne opinie lekarza również może zmienić się sytuacja prawna oskarżonego, który będzie pozbawiony obrony niezbędnej, czyli konstytucyjnego prawa do obrony, które jest gwarantowane poprzez realizację funkcji gwarancyjnej procesu karnego. Z drugiej natomiast strony przy ocenie podobnych działań procesowych można łatwo pomylić przyczynę ze skutkiem i przyjąć, iż kontrowersyjne działanie oskarżonego wynika z zaburzeń psychicznych, które mogą faktycznie nie istnieć. Jednak sąd przy rozstrzygnięciu sprawy musi wydać wyrok sprawiedliwy, nie natomiast korzystny dla oskarżonego. Aczkolwiek sąd musi być w tym przypadku rozważny, ponieważ kontynuowanie postępowania bez obrońcy może spowodować błędne i zbyt pochopne przyjęcie bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Na dzień dzisiejszy ciężko jest przewidzieć skutki owej nowelizacji. Jest ona na pewno sporym wyzwaniem dla organów procesowych i przedstawicieli doktryny.

\*\*\*

<sup>30</sup> Ibidem, s. 27.

<sup>31</sup> S. Ładoś, Wątpliwości... op cit., s. 91.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 92-93.

Right of defense is the main rule of the criminal proceedings in polish legal system. In some cases the judge has an obligation to provide an adequate defense. Defendant's mental competency may be questioned out of concern for strategic legal reasons. One of the meanings in the law of the term *incompetency* is used to describe the mental condition of a person who participates in criminal case. It means that this person is neither able to comprehend the nature and legal consequences of the proceedings nor appropriately able to provide a self-defense. Recently regulations of the Code of Criminal Procedure involving mental incompetency were amended in polish legal system two times in the last few years. This article is a comprehensive description of implemented changes in the code.

**Keywords:** right of defense, mental incompetency, ability to provide a defense, criminal law, defendant

Bartłomiej Gadecki

## ANONIMIZACJA DANYCH DOTYCZĄCYCH MIEJSCA ZAMIESZKANIA I MIEJSCA PRACY POKRZYWDZONYCH I ŚWIADKÓW W KONTEKŚCIE ZASADY INFORMOWANIA UCZESTNIKÓW PROCESU O ICH UPRAWNIENIACH

### Wprowadzenie

Ostatnie zmiany kodeksu postępowania karnego

<sup>1</sup> wprowadziły m.in. obowiązek anonimizacji akt postępowania przygotowawczego. Przewidziano też możliwość odstępstwa od reguły ujawniania danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków. Celem niniejszego opracowania jest uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych przysługuje zażalenie, a jak tak, to kto jest uprawniony do wniesienia zażalenia. Należy zaznaczyć, że odpowiedź na powyższe pytanie będzie rzutowała na kształt zarządzenia, bowiem zarządzenie wymaga pisemnego uzasadnienia, jeżeli podlega zaskarżeniu (art. 99 § 2 k.p.k.) oraz kwestie doręczenia decyzji (art. 100 § 4 k.p.k. w zw. z art. 106 k.p.k.) albo powiadomienia o treści zarządzenia (art. 100 § 5 k.p.k. w zw. z art. 106 k.p.k.), pouczenia o uprawnieniach (art. 16 § 1 k.p.k.), w tym o przysługującym prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia lub o tym, że zarządzenie nie podlega zaskarżeniu (art. 100 § 8 k.p.k. w zw. z art. 106 k.p.k.).

### Anonimizacja danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków

Ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka<sup>2</sup> określono zasady, warunki i zakres stosowania środków ochrony i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka oraz osób im najbliższych, jeżeli w związku z toczącym się albo zakończonym postępowaniem karnym z udziałem pokrzywdzonego lub świadka albo postępowaniem karnym skarbowym z udziałem świadka istnieje zagrożenie dla życia lub zdrowia tych osób (art. 1 ust. 1 ustawy o o. i p.). Ustawa o o. i p. w art. 20 wprowadziła zmiany do k.p.k. polegające m.in. na dodaniu w art. 148 k.p.k. § 2a-2c w brzmieniu:

„§ 2a. W protokole nie zamieszcza się danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków uczestniczących w czynności. Dane te zamieszcza się w załączniku do protokołu. Nie dotyczy to miejsca pracy świadka, będącego funkcjonariuszem publicznym składającego zeznania w związku z pełnioną funkcją, chyba że dla dobra postępowania karnego nie powinno ono zostać ujawnione w protokole.

§ 2b. Załącznik do protokołu, o którym mowa w § 2a, oraz inne dokumenty w całości lub w części, w jakiej zawierają dane dotyczące miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków, przechowuje się w odrębnym załączniku adresowym do akt sprawy, do wiadomości organu prowadzącego postępowanie. Do akt sprawy załącza się uwierzytelnione kserokopie dokumentów lub ich części, sporządzone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi danymi.

§ 2c. Sąd lub prokurator może ujawnić w niezbędnym zakresie dane, o których mowa w § 2a lub oryginały dokumentów, o których mowa w § 2b, jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy”.

Jednocześnie w art. 25 ustawy o o. i p. wskazano, że przepisy art. 148 § 2a-2c k.p.k. stosuje się do spraw wszczętych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy.

Zatem można uznać, że ustawa o o. i p. wprowadziła - jako regułę - anonimizację danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków. Oznaczało to też konieczność zmiany lub wprowadzenia przepisów regulujących m.in. kwestie przesłuchań świadków (art. 191 k.p.k.), udostępniania danych lub oryginałów dokumentów znajdujących się w załączniku adresowym (art. 156a k.p.k.).

Jednocześnie ustawa o o. i p. w art. 20 pkt 9 lit. c uchyliła § 3 art. 191 k.p.k. Należy nadmienić, że 191 § 3 k.p.k. przewidywał możliwość zastrzeżenia przez świadka danych dotyczących miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu, jeżeli zachodziła uzasadniona obawa użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec świadka lub osoby najbliższej w związku z jego czynnościami. Wtedy pisma procesowe doręczało się do instytucji, w której świadek jest zatrudniony, lub na inny wskazany przez niego adres. Uregulowanie z art. 191 § 3 k.p.k. było odmienne od tego wprowadzonego przez ustawę o o. i p. bowiem:

- dotyczyło tylko spraw, w których zachodziła uzasadniona obawa użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec świadka lub osoby najbliższej w związku z jego czynnościami;
- nie wprowadzało „automatyzmu” anonimizacji danych (w przepisie wskazano, że świadek „może zastrzec dane”).

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.); dalej - k.p.k.

<sup>2</sup> Dz.U. z 2015 r. poz. 21; dalej - ustawa o o. i p.

Wprowadzenie przez ustawę o o. i p. zmian k.p.k. spowodowało, że w praktyce zaszła konieczność wykonywania kserokopii szeregu dokumentów zawierających dane dotyczące miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi danymi. Dla organów prowadzących postępowanie karne (Policja, prokuratura) oznaczało to konieczność ponoszenia kosztów osobowych (czas poświęcony przez pracowników na selekcję materiału, wykonywania uwierzytelnionych kserokopii, tworzenie załączników) oraz rzeczowych (koszt papieru, tuszu do ksero, amortyzacja sprzętu).

Przy czym art. 148 § 2c przewidywał, że można ujawnić w niezbędnym zakresie dane, jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W doktrynie wskazywano, że dane o miejscu zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, np. gdy są niezbędne dla prawidłowej oceny wartości dowodowej zeznań tych osób<sup>3</sup>. Podnoszono, że ujawnienie tych danych będzie miało znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wówczas, gdy miejsce zamieszkania lub miejsce pracy będzie stanowiło istotny element stanu faktycznego sprawy (np. zeznania świadka dotyczą czynu popełnionego w miejscu jego zamieszkania lub pracy, zeznania świadka mają związek z jego pracą lub pełnioną funkcją) albo też będzie miało znaczenie z punktu widzenia oceny wiarygodności świadka (np. świadek mógł widzieć zdarzenie tylko z określonego pomieszczenia w miejscu swojego zamieszkania lub miejscu pracy); potrzeba ujawnienia tych danych może również być konsekwencją znaczenia dowodowego dokumentu, który je zawiera (np. ujawnienie danych biegłemu w celu przeprowadzenia badania sfałszowanego dokumentu zawierającego m.in. dane adresowe pokrzywdzonego lub świadka)<sup>4</sup>. Wskazywano również, że decyzja o ujawnieniu danych w postępowaniu przygotowawczym powinna przybrać formę zarządzenia<sup>5</sup>.

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>6</sup> uchylono § 2a-2c art. 148 k.p.k. Jednocześnie ustawa ta wprowadziła art. 148a k.p.k. w brzmieniu:

„§ 1. W protokole nie zamieszcza się danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków uczestniczących w czynności. Dane te, niezamieszczone w protokole, zamieszcza się w załączniku do protokołu, który przechowuje się w załączniku adresowym do akt sprawy, do wiadomości organu prowadzącego postępowanie.

§ 2. Przepis § 1 zdanie pierwsze nie dotyczy miejsca pracy świadka będącego funkcjonariuszem publicznym, składającego zeznanie w związku z pełnioną funkcją, chyba że przeprowadzający czynność w postępowaniu przygotowawczym albo przewodniczący składu orzekającego przeprowadzającego czynność uzna, iż dla dobra postępowania karnego nie powinno ono zostać zamieszczone w protokole.

§ 3. Jeżeli dane dotyczące miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków zawarte są w dokumentach innych niż protokół, o którym mowa w § 1, dokumenty, w całości lub w części, w jakiej zawierają te dane, przechowuje się w załączniku adresowym do akt sprawy, do wiadomości organu prowadzącego postępowanie. Do akt sprawy załącza się uwierzytelnione kserokopie dokumentów lub ich części, sporządzone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi danymi.

§ 4. Przeprowadzający czynność w postępowaniu przygotowawczym albo przewodniczący składu sądu - w odniesieniu do protokołu, o którym mowa w § 1, a w odniesieniu do innych dokumentów - organ prowadzący postępowanie przygotowawcze albo prezes sądu lub przewodniczący składu sądu, może zarządzić o odstąpieniu, w całości lub w części, od stosowania przepisów § 1 lub 3:

1) jeżeli dane dotyczące miejsca zamieszkania lub miejsca pracy pokrzywdzonego lub świadka są oskarżonemu znane,

2) w odniesieniu do danych dotyczących miejsca zamieszkania lub miejsca pracy pokrzywdzonego lub świadka, jeżeli miejsca te stanowią równocześnie miejsce prowadzenia działalności gospodarczej przez pokrzywdzonego lub świadka i dane te zostały przekazane do publicznej wiadomości do właściwego rejestru lub ewidencji,

3) z powodu oczywistego braku potrzeby ochrony danych dotyczących miejsca zamieszkania lub miejsca pracy pokrzywdzonego lub świadka z uwagi na charakter sprawy.

§ 5. Sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze może ujawnić w niezbędnym zakresie dane, o których mowa w § 1, lub oryginały dokumentów, o których mowa w § 3, jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy”.

<sup>3</sup> Z. Pachowicz, w: J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 342-343.

<sup>4</sup> S. Steinborn, Komentarz do art. 148 Kodeksu postępowania karnego, w: S. Steinborn (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, Opublikowano: LEX/el., 2016, t. 14.

<sup>5</sup> S. Steinborn, Komentarz do art. 148 Kodeksu postępowania karnego, w: S. Steinborn (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, Opublikowano: LEX/el., 2016, t. 14; M. Kurowski, w: D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2015, s. 523.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

Należy też wskazać, że do anonimizacji danych odniesiono się również w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. - Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury<sup>7</sup> wskazując, że okoliczności, o których mowa w art. 148a § 4 pkt 1 k.p.k., powinny wynikać z niebudzących wątpliwości materiałów zgromadzonych w sprawie (§ 135), a przesłanka, o której mowa w art. 148a § 4 pkt 3 k.p.k., może zaistnieć w szczególności wtedy, gdy postępowanie nie dotyczy czynów z użyciem przemocy lub groźby karalnej (§ 136).

Przepis art. 148a k.p.k. stanowi „rozbudowaną wersję” § 2a-2c art. 148 k.p.k. bardziej szczegółowo regulując kwestie anonimizacji oraz podstaw decyzji o deanonimizacji.

Trzeba jeszcze zaznaczyć, że k.p.k. reguluje również instytucję świadka anonimowego (art. 184 § 1), gdzie sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, może wydać postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych, jeżeli nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej.

### Problematyka zaskarżalności zarządzenia o ujawnieniu danych adresowych

Na wstępie należy zauważyć, że ani art. 148 § 2a-2c k.p.k., ani art. 148a k.p.k. nie wskazały, że na decyzje o deanonimizacji przysługuje zażalenie.

W doktrynie omawiając art. 148 § 2c k.p.k. w kontekście uprawnienia do wniesienia zażalenia na zarządzenie o ujawnieniu danych adresowych wskazywano, że:

- zgodnie z art. 148 § 2c k.p.k. sąd lub prokurator może ujawnić w niezbędnym zakresie dane dotyczące miejsca zamieszkania lub miejsca pracy świadka lub pokrzywdzonego, a także oryginały dokumentów, o których mowa w art. 148 § 2b k.p.k., jeżeli mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy; przyjąć należy, że w postępowaniu przygotowawczym decyzję w tym zakresie podejmuje prokurator, zaś w postępowaniu jurysdykcyjnym decyduje o tym sąd w drodze postanowienia; na decyzje te zażalenie nie przysługuje<sup>8</sup>;

- zażalenie na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych przysługuje jedynie niebędącej stroną osobie, jeżeli narusza ono jej prawo – w tym wypadku prawo do nieujawnienia danych adresowych (art. 302 § 1 k.p.k.)<sup>9</sup>;

- w przypadku, gdy decyzja o deanonimizacji podejmowana jest w postępowaniu przygotowawczym, świadkowi przysługuje na nią zgodnie z art. 302 § 1 k.p.k. zażalenie, gdyż narusza ona jego prawa; przy czym należy przyjąć, że miejsce zamieszkania pokrzywdzonego występującego w sprawie w charakterze świadka, winno być chronione jak miejsce osobowego źródła dowodowego i w takiej sytuacji należy rozciągnąć prawo do złożenia zażalenia również na ten podmiot, choć według literalnej wykładni art. 302 k.p.k. nie mógłby on wywieść skutecznego środka zaskarżenia<sup>10</sup>.

Należy wskazać, że zasadniczym przepisem regulującym kwestię zażaleń jest art. 459 k.p.k. stanowiący, że:

„§ 1. Zażalenie przysługuje na postanowienia sądu zamykające drogę do wydania wyroku, chyba że ustawa stanowi inaczej.

§ 2. Zażalenie przysługuje także na postanowienia co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie.

§ 3. Zażalenie przysługuje stronom, a także osobie, której postanowienie bezpośrednio dotyczy, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

Przy czym przepisy dotyczące zażaleń na postanowienia stosuje się odpowiednio do zażaleń na zarządzenia (art. 466 § 1 k.p.k.), a przepisy dotyczące zażaleń na postanowienia sądu stosuje się odpowiednio do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze (art. 465 § 1 k.p.k.).

Należy zauważyć, że zarządzenie o deanonimizacji oczywiście nie należy do kategorii decyzji zamykających drogę do wydania wyroku oraz co do środka zabezpieczającego (zob. art. 459 § 1 i 2 k.p.k.). Ustawodawca też *expressis verbis* nie wskazał, że na zarządzenie o deanonimizacji przysługuje zażalenie.

Na marginesie należy zauważyć, że w art. 184 k.p.k. dotyczącym procedury ustanawiania świadka anonimowego ustawodawca uregulował też kwestię odwołania od decyzji organu procesowego, w § 5 wskazując, że: „Na postanowienie w sprawie zachowania w tajemnicy okoliczności, o których mowa w § 1, świadkowi i oskarżonemu, a w postępowaniu przed sądem także prokuratorowi, przysługuje w terminie 3 dni zażalenie. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd właściwy do rozpoznania sprawy. Postępowanie dotyczące zażalenia toczy się bez udziału stron i jest objęte tajemnicą jako informacja niejawną o klauzuli tajności "tajne" lub "ściśle tajne””.

<sup>7</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2016 r. poz. 508).

<sup>8</sup> S. Steinborn, Komentarz do art. 148 Kodeksu postępowania karnego, w: S. Steinborn (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, Opublikowano: LEX/el., 2016, t. 14.

<sup>9</sup> I. Dziugiej, Ochrona „danych adresowych” w postępowaniu przygotowawczym, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 1, s. 66-67.

<sup>10</sup> M. Kurowski, w: D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2015, s. 523.

Powracając do rozważań dotyczących art. 148a k.p.k. *prima facie* wydawałoby się, że na zarządzenie o deanonimizacji nie przysługuje zażalenie.

Należy jeszcze zastanowić się, czy prawo do złożenia zażalenia może przysługiwać na podstawie art. 302 k.p.k., który ma treść:

„§ 1. Osobom nie będącym stronami przysługuje zażalenie na postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa.

§ 2. Stronom oraz osobom nie będącym stronami służy zażalenie na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa.

§ 3. Zażalenie na postanowienia i zarządzenia oraz na inne czynności prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, o których mowa odpowiednio w § 1 i 2, rozpoznaje prokurator bezpośrednio przełożony”.

Jak wskazuje się w doktrynie, przepis art. 302 k.p.k. ma zastosowanie dopiero wtedy, gdy odnośnie do danej decyzji nie przewiduje się zażalenia w innym przepisie ustawy<sup>11</sup>. Przy czym art. 302 k.p.k. jest umieszczony w dziale VII k.p.k. zatytułowanym „Postępowanie przygotowawcze” w rozdziale 33 („Przepisy ogólne”).

Wskazać należy, że art. 302 k.p.k. jest odpowiednikiem art. 268 k.p.k. z 1969 r.<sup>12</sup>. stanowiącego, że „Na postanowienia i zarządzenia w toku postępowania przygotowawczego przysługuje zażalenie osobom nie będącym stronami, których prawa zostały naruszone. Osobom tym oraz stronom przysługuje zażalenie także na inne czynności naruszające ich prawa”. Przepis ten był umieszczony w dziale VII k.p.k. z 1969 r. („Postępowanie przygotowawcze”), rozdziale 28 („Przepisy ogólne”). Odnośnie do tego przepisu w orzecznictwie wskazywano m.in., że:

- „Cały przepis art. 268 k.p.k. jest umieszczony w części dotyczącej postępowania przygotowawczego i tylko do tego etapu procesu karnego mogą się odnosić zawarte w nim regulacje, stwarzające określone uprawnienia do wnoszenia zażaleń również dla osób nie będących stronami. Nie mogą one natomiast pełnić tej funkcji w postępowaniu sądowym, do którego odnoszą się inne przepisy dające stronom i innym wymienionym w nich osobom, prawo składania wniosków i wnoszenia środków zaskarżenia w odniesieniu do rozstrzygnięć związanych z dowodami rzeczowymi”<sup>13</sup>;

- „Przepis art. 268 k.p.k. przyznający stronom zażalenie na inne czynności niż postanowienia lub zarządzenie odnosi się do postępowania przygotowawczego. W postępowaniu sądowym natomiast podlegają zaskarżeniu wyłącznie decyzje procesowe tj. postanowienia, zarządzenia, a także zawarte w wyroku orzeczenia dotyczące kosztów postępowania i opłat sądowych (art. 374, 409 i 414 k.p.k.)”<sup>14</sup>.

Także w doktrynie omawiając art. 268 k.p.k. z 1969 r. wskazywano, że przepis ten odnosi się do postępowania przygotowawczego<sup>15</sup>. Zatem co do art. 268 k.p.k. z 1969 r. uznawano, że przepis ten dotyczy możliwości wnoszenia zażalenia tylko na etapie postępowania przygotowawczego.

Jednocześnie w doktrynie istniał spór, co do relacji pomiędzy art. 268 k.p.k. z 1969 r. a art. 409 k.p.k. z 1969 r., który miał treść: „Zażalenie przysługuje na postanowienia sądu zamykające drogę do wydania wyroku oraz na postanowienia co do środka zabezpieczającego, a na inne postanowienia - w wypadkach przewidzianych w ustawie”<sup>16</sup>. Z jednej strony wskazywano, że byłoby rzeczą niezrozumiałą obdarzenie osób nie będących stronami w procesie karnym większymi prawami niż samych stron, których proces karny bezpośrednio dotyczy<sup>17</sup> i podnoszono, że wydaje się, że ogólną dyrektywą wykładni powinno być, że prawa stron nie mogą być mniejsze od praw innych uczestników procesu, a zatem stronom prawo zażalenia z art. 268 zd. 1 k.p.k. z 1969 r. zawsze przysługuje<sup>18</sup>. Z drugiej strony zajmowano stanowisko, że nie jest możliwe wykorzystanie argumentacji *a fortiori* i nie ma podstaw do wyprowadzania z art. 268 zd. 1 k.p.k. z 1969 r. – na zasadzie argumentu *a minore ad maius* – prawa stron do zaskarżania decyzji naruszających ich prawa<sup>19</sup>. Podnoszono też, że należy znowelizować art. 268 k.p.k. z 1969 r., na tle wykładni którego w praktyce niesłusznie ogranicza się możliwość wnoszenia zażalenia przez strony na wszelkie zarządzenia wydane w postępowaniu przygotowawczym, bowiem

<sup>11</sup> T. Grzegorzczak, Zażalenie w postępowaniu przygotowawczym po nowelizacji k.p.k., „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 12; W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2007, s. 277.

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.).

<sup>13</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 1995 r., II AKz 1149/95, Lex nr 23624.

<sup>14</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 marca 1993 r., II AKz 40/93, Lex nr 21184.

<sup>15</sup> Z. Gostyński, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 1995 r., I KZP 14/95, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 1, s. 89. Zob. także F. Prusak, Dopuszczalność zażalenia na podstawy i motywy umorzenia postępowania przygotowawczego, „Nowe Prawo” 1969, nr 11-12, s. 1652-1653.

<sup>16</sup> Zob. w szczególności: Z. Doda, Zażalenie w procesie karnym, Warszawa 1985, s. 59-67; S. Cora, Dopuszczalność zażalenia w postępowaniu przygotowawczym, „Państwo i Prawo” 1975, z. 2, s. 83-93; M. Siewierski, Zażalenie na czynności prowadzącego postępowanie przygotowawcze, „Nowe Prawo” 1975, nr 9, s. 1177-1179; A. Murzynowski, Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym de lege lata, „Palestra” 1987, nr 12, s. 55-58; J. Bednarzak, Funkcje procesowe art. 268 k.p.k., „Nowe Prawo” 1976, nr 1, s. 61-70; E. Mazur, Udział adwokata w postępowaniu przygotowawczym, „Palestra” 1971, nr 6, s. 71-73; A. Kaftal, Środki odwoławcze w postępowaniu przygotowawczym w świetle przepisów k.p.k., „Palestra” 1972, nr 5, s. 39-43.

<sup>17</sup> A. Murzynowski, Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym de lege lata, „Palestra” 1987, nr 12, s. 56.

<sup>18</sup> M. Lipczyńska, R. Ponikowski, Mały komentarz do kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1986, s. 211.

<sup>19</sup> Z. Doda, Zażalenie w procesie karnym, Warszawa 1985, s. 66. Zob. także J. Grajewski, E. Skrętowicz, Podręczny komentarz do kodeksu postępowania karnego, Gdańsk 1993, s. 163; A. Kaftal, Środki odwoławcze w postępowaniu przygotowawczym w świetle przepisów k.p.k., „Palestra” 1972, nr 5, s. 41.



trudno przyznawać większe prawa osobom nie będącym stronami, które mogą skarżyć wszelkie postanowienia i zarządzenia wydawane w postępowaniu przygotowawczym, niż stronom<sup>20</sup>. Trzeba też podkreślić, że w piśmiennictwie wskazywano, że przepis art. 268 zd. 1 k.p.k. z 1969 r. stanowi podstawę dopuszczalności zażalenia wtedy, gdy żaden inny przepis nie stwarza podstawy do zaskarżenia określonej decyzji<sup>21</sup>.

Odnośnie do art. 302 k.p.k. zauważono, że przepis różni się od art. 268 k.p.k. z 1969 r. redakcyjnie, co przejawia się w znacznie wyraźniejszym zaakcentowaniu dwóch odmiennych substratów zaskarżenia zażaleniowego, a określenie tych substratów połączone zostało ze wskazaniem podmiotów uprawnionych do wniesienia tego zażalenia<sup>22</sup>. W orzecznictwie wskazano m.in., że treść art. 302 § 1 k.p.k. daje uprawnienie osobom niebędącym stronami do zaskarżania zażaleniem postanowień i zarządzeń naruszających ich prawa, a „Przepis ten zamieszczony jest w Rozdziale 33 Przepisy ogólne Działu VII Postępowanie przygotowawcze Kodeksu postępowania karnego, co wskazuje jednoznacznie, że ma on zastosowanie jedynie w postępowaniu przygotowawczym i stanowi swego rodzaju *lex specialis* do przepisu ogólnego postępowania odwoławczego - art. 425 k.p.k. oraz do przepisu art. 459 § 1 k.p.k. Owa „specjalność” omawianego przepisu nie wyłącza stosowania powołanych przepisów ogólnych, ale rozszerza podmiotowy zakres zaskarżania w postępowaniu przygotowawczym (osoby niebędące stronami) oraz zawęża jednocześnie przedmiot zaskarżenia przez postawienie bariery naruszenia postanowieniem bądź zarządzeniem praw tych osób. Tak więc dla uzyskania uprawnienia do zaskarżenia nie wystarczy wykazanie naruszenia interesu takiej osoby (jak uczynił to sąd *a quo*), konieczne jest wykazanie naruszenia jej praw<sup>23</sup>.

Omawiając problematykę zażalenia na decyzję o deanonimizacji danych wydaną na podstawie art. 148a k.p.k. trzeba opowiedzieć się za jednym z poniższych stanowisk, a mianowicie, że na taką decyzję:

- zażalenie w ogóle nie przysługuje;
- zażalenie na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych przysługuje jedynie osobie niebędącej stroną, jeżeli narusza ono jej prawo (art. 302 § 1 k.p.k.), natomiast stronie zażalenie nie przysługuje (art. 302 § 1 k.p.k.);
- zażalenie na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych przysługuje osobie niebędącej stroną, jeżeli narusza ono jej prawo (art. 302 § 1 k.p.k.) oraz stronie (arg. *a minore ad maius* z art. 302 § 1 k.p.k.).

Należy także zaznaczyć, że przyjęcie poglądu o możliwości złożenia zażalenia wpłynęłoby na konieczność uzasadniania zarządzeń o deanonimizacji, bowiem zarządzenie wymaga pisemnego uzasadnienia, jeżeli podlega zaskarżeniu (art. 99 § 2 k.p.k.) oraz doręczania zarządzenia podmiotom uprawnionym do wniesienia środka odwoławczego (art. 100 § 4 k.p.k. w zw. z art. 106 k.p.k.).

Przy czym trzeba mieć na uwadze, że słusznie w doktrynie wskazuje się, że art. 302 k.p.k. dotyczy wyłącznie postępowania przygotowawczego<sup>24</sup> i nie daje stronom podstaw do zaskarżenia decyzji procesowych, wobec czego strony mogą zaskarżać decyzje jedynie na zasadach ogólnych, tj. w oparciu o art. 459 w zw. z art. 465 i 466 k.p.k.<sup>25</sup>. Zatem przyznając osobie niebędącej stroną możliwość złożenia zażalenia na decyzję o deanonimizacji w oparciu o art. 302 § 1 k.p.k. trzeba mieć na uwadze, że możliwość do złożenia zażalenia dotyczyłaby tylko postępowania przygotowawczego.

Mając na uwadze poglądy doktryny co do art. 302 k.p.k., należy *de lege lata* opowiedzieć się za stanowiskiem, że zażalenie na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych przysługuje jedynie osobie niebędącej stroną, jeżeli narusza ono jej prawo (art. 302 § 1 k.p.k.), natomiast stronie zażalenie nie przysługuje (art. 302 § 1 k.p.k.). Oczywiście stanowisko to powoduje, że świadek, który jest jednocześnie pokrzywdzonym nie może wnieść zażalenia. Czy jednak może przysługiwać mu jakaś ochrona w związku z niesłuszną decyzją o ujawnieniu jego danych. Na gruncie k.p.k. z 1969 r. wskazywano na możliwość ochrony interesów stron w wypadkach, gdy przepisy nie przyznały im prawa do wniesienia zażalenia poprzez prokuratorski nadzór nad postępowaniem przygotowawczym i uprawnienie prokuratora do wydawania, zmiany i uchylania postanowień i zarządzeń wydawanych przez prowadzącego postępowanie przygotowawcze<sup>26</sup>.

Obecnie kwestię nadzoru prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym reguluje głównie art. 326 k.p.k. wskazujący, że prokurator sprawuje nadzór nad postępowaniem przygotowawczym w zakresie, w jakim go sam nie prowadzi; prokurator może także objąć nadzorem postępowanie, o którym mowa w art. 307 k.p.k. (§ 1) i nakładający na

<sup>20</sup> A. Kaftal, Podstawowe problemy nowelizacji kodeksu postępowania karnego, „Palestra” 1981, nr 6, s. 57.

<sup>21</sup> J. Grajewski, E. Skrętowicz, Podręczny komentarz do kodeksu postępowania karnego, Gdańsk 1993, s. 163.

<sup>22</sup> P. Hofmański (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 297-467. Tom II, Warszawa 2011, s. 31.

<sup>23</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2004 r., WZ 49/04, Lex nr 127195.

<sup>24</sup> Z. Brodzisz, w: J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 724; M. Syta, Zażalenia na postanowienia zamykające drogę do wydania wyroku, podejmowane w toku postępowania przygotowawczego, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1, s. 45; M. Syta, Gravamen jako przesłanka zażalenia w postępowaniu przygotowawczym, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4, s. 37.

<sup>25</sup> M. Syta, Zażalenia na postanowienia zamykające drogę do wydania wyroku, podejmowane w toku postępowania przygotowawczego, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1, s. 45; zob. także Z. Brodzisz, w: J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 724; Z. Młynarczyk, Postępowanie przygotowawcze (uwagi ogólne), „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 6, s. 113; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2005, s. 732.

<sup>26</sup> Zob. J. Bednarzak, Funkcje procesowe art. 268 k.p.k., „Nowe Prawo” 1976, nr 1, s. 69-70.

prokuratora obowiązek czuwania nad prawidłowym i sprawnym przebiegiem całego nadzorowanego przez siebie postępowania (§ 2). Jednocześnie w art. 326 § 3 pkt 4 k.p.k. przewidziano, że z tytułu sprawowanego nadzoru prokurator może w szczególności wydawać postanowienia, zarządzenia lub polecenia oraz zmieniać i uchylać postanowienia i zarządzenia wydane przez prowadzącego postępowanie.

### Zakończenie

Rekapitulując powyższe rozważania, *de lege lata* należy wskazać, że zażalenie na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych przysługuje jedynie osobie niebędącej stroną, jeżeli narusza ono jej prawo (art. 302 § 1 k.p.k.). Natomiast stronie zażalenie nie przysługuje (art. 302 § 1 k.p.k.), co powoduje, że świadek, który jest jednocześnie pokrzywdzonym nie może wnieść zażalenia na zarządzenie prokuratora o ujawnieniu danych adresowych. Powyższe stanowisko powoduje, że zarządzenie podlegające zaskarżeniu wymaga pisemnego uzasadnienia (art. 99 § 2 k.p.k.) oraz doręczenia podmiotowi uprawnionemu do wniesienia środka odwoławczego (art. 100 § 4 k.p.k. w zw. z art. 106 k.p.k.), a przy doręczeniu zarządzenia należy pouczyć o przysługującym prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia (art. 100 § 8 k.p.k.).

*De lege ferenda* należy postulować wprowadzenie w art. 148a k.p.k. paragrafu przewidującego prawo świadka do wniesienia zażalenia na zarządzenie o ujawnieniu danych adresowych, co zrównałoby pozycję świadka (który nie jest pokrzywdzonym) oraz świadka, będącego jednocześnie pokrzywdzonym.

\*\*\*

### Anonymization of data concerning place of residence and employment of the aggrieved party and witness in the light of principle of right to information

The article presents issue of anonymization of data concerning place of residence and employment of the aggrieved party and witness in the light of principle of right to information. The purpose of this paper is to analyse orders issued by prosecutor concerning data pertaining to place of residence and employment of the aggrieved party and witness. According to Article 302 paragraph 1 of the Polish Code of Criminal Procedure persons other than parties may appeal against orders violating their rights. An interlocutory appeal against orders issued by prosecutor may be filed only by witness. The author also signals certain interpretation possibilities referring to the said article. Also *de lege ferenda* proposals are formulated.

**Keywords:** principle of right to information, Code of Criminal Procedure, anonymization, aggrieved party, witness

Viviana Wylonk

## ZASADA PRAWA POKRZYWDZONEGO DO INFORMACJI W ŚWIETLE NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Zasada informacji prawnej wynikająca z art. 16 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555) odgrywa ważną rolę w kształtowaniu opinii społeczeństwa zwiększając jego zaufanie do pracy i skuteczności działania wymiaru sprawiedliwości. Wzmacnia w ten sposób szacunek do sądownictwa i wpływa na rozwój współpracy społeczności z organami procesowymi. Dodatkowo przyczynia się do respektowania zasady uprawnienia stron, poszanowania praw uczestników procesu oraz zabezpiecza wykonywanie innych zasad takich jak kontradiktoryżności czy jawności. Ważny również jest jej wpływ na postępowanie karne urzeczywistniając prewencję ogólną i szczególną. Umacniając kulturę prawną i szacunek do organów procesowych zwiększa skuteczność ich działania

<sup>1</sup> Choć w doktrynie nazywana jest również zasadą rzetelności lub lojalności, a niekiedy też dyrektywą uczciwego procesu, przepis art. 16 kpk określa zasadę informacji prawnej. Jest ona ściśle związana z dyrektywą zachowania lojalności wobec stron i innych uczestników a zatem również z prawem do rzetelnego procesu<sup>2</sup>. Warto zaznaczyć również, że w doktrynie istnieją poglądy utożsamiające zasadę informacji prawnej z zasadą lojalności. Nie jest to jednak pogląd do końca słuszny. Romuald Kmiecik zaznacza, że zasada lojalności przewiduje znacznie szerszy zakres. Z kolei Andrzej Murzynowski wskazuje, iż jest to jedynie wymysł teorii nie znajdujący odzwierciedlenia w przepisach prawnych<sup>3</sup>.

Zasada informacji prawnej występuje pod dwoma postaciami : bezwzględnej oraz względnej. Artykuł 16 kpk nie definiuje wprost bezwzględnej postaci tejże zasady. Wspomina on jedynie jakie są konsekwencje niedokonania bądź mylnego dokonania pouczenia. Postać ta definiowana może być jako wskazanie tychże konsekwencji<sup>4</sup>. Tomasz Grzegorzczuk stwierdza, że bezwzględna postać tejże zasady polega na niewywoływaniu dla niepouczonego uczestnika procesu ujemnych skutków prawnych w sytuacji, gdy nie został on pouczony bądź pouczono go mylnie, a przepis szczególny ustawy wyraźnie wskazuje taki obowiązek<sup>5</sup>. Jednak ważne jest przy tym także zaakcentowanie istotnej roli organu prowadzącego postępowanie, na którym to spoczywa obowiązek udzielenia takiego pouczenia uczestnika procesu<sup>6</sup>. W chwili obecnej, po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 437) kodeks postępowania karnego zawiera kilkadziesiąt takich przepisów. Można je pogrupować w kilka kategorii. Pierwsza z nich dotyczy sytuacji, w której kodeks postępowania karnego odnosi się do większej grupy uczestników postępowania<sup>7</sup>. Inne kategorie stanowią pouczenia kierowane tylko do strony biernej procesu, czyli podejrzanego lub oskarżonego, do strony czynnej, do przedstawicieli stron procesowych, osobowych źródeł procesowych oraz innych uczestników.

Druga postać informacji prawnej to postać względna, która dotyczy sytuacji, gdy przepis szczególny nie przewiduje pouczenia uczestnika procesu, ale organ procesowy i tak takowego może udzielić. Jest to uzależnione od decyzji organu procesowego. Forma tej postaci jest zdefiniowana w art. 16 par.2 kpk<sup>8</sup>. Jednak brak pouczenia, gdy okazało się one konieczne, wywołuje takie same konsekwencje jak brak pouczenia obligatoryjnego. Oceny niezbędności zastosowania pouczenia przeprowadza organ postępowania biorąc pod uwagę obiektywne kryteria, a w szczególności prawdopodobieństwo, czy uczestnik postępowania jest świadom swoich praw lub obowiązków. Tak więc decyzji takiej nie można obarczyć mianem dowolnej<sup>9</sup>. Orzecznictwo zakłada, że jeżeli strona podczas pouczenia nie zwraca się do sądu o dodatkowe wyjaśnienia bądź nie kieruje pytań, sąd nie musi zakładać, że nie zrozumiała ona stosowanego w jej kierunku pouczenia czy też zrozumiała je błędnie. Tym bardziej, sąd nie musi tego rozważać, gdy w chwili przedstawiania pouczenia stronie towarzyszył fachowy pełnomocnik<sup>10</sup>.

Zasady procesu karnego poprzez swoje istnienie wywołują różne skutki wobec uczestników procesu poprzez realizację swoich funkcji. Doktryna przewiduje cztery rodzaje funkcji zasady informacji prawnej. Należą do nich funkcja gwarancyjna, informacyjna, porządkowa oraz wychowawcza. Za podstawową z nich uważa się funkcję gwarancyjną, gdyż

<sup>1</sup> M. Andrzejewska, *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ, Nauki Społeczne*, nr 6 (1/2013), s.90.

<sup>2</sup> P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1 - 296*, T. 1, C.H. Beck Warszawa 2011, s. 165.

<sup>3</sup> J. Kosowski, *Zasada informacji prawnej w polskim procesie karnym w świetle art. 16 kpk*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 53.

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 125.

<sup>5</sup> T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz Lex*, Warszawa 2008, s. 104.

<sup>6</sup> Red. P. Hofmański, *op.cit.*, s.133.

<sup>7</sup> J. Kosowski, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 126.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 127.

<sup>9</sup> T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 132.

<sup>10</sup> Postanowienie składu 7 sędziów SN z dnia 14 maja 1997 r., V KKN 325/96, OSNKW 1997, nr 9 – 10, poz. 71.

polega ona na zabezpieczeniu korzystania przez strony procesu ze swoich uprawnień. Poprzez udzielone pouczenie strona ma możliwość skorzystania z przysługujących jej praw. Jednak pouczenie takie dotyczy również uświadomienia strony o ciążących na niej obowiązkach, których zaniechanie może rodzić ujemne konsekwencje prawne. Z funkcją tą w ścisłym związku pozostaje kolejna – informacyjna. Zapewnia ona uczestnikom postępowania otrzymywanie informacji o prawach i obowiązkach na nich ciążących we wszystkich stadiach procesu. Jednak jak już wspomniano, w części przypadków pouczenie takie będzie obligatoryjne, a w części wynika z decyzji organów procesowych. To, jakie pouczenie na jakim stadium postępowania dostaje jego uczestnik z kolei określa funkcja regulacyjna, czyli porządkująca. Nie stosowanie się do tych zasad i pouczenie strony na innym etapie niż powinno do tego dojść uznane być może za obrazę przepisów, zwłaszcza, jeśli w wyniku tego uczestnika postępowania dotknęły negatywne skutki. Ostatnia z głównych funkcji – wychowawcza – związana jest z odbiorem procesu karnego przez społeczeństwo. Realizowana jest ona głównie w ten sposób, że etap sądowy postępowania jest co do zasady jawny i dzięki udziałowi publiczności rośnie zaufanie społeczeństwa do władzy sądowniczej<sup>11</sup>. Oprócz wyżej wymienionych funkcji uznawanych za główne, wyróżnić można również inne, takie jak stabilizacyjna i organizacyjna. Pierwsza z nich zapewnić ma precyzyjny zakres pouczeń, do których udzielania zobligowane są organy procesowe. Z kolei druga polega na określeniu jaką pozycję mają uczestnicy postępowania poprzez wskazanie przysługujących im uprawnień i obowiązków<sup>12</sup>.

Przez wiele lat, przed wejściem w życie wielkiej nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wprowadzonej ustawą z dnia 27 września 2013r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych ustaw (Dz.U. 2013 poz.1247) trwały dywagacje na temat kontrydiktoryjności procesu karnego. Postulowano niejednokrotnie, że jeśli tylko organ procesowy będzie dociekał prawdy, nigdy nie przyniesie takich samych rezultatów jak rozważanie sprawy przedstawionej przez strony o różnych interesach. W procesie karnym obowiązującym na zasadach przed 1 lipca 2015 r. w postępowaniu przygotowawczym dominowała zasada inkwizycyjności nadająca organowi postępowania zobowiązanie do podejmowania czynności dowodowych z własnej inicjatywy w celu realizacji celów procesu. Z kolei zasada kontrydiktoryjności zakłada umożliwienie stronom aktywne działanie po to, aby mogły one wypracować decyzję korzystną dla nich<sup>13</sup>. Projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego przedstawiony w druku nr 870 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw zakładał przyjęcie modelu kontrydiktoryjnego postępowania z uwagi na jego dotychczasową nieefektywność. Jednak wprowadzenie zmian w tym zakresie było nierozzerwalnie związane z koniecznością aktywnego zaangażowania stron do udziału w procesie poprzez wywiązywanie się przez nie z obowiązków i świadome korzystanie z praw. Aby było to możliwe konieczne było zapewnienie im pełnej informacji prawnej. Ustawodawca wprowadził szereg zmian skupiając się między innymi na rozbudowaniu systemu pouczeń dostarczanych pokrzywdzonemu w różny sposób tak, aby proces stał się bardziej rzetelny i prowadził do skutecznego wymierzania sprawiedliwości<sup>14</sup>.

Kodeks postępowania karnego przed 1 lipca 2015 r. bagatelizował prawa pokrzywdzonego traktując go jako persona non grata. Potrzeba zmian w tym zakresie była podnoszona w piśmiennictwie niejednokrotnie. Autorzy postulowali o potrzebie zrównania możliwości realizowania swoich uprawnień przeciwnym stronom postępowania, gdyż z uwagi na brak rzetelnego dostępu do informacji wiele spraw trafiło przed postępowanie sądowe zamiast zakończyć się na etapie postępowania przygotowawczego<sup>15</sup>.

Uzasadnienie projektu rządowego przedstawionego w druku nr 870 rządowy projekt ustawy o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw wskazało skąd wynikała potrzeba wprowadzenia § 2 do art. 300 kpk. Wypunktowane są tam takie potrzeby jak równe traktowanie stron oraz wprowadzenie standardu ochrony procesowej pokrzywdzonego, do którego wypracowania doszło w ramach Unii Europejskiej, a zwłaszcza w projekcie dyrektywy Rady i Parlamentu Europejskiego (dokument 2011/0129 (COD), który zakładał minimalne standardy ochrony, praw i wsparcia ofiar przestępstw<sup>16</sup>.

Pokrzywdzony przed pierwszym przesłuchaniem w postępowaniu przygotowawczym powinien być pouczony zwłaszcza o uprawnieniach związanych z jego aktywnością. Z tego względu, przepis ten nie uwzględnia przekazania mu informacji związanych z dochodzeniem roszczeń cywilnych jak i związanych z uzyskaniem statusu strony w postępowaniu sądowym – są one mu dostarczane wraz z zawiadomieniem o przesłaniu do sądu aktu oskarżenia lub w toku procesu sądowego<sup>17</sup>. O konieczności poinformowania pokrzywdzonego o przysługujących mu w procesie karnym uprawnieniach

<sup>11</sup> J. Kosowski, *Zasada...*, op. cit. S.38 – 39.

<sup>12</sup> P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony...*, s. 201.

<sup>13</sup> W. Juchacz, *Zasada kontrydiktoryjności w nowym procesie karnym*, Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych, Miscellanea, T.3, 2013, s. 22.

<sup>14</sup> M. Andrzejewska, *Zeszyty Naukowe...*, op. cit., s. 91-92.

<sup>15</sup> Ibidem., s.94.

<sup>16</sup> Druk nr 870, uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 26 i n.

<sup>17</sup> Druk nr 870, uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 26 i n.

w postaci złożenia aktu oskarżenia w przypadku, gdy prokurator wydał postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania i wysłania materiałów sprawy jeśli tego zażąda stanowią § 118 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury<sup>18</sup>. Jednak z uwagi na uchylene w ostatnim czasie ww. rozporządzenia, kwestię tę reguluje teraz § 257, § 258 i § 259 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury<sup>19</sup>. Stanowią one, że pokrzywdzonego informuje się o możliwości złożenia prywatnego aktu oskarżenia, gdy prowadzone w sprawie z urzędu postępowanie sprawdzające nie przyniosą podstaw do wszczęcia postępowania przez prokuratora oraz w sytuacjach, gdy postępowanie prowadzone z urzędu wyjawia, że ścigany czyn jest ścigany z oskarżenia prywatnego, a także wtedy, gdy prokurator z uwagi na brak interesu społecznego zarzuci prowadzenie postępowania w sprawach ściganych z oskarżenia prywatnego.

Prace kodyfikacyjne nad znowelizowaną wersją kodeksu postępowania karnego doprowadziły do rozszerzenia art. 300 kpk, który normował kwestię pouczenia podejrzanego o paragraf 2, który normuje materie związane z informowaniem pokrzywdzonego. Pokrzywdzony w ramach przedstawionego mu pouczenia zyskuje szereg informacji, co pozwala mu poznać swoją sytuację procesową z racji czego jest w stanie podjąć decyzję co do swojej aktywności w trakcie postępowania. Dzięki pouczeniu dowiaduje się o przysługujących mu uprawnieniach i w jakim charakterze występuje. Na to, czy jego udział w postępowaniu będzie czynny, wpływ mają uzyskane dzięki pouczeniu informacje o tym, że może inicjować czynności postępowania, na jakich zasadach może w nich uczestniczyć, kiedy i w jaki sposób może zaskarżać określone decyzje procesowe, o możliwości dostępu do akt sprawy, korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, kto jest uprawniony do wykonywania jego praw w wypadku śmierci albo gdy jest małoletni lub ubezwłasnowolniony. Dodatkowo uzyskuje informacje o możliwości uzyskania pomocy w ramach dostępnych środków ochrony i pomocy, o możliwości uzyskania kompensaty państwowej lub naprawienia szkody przez oskarżonego<sup>20</sup>. Nowelizacja wprowadzona ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>21</sup>, a potem także ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka<sup>22</sup> doprowadziły do ostatecznego brzmienia art. 300 § 2 kpk wyróżniając w tym względzie następujące uprawnienia pokrzywdzonego:

- do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia i warunkach uczestniczenia w tych czynnościach, określonych w art. 51 kpk, art. 52 kpk i art.
- do składania wniosku o przeprowadzenie określonej czynności lub dowodu<sup>23</sup>,
- do zwrócenia się do sądu lub prokuratora o przesłuchanie świadka, jeżeli istnieje obawa, iż nie będzie można tego dokonać podczas rozprawy głównej, oraz o prawie udziału w czynnościach postępowania z zastrzeżeniem, że w szczególnych wypadkach ze względu na dobro postępowania, można pokrzywdzonemu tego prawa odmówić<sup>24</sup>,
- do doręczenia pokrzywdzonemu postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego oraz wzięcia udziału w jego przesłuchaniu jak i do zapoznania się do sporządzoną przez niego pisemną opinią<sup>25</sup>,
- do korzystania z pomocy pełnomocnika, w tym do złożenia wniosku o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu w okolicznościach wskazanych w art. 78 kpk, czyli w razie niemożności poniesienia kosztów sfinansowania pełnomocnika<sup>26</sup>,
- do końcowego zapoznania się z materiałami postępowania przygotowawczego,
- jak również o uprawnieniach określonych w art. 23a § 1, które dotyczą złożenia wniosku o przeprowadzenie postępowania medacyjnego<sup>27</sup>,
- do wyznaczenia pełnomocnika z urzędu<sup>28</sup>,
- do wezwania tłumacza w razie nieposługiwania się językiem polskim<sup>29</sup>,
- do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia lub umorzenia postępowania oraz do złożenia zażalenia na bezczynność, w przypadku, gdy pokrzywdzony nie został zawiadomiony o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania w ciągu szczęściu tygodni od złożenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa<sup>30</sup>

<sup>18</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz. U. z 2014 r., poz. 2018.

<sup>19</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 07 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz. U. z 2016 r., poz.

<sup>20</sup> J. Żylińska, *Prawo pokrzywdzonego do informacji procesowej*, Prokuratura i Prawo, nr 6, 2015, s. 51.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, Dz. U. z 2014 r., poz. 21.

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 315.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 316.

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 318.

<sup>26</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 78.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r., nr 88, poz. 553, art. 23a § 1.

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 87a.

<sup>29</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 204.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 306.

oraz o obowiązkach i konsekwencjach wskazanych w:

- art. 138 kpk dotyczącym obowiązku wskazania, w razie przebywania poza granicami kraju, do doręczeń w kraju i konsekwencjach jakie wynikają w przypadku braku takiego wskazania<sup>31</sup>,
  - art. 139 kpk dotyczącym obowiązku wskazania nowego adresu w przypadku zmiany miejsca pobytu lub zamieszkania i konsekwencji jakie rodzi brak wskazania adresu<sup>32</sup>,
- a także o treści przepisu art. 59a Kodeksu karnego stanowiącym o umorzeniu restytucyjnym<sup>33</sup>.

Pouczenie obejmuje również informację o: możliwościach naprawienia szkody przez oskarżonego lub uzyskania kompensaty państwowej, dostępie do pomocy prawnej, dostępnych środkach ochrony i pomocy, o których mowa w ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka<sup>34</sup>, możliwości wydania europejskiego nakazu ochrony, organizacjach wsparcia pokrzywdzonych oraz możliwości zwrotu kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu<sup>35</sup>.

Jednak ostatnia nowelizacja obowiązująca od dnia 15 kwietnia 2016 r.<sup>36</sup> wprowadziła kilka zmian dotyczących tychże uprawnień. Odjęto pouczenia o:

- treści art. 87a kpk, który stanowi o powołaniu przez prezesa sądu, sąd lub referendarza sądowego pełnomocnika z urzędu na wniosek strony innej niż oskarżony, która nie ma pełnomocnika z wyboru<sup>37</sup>, z uwagi na jego uchylenie, - uchylenie tego przepisu zmienia sytuację pokrzywdzonych w ten sposób, że od tej chwili będą mieli możliwość wnioskowania o pełnomocnika z urzędu tylko w przypadku trudnej sytuacji majątkowej, w innych przypadkach zmuszeni będą do korzystania z usług pełnomocnika wyboru; ustawodawca uzasadniał uchylenie tegoż przepisu zwiększeniem roli czynnika sądowego w dojściu do prawdy i ograniczeniem wymogów formalnych w zakresie między innymi formułowania środków zaskarżenia<sup>38</sup>.
- treści art. 59a kk, czyli o umorzeniu restytucyjnym, z uwagi na uchylenie tegoż przepisu<sup>39</sup>, - ustawodawca uzasadnił uchylenie tego przepisu faktem, iż nie spełniał on celów postępowania karnego w formie odpłaty za popełnienie czynu zabronionego; postulowano, że przepis ten mógł prowadzić do nadużyć dając oskarżonemu możliwość wykupienia się z odpowiedzialności karnej, zwalniał z niej sprawców nawet poważnych przestępstw i stwarzał sytuacje, w których oskarżeni mogli wywierać presje na pokrzywdzonych<sup>40</sup>,
- do końcowego zapoznania się z materiałami postępowania przygotowawczego; przepis ten, zwłaszcza w sytuacji gdy pokrzywdzonych było wielu mógł powodować nadmierne przedłużenie postępowania przygotowawczego, gdyż każdy z nich miał bezwzględne prawo do końcowego zaznajomienia się z aktami; nie znaczy to jednak, że pokrzywdzeni nie mają teraz wglądu do akt sprawy, a dodano pouczenie dotyczące:
- treści art. 156, stanowiącym o możliwości udostępniania stronom akt w celu dokonania ich odpisów lub kopii, a jeżeli z uwagi na potrzebę zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania odmówi się pokrzywdzonemu dostępu do akt, należy go poinformować o możliwości udostępnienia mu akt w późniejszym terminie<sup>41</sup>, - przepis ten umożliwi skrócenie czasu postępowania; należy zwrócić uwagę, że przepis ten jest zastępstwem poprzedniego zapisu stanowiącym o dostępie do akt – teraz pokrzywdzony również będzie miał do nich wgląd, ale nie obligatoryjnie; dodatkowo wprowadzono możliwość zapoznania się z aktami w postaci elektronicznej,
- treści art. 337a, stanowiącym o powiadomieniu pokrzywdzonego po złożonym przez niego wniosku o dacie i miejscu posiedzenia lub rozprawy dotyczącej umorzenia postępowania, warunkowego umorzenia postępowania albo skazania bez rozprawy, a także o zarzutach oskarżenia wraz z kwalifikacją prawną<sup>42</sup> - dotychczas pokrzywdzeni byli informowani z urzędu,
- pomocy przewidzianej w art. 43 § 8 Kodeksu karnego wykonawczego.

Obowiązek przekazywania pokrzywdzonym pouczeń nałożony jest również na funkcjonariuszy. Do dnia 23 lipca 2015 r. regulował tę kwestię § 19 wytycznych nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo – śledczych przez policjantów<sup>43</sup>. W myśl tego paragrafu, policjant zobowiązany

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 138

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 139

<sup>33</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r., nr 88, poz. 553, art. 59a,

<sup>34</sup> Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. - o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, Dz. U. 2015 poz. 21,

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks Postępowania Karnego, Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z pn. zm.,

<sup>36</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 r - o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych ustaw, Dz. U. poz. 437,

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 87a

<sup>38</sup> Druk nr 207, uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw,

<sup>39</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r., nr 88, poz. 553, art. 59a,

<sup>40</sup> Druk nr 207, uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw,

<sup>41</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 156

<sup>42</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., nr 89, poz. 555, art. 337a

<sup>43</sup> Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 15 lutego 2012 r. w sprawie wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów, Dziennik Urzędowy Komendy Głównej Policji z dnia 16 lutego 2012 r.

był wręczyć pokrzywdzonemu pouczenie o prawach i obowiązkach na piśmie, a w razie wątpliwości dokonać uzupełniających ustnych wyjaśnień. Jeśli pokrzywdzony nie władał językiem polskim, funkcjonariusz policji powinien był wręczyć pokrzywdzonemu pouczenie przetłumaczone na język zrozumiały dla niego. W razie braku takiego pouczenia, wzywano tłumacza, który dokonywał tłumaczenia ustnie, a pokrzywdzony miał prawo żądać doręczenia mu pisemnego pouczenia w języku, którym włada. Od dnia 24 lipca 2015 r. obowiązują wytyczne nr 1 Komendanta Głównego Policji w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo – śledczych przez policjantów z dnia 23 lipca 2015 r.<sup>44</sup>, które nieco odmiennie regulują wyżej wskazane kwestie. Paragraf 19 tychże wytycznych wyraźnie wskazuje, że pouczenie przedkładane pokrzywdzonemu ma zawierać treści wynikające z art. 300 kpk, a funkcjonariusz jest dodatkowo zobowiązany do dokonania ustnych wyjaśnień zawartych tam kwestii w sposób dostosowany do wieku, stanu rozwoju intelektualnego i emocjonalnego pokrzywdzonego. Dodatkowo, przed przystąpieniem do przesłuchania i przedłożeniem pokrzywdzonemu pouczenia, należy go poinformować o celu przesłuchania. Kwestie związane z tłumaczeniem nie uległy zmianie.

Wprowadzenie pouczenia określonego w art. 300 § 2 kpk spowodowało, że pokrzywdzeni w całym kraju uzyskują taki sam pakiet informacji a nie jak było do tej pory – inny w zależności od tego, jaki organ opracowywał katalog pouczeń<sup>45</sup>. Mimo iż najnowsza nowelizacja wprowadzona ustawą o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 11 marca 2016 r. (Dz.U.2016 poz.437) odeszła w postępowaniu karnym od zasady kontrydiktoryjności, ustawodawca pozostawił rozszerzenie uprawnień pokrzywdzonego dotyczących pouczeń jedynie nieco modyfikując ich treść, ze względu na zmianę obowiązujących przepisów. Z powyższego wynika, że zakres pouczenia jest wystarczająco szeroki, aby umożliwić pokrzywdzonemu branie czynnego udziału w procesie karnym. Jednak literatura wskazuje, że pokrzywdzony powinien mieć również zapewnione odpowiednie ku temu warunki, a sama informacja nie zapewni ochrony jego interesów w postępowaniu. Dodatkowo ważne jest zwrócenie uwagi na sposób w jaki organ procesowy przekazuje pokrzywdzonemu informacje. Powinien tego dokonywać w sposób skorelowany z wiekiem, rozwojem emocjonalnym i intelektualnym pokrzywdzonego. Nadto organ procesowy przekazujący pouczenie powinien dokonywać w razie potrzeby wszelkich wyjaśnień w razie jakichkolwiek wątpliwości, zwłaszcza, że język, którym pisane są pouczenia jest często niezrozumiały dla pokrzywdzonych. Informowanie pokrzywdzonego powinno odbywać się w jak najstaranniejszy sposób, aby przedstawić mu wszystkie zapewnione mu gwarancje procesowe. Dzięki temu pokrzywdzony będzie mógł mieć samodzielny wpływ na postępowanie dążące do sprawiedliwego i korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia procesowego<sup>46</sup>.

\*\*\*

### The principle of the right of the victim to information in the light of the amendment of Code of Criminal Procedure

The principle of the right to legal information is to ensure victims access to knowledge about their rights and the possibilities of their use. It imposes on the authority obligation to provide information to victims at every stage of the proceedings, regardless of whether a specific provision provides. The revised Code of Criminal Procedure obliges interrogators to proffer victim written instruction of its rights. This instruction allows victim to meet its procedural situation and provides information on the available options of activities. The subject of this article is to analyze the effectiveness of informing victims and the real use of their rights.

<sup>44</sup> Wytyczne nr 1 Komendanta Głównego Policji z dnia 24 lipca 2014 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo – śledczych przez policjantów,

<sup>45</sup> E. Bieńkowska, *Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji prawa karnego*, Prokuratura i Prawo, nr 3, 2014, s. 21,

<sup>46</sup> J. Żylińska, *Prawo pokrzywdzonego...*, op.cit., s. 56,

Piotr Herman

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SPORZĄDZENIE SPRAWOZDANIA FINANSOWEGO

### Wstęp

Należy w tym wskazać cel niniejszej publikacji jakim jest omówienie katalogu osób odpowiedzialnych za należyte sporządzenie sprawozdania finansowego, zakresu odpowiedzialności oraz sankcji grożących za niedopełnienie obowiązków. Głównym źródłem odpowiedzialności za sporządzenie sprawozdania finansowego jest ustawa o rachunkowości

<sup>1</sup> oraz kodeks karny skarbowy<sup>2</sup>. W przypadku analizy odpowiedzialności pamiętać należy również o przepisach kodeksu karnego<sup>3</sup> odnoszących się do przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu.

Konieczne jest wyjaśnienie celu sporządzania sprawozdania finansowego. Niezbędne w tym przypadku jest sięgnięcie do Międzynarodowych Standardów Rachunkowości. Zgodnie z nimi ma ono na celu dostarczenie informacji o sytuacji finansowej, wynikach przedsiębiorstwa oraz zachodzących w nim zmianach. Mogą być one przydatne wielu użytkownikom sprawozdań finansowych w podejmowaniu decyzji o charakterze ekonomicznym.<sup>4</sup> Głównymi adresatami sprawozdań są inwestorzy zainteresowani działalnością konkretnej spółki. Potrzebują oni rzetelnych i wielowymiarowych informacji o bieżącej działalności oraz prognozach na przyszłość. Sprawozdanie sporządzane jest na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych, zwany dniem bilansowym. Co do zasady tożsamy jest on z rokiem kalendarzowym, jednakże nie jest to warunek konieczny.

Zgodnie z UoR sprawozdanie finansowe powinno składać się z trzech elementów:

- a) bilansu;
- b) rachunku zysków i strat;
- c) informacje dodatkowe.

### Odpowiedzialność na podstawie Ustawy o Rachunkowości

Najważniejszym źródłem prawa bilansowego jest UoR, która w Rozdziale 9 określa odpowiedzialność karną za naruszenie przepisów ustawy. Podstawą odpowiedzialności może być naruszenie przepisów w zakresie:

- prowadzenia ksiąg rachunkowych;
- sporządzania sprawozdań finansowych;
- wydawania opinii z badania sprawozdania finansowego.
- innych przepisów prawnych mających wpływ na rachunkowość jednostki.

Ustawodawca wprowadził sankcje za naruszenie przepisów w postaci grzywny lub kary pozbawienia wolności do lat 2.<sup>5</sup> Wymienione kary mogą być stosowane w sposób kumulatywny. W kolejnej części określone zostały osoby zobowiązane do nadzoru nad prawidłowym stosowaniem przepisów UoR. Zgodnie z art. 4a ustawy odpowiedzialność za spełnienie wytycznych w zakresie sporządzania sprawozdań finansowych spoczywa na kierowniku właściwej jednostki organizacyjnej, członkach rady nadzorczej lub innego organu zobowiązanego do nadzoru. Dodatkowo uregulowania w tym zakresie zawiera kodeks spółek handlowych<sup>6</sup> wprowadzając obowiązki osób będących członkami rad nadzorczych. Dotyczą one spółek: z o.o., akcyjnej i komandytowo akcyjnej. Zobowiązuje ich do sprawowania ciągłego nadzoru nad działalnością spółki, dokonywania oceny corocznych sprawozdań finansowych, a w szczególności ich zgodności z księgami rachunkowymi, dokumentami oraz stanem faktycznym.<sup>7</sup> Członkowie rady nadzorczej biorą również czynny udział w pracy nad sprawozdaniami finansowymi, która nie ogranicza się jedynie do kontroli następczej. W zakresie ich obowiązku leży między innymi przygotowanie sprawozdania, które następnie przedstawione zostanie zgromadzeniu wspólników. Podkreślenia wymaga fakt, iż uregulowania zawarte w kodeksie spółek handlowych ma o wiele węższy zakres podmiotowy, niż to które możemy znaleźć w UoR. Dotyczą one między innymi kierownika jednostki organizacyjnej oraz członków zarządu. Jednostki, których dotyczy UoR zostały określone w katalogu zamkniętym w art. 2 ust. 1. Ustawodawca sporządził również definicję pojęcia członka zarządu. Rozumie się przez to „osobę fizyczną, pełniącą funkcję członka zarządu lub innego organu zarządzającego, członka rady nadzorczej lub innego organu nadzorującego, jak również innego organu administrującego jednostki, powołaną do pełnienia tej funkcji zgodnie z postanowieniami umowy

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1047 z późn. zm.) określana dalej skrótem UoR.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2137 z późn. zm.) określany dalej skrótem kks.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.).

<sup>4</sup> André Helin Sprawozdanie finansowe według MSSF, Wprowadzenie Warszawa 2009.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1578 z późn. zm.)

<sup>7</sup> Ustawa o Rachunkowości. Komentarz *Rozdział 9. Rachunkowość* Helin 2017, wyd. 3.



spółki, statutu lub innymi obowiązującymi jednostkę przepisami prawa”.<sup>8</sup> Oznacza to, iż do odpowiedzialności może być pociągnięta jedynie osoba, która została powołana do pełnienia określonej funkcji w radzie nadzorczej. Podstawą w tym przypadku mogą być wewnętrzne uregulowania jednostki, takie jak umowa spółki lub statut, ale również obowiązujące przepisy prawa.

Podstawą odpowiedzialności członka zarządu lub kierownika jednostki organizacyjnej będzie niedopełnienie obowiązku zawartego w art. 4a UoR. Zgodnie z nim „zobowiązani do zapewnienia, aby sprawozdanie finansowe, skonsolidowane sprawozdanie finansowe, sprawozdanie z działalności oraz sprawozdanie z działalności grupy kapitałowej spełniały wymagania przewidziane w ustawie”.<sup>9</sup> Z następnego ustępu ustawy wynika, iż wszystkie wymienione osoby ponoszą odpowiedzialność solidarną, co dotyczy m.in. członka zarządu lub kierownika jednostki organizacyjnej. Oznacza to, iż ponoszą odpowiedzialność w przypadku niewykonania ciążącego na nich obowiązku lub wykonania go w sposób błędny, wskutek czego spółka poniosła szkody. Spółka będzie uprawniona do wystąpienia z żądaniem zadośćuczynienia w stosunku do każdego ze zobowiązanych, ale również wszystkich razem. Ponadto nadmienić należy, że poniesienie szkody jest elementem obligatoryjnym pociągnięcia do odpowiedzialności. W przypadku sporządzenia sprawozdania w sposób niezgodny z zasadami określonymi w ustawie, co nie będzie skutkowało poniesieniem przez spółkę szkody odpowiedzialność odszkodowawcza nie powstanie, może natomiast wystąpić np. odpowiedzialność karna. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego poprzez szkodę majątkową należy rozumieć „różnicę między obecnym stanem majątkowym poszkodowanego a tym stanem, jaki by istniał, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę”.<sup>10</sup> Kluczowe znacznie dla pojęcia szkody będzie miał: stan majątkowy po poniesieniu szkody oraz hipotetyczny moment w którym jednostka nie odniosłaby straty. Różnica w wielkości majątku będzie stanowiła wysokość straty jaką poniósł poszkodowany. Jednakże pojęcie to musi zostać rozszerzone również o utracone korzyści, czyli zysk, który spółka mogła by osiągnąć, gdyby zdarzenie, które doprowadziło do powstania szkody nie miało miejsca.

W przypadku spełnienia przesłanek określonych w ustawie w stosunku do członków rad nadzorczych oraz kierowników jednostek organizacyjnych zastosowanie będą miały przepisy karne zawarte w UoR. Odpowiedzialność dotyczy sytuacji w których w ogóle nie sporządzono sprawozdania finansowego oraz jeśli jest ono niekompletne lub przekroczono określone w ustawie terminy. Natomiast sporządzenie sprawozdania w sposób sprzeczny z przepisami ustawy nie będzie powodować poniesienia odpowiedzialności w trybie omawianego art. 77 ustawy.

Katalog przepisów penalizujących odpowiedzialność członków zarządu zostaje rozszerzony. Odpowiedzialność ponoszą również osoby, które wbrew przepisom ustawy: nie poddają sprawozdania finansowego badaniu przez biegłego rewidenta oraz nie udzielają biegłemu rewidentowi informacji niezbędnych do wykonania powierzonego mu zadania, nie składają sprawozdania we właściwym rejestrze, wymienione zachowania podlegają grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

Opisane przypadki są przestępstwami umyślnymi. Wymiary kary ustalone zostały zgodnie z przepisami kodeksu karnego. W myśl art. 33 k.k. grzywna wymierzana jest w stawkach dziennych. Minimalna ilość stawek dziennych wynosi 10, natomiast maksymalna 540. Ilość stawek dziennych powinna być dostosowana do wagi przewinienia sprawcy. Natomiast w przypadku ustalenia wysokości jednej stawki dziennej sąd bierze pod uwagę wysokość dochodów sprawcy, warunki osobiste, rodzinne oraz możliwości zarobkowe. Najniższa stawka dzienna to 10 zł, natomiast najwyższa 2000zł. Odpowiedzialności za sporządzenie sprawozdania finansowego, które jest niezgodne ze stanem faktycznym podlega również biegły rewident. Może być ona egzekwowana na wielu płaszczyznach. Spółka, która poniosła szkody w wyniku działania biegłego rewidenta może dochodzić ich naprawienia na drodze postępowania cywilnego, analogicznie jak w przypadku członków zarządu. Kolejną wyróżnioną sferą jest odpowiedzialność zawodowa, reguluje ją art. 83 BiegRwU<sup>11</sup>. Decyzja podejmowana jest w oparciu o zakres i rodzaj stwierdzonych nieprawidłowości. Konsekwencją może być: nałożenie kary finansowej, której wysokość uzależniona będzie od przychodów, zakaz wykonywania zawodu, skreślenie z listy podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, oraz podanie nałożonych kar do publicznej wiadomości. Jednakże również UoR uwzględnia sytuację w której sprawozdanie finansowe zostało sporządzone przez biegłego rewidenta w sposób niezgodny ze stanem faktycznym.

### Odpowiedzialność ponoszona na podstawie Kodeksu Karnego Skarbowego

Kolejnym aktem prawnym, na podstawie którego uregulowano odpowiedzialność osób prowadzących księgi rachunkowe jest kodeks karny skarbowy. Jest to ustawa, która w sposób bezpośredni reguluje przestępstwa i wykroczenia

<sup>8</sup> Art. 3 ust 1 pkt 5a Ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości.

<sup>9</sup> Art. 4a Tamże.

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.7. 1957 r. (sygn..akt II CR 304/57, OSN 1958, Nr 3, poz. 76)

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym. (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1000 z późn. zm.), określana dalej skrótem BiegRwU.

skarbowe. Pierwszym przepisem otwierającym grupę czynów, które odnoszą się do zasad prowadzenia ksiąg rachunkowych i dokumentacji podatkowej jest art. 60 kks. Zawierają dane, które przenoszone są do deklaracji i zeznań podatkowych.

Pierwszą spenalizowaną czynnością jest nieprowadzenie ksiąg rachunkowych. Zawarte w art. 60 § 1 kks stwierdzenie „Kto wbrew obowiązki...” sprawia, że podmiot zostaje zindywidualizowany. Tak jak w przypadku UoR obowiązek prowadzenia ksiąg musi wynikać z aktu rangi ustawowej, decyzji właściwego organu lub umowy. Jest to katalog zamknięty, który nie może zostać poszerzony o kolejne przypadki. Gdy obowiązek ten spoczywa na podmiotach zbiorowych odwołać należy się do art. 9 § 3 kks, który stanowi, że „Za przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe odpowiada jak sprawca, także ten, kto na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi, osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną”<sup>12</sup>. Poprzez ten zapis ustawodawca doprecyzowuje na kim spoczywa odpowiedzialność za nieprowadzenie, ale również nierzetelne prowadzenie ksiąg, które przedstawione zostanie w dalszej części. W przypadku podmiotów zbiorowych zbadanie stosownych aktów wewnętrznych lub dokumentów pozwoli ustalić osobę odpowiedzialną w danej jednostce. Na podstawie powyższej podstawy prawnej odpowiedzialność ponoszą również za nieprowadzenie ksiąg podmioty, które zajmują się tym usługowo dla innego podmiotu.

Zachowanie sprawcy polega na nieprowadzeniu ksiąg rachunkowych wbrew obowiązki, który na nim spoczywa. O nieprowadzeniu ksiąg rachunkowych będziemy mówili w sytuacji, kiedy nie została ona w ogóle zapoczątkowana, ale również, kiedy została założona, a prowadzenie jej porzucono dopiero po pewnym okresie czasu. Pewien konflikt mogą budzić kwestie dotyczące kwalifikacji prawnej czynu. Ma on miejsce w przypadku kiedy porzucono prowadzenie księgi, ponieważ może być uznane również za nierzetelne. Decydujący w tym przypadku wydaje się być zamiar. Jeśli nie dokonuje on zapisów, które w przyszłości umożliwiłyby kontynuację porzuconej czynności, bez wątpienia będzie to całkowite porzucenie nałożonego obowiązku prowadzenia ksiąg. Natomiast jeśli przerwa w dokonywaniu zapisów jest chwilowa, której celem jest uniemożliwienie odzwierciedlenia stanu rzeczywistego mamy do czynienia z nierzetelnym prowadzeniem ksiąg.<sup>13</sup> Uzasadniony wydaje się być pogląd, który rozróżnia znamiona opisanych czynów uwzględniając zamiar sprawcy.

Należy również uwzględnić przypadek w którym jednostka prowadzi księgi w sposób rzetelny, ale są one niewłaściwego rodzaju. Prowadzenie księgi niewłaściwego rodzaju równoznaczne jest z brakiem wymaganego ustawowo rodzaju ksiąg, a więc nieprowadzeniem ksiąg. Uwzględnienia wymaga również możliwość wystąpienia błędu co do znamion czynu zabronionego. Zgodnie z art. 10 § 1 kks „nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię”<sup>14</sup>. Wystąpienie wspomnianego błędu skutkuje wyłączeniem odpowiedzialności karnej w tym zakresie.

Wspomniany czyn może być popełniony wyłącznie umyślnie. Uzasadniony wydaje się być pogląd, iż z uwagi na charakter wymienionych czynów można je popełnić wyłącznie z zamiarem bezpośrednim.<sup>15</sup> Wydaje się niemożliwe, aby dopuścić się opisywanych czynów z zamiarem ewentualnym. Akceptowany może być jedynie quasi-ewentualny.

Przestępstwo podlega karze grzywny do 240 stawek dziennych. Uwzględniono również przypadek w którym czyn będzie wypadkiem mniejszej wagi, zawierający ze względu na okoliczności przedmiotowe niski stopień społecznej szkodliwości czynu.

Omawiany przepis zawiera również przypadek wykroczenia skarbowego. Polega na niezawiadomieniu w terminie organu o prowadzeniu ksiąg przez podmiot zewnętrzny jakim jest np.: doradca podatkowy. Podmiotami uprawnionymi do prowadzenia ksiąg w cudzym imieniu i na ich rzecz są: adwokaci, radcy prawni, doradcy podatkowi, biegli rewidenci oraz pozostałe osoby, które posiadają szczególne uprawnienia do usługowego prowadzenia ksiąg. Jest to zachowanie, które polega na zaniechaniu obowiązku. Oczywistym wydaje się fakt, że zaniechania w tym przypadku może dopuścić się jedynie osoba na której ciąży szczególny obowiązek, jak to miało miejsce również w poprzednim przypadku. Może znaleźć zastosowanie art. 9 § 3 kks, który nakłada odpowiedzialność za przestępstwa również na osoby, które na podstawie decyzji organu, umowy, przepisu lub faktycznego wykonywania zajmują się wykonywaniem spraw finansowych i gospodarczych.

Kodeks w sposób bezpośredni odnosi się również do nieprzechowywania ksiąg. Zgodnie z § 2 „Kto wbrew obowiązki nie przechowuje księgi w miejscu wykonywania działalności lub w miejscu wskazanym przez podatnika jako jego siedziba, przedstawicielstwo lub oddział, a jeżeli prowadzenie zostało zlecone biuru rachunkowemu lub innemu

<sup>12</sup> Art. 9 § 3 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy.

<sup>13</sup> A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Przestępstwa i wykroczenia skarbowe związane z księgami podatkowymi*, Monitor Podatkowy 2003, nr 5.

<sup>14</sup> Art. 10 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy.

<sup>15</sup> A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Przestępstwa i wykroczenia skarbowe związane z księgami podatkowymi*, Monitor Podatkowy.

uprawnionemu podmiotowi – w miejscu określonym w umowie z biurem rachunkowym lub w miejscu wskazanym przez kierownika jednostki (...).<sup>16</sup> Według poglądu doktryn przez nieprzechowywanie rozumie się „zarówno całkowite nieprzechowywanie ksiąg (np. niszczenie po danym roku podatkowym), jak i nieprzechowywanie ich przez ustawowo określony czas”<sup>17</sup>. Aby wypełnić znamiona przestępstwa zachowanie to musi być zawinione. Karalne nie będzie nieposiadanie ksiąg rachunkowych w sytuacji, gdy uległy one zniszczeniu w skutek działania siły wyższej. Przestępstwo to popełnione jest wyłącznie umyślnie z zamiarem bezpośrednim.

Szczególną uwagę w kontekście prawa bilansowego należy zwrócić na artykuł 61 kks, który odnosi się do nierzetelne prowadzenia ksiąg. W omawianym przepisie spenalizowano dwa sposoby prowadzenia ksiąg: nierzetelne i wadliwe. Poprzez nierzetelne księgi rachunkowe rozumie się prowadzone niezgodnie ze stanem rzeczywistym, natomiast wadliwe sprzeczne z przepisami prawa. Oba opisane przypadki zostają zaliczone do deliktów skarbowych indywidualnych. Dotyczyć on może nie tylko osoby bezpośrednio zobowiązanej do prowadzenia ksiąg, czyli kierownika jednostki lub członka zarządu, ale także osoba, której prowadzenie ksiąg zostało powierzone lub zlecone. Może dotyczyć również przypadku, w którym osoba prowadziła księgi, lecz nie posiadała faktycznych uprawnień.<sup>18</sup> Oddzielono w tym przypadku odpowiedzialność karną skarbową od posiadania specjalistycznych uprawnień. Oznacza to, że posiadanie szczególnych kwalifikacji nie jest konieczne do wypełnienia znamion czynu określonego w art. 61 kks. Należy jednak pamiętać, że nie można pociągnąć do odpowiedzialności osoby, która nie była zobowiązana do prowadzenia takich ksiąg, a pomimo tego je prowadziła w sposób nierzetelny lub wadliwy. W praktyce osoba zobowiązana do wykonywania tych czynności może powierzyć je nie tylko osobom posiadającym specjalne kwalifikacje.

Nierzetelne prowadzenie ksiąg podlega karze grzywny do 240 stawek dziennych. Możliwe jest również przyjęcie łagodniejszej kwalifikacji w sytuacji tzw. wypadku mniejszej wagi. Będzie to sytuacja w której znamiona podmiotowe przestępstwa cechują się niewysoką szkodliwością i nie jest konieczne stosowanie zasad odpowiedzialności za to przestępstwo. Oceny takiej nie należy wiązać z postępowaniem sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego lub z trybem jego życia.<sup>19</sup> W przypadku zastosowania łagodniejszej kwalifikacji będzie podlegał on karze grzywny za wykroczenie skarbowe.

Zarówno nierzetelne jak i wadliwe prowadzenie ksiąg może charakteryzować się zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Szczególną ostrożność w przypisywaniu odpowiedzialności sprawcy należy zachować w przypadku, kiedy występują znaczące rozbieżności w interpretacji przepisów prawa podatkowego. Trafny wydaje się być pogląd, który zaleca daleko idącą ostrożność w sytuacji, gdy nieodpowiadające rzeczywistości zapisy są wynikiem różnic w interpretacji przepisów prawa podatkowego.<sup>20</sup> W takiej sytuacji można przyjąć, że osoba pozostała w błędzie co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego. Jest to sytuacja, która wyłącza umyślność popełnienia przestępstwa przez sprawcę. Winę mogą wyłączyć inne zdarzenia losowe, które są niezależne od osoby prowadzącej księgi. Większa liczba błędnych zapisów w księgach rachunkowych nie przesądza o umyślności, możliwe jest wprowadzenie do księgi jednego nierzetelnego zapisu oraz prowadzenie ich w sposób niedbały i nieumyślny niezgodny z rzeczywistością.<sup>21</sup> Nie można również przypisać umyślności osobie, która nierzetelnie prowadzi dokumenty na podstawie otrzymanych dokumentów w których nie mogła się zorientować nie ze swojej winy.

## Zakończenie

Każde sprawozdanie finansowe powinno zostać sporządzone zgodnie z zasadami rachunkowości. W szczególności powinno być ono rzetelne oraz przedstawiać w sposób rzeczywisty sytuację finansową i ekonomiczną jednostki. Dlatego niezwykle istotne są również zagadnienia związane z prawidłowym sporządzaniem sprawozdań. W artykule przedstawiona została odpowiedzialność, którą ponoszą podmioty zobowiązane na podstawie Ustawy o rachunkowości oraz kodeksu karnego skarbowego. Wymienione akty prawne w sposób wystarczający regulują odpowiedzialność w odniesieniu do osób, które zobowiązane są do sporządzania na podstawie przepisów szczególnych. Należy jednak pamiętać, iż wspomniana odpowiedzialność ma charakter wielowymiarowy. Duże znaczenie mają tutaj również przepisy prawa cywilnego, karnego oraz prawa pracy. Właściwe sporządzenie sprawozdania finansowego istotne jest nie tylko ze względu na treść ekonomiczną, którą zawiera, ale również adresatów do których jest kierowane oraz decyzje, które są podejmowane w oparciu o zawarte w nich dane. Pewne wątpliwości może budzić odpowiedzialność osób, które sporządzają sprawozdanie finansowe, a są do tego zobowiązane jedynie na podstawie umowy.

<sup>16</sup> Art. 60 §2 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy.

<sup>17</sup> T. Grzegorzczak, kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2001, s. 278.

<sup>18</sup> A. Bartosiewicz, R. Kubacki, Kodeks karny skarbowy. Przestępstwa i wykroczenia podatkowe oraz dewizowe, Warszawa 2010 s. 347.

<sup>19</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 11.05.2011 w Krakowie (sygn.. akt II Aka 88/11).

<sup>20</sup> A. Bartosiewicz, R. Kubacki, Kodeks karny skarbowy. Przestępstwa i wykroczenia podatkowe oraz dewizowe.

<sup>21</sup> Wyr. Sądu Najwyższego z dnia 30.05.2001 r., (sygn.. akt II KKN 85/99).

\*\*\*

In the beginning article describe financial statement and show how important it is for future investors. It was shown In the example of accounting law and criminal tax code. The article raises the issue of responsibility for improperly made out financial statement or not fulfilling responsibilities associated with those statements. In details was show situation subjects wchich are obligated to prepare financial statment especially: supervisory board members and board members. Summary rewers to general ballance law rulet. The main purpose of the article was to present the rules of responsibility for financial statment.

**Keywords:** Financial statement, accountability, Accounting law, Criminal tax code, Supervisory board, Board member.

Paulina Paleń

## INSTYTUCJA OBRONY OBLIGATORYJNEJ W POLSKIM PROCESIE KARNYM

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie i wyjaśnienie znaczenia instytucji obrony obligatoryjnej w polskim procesie karnym, poprzez ukazanie jej korelacji z naczelną zasadą prawa do obrony. Przewodnym aspektem opracowania jest także przedstawienie w ujęciu historycznym procesu kreowania się obrony obowiązkowej oraz dokładne objaśnienie przesłanek warunkujących jej zastosowanie, które zachodzą gdy: oskarżony nie ukończył osiemnastego roku życia, jest niewidomy, głuchy lub niemy, istnieją uzasadnione wątpliwości co do jego stanu psychicznego w czasie popełnienia czynu albo podczas toczącego się postępowania karnego oraz zachodzą inne okoliczności przemawiające za zastosowaniem obrony obligatoryjnej na podstawie decyzji sądu (art. 79 KPK), jak i w przypadku, kiedy oskarżony występuje przed sądem okręgowym, gdy zarzucono mu zbrodnię (art. 80 KPK), co stanowi odzwierciedlenie głównego założenia artykułu.

**I. Zasada prawa do obrony**

Poruszając tematykę dotyczącą zagadnienia obrony obligatoryjnej w ujęciu polskiego procesu karnego, nie sposób pominąć zagadnienia ściśle z nią związanego, a mianowicie zasady prawa do obrony, która to stanowi jedną z naczelných i najważniejszych zasad procesu karnego

<sup>1</sup>. Została ona uregulowana w wielu aktach prawnych, zarówno o zasięgu krajowym jak i międzynarodowym. Fundamentalnym jej źródłem normatywnym jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997r. (dalej: Konstytucja RP), która w art. 42 ust. 2 wyraźnie wskazuje, że każdy ma prawo do obrony we wszystkich etapach postępowania karnego, ale także prawo do wyboru i korzystania z pomocy obrońcy<sup>2</sup>. Kluczowym jednak źródłem tej zasady jest Kodeks Postępowania Karnego z dnia 6 czerwca 1997r. (dalej: KPK), który w art. 6 stanowi wprost, że „Oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć.”<sup>3</sup>. Odnośnie międzynarodowej grupy aktów normatywnych stanowiących źródła omawianej zasady, w ramach przykładu należy przywołać Konwencję praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r., która wskazuje w art. 6 ust. 3, najważniejsze prawa oskarżonego o popełnienie czynu zabronionego<sup>4</sup>.

Za najważniejsze przesłanie zasady prawa do obrony uznaje się całościowy kompleks czynności procesowych, zmierzających do udowodnienia niewinności oskarżonego<sup>5</sup>, bądź do złagodzenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności karnej<sup>6</sup>. Zgodnie z odmienną definicją, prawo do obrony uznaje się za walkę oskarżonego o korzystne dla siebie rozstrzygnięcie toczącego się procesu karnego przy jednoczesnej możliwości korzystania z pomocy obrońcy<sup>7</sup>. Nie tylko definiuje się ją jako ogół uprawnień przysługujących oskarżonemu dla ochrony własnych interesów, ale także jako zbiór obowiązków ciążących na organach wymiaru sprawiedliwości, które odpowiadają wspomnianym uprawnieniom oskarżonego<sup>8</sup>. Podsumowując przytoczone definicje, można stwierdzić, że głównym celem realizacji zasady prawa do obrony przez oskarżonego jest odparcie zarzutów zawartych w akcie oskarżenia.

Jedną z najważniejszych kwestii dotyczących *ius defensionis*<sup>9</sup>, stanowi dokonane w doktrynie rozróżnienie instytucji obrony, wyodrębniając jej pięć głównych rodzajów, a mianowicie obronę: materialną, formalną, z urzędu, fakultatywną oraz obligatoryjną.

W literaturze przedmiotu, uznaje się że obrona materialna polega na możliwości wypowiedzania się co do każdej kwestii podlegającej rozstrzygnięciu, ale także na podejmowaniu różnego rodzaju działań w oparciu o przepisy prawa, które mają na celu polepszenie sytuacji oskarżonego poprzez m.in. złagodzenie odpowiedzialności karnej czy też odparcie oskarżenia, ale należy dodać, że jest to także prawo do informacji o posiadanych przez oskarżonego uprawnieniach (por.

<sup>1</sup> T. Grzegorzczak, *Obrońca z urzędu w polskim procesie karnym (wybrane zagadnienia)* [w:] *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2011, s. 297.

<sup>2</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r. (Dz. U. z 2009 r., Nr 114, poz. 946), źródło [online]: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970780483>, dostęp 20.11.2016r.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), źródło [online]: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970890555>, dostęp 20.11.2016r.

<sup>4</sup> Została przyjęta na posiedzeniu Komitetu Ministrów Rady Europy w Rzymie w dniu 4 listopada 1950r. (Dz. U. z 1993r. Nr 61, poz. 284).

<sup>5</sup> Zgodnie z art. 71 § 3 KPK, w niniejszym opracowaniu również odpowiednie kwestie dotyczące oskarżonego w ujęciu ogólnym, jednocześnie będą odnosić się do podejrzanego.

<sup>6</sup> R. A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 22.

<sup>7</sup> K. Woźniowski, *Prawo karne procesowe. Zarys instytucji*, Gdańsk 2005, s. 31.

<sup>8</sup> R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 23.

<sup>9</sup> *Ius defensionis* (łac.) – Prawo do obrony.

m. in. art. 16, art. 300 §1 KPK). Tytułem przykładu należy wspomnieć, że realizacja tej obrony wyraża się w możliwości udziału w czynnościach postępowania przygotowawczego, czynnościach postępowania dowodowego czy też udziału na rozprawie i posiedzeniu (w określonych w ustawie przypadkach)<sup>10</sup>. Natomiast, obrona formalna to możliwość korzystania przez oskarżonego z profesjonalnej pomocy obrońcy. To właśnie przy obronie formalnej, można wyróżnić trzy kolejne rodzaje obrony, a mianowicie, obronę z urzędu (która swoje zastosowanie odnajduje w momencie, gdy oskarżony należycie wykaże, że nie może ponieść kosztów związanych z zawodową obroną jednocześnie nie naruszając i nie powodując uszczerbku dla koniecznego utrzymania zarówno siebie jak i rodziny), obronę fakultatywną (która uzależniona jest od woli oskarżonego, często określana mianem „obrony z wyboru”) oraz obronę obligatoryjną stosowaną w określonych ustawowo przypadkach (art. 79, 80 KPK)<sup>11</sup>, a która to stanowi główny przedmiot zainteresowania niniejszego artykułu.

## II. Zarys historyczny obrony obligatoryjnej w polskim procesie karnym

Tytułem wstępu należy zaznaczyć, iż obecnie, w doktrynie przyjmuje się, że instytucja obrony obligatoryjnej (często też nazywanej „obroną niezbędną”)<sup>12</sup> występuje wtedy, gdy postępowanie karne nie może być przeprowadzone bez udziału obrońcy, a oskarżony nie może sprzeciwić się korzystaniu z oferowanej przez niego pomocy ani nie ma prawa do zrzeczenia się jej<sup>13</sup>. Ta instytucja, ze względu na jej istotne znaczenie dla toczącego się procesu karnego, odnajduje już swoje pierwotne korzenie w czasach, gdy kreacja procesu karnego w Polsce była jeszcze w bardzo wczesnym stadium rozwoju.

Już w okresie średniowiecza, w polskim porządku prawnym pojawiła się inicjatywa, która miała na celu korzystanie z pomocy profesjonalnego obrońcy przez oskarżonego. Obok umownego zastępstwa, w XV wieku istniało również zastępstwo z urzędu – to sąd obowiązany był wyznaczyć zastępcę dla ubogich i nieporadnych osób. Bardzo ważną datą w kalendarium kreowania się instytucji obrony obligatoryjnej jest rok 1588, w którym to została ona wprowadzona w sprawach o zdradę oraz o *crimen leasae maiestatis* (zbrodnię obrazy majestatu)<sup>14</sup>. Istotnym wydarzeniem było również przydzielenie patronów dla osób ubogich i uwięzionych oraz tymczasowo aresztowanych w XVII i XVIII wieku<sup>15</sup>.

W okresie dwudziestolecia międzywojennego, tuż po odzyskaniu przez państwo polskie niepodległości w roku 1918, postępowanie karne było regulowane przez zaborcze ustawy procesowe, a więc głównie przez rosyjską ustawę z dnia 20 listopada 1864 r. regulującą postępowanie karne oraz austriacką ustawę o postępowaniu karnym z dnia 23 maja 1873r. Dla przykładu, rosyjska ustawa, obronę konieczną (gdyż właśnie w okresie dwudziestolecia międzywojennego zwykło się w ten sposób nazywać obronę obligatoryjną)<sup>16</sup> przewidywała tylko dla osób nieletnich będących w wieku 10 – 17 lat. Wartym uwagi jest również fakt, że austriacka ustawa o postępowaniu karnym wojskowym z dnia 5 lipca 1912r. również przewidywała obronę obligatoryjną. Tu oskarżonemu należało wyznaczyć obrońcę przede wszystkim do rozprawy głównej oraz do rozprawy prowadzonej w drugiej instancji nawet wbrew jego woli, jeśli prezydent, sąd orzekający bądź kierujący rozprawą uznał to za niezbędne albo też jeśli zastępca ustawowy oskarżonego, który był małoletnim, o to wnoszył<sup>17</sup>.

Kodeks postępowania karnego z dnia 19 marca 1928 r. obowiązujący ówczesnie na terytorium Polski, zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 88 §1 lit. a – c, przewidywał obligatoryjność posiadania obrońcy przez oskarżonego w przypadku, gdy nie ukończył on siedemnastu lat i dodatkowo nie odpowiadał przed sądem dla nieletnich albo przed sądem grodzkim oraz w przypadku, gdy oskarżony był głuchy, niemy bądź w sytuacji, gdy pojawiały się uzasadnione wątpliwości co do jego stanu psychicznego w momencie popełnienia czynu, a więc wątpliwości co do jego poczytalności<sup>18</sup>. Tu, obowiązek posiadania obrońcy dotyczył zarówno postępowania jurysdykcyjnego jak i postępowania przygotowawczego. Co więcej, do przypadków wymienionych w kodeksie postępowania karnego z 1928r., w omawianym brzmieniu, zalicza się również: obowiązek posiadania obrońcy przez oskarżonego przed sądem przysięgłych na rozprawie głównej, w postępowaniu doraźnym, w postępowaniu przeciwko zbiegłemu, który był nieobecny, w sprawach o włóczęgostwo i

<sup>10</sup> K. T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, Postępowanie karne, Warszawa 2015, s. 44-47.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 47 – 48.

<sup>12</sup> P. K. Sowiński, Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych, Rzeszów 2012, s. 243.

<sup>13</sup> K. T. Boratyńska, A. Górski, M. Królikowski, A. Sakowicz, M. Warchoń, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. A. Sakowicz, wyd. 6, Warszawa 2015, s. 209.

<sup>14</sup> Idem, Obrona obligatoryjna..., s. 38.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Idem, Uprawnienia..., s. 244.

<sup>17</sup> R. A. Stefański, op. cit., s. 41.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 43.

żebractwo oraz w przypadku, gdy postępowanie zostało wznowione na korzyść osoby oskarżonej, które toczyło się już po jej śmierci albo jeśli był on umyślowo chory<sup>19</sup>.

Warto również wspomnieć, że uchwalona ustawa z dnia 21 stycznia 1932 r., która zmieniła niektóre przepisy kodeksu postępowania karnego, wprowadziła obronę obligatoryjną dotyczącą nieletniego, który nie miał ukończonych siedemnastu lat w sprawach toczących się przed sądem grodzkim, gdyż jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy: „Nieletni, choćby stawał nie wspólnie z dorosłymi – musi mieć obrońcę w każdym sądzie, z wyjątkiem sądu dla nieletnich (...)”<sup>20</sup>.

W okresie, gdy obowiązywał kodeks postępowania karnego z dnia 19 kwietnia 1969r., obrona obowiązkowa przewidziana była m.in. dla osoby niemej, głuchej lub niewidomej i wobec której zachodziły uzasadnione wątpliwości co do stanu jej poczytalności, jak również dla oskarżonego występującego w postępowaniu, jako przed sądem pierwszej instancji – sądem wojewódzkim. Dodatkowo, w ramach przykładu dotyczącego przypadków określonych w przywołanej ustawie, nakładających obowiązek posiadania przez oskarżonego obrońcy, podobnie jak w kodeksie postępowania karnego z 1928r., obrona obligatoryjna wobec nieletnich również tutaj znalazła swoje odzwierciedlenie<sup>21</sup>.

Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997r., podobnie jak poprzednie akty normatywne, również przewiduje instytucje obrony obligatoryjnej. W pierwotnym brzmieniu tego aktu, obrona ta dotyczyła m.in. oskarżonych, którzy byli nieletni, niemi, głusi bądź niewidomi lub wobec których zachodziły wątpliwości, co do ich poczytalności. Co więcej, zakres obrony obligatoryjnej uległ rozszerzeniu na osoby, które nie władały językiem polskim oraz na sytuacje, w których wystąpienie obrony obowiązkowej zostało uznane za niezbędne, z powodu okoliczności, które utrudniały samodzielną obronę oskarżonego (art 79 KPK). Podane powyżej przypadki to tylko niektóre sytuacje wymagające obrony obligatoryjnej, które przewiduje przywołany kodeks postępowania karnego<sup>22</sup>.

Na uwagę zasługują również zmiany dotyczące obrony obligatoryjnej, wprowadzone przez ustawę z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, które polegały na: podkreśleniu faktu, że sytuacje „inne utrudniające obronę” mogą stanowić również uzasadnienie obrony obowiązkowej, podwyższeniu wiekowej granicy uzasadniającej obronę niezbędną, zrezygnowaniu z niej przed sądem okręgowym (tylko jako sądem pierwszej instancji, jeżeli oskarżony był pozbawiony wolności) oraz na doprecyzowaniu przesłanki obrony obligatoryjnej dotyczącej stanu zdrowia psychicznego osoby oskarżonej (polegającej na rozdzieleniu skutków występujących w toku postępowania karnego oraz w czasie popełnienia czynu)<sup>23</sup>.

Obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego, po nowelizacji z dnia 15 kwietnia 2016r., instytucję obrony obligatoryjnej reguluje głównie w art. 79 i 80, określając dokładne przesłanki jej stosowania w polskim procesie karnym.

### III. Przesłanki obrony obligatoryjnej

Spośród enumeratywnie wymienionych w art. 79 KPK przesłanek, pierwszą wskazaną okolicznością warunkującą obronę obligatoryjną jest brak ukończonego osiemnastego roku życia przez oskarżonego. Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich<sup>24</sup> w art. 32 c § 1 i 2 wyraźnie wskazuje w jakich przypadkach nieletni (a więc osoba, która zgodnie z art. 1 § 1 pkt. 2 w zw. z art. 1 §2 pkt. 2 popełniła przestępstwo po ukończeniu trzynastego roku życia a jednocześnie przed ukończeniem siedemnastego roku życia) nie tylko może, ale musi mieć obrońcę. Są to sytuacje, gdy: nieletni jest niemy, głuchy bądź niewidomy, umieszczono go w schronisku przeznaczonym dla nieletnich, zachodzi wątpliwość co do jego stanu zdrowia psychicznego pozwalającego na uczestnictwo w postępowaniu bądź na racjonalne i samodzielne przeprowadzenie obrony oraz gdy interesy nieletniego są sprzeczne z interesami jego opiekuna lub rodziców. W takich okolicznościach, dla nieletniego obrońca jest wyznaczany przez prezesa sądu z urzędu. Należy jednak zwrócić szczególną uwagę na pewne nieścisłości, które pojawiają się w zbiegu wskazanych unormowań w KPK oraz kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997r.<sup>25</sup> (dalej: KK), dotyczących odpowiedzialności karnej i obrony obligatoryjnej osób poniżej osiemnastego roku życia. Otóż, w art. 10 § 1 KK przewidziana jest odpowiedzialność karna dla osób, które ukończyły siedemnasty rok życia – a więc ustawodawca przyjmuje, że taka osoba jest na tyle ukształtowana pod względem psychicznym, że posiada zdolność do poniesienia odpowiedzialności karnej. Jednocześnie, ustawodawca formułując pierwszą przesłankę obrony obligatoryjnej w art. 79 KPK stwierdza jednak, że przywołana dojrzałość psychiczna nie jest dostatecznie wykształcona, aby ponieść ciężar

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 43.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 48 – 50.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 53.

<sup>23</sup> R. A. Stefański, *Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015r.* [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015r.* Przewodnik po zmianach, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 27.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. 1982 Nr 35 poz. 228 ze zm.), źródło [online]: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19820350228>, dostęp 20.11.2016r.

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.), źródło [online]: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970880553>, dostęp 20.11.2016r.

samodzielnej i rozsądnej obrony, wobec czego uznaje za niezbędną pomoc profesjonalnego obrońcy. W obliczu tych rozważań, należy przyjąć, że stosując omawianą przesłankę obrony obligatoryjnej, powinno brać się pod uwagę wiek oskarżonego w każdym stadium procesu karnego i dotąd aż nie osiągnie on osiemnastego roku życia, powinien być on reprezentowany przez profesjonalnego obrońcę w postępowaniu przygotowawczym oraz jurysdykcyjnym<sup>26</sup>.

Kolejnymi przesłankami warunkującymi obronę obowiązkową, wymienionymi w art. 79 § 1 pkt. 2 KPK są ułomności zdrowia fizycznego oskarżonego, a mianowicie mowa tu o sytuacjach, w których oskarżony jest głuchy, niemy lub niewidomy. Wspomniane ułomności, dotyczą upośledzenia dwóch zmysłów (wzroku i słuchu) oraz mowy. Co prawda, nie jest w ustawie wymieniona osoba głuchoniema, niemniej jednak sama wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że wobec takiej osoby, przepisy dotyczące obrony obligatoryjnej również odnajdą swoje zastosowanie, na co wskazuje zastosowany funktor „lub”, który stanowi o alternatywie nierozłącznej<sup>27</sup>. Warto przy tym nadmienić, że w prowadzeniu samodzielnej i rozsądnej obrony przez oskarżonego, najistotniejszą rolę odgrywa sprawne funkcjonowanie wzroku, słuchu a przede wszystkim mowy, gdyż dzięki temu może on w pełni korzystać z przysługujących mu uprawnień w ramach realizacji zasady prawa do obrony. Co ważne, do zastosowania obrony obligatoryjnej na podstawie przywołanego przepisu, wystarczy samo posiadanie wady – oskarżony nie musi wykazywać, że wpływa bądź może ona wpłynąć na realizowane uprawnienia, z tym że wada taka musi być poważna (o tym decyduje organ procesowy, zazwyczaj w oparciu o opinię biegłego lekarza pożądanej specjalności)<sup>28</sup>.

Ustawodawca przewidział obligatoryjność obrony nie tylko w przypadku posiadanych przez oskarżonego ułomności fizycznych. Szczególną uwagę zwrócił również na stan zdrowia psychicznego oskarżonego, zarówno w chwili popełnienia czynu zabronionego jak i w trakcie toczącego się postępowania karnego, regulując te kwestie, w dwóch osobnych punktach (art. 79 §1 pkt. 3 i 4). W literaturze przedmiotu, słusznie uznaje się, że ustawodawca formułując obronę obligatoryjną ze względu na stan psychiczny sprawcy, dokonuje swoistego skrótu myślowego, warunkując ją z jednej strony wystąpieniem uzasadnionych wątpliwości dotyczących poczytalności osoby oskarżonej *tempore criminis*, zaś z drugiej strony – brakiem pełnej zdolności do samodzielnej i rozsądnej obrony *tempore procedendi*<sup>29</sup>.

Ocena wystąpienia uzasadnionej wątpliwości odnoszącej się do wyłączenia lub znacznego ograniczenia zdolności do kierowania swoim postępowaniem lub zdolności do rozpoznania znaczenia własnego czynu przez oskarżonego w momencie jego popełnienia, należy zawsze do biegłych lekarzy psychiatrów<sup>30</sup>. Wspomniana już „uzasadniona wątpliwość”, która to stanowi warunek zastosowania omawianego przepisu, zachodzi wtedy, gdy w oparciu o orzeczenia biegłych lekarzy psychiatrów bądź zaświadczenie szpitala dla osób chorych psychicznie, zostanie ustalone, że „(...) oskarżony wykazuje odchylenia normy zdrowia psychicznego (...)”<sup>31</sup>. Należy pamiętać, że stwierdzenie niepoczytalności oskarżonego w chwili popełnienia czynu, eliminuje możliwość prowadzenia wobec niego postępowania karnego, w związku z czym, jeżeli występują podstawy przemawiające za zastosowaniem środków zabezpieczających wobec takiego sprawcy czynu, na podstawie art. 321 § 1 KPK prokurator po zakończeniu śledztwa, składa wnioski do sądu o umorzenie postępowania i zastosowanie wobec oskarżonego środka albo środków zabezpieczających.

Natomiast stwierdzenie poczytalności ograniczonej u takiego oskarżonego, nie powoduje braku możliwości prowadzenia przeciwko niemu postępowania karnego – taki proces toczy się i oskarżony ponosi odpowiedzialność karną, jednakże stopień jego winy jest odpowiednio mniejszy, z powodu wystąpienia ograniczonej poczytalności. W obu tych przypadkach, oskarżony musi być reprezentowany przez profesjonalnego obrońcę.

Art. 79 § 1 pkt. 4 KPK, stwierdzający obligatoryjność korzystania z pomocy obrońcy przez oskarżonego w przypadku uzasadnionej wątpliwości wobec prowadzenia przez niego rozsądnej i samodzielnej obrony, odnosi się do zaburzeń stanu psychicznego oskarżonego nie w chwili popełnienia czynu, a w chwili toczącego się procesu karnego. Szczególną uwagę należy zwrócić na fakt, że działalność obrońcy nie wyłącza możliwości osobistego uczestnictwa oskarżonego w realizacji prawa do obrony. W literaturze przedmiotu podnosi się, że niepoczytalność, a nawet ubezwłasnowolnienie, nie powoduje wyłączenia osobistej realizacji prawa do obrony przez oskarżonego w toczącym się postępowaniu karnym, co w konsekwencji oznacza, że może on podejmować wszelkie działania przewidziane w przepisach KPK (np. może składać wnioski dowodowe), ze względu na to, że obrońca takiego oskarżonego zawsze działa obok oskarżonego, nigdy zaś zamiast niego<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> K. T. Boratyńska, A. Górski, M. Królikowski, A. Sakowicz, M. Warchoń, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. A. Sakowicz, wyd. 6, Warszawa 2015, s. 210 – 211.

<sup>27</sup> R. A. Stefański, Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015r. [w:] Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015r. Przewodnik po zmiianach, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 29.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 30.

<sup>29</sup> S. Ładoś, Poczyna prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi, Warszawa 2013, s. 31 – 32.

<sup>30</sup> K. T. Boratyńska, A. Górski, M. Królikowski, A. Sakowicz, M. Warchoń, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. A. Sakowicz, wyd. 6, Warszawa 2015, s. 212.

<sup>31</sup> Idem, Obrona obligatoryjna..., s. 133.

<sup>32</sup> J. Konecki, Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego w postępowaniu karnym, Warszawa 2015, s. 165-166.



Ważną przesłanką zastosowania obrony obligatoryjnej są również inne okoliczności, które utrudniają samodzielną obronę, które należy wiązać głównie z osobistymi właściwościami oskarżonego, jak np. nieporadność spowodowana wiekiem czy też trudność porozumiewania się, które znaczenie utrudniają bezpośrednią realizację prawa do obrony przez oskarżonego, co nie oznacza, że całkowicie ją uniemożliwiają. Należy pamiętać, że w tym przypadku, zastosowanie obrony obligatoryjnej uzależnione jest od decyzji sądu, który wydaje postanowienie w tym przedmiocie<sup>33</sup>.

Art. 80 KPK stanowi o obligatoryjności korzystania z pomocy obrońcy przez oskarżonego, przed sądem okręgowym, w przypadku gdy zarzucono mu zbrodnię. Jest ona wymagana, przede wszystkim ze względu na wagę popełnionego czynu zabronionego. Warto zauważyć, że obrona obligatoryjna, w tym przypadku rozciąga się jedynie na postępowanie jurysdykcyjne – w świetle tego przepisu nie jest więc wymagane posiadanie obrońcy w postępowaniu przygotowawczym.

Jednakże, należy zaznaczyć, że udział profesjonalnego obrońcy na rozprawie głównej jest obowiązkowy – jego niestawiennictwo powoduje ewidentną przeszkodę w kontynuowaniu rozprawy. Doniosłe znaczenie ma również sytuacja, w której oskarżony nie posiada obrońcy w sytuacji określonej w art. 80 jak również art. 79 KPK – mianowicie brak obrońcy stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą na podstawie art. 439 § 1 pkt. 10 i §2 KPK<sup>34</sup>.

Warto w tym miejscu zaakcentować także kwestie odnoszące się do możliwości odwołania obrony obligatoryjnej. Zgodnie z normą art. 79 § 4 KPK, która stanowi, iż w przypadku stwierdzonego przez biegłych psychiatrów ustania przyczyn związanych z zakłóceniami stanu zdrowia psychicznego oskarżonego, uzasadniających zastosowanie obrony niezbędnej, powstaje uprawnienie prezesa sądu lub sądu do zwolnienia z obowiązków profesjonalnego obrońcę, chyba że istnieją takie okoliczności, które przemawiają za posiadaniem przez oskarżonego obrońcy z urzędu. W pozostałych sytuacjach, takich jak np. ukończenie przez oskarżonego lat osiemnastu czy też odzyskanie mowy, wzroku lub słuchu, odwołanie profesjonalnego obrońcy, co do zasady następuje wraz z ustaniem przyczyny jego powołania<sup>35</sup>.

#### IV. Podsumowanie

Konkludując, należy stwierdzić, że instytucja obrony obligatoryjnej jest przejawem nie tylko naczelnej zasady prawa do obrony, ale także zasady sprawiedliwości i ochrony uczestników prawa karnego, odzwierciedlając tym samym realizację funkcji procesu karnego. Przymus posiadania obrońcy przez oskarżonego w opisanych w niniejszym opracowaniu przypadkach, stanowi gwarancję zachowania harmonii oraz uczciwości całego procesu. Jednakże nie należy mylić go ani tym bardziej utożsamiać z przymusem adwokacko - radcowskim, który w postępowaniu karnym oznacza jedynie obowiązek sporządzenia i podpisania określonych pism procesowych, których oskarżony, na mocy ustawy, nie może sporządzić samodzielnie – tak więc jedyną cechą łączącą przymus adwokacko – radcowski oraz obronę obligatoryjną, jest ich źródło, które stanowi KPK.

Instytucja obrony obligatoryjnej, tak jak zostało w niniejszym opracowaniu przedstawione, odnajduje swoje zastosowanie już od czasów średniowiecza. Kolejne zmiany wprowadzane w polskim porządku prawnym, coraz to bardziej udoskonalały jej charakter, finalnie prowadząc do obecnego sformułowania wyraźnych przesłanek jej zastosowania, co umożliwia tym samym przejrzystą jej analizę, interpretację i poprawne praktyczne wykorzystanie w polskim procesie karnym.

\*\*\*

#### The obligatory defense in the Polish criminal proceedings

The article presents the obligatory defense in the Polish criminal proceedings. What is more, the article describes development of the obligatory defense and especially explains the reasons of this. For these reasons mainly include: blindness, deafness or muteness of defendant, lack of completed eighteen by him, justifiable doubt as to the mental health of defendant at the time of the offense or during criminal proceeding, the other circumstances approved by the court and the situation when defendant was accused of the felony and he is accountable to the district court. The obligatory defense is really important because it is firmly associated with the guiding principle of the right of defense and the principles of justice. Furthermore, the obligatory defense is the realization of protective function of the criminal proceedings, so that's way this issue is so important.

**Keywords:** the obligatory defense, legal counsel, defendant, the criminal proceedings, Code of Criminal Procedure

<sup>33</sup> Idem, Kodeks..., s. 214 – 125.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 216 – 217.

<sup>35</sup> Idem, Obrońca i pełnomocnik..., s. 43.

Małgorzata Kozłowska

## O POTRZEBIE USTANOWIENIA JEDNOLITEJ I POWSZECHNIE OBOWIĄZUJĄCEJ KODYFIKACJI ZASAD ETYCZNYCH W BADANIACH NAUKOWYCH. ANALIZA ZAGADNIENIA W OPARCIU O WYBRANE KODEKSY ETYCZNE.

Współczesne silne sytuowanie nauki wśród podmiotów przeobrażających rzeczywistość kulturowo - cywilizacyjną rodzi dylematy etyczne, którym należy sprostać. Zauważa się m.in., że nauka traci swe wolnościowe powołanie na rzecz świadczenia usług, traci swą ekskluzywność wyrażającą się w spełnianiu misji, powołania, odgradzania się od rzeczywistości masowej, a co za tym idzie, ujawnia się nowa jakość pracownika nauki, który odchodzi od modelu uczonego encyklopedysty na rzecz wąskiego specjalisty pracującego w określonym zespole realizującym dane zadanie badawcze

<sup>1</sup>. Pytania i dylematy etyczne pojawiające się w związku z prowadzonymi badaniami naukowymi są znaczącą częścią życia zawodowego każdego naukowca.

Postrzeganie etyki, która często utożsamiana jest z moralnością, nie jest zawsze jednakowe i w dużej mierze zależy od danej osoby i dyscypliny naukowej przez nią uprawianej. Różnorodność w postrzeganiu tego co moralne jest, a co już nie oraz brak jednoznacznych wytycznych dotyczących standardów prowadzenia badań, doprowadziły do tego, że kwestie etyczne w badaniach naukowych zaczęły coraz bardziej tracić na znaczeniu.

Obecnie, w środowisku naukowym, brak jest jednej, uniwersalnej, powszechnie przyjętej i akceptowanej kodyfikacji zasad etycznych, które powinny obowiązywać w badaniach naukowych. Poszczególne ośrodki akademickie na terenie całego kraju tworzą swoje własne, odrębne kodyfikacje w tym zakresie. Z jednej strony tendencja do kodyfikowania na potrzeby własnej *Alma Mater* wskazań etycznych podkreśla rangę i potrzebę kierowania się nimi w badaniach naukowych. Z drugiej zaś dochodzi do mnożenia się tych zasad, które choć podobne i oparte na wspólnych ideałach, nie mogą posiadać przymiotu homogeniczności i powszechności.

Ujęcie pryncypiów etycznych w badaniach naukowych w jednolite i powszechnie skodyfikowane ramy sprzyjałoby zdefiniowaniu najważniejszych reguł moralnego postępowania w toku prowadzonych badań. Pozwalałoby to nauczycielom akademickim zajmującym się badaniami naukowymi na zidentyfikowanie, czy dany problem ma aspekt etyczny oraz jak należy postąpić w przypadku jego wystąpienia<sup>2</sup>. Postulat ten przybiera na znaczeniu w dobie dynamicznego rozwoju szkolnictwa wyższego, gdzie w nowo- powstałych oraz już istniejących placówkach, zarówno publicznych, jak i niepublicznych, zatrudniani są nauczyciele akademicy oraz kształceni są doktoranci, zajmujący się badaniami naukowymi<sup>3</sup>. Jednocześnie, nadanie etycznym aspektom badań naukowych rangi prawa powszechnie obowiązującego określiłoby w sposób jednoznaczny katalog prawidłowych postaw naukowca w trakcie procesu badawczego, umocniłoby jego wolność badawczą, a co za tym idzie wprowadziło odpowiedzialność naukowca za wyniki rezultatów badawczych zarówno wobec nauki, jak i społeczeństwa.

### Pozycja nauki w dobie przemian kulturowych a potrzeba uregulowania w sposób jednoznaczny i powszechnie obowiązujący kwestii etycznych

Trafnie ocenił pozycję nauki w dobie przemian kulturowo - cywilizacyjnych uczony, fizyk, laureat Nagrody Nobla, doktor honorowy Uniwersytetu Wrocławskiego - Piotr Kapica, wskazując że „Na zawsze zginęły szczęśliwe dni wolnej pracy naukowej, przysparzające nam tyle radości w młodości. Nauka straciła wolność. Nauka stała się siłą produkcyjną. Stała się bogata, ale stała się niewolnicą, a część jej jest strzeżona w tajemnicy”.

<sup>1</sup> Chodubski A., Etyka a współczesny rozwój badań naukowych, w *Pisarze.pl e-Tygodnik Literacko-Artystyczny* numer 27-28/16 (310-311) [13.07.2016 r. <http://pisarze.pl/publicystyka/34-prof-zw-dr-hab-andrzej-chodubski-etyka-a-wspoczesny-rozwoj-bada-naukowych.html>]

<sup>2</sup> *Comités d'éthique de la recherche, Notions de base pour le renforcement des capacités*, s.21, Genève 2009.

<sup>3</sup> W roku akademickim 2015/2016 na terenie kraju funkcjonowało łącznie 415 szkół wyższych, z czego: 19 uniwersytetów, 23 wyższych szkół technicznych, 7 uczelni rolniczych, 67 wyższych szkół ekonomicznych, 14 uczelni pedagogicznych, 9 uczelni medycznych, 2 wyższe szkoły morskie, 6 akademii wychowania fizycznego, 22 uczelnie artystyczne, 15 uczelni teologicznych, 7 szkół resortu obrony narodowej i resortu spraw wewnętrznych oraz 224 pozostałych placówek. 283 uczelnie spośród wyżej wymienionych szkół wyższych to uczelnie niepubliczne. W roku 2015/2016 uczelnie zatrudniały 95.900 nauczycieli akademickich oraz kształciły 43.177 studentów studiów doktoranckich. Tym samym przyjęć należy, że w ciągu ubiegłego roku akademickiego ok. 139.000 osób, tj. nauczycieli akademickich i doktorantów, zajmowało się pracą naukową i badaniami naukowymi. (vide: Główny Urząd Statystyczny, *Szkoły wyższe i ich finanse w 2015 r.*, Warszawa 2016, s. 9, 28 – 29, 40, 43). Przedstawione statystyki wyraźnie potwierdzają, wobec liczby osób prowadzących w większym lub mniejszym stopniu badania naukowe, jak znacząca jest potrzeba skodyfikowania jednolitych i uniwersalnych zasad etycznych, które obowiązywałyby we wszystkich uczelniach w Polsce funkcjonujących w oparciu o przepisy obowiązującej ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym.

W odniesieniu do nauk społecznych, w tym do nauki prawa, które przynależy do kręgu tych nauk, wskazuje się, że „powołaniem tej nauki w głównej mierze jest badanie rzeczywistości, a nie potwierdzanie lub obalanie wyobrażeń, domniemań i życzeń ludzi w tej rzeczywistości żyjących<sup>4</sup>”.

Właśnie po to, aby pomimo przemian cywilizacyjno - kulturowych, które również oddziałują na sferę nauki uniwersyteckiej, nadal móc urzeczywistniać tradycyjny model edukacji i kształcenia kadr, w którym powinien dominować paradygmat kształcenia klasycznego, polegający na oswojaniu wiedzy encyklopedycznej i poszerzaniu stanu wiedzy przez nauczyciela akademickiego, gdzie uczący się uczestniczą w zespołach, podporządkowują się hierarchicznym strukturom organizacyjnym w duchu wychowania zwanego patriotycznym, przejawiającego się emocjonalnym związaniem z daną placówką kształcenia, postuluje się uregulowanie kwestii etyki w nauce w formie powszechnie obowiązującego prawa<sup>5</sup>.

W polskim środowisku naukowym, już od ponad 23 lat, podejmowane jest zagadnienie ukształtowania i skodyfikowania zasad etycznych w badaniach naukowych. Pierwszą próbę skodyfikowania zbioru zasad i wytycznych w nauce podjęli członkowie Komitetu Etyki w Nauce Polskiej Akademii Nauk. Asumptem do wydania w 1993 r. opracowania „Dobre obyczaje w nauce” była „potrzeba dostarczenia ramowego zestawu obejmującego różnorodne problemy i dezyderaty związane z działalnością badawczą, dla zapewnienia nauce solidności (science integrity) i wiarygodności. Złe badania naukowe są nie tylko bezwartościowe i przynoszą straty materialne, ale też wprowadzając, choćby czasowo, w błąd mogą szkodzić tak środowisku naukowemu jak i ogółowi, gdy ich wyniki stają się podstawą ingerencji w życie społeczne lub gdy rozpalają emocje społeczne i rozbudzają zwodnicze nadzieje<sup>6</sup>”. Wytyczne zawarte w tym kodeksie skierowane zostały bezpośrednio do pracowników naukowych, postrzeganych jako twórców nauki, od których oczekiwano m.in. zachowania zasad etyki ogólnoludzkiej, w szczególności zasad dobrych obyczajów w nauce, systematycznego poszerzania i pogłębiania wiedzy, przeciwdziałania złemu wykorzystaniu osiągnięć naukowych i użyciu ich przeciw człowiekowi oraz potępienia w nauce kryteriów pozanaukowych<sup>7</sup>.

Po upływie równo 10 lat od wydania przez PAN zasad i wytycznych jakie powinny panować w nauce, Senat Uniwersytetu Jagiellońskiego w dniu 25.06.2003 r. przyjął na posiedzeniu „Akademicki Kodeks Wartości”. Celem jego przyjęcia było przypomnienie „podstawowych wartości obyczajowych i etycznych, które, ukształtowane przez wielowiekową tradycję, tworzyły autorytet nauki, wyrażając siłę moralną akademickiego świata oraz sens posłannictwa uczonych w promocji etycznych i obywatelskich cnót<sup>8</sup>”. Za naczelną wartość jakie powinny przyświecać pracownikowi nauki przyjęto prawdę, odpowiedzialność, życzliwość, sprawiedliwość, rzetelność, tolerancję, lojalność, samodzielność, uczciwość, godność oraz wolność nauki i wolność uczonych.

Na przestrzeni kolejnych lat odbyły się liczne dyskusje publiczne oraz konferencje, których przedmiotem były problemy etyczne nauki. Rezultatem trwającego naukowego dyskursu było stworzenie przez Zespół Etyki w Nauce przy Ministrze Nauki, 25.05.2004 r. opracowania „Dobra praktyka badań naukowych. Rekomendacja”. Zaproponowane przez twórców opracowania dobre praktyki miały głównie za przedmiot zapobieżenie nierzetelności naukowej rozumianej jako występki przeciwko etyce w nauce polegające na zmyślaniu, fałszowaniu lub plagiatowaniu przy aplikowaniu o fundusze, przy prowadzeniu i recenzowaniu badań naukowych, lub też prezentowaniu ich wyników. Instrumentem do osiągnięcia założonego celu miały być przyjęte przez środowisko naukowe precyzyjne definicje i jasne zasady oraz procedury postępowania w przypadku pojawienia się nierzetelności naukowej. Za podstawowe cechy dobrej praktyki naukowej, a zatem tej praktyki, która miałaby stanowić miernik dla uznania, czy doszło do zachowania nierzetelnego, zaliczyć należy: przestrzeganie podstawowych zasad pracy naukowej, właściwe kierownictwo i współpraca w zespołach naukowych, uwzględnianie potrzeb młodych badaczy, zabezpieczenie i przechowywanie wyników badań, przestrzeganie zasad autorstwa publikacji oraz unikanie konfliktu interesów<sup>9</sup>.

26.04.2007 r. na Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich został przyjęty kodeks „Dobre Praktyki w Szkołach Wyższych”. W ocenie uczestników Konferencji dobre obyczaje w nauce służą kształtowaniu i utrzymywaniu etosu uczelni oraz odzwierciedlają wielowiekową tradycję życia akademickiego. Zauważono, iż w podtrzymywaniu dobrych obyczajów duże znaczenie odgrywają organy szkół wyższych, do których należy podejmowanie kluczowych decyzji. Konsekwencją tego spostrzeżenia było uregulowanie praktyk, które dotyczyłyby sprawowania władztwa nad uczelnią

<sup>4</sup> Comités d'éthique de la recherche, Notions de base pour le renforcement des capacités, s.21, Genève 2009.

<sup>5</sup> Chodubski A., Etyka a współczesny rozwój badań naukowych, w *Pisarze.pl e-Tygodnik Literacko-Artystyczny* numer 27-28/16 (310-311) [13.07.2016 r. <http://pisarze.pl/publicystyka/34-prof-zw-dr-hab-andrzej-chodubski-etyka-a-wspoczesny-rozwoj-bada-naukowych.html>].

<sup>6</sup> Gibiński K., Przedmowa do Trzeciego wydania - opracowanego przez Komitet Etyki w Nauce Polskiej Akademii Nauk- zbioru zasad i wytycznych pt. „Dobre obyczaje w nauce”, PAN 2001, s. 1.

<sup>7</sup> „Dobre obyczaje w nauce” sformułowane przez Komitet Etyki w Nauce PAN w 1993 r. obowiązują do dnia dzisiejszego. Sąd rozwijane i uzupełniane przez Komitet. Obecnie obowiązuje już trzecie wydanie zbioru zasad i wytycznych pt. „Dobre obyczaje w nauce” z 2001 r.

<sup>8</sup> Akademicki Kodeks Wartości przyjęty na posiedzeniu Senatu Uniwersytetu Jagiellońskiego w dniu 25 czerwca 2003 r., s. 1.

<sup>9</sup> Zespół Etyki w Nauce przy Ministrze Nauki, Dobra praktyka badań naukowych. Rekomendacja, 2004 r., s.6-7.

opartego na zasadach służby publicznej, bezstronności w sprawach publicznych, legalizmu, autonomii i odpowiedzialności, podziału i równowagi władz na uczelni, kreatywności, przejrzystości, subsydiarności, poszanowania godności i tolerancji, uniwersalizmu badań i kształcenia<sup>10</sup>.

Pomimo szczytnych przesłanek jakie przyświecały stworzeniu każdego z wyżej wymienionych dokumentów oraz fachowości z jaką ich twórcy podeszli do zagadnienia potrzeby stworzenia drogowskazów etycznych w procesie prowadzenia badań naukowych, żaden z nich nie uzyskał statusu prawa powszechnie obowiązującego.

### Wybrane prawne regulacje dotyczące etyki badań naukowych<sup>11</sup>

„Przez etykę badań naukowych należy rozumieć dział etyki normatywnej, w którym rozpatruje się etyczne aspekty czynności badawczych, wykonywanych w ramach nauki. Podstawowym zadaniem tej dyscypliny jest sformułowanie reguł, których z etycznego punktu widzenia powinni przestrzegać wykonawcy tych czynności<sup>12</sup>”. Profesor H. Promieńska wyróżnia trzy obszary postulowanej etyki w nauce. W pierwszym znaczeniu pojęcie etyki w nauce można odnieść do moralności naukowców, a zatem ludzi zaangażowanych instytucjonalnie i zawodowo w rozwój wybranej dziedziny wiedzy uprawianej w sposób merytorycznie i metodologicznie poprawny. Objawia się ona zatem w cechach osobowości oraz charakteru danego naukowca, który w trakcie prowadzonych badań postępuje zgodnie ze swoim rozumem i sumieniem, urzeczywistniając takie wartości jak poczucie odpowiedzialności, pasję w poszukiwaniu prawdy i sumienność w stosowaniu metod jej uwiarygodniania. Ponadto, pojęcie to można powiązać z rzetelnością warsztatu badawczego, przestrzeganiem procedur badań i z postępowaniem zgodnym z etosem naukowca. Trzecie z kolei znaczenie wyrażenia etyki w nauce należy rozważać w kontekście funkcji, jaką sama nauka odgrywa w rozwoju kultury i cywilizacji ludzkiej, zarówno w aspekcie pozytywnym, jak i negatywnym. Przyjmuje się, że to właśnie kultura stanowi najmocniejsze i najgłębsze tło intuicji moralnych i wyobraźni twórczej, konstytuujących poczucie odpowiedzialności człowieka i naukowca<sup>13</sup>.

Obecnie, najistotniejsze kwestie etyki w nauce są ujęte w obowiązującej ustawie o Polskiej Akademii Nauk oraz ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym, które mają moc powszechnie obowiązującą.

Nadto poszczególne ośrodki akademickie, przy zachowaniu swej autonomii, stworzyły własne wewnętrznie obowiązujące kodyfikacje wskazań etycznych, dostosowując powszechnie obowiązujące regulacje do wartości i celów, jakim hołduje dany ośrodek akademicki i szeroko pojęte środowisko naukowe<sup>14</sup>.

Impulsem do podjęcia działań, zarówno na szczeblu krajowym, jak i w obrębie lokalnych ośrodków akademickich, zmierzających do skodyfikowania wskazań etycznych, jakimi powinni kierować się nauczyciele akademicki<sup>15</sup> w swojej pracy naukowej, było ogłoszenie w 2010 r. przez European Science Foundation (ESF) i All European Academies (ALLEA) dokumentu pt. „The European Code of Conduct for Research Integrity” [dalej: The European Code of Conduct], który miał posłużyć za wzorzec do wykorzystania przy tworzeniu własnych kodeksów w poszczególnych krajach Unii Europejskiej. U podstaw kodeksu leżały szczegółowe analizy istniejących już kodeksów etyki o zasięgu krajowym i międzynarodowym, wskazówki etyczne i regulacje właściwe dla danej gałęzi nauki. Uczyniło to jego zapisy uniwersalnymi i stanowiącymi bazę do tworzenia regulacji krajowych.

Dnia 13.12.2012 r. Zgromadzenie Ogólne Polskiej Akademii Nauk uchwaliło w formie załącznika do uchwały nr 10/ 2012 Kodeks Etyki Pracownika Naukowego [dalej Kodeks PAN], do którego przygotowania na podstawie art. 39 ust. 3 ustawy o Państwowej Akademii Nauk została zobligowana Komisja Etyki w Nauce. Komisja ta przy jego tworzeniu wykorzystwała dokument pt. „The European Code of Conduct for Research Integrity”, oraz opracowania Zespołu do spraw

<sup>10</sup> Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich, Kodeks Dobre Praktyki w Szkołach Wyższych, Kraków, czerwiec 2007, s. 1 -9.

<sup>11</sup> Zarówno zapisy The European Code of Conduct, jak również zapisy Kodeksu PAN i Kodeksu Wskazań Etycznych dotyczą wyłącznie relacji nauki z etyką, konieczności przestrzegania przez pracowników naukowych i pracowników naukowo-dydaktycznych zasad etycznych w prowadzonych badaniach takich jak rzetelność, sumienność i bezstronność, jak również traktują o potrzebie ochrony nauki przed jej zbytnią komercjalizacją i utrzymywaniem jej etosu jako dziedziny wolnej od zewnętrznych wpływów i niezależnej. W przywołanych kodeksach nie są poruszane inne, dodatkowe kwestie, co można zauważyć w opracowaniach obowiązujących w innych ośrodkach akademickich, i z tej też przyczyny stanowią one materiał badawczy dla autora.

<sup>12</sup> Galewicz W, O etyce badań naukowych, [w:] Diametros Internetowy Serwis Filozoficzny przy Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego, numer 19, marzec 2009 [ 17.07.2016 r. <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=anr26&m=25&if=0&ii=2&ik=19&ij=196>]

<sup>13</sup> Promieńska H., Etyka w nauce. Nowe wyzwania i nowe dylematy, Kwartalnik NAUKA 3/2010, PAN, s. 151 – 152.

<sup>14</sup> Własne kodyfikacje dotyczące etyki w nauce przyjęły m.in. Uniwersytet Medyczny w Białymstoku w Kodeksie Etyki Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku (2011 r.), Uniwersytet Gdański w Kodeksie Etyki Nauczyciela Akademickiego Uniwersytetu Gdańskiego (2007 r.), Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie w Standardach Etycznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie (2011 r.), Górnośląska Wyższa Szkoła Handlowa im. Wojciecha Korfańskiego. Uczelnia Akademicka w Kodeksie Etyki Pracowników Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. Wojciecha Korfańskiego (2014 r.), Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu w Kodeksie Etyki Pracowników Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu (2011 r.).

<sup>15</sup> Zgodnie z art. 108 ustawy prawo o szkolnictwie wyższym nauczycielami akademickimi są pracownicy naukowo-dydaktyczni, pracownicy dydaktyczni, pracownicy naukowcy oraz dyplomowani bibliotekarze oraz dyplomowani pracownicy dokumentacji i informacji naukowej. Do ustawowych zadań pracowników naukowo - dydaktycznych i pracowników naukowych należą m.in. prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, rozwijanie twórczości naukowej albo artystycznej (art. 111 ustawy prawo o szkolnictwie wyższym).

Etyki w Nauce KBN (2000) pt. „Dobra praktyka badań naukowych. Rekomendacje” oraz Komitetu Etyki w Nauce PAN (2001) pt. „Dobre obyczaje w nauce. Zbiór zasad i wytycznych”.

Niezależnie od powyższego, poszczególne ośrodki akademickie na terenie całego kraju zaczęły w różnym czasie kodyfikować wewnętrznie obowiązujące kodeksy etyczne skierowane do nauczycieli akademickich trudniących się badaniami naukowymi w związku z zatrudnieniem w danej szkole wyższej. Uniwersytet Gdański, już w 2007 r., jako jeden z pierwszych ośrodków akademickich, uchwalił Kodeks Etyki Nauczyciela Akademickiego Uniwersytetu Gdańskiego (dalej: KEN). W 2011 r. cztery kolejne uczelnie wyższe ustanowiły swoje własne kodeksy, a to: Uniwersytet Wrocławski - Kodeks Wskazań Etycznych (dalej: KWE), Uniwersytet Medyczny w Białymstoku - Kodeks Etyki Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku (dalej: KEUM), Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu - Kodeks Etyki Pracowników Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu (dalej: KEPUP) oraz Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie - Standardy Etyczne Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie (SEUEK). Po nich, swoją własną kodyfikację ustanowiła, już w 2014 r., Górnośląska Wyższa Szkoła Handlowa im. Wojciecha Korfańtego - Kodeks Etyki Pracowników Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. Wojciecha Korfańtego (dalej: KEPGWSH).

Mając na uwadze fakt, że pięć z sześciu wymienionych wyżej kodyfikacji powstało rok wcześniej niż kodyfikacja PAN dotycząca Etyki Pracy Pracownika Naukowego oraz zdając sobie sprawę z tego, że od 2010 r. w świadomości środowiska naukowego funkcjonują zapisy The European Code of Conduct należy wskazać, że niezależnie od swojej objętości i czasu powstania wszystkie wspomniane regulacje odnoszą się do tych samych uniwersalnych zasad i wartości etycznych w pracy naukowej, dobrych praktyk w dziedzinie badań naukowych oraz wskazują na pożądane postawy nauczycieli akademickich zarówno w odniesieniu do innych pracowników naukowych jak i studentów.

We wszystkich przywołanych wyżej siedmiu polskich regulacjach zasad etycznych w badaniach naukowych, tj. kodeksach szkół wyższych i Kodeksie PAN, wyartykułowano przeświadczenie, że wysokie standardy rzetelności i skrupulatne przestrzeganie właściwego dla nauki systemu wartości muszą stanowić nieodłączny atrybut pracy naukowej, której główną inspiracją jest pogłębianie potwierdzonej wiedzy i poszerzanie jej horyzontu poza granice tego, co jest już znane a także dzielenie się nią z innymi. Działania poznawcze nie powinny być ukierunkowane na doraźny cel osobisty lub komercyjny (punkt 4 preambuły do Kodeksu PAN, § 2 KWE, § 2 ust. 1 – 3 KEPUP, definicja „prawdy” zawarta w SEUEK oraz w KEUM, § 11-12 KEPUP, § 7, 9- 10 KEN).

Unormowany został również etos nauczyciela akademickiego przestrzegającego i broniącego swobód akademickich, takich jak: wolność badań naukowych, swobody wypowiedzi, wolność nauczania i autonomia uczelni, kierującego się uczciwością w prowadzeniu badań naukowych i ich dobrem, postępującego zgodnie z przyjętymi standardami kultury w stosunkach między innymi nauczycielami akademickimi oraz studentami (§ 3 - § 11 KWE, § 6 - § 17 KEN, pojęcie „odpowiedzialności” i „uczciwości” zawarte w KEUM, pojęcie „rzetelności i uczciwości” zawarte w SEUEK, §11 - § 17 KEPUP, § 2 KEPGWSH ), który znalazł odzwierciedlenie w rozdziale drugim Kodeksu PAN.

W rozdziale drugim Kodeksu PAN wyraźnie zaznaczono, że podstawowe, uniwersalne zasady i wartości etyczne, na których opiera się integralność i wiarygodność nauki, odnoszą się do przedstawicieli wszystkich, bez wyjątku, dyscyplin naukowych, a ich przestrzeganie należy wymagać od naukowców, od instytucji, w których prowadzą oni badania, a także tych, które finansują badania i zajmują się organizacją życia naukowego, zarówno w ich relacjach wzajemnych, jak też w kontaktach ze światem zewnętrznym. Do tych uniwersalnych zasad należą:

- 1) sumienność w prezentowaniu celów i intencji zamierzonych czy prowadzonych badań, w przedstawianiu metod i procedur badawczych oraz interpretacji uzyskanych wyników, a także w przekazywaniu informacji na temat możliwych zagrożeń oraz dobrze uzasadnionych, niepochoptych przewidywaniach odnośnie możliwych zastosowań i korzyści (§ 2, 3, 4 i 5 KWE, § 9 KEN, definicja „prawdy” w KEUM i SEUEK, § 11, 15 KEPUP, § 2 ust. 5 KEPGWSH);
- 2) wiarygodność w prowadzeniu badań, krytycyzm wobec własnych rezultatów, skrupulatność, troska o szczegóły i pieczołowitość w uzyskiwaniu, zapisywaniu i przechowywaniu danych oraz w przedstawianiu wyników badań; a też nie wykorzystywanie swojego naukowego autorytetu przy wypowiedzaniu się poza obszarem własnej kompetencji (§ 2, 3, 4 i 5 KWE, § 9,10,12 i 14 KEN, definicja „prawdy” i „uczciwości” w KEUM oraz definicja „rzetelności i uczciwości” w SEUEK, § 12, 15,17 KEPUP, § 2 ust. 3 i 6 KEPGWSH);
- 3) bezstronność w podejściu do badanego lub prezentowanego problemu czy zjawiska i w przekazywaniu wiedzy (§ 5 KWE, § 10 KEN, definicja „prawdy” i „wolności” w KEUM oraz definicja „rzetelności i uczciwości” w SEUEK, § 12,15,16, 19 KEPUP, § 2 ust. 3 KEPGWSH );
- 4) niezależność od zewnętrznych wpływów na prowadzenie badań, zarówno wobec zlecających badania czy ekspertyzy, jak też od wpływów ze strony politycznych, ideologicznych lub biznesowych grup nacisk (§ 5 i 7 KWE, § 7, 10 i 54 KEN, definicja „uczciwości” w KEUM oraz definicja „wolności i odpowiedzialności” w SEUEK, § 17 KEPUP, § 2 ust. 5 KEPGWSH);

- 5) otwartość w dyskusjach na temat własnych badań z innymi naukowcami, co stanowi jeden z kluczowych warunków postępu w nauce oraz w przyczynianiu się do gromadzenia wiedzy przez publikowanie tych wyników, jak również w uczciwym przekazywaniu tej wiedzy ogółowi społeczeństwa (§ 4 i 5 KWE, § 14 KEN, powinność nr 9 w KEUM);
- 6) przejrzystość w zakresie zbierania, analizowania i interpretowania danych, co wymaga aby dane doświadczalne były właściwie przechowywane i po opublikowaniu stały się dostępne (§ 4 KWE, powinność nr 6 w KEUM, § 15 KEPUP);
- 7) rzetelność w uznawaniu osiągnięć naukowych tych, którym się ono rzeczywiście należy, wyrażająca się poprzez właściwe podawanie źródeł i uczciwe uznawanie udziału należnego innym badaczom, niezależnie od tego czy są to współpracownicy, konkurenci czy poprzednicy (§ 7 KWE, § 11 i 35 KEN, definicja „rzetelności i uczciwości” w SEUK oraz powinność nr 8 w KEUM, § 12 KEPUP, § 2 ust. 4 KEPGWSH);
- 8) troska o przyszłe pokolenia naukowców przejawiająca się wpajaniem swoim uczniom i podopiecznym obowiązujących standardów oraz norm etycznych (§ 8 i 10 KWE, § 19 KEN, § 2 ust. 7 KEPGWSH);
- 9) odwaga w sprzeciwianiu się poglądom sprzecznym z wiedzą naukową oraz praktykom niezgodnym z zasadami rzetelności naukowej (§ 4 KWE, § 17 KEN, powinność nr 3 i 4 w KEUM oraz definicja „prawdy” w SEUEK).

Jak wynika z zapisu Kodeksu PAN - uniwersytety, instytuty i inne podmioty prowadzące badania mają obowiązek dbania o to, aby ich pracownicy przestrzegali podstawowych, skodyfikowanych norm etycznych (zapis ten znajduje bezpośrednio przełożenie wyłącznie w treści § 11 KWE). W celu sprostania tej odpowiedzialności, są one zobowiązane do wprowadzenia i stosowania czytelnych zasad dobrej praktyki naukowej, a więc procedur dotyczących rzetelnego prowadzenia badań oraz zasad etyki w nauce (§ 6, 7 i 11 KWE, § 36 KEN, powinność nr 4 w KEUM oraz definicja „bezstronność i przejrzystość w załatwianiu spraw publicznych” w SEUEK, § 14 KEPUP, § 2 ust. 6 KEPGWSH). Powinny również krzycić wśród swoich pracowników, na wszystkich etapach ich kariery, wrażliwość na sprawy etyki w badaniach naukowych, co również zostało wyartykułowane na łamach ww. kodeksów. Zalecenia dotyczące dobrych praktyk w badaniach naukowych skodyfikowane w Kodeksie PAN w zakresie formowania młodej kadry, ochrony praw autorskich i unikania konfliktu interesów znalazły odzwierciedlenie w zapisach wszystkich omawianych kodyfikacji etycznych (§ 4, 6 i 10 KWE, § 11 i 35 KEN, definicja „rzetelności i uczciwości” w SEUK oraz powinność nr 8 w KEUM, § 12 KEPUP, § 2 ust. 4 KEPGWSH).

### Podsumowanie

Postulat skodyfikowanie zasad etyki w badaniach naukowych na gruncie krajowym w ramach jednego, powszechnie obowiązującego zbioru, do którego mogliby odnieść się wszyscy nauczyciele akademicy, należy ocenić pozytywnie. „Wprowadzenie w ostatnich latach systemów, które z jednej strony starają się zapobiegać możliwym nierzetelnościom poprzez tworzenie odpowiedniego klimatu wymuszającego utrzymywanie zasad dobrej praktyki naukowej leży nie tylko w interesie społecznym, a również w interesie samej nauki i jej społecznego autorytetu<sup>16</sup>”.

Obowiązujące w poszczególnych szkołach wyższych wewnętrzne kodyfikacje dotyczące etyki w badaniach naukowych, pomimo że hołdują tym samym wartościom, tj. prawdzie, rzetelności, uczciwości, godności i bezstronności i posiadają one punkty zbieżne, nie tworzą jednolitej całości, w ramach której można by wyróżnić wspólną nomenklaturę i siatkę pojęć tak potrzebną do wyinterpretowania z nich norm powinnego, etycznego zachowania skierowanych do całego środowiska naukowego. Z uwagi na niejednorodną metodę kodyfikowania zasad etyki w badaniach naukowych (metoda szerokiego opisu znaczenia poszczególnych wartości, które składają się na pojęcie etyki w badaniach naukowych, a metoda kazuistycznego ujęcia sposobu powinnego zachowania się nauczyciela akademickiego), odwołanie się do różnych kodeksów i rekomendacji, które dotyczą tego zagadnienia, wreszcie dostosowanie siatki pojęciowej do specyfiki i profilu danej szkoły wyższej, nie można mówić o powszechności i jednoznaczności tych zasad w życiu naukowym.

Próbując udzielić odpowiedzi na nasuwające się pytanie dlaczego niewystarczające jest występowanie wielu kodeksów etycznych będących prawem wewnętrznym danej uczelni wyższej, a tym samym konieczne jest ustanowienie jednej wspólnej kodyfikacji zasad etycznych w badaniach naukowych, odwołać należy się do pojęcia etosu nauki i jej funkcji we współczesnym świecie. „Dbałość o szczegółowy etos tej profesji, jaką jest nauka, musi być rozpatrywany w kontekście dbałości o kształtowanie postaw i cech charakterologicznych, predysponujących do odwagi myślenia twórczego, niestereotypowego, oraz dojrzałości moralnej i uczuciowej, wyrażającej się poczuciem odpowiedzialności za prawdy głoszone, realizowane i poszukiwane; i to nie tylko wobec współczesnych sobie ludzi, ale wobec ludzkości i świata<sup>17</sup>”.

<sup>16</sup>Zespół Etyki w Nauce przy Ministrze Nauki i Informatyzacji, *Dobra praktyka badań naukowych. Rekomendacje*, s. 5, Warszawa 2004.

<sup>17</sup>Promieńska H., *Co ma do zaoferowania etyka badaczom, nauczycielom akademickim i organizatorom życia naukowego?*, *Kwartalnik NA UKA* 3/2010, PAN, s. 38.

Wspólna dla wszystkich szkół wyższych kodyfikacja zasad etycznych w badaniach naukowych, stanowiąca prawo powszechnie obowiązujące, w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości rozwiązałaby dylematy etyczne pożądanego zachowania, z którymi na co dzień borykają się ludzie nauki prowadzący badania oraz odpowiadała na nowe rodzaje konfliktów moralnych związanych z postępem nauki i rozwojem cywilizacyjnym świata, poprzez stworzenie procedur właściwego postępowania, nakreślenie właściwych, pożądaných postaw etycznych badacza - naukowca oraz wprowadzenie mechanizmów rozpoznawania zagrożeń sytuacji, które zagrażają etosowi nauki.

Funkcjonujący w Polsce etos nauki i nauczania w świetle współczesnych doświadczeń jego praktykowania oraz stan rzeczywistej rodzimej moralności uprawiania nauki oparty na tradycji i uformowanych w ostatnich latach kodyfikacjach etycznych w sferze nauki i szkolnictwa wyższego daje podstawę ku temu aby twierdzić, że działania poznawcze podejmowane w ramach Uczelni, ośrodków naukowo-badawczych, „będą mieć przede wszystkim na względzie poszerzenie stanu wiedzy poprzez eksplorację i interpretowanie obserwowanych zjawisk, odkrywanie korelacji, budowę modeli, weryfikację hipotez<sup>18</sup>” w duchu powszechnie obowiązujących zasad etycznych. Ich jednolita kodyfikacja z pewnością przyczyniłaby się również w sposób znaczący do osiągnięcia powyższego celu.

\*\*\*

**About the need to establish uniform and universally binding codification of ethical principles in research.  
Analysis of the problem based on the selected codes of ethics.**

The article's author discusses the need to codify ethical principles in scientific research in the form of uniform and universally binding codification of ethical principles in research and analyzes this issue on the basis of selected codes of ethics. This article presents the position of science in the era of cultural changes, particularly in relation to the human sciences, including the study of law. In relation to these changes the author raises the question of legitimacy to regulate ethical issues in research, and answers affirmatively. On the pages of the article the term "ethics in research" was defined as well as the codes of ethics, chosen by the author of the article, such as The European Code of Conduct for Research Integrity, The Code of Ethical Precepts currency at the University of Wrocław and The Code of Ethics for Researchers adopted by the General Assembly of the Polish Academy of Sciences were analyzed its conclusions, the author observes that the codification of the rules of ethics in scientific research on the basis of the European and national level, to which they can refer all academic staff, should be assessed positively. In the conclusions, the author notes that the codification of the rules of ethics in scientific research on the basis of the European and national level, to which all academic staff can refer, should be assessed positively. The author expresses the optimistic slant that cognitive activities undertaken within the Universities will be conducted in the spirit of universal ethical principles- the codified and non-codified ones.

**Keywords:** science, research, ethics, ethics in research, code of ethics

---

<sup>18</sup> Załącznik do Uchwały nr 68/2011 Senatu Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 22.06.2011 r., Kodeks Wskazań Etycznych, art. 2.

Kinga Jankowska

## WYBRANE PRZESTĘPSTWA PRZECIWKO WOLNOŚCI

## Wstęp

Początki cywilizacji to również okres kształtowania się praw, obowiązków czy też wolności jednostki. Toteż załączków praw człowieka należy doszukiwać się w okresie średniowiecza a nawet starożytności. Wówczas już dostrzeżano konieczność poszanowania praw jednostki, chociażby poprzez ich umiejscowienie w najstarszych księgach różnych religii. Jednakże w okresie oświecenia dokonano wyraźnego sformułowania idei praw jednostki. Ponadto rozpoczął się proces tworzenia nowoczesnych normatywnych regulacji praw człowieka. Za twórców podstaw praw człowieka, którzy niewątpliwie ponieśli na tej płaszczyźnie zasługi byli m.in. J. Locke, J.J. Rousseau, Ch.L.de Montesquieu oraz I. Kant.

<sup>1</sup> Okres ten charakteryzuje się wieloma aktami normatywnymi dotyczącymi praw i wolności jednostki z perspektywy uprzednio nieznannej. W roku 1787 uchwalono pierwszą pisaną konstytucję. Zawierała ona katalog praw i wolności człowieka, który gwarantował jednostce przestrzeganie praw i wolności na obszarze Stanów Zjednoczonych. Od tego momentu aż po dzień dzisiejszy tenże katalog został rozbudowywany, jak również stanowi on fundament materii konstytucyjnej nie tylko na terytorium Ameryki Północnej lecz innych kontynentów.<sup>2</sup> Wiek XIX szczyty się uporządkowaniem przestrzeganych już praw i wolności. Dodatkowo okres ten to czas wyodrębnienia trzech z kategorii katalogu, a mianowicie:

- praw i wolności osobistych,
- praw i wolności politycznych,
- praw i wolności ekonomicznych, socjalnych a także kulturalnych.

Wiek XX to szybki rozwój wyszczególnionych kategorii. Niewątpliwie wyróżnia się on połączeniem praw człowieka z problematyką konfliktów zbrojnych, utworzeniem amerykańskiego, europejskiego oraz afrykańskiego systemu ochrony praw jednostki czy też systemu ochrony mniejszości narodowych. Podkreślenia wymaga również fakt, iż wiek XX kojarzony jest z pojawieniem się skargi konstytucyjnej a także prawem do ochrony danych osobowych.<sup>3</sup> Kolejny wiek to ciągły rozwój znanych uprzednio procesów i zjawisk. Pomimo braku rewolucyjnych zmian, dostrzegane są nowe prawa i wolności, zaś te występujące wcześniej niż w XXI wieku ulegają doprecyzowaniu i rozbudowaniu. Za przykład posłużyć może chociażby wolność sumienia i religii. U kresu tegoż wieku istotnym tematem staje się antydyskryminacja czy problematyka związków partnerskich.

Celem niniejszego opracowania jest uporządkowanie w wymiarze systemowym kodeksowym oraz procesowym problematykę przestępstw przeciwko wolności. Dodatkowo autorka dostrzega aspekt społeczny wymienionego problemu, poczynając od bieżącego stulecia – wzrost przestępstw przeciwko wolności.

## Wolność a prawo

Aby należycie scharakteryzować zagadnienia ściśle związane z tematem tejże pracy, wymagane jest prawidłowe rozumowanie omawianych terminów. Na potrzeby niniejszego opracowania wystarczające jest sprecyzowanie terminu wolności, a także zasadniczej różnicy między pojęciami wolność a prawo.

Wolność i prawo są terminami stosowanymi zamiennie. Jednak między nimi występuje istotna różnica, a używanie ich wymiennie okazuje się błędem.

Terminy te, to nie tylko różnice ale także podobieństwa od których rozpoczęcie rozważań wydaje się powinnością. Oba z terminów łączy przysługujące jednostce uprawnienie do pewnego zachowania się. Możliwość korzystania z określonego uprawnienia nie jest obowiązkiem, nie rodzi również negatywnych konsekwencji wobec danej osoby. Drugim wspólnym wyznacznikiem wolności i prawa jest ciężący na organach państwowych obowiązek zagwarantowania zawartych w katalogu praw człowieka poszczególnych praw i wolności wraz z ich sposobnością realizacji. Różnica zaś dotyczy adresata obowiązku, wobec którego następują ograniczenie wolności i prawa zgodnie z podstawą prawną. W sytuacji ograniczenia bądź likwidacji wolności jednostki, organ publiczny obligatoryjnie wskazują na podstawę prawną w oparciu której działanie to następuje. Prawa jednostki ograniczone lub zlikwidowane są także wskazaną podstawą prawną, lecz dokonuje tego jednostka.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> J. Matwiejuk, *Konstytucyjne wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] *Prawo Konstytucyjne*, S. Bożyk (red.), Białystok 2014, s. 89.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem.*, s. 90.

<sup>4</sup> *Ibidem.*, s. 90-91.



Współczesna doktryna niewątpliwie klarownie wskazuje na naturalny rodowód z którego wywodzą się wyżej wymienione kategorie, czyli prawo i wolność. Niezaprzeczalnie tymże naturalnym rodowodem jest przyrodzona godność ludzka. Wolności i prawa znajdują uzasadnienie także w człowieczeństwie.<sup>5</sup> Przepis art. 30 polskiej Konstytucji daje temu wyraz. Bowiem brzmi on następująco: „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”<sup>6</sup> B. Gronowska podkreśla, że z naturalnego rodowodu wypływają również istotne konsekwencje w postaci norm konstytucyjnych odnoszących się do wolności i praw o charakterze deklaratoryjnym. Nie zaś konstytutywnym. Normy konstytucyjne o których mowa stanowią fizyczne zabezpieczenie obu kategorii (prawa i wolności) będących niezależnymi od woli ustawodawcy. Natomiast wynikającymi z przyrodzenia godności ludzkiej. Toteż słuszne jest twierdzenie, *jestem człowiekiem, a więc mam określone prawa*. Przeciwnieństwem słusznej konstatacji wielokrotnie uwypuklanej w doktrynie praw człowieka jest sformułowanie *mam prawa, a więc jestem człowiekiem*.<sup>7</sup> Zaś rdzeniem konstytucyjnej koncepcji wolności jednostki, okazuje się być swoboda w podejmowaniu aktów woli.<sup>8</sup> Dodatkowo P. Winczorek akcentuje, iż mimo możliwości dyskusji odnośnie art. 30 Konstytucji nie możliwe jest podważanie aksjologicznych uregulowań konstytucyjnych będących przedmiotem tejsz konwersacji.<sup>9</sup> Dodatkowo, rangę art. 30 ustawy zasadniczej adekwatnie obrazują słowa W. Skrzydło. Zdaniem autora z treści art. 30 Konstytucji wynikają z pozostałe regulacje prawne umiejscowione w rozdziale II Konstytucji.<sup>10</sup>

Analizując art. 30 Konstytucji nie sposób pominąć następnego artykułu zawartego w najważniejszym akcie prawnym w Polsce. Przepis art.31 ust.1 mówiący, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej posiada następujące znaczenia:

- 1) zakaz ingerowania w sferę chronioną wolności jednostki,
- 2) akty prawa, w tym Konstytucja wskazuje granicę wolności wraz ze środkami zapewniającymi jej ochronę.<sup>11</sup>

W ust. 2 tegoż artykułu jasno stwierdzono, że każdy jest obowiązany do szanowania wolności a także praw innych. Wobec tego, zachowania nienaruszające wolności oraz praw innych jednostek, pozostające w harmonii z interesami społecznymi podlegają ochronie prawnej.<sup>12</sup>

Ustawodawca przewidział także sposobność ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności w oparciu o przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji. Owe ograniczenie dopuszczalne jest wyłącznie wówczas gdy jest to konieczne, akcentując ważne zastrzeżenie tejsz konieczności z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa, porządku publicznego lub ochrony zdrowia oraz moralności publicznej, środowiska, czy też ochronę praw i wolności innych osób. Zakres stosowanie wyżej wymienionych ograniczeń nie może naruszyć istoty praw i wolności jednostki, przy czym obostrzenie korzystania z wolności i praw następuje w drodze ustawy. Spośród najważniejszych kryteriów mających wpływ na zakres stosowania ograniczeń wymienia się m.in. warunek legalności, proporcjonalności czy też wymóg celowości.<sup>13</sup> Znakiem tego, jakiegokolwiek ograniczenie korzystania przez jednostkę z jej wolności i praw zobowiązane jest do ograniczenia rangą ustawy. Ponadto musi zaistnieć konieczność, o której była mowa powyżej jak również stopień ingerencji w wolności i prawa osoby nie może wykraczać poza faktyczną potrzebę zakresu obostrzenia tychże kategorii przysługujących jednostce. Oznacza to również, że w sytuacji możliwości ochrony lub zabezpieczenia danego dobra w postaci minimalnego ograniczenia praw bądź wolności, organy państwowe są zobowiązane do zastosowania tegoż obostrzenia. Rezultatem czego jest poprzestanie na mniej ingerującym rodzaju ograniczenia. Wszystkie trzy scharakteryzowane powyżej kryteria nie mogą wystąpić osobno, lecz łącznie. Toteż uchybienie choćby jednej z nich nie będzie spełniało wymaganego standardu doprowadzając do uznania możliwości ograniczenia za sprzeczne z obowiązującym stosowaniem prawa.

Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 12 stycznia 1999 roku stwierdził, że przepis artykułu 31 ust.1 w pełni realizuje postulat jaki to wysuwa doktryna prawa odnośnie wymogu proporcjonalności. Prócz tego w znaczącym stopniu odpowiada formułom zawartym w aktach międzynarodowych, których Polska zobowiązała się przestrzegać.<sup>14</sup>

## Przestępstwa przeciwko wolności w Kodeksach karnych

<sup>5</sup> P. Winczorek, Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r, Liber, Warszawa 2000, s. 47.

<sup>6</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz. U. nr 78, poz. 483.

<sup>7</sup> B. Gronowska, *Kwestie terminologiczne pojęcia „prawo”, „wolność”, „obowiązek”*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), Toruń 2015, s. 153.

<sup>8</sup> L. Bosek, W. Borysiak, *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] *Konstytucja RP komentarz art.1-86*, t. I, (red.) M. Safjan, L. Bosek, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 763.

<sup>9</sup> P. Winczorek, Komentarz ...op.cit., s.47.

<sup>10</sup> W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, wyd. VII, Wolter Kluwers, Warszawa 2013, s. 44.

<sup>11</sup> Ibidem., s. 48.

<sup>12</sup> B. Gronowska, *Kwestie...op. cit.*, s. 154.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Wyrok TK z dnia 12.01.1999r., P2/98, OTK ZU 1999, nr.1, poz.2.

Wolność jest pojęciem o charakterze uniwersalnym, jednocześnie zawierającym różnorodne jego wymiary. Zaś osobista wolność człowieka stanowi zasadnicze jej ogniwo. Niewątpliwie wolność będąca osobistym dobrem każdej jednostki związana jest z przestępstwami zamieszczonymi w rozdziale XXIII Kodeksu karnego zatytułowanym „przestępstwa przeciwko wolności”.

Płaszczyzna filozoficzno-społeczna prezentuje wolność osobistą człowieka jako fundamentalne, naturalne a przede wszystkim niezbywane prawo jednostki. Toteż ideał człowieka wolnego pojmowany jest wówczas gdy człowiek „nie jest zakuty ani w kajdany, ani zamknięty w więzieniu, ani nie żyje jak niewolnik w ciągłym strachu przed karą”.<sup>15</sup> I. Kant wolność jednostki łączył z godnością człowieka. Natomiast J. Lock zaliczał wolność do kategorii praw naturalnych stawiając ją na równi z prawem do własności a nawet życia.

Wolność jednostki w kategoriach historycznych kreśliła przywilej, który mógł nadać król. Okres wczesnego średniowiecza to początek licznych przywilejów poczynając od Wielkiej Karty Wolności. Gwarantowała ona ludziom wolnym niemożność uwięzienia bez wydania prawomocnego wyroku. Dokonać tego mogły tylko jednostki jej równe bądź wyrok musiał zapaść na mocy prawa krajowego. Podobnych przywilejów należy doszukiwać się w Złotej Bulli czy Jasticia Mayor.<sup>16</sup> W dziecinach prawnych wolność każdego człowieka rozumiana jest analogicznie jak zdrowie bądź życie. Czyli dobro chronione prawem. Punktem wyjściowym dla analizy wolności w sensie prawnym jest Konstytucja i zawarte w niej prawa.

Kodeks karny z 1932 roku zawierał osobny rozdział przeciwko przestępstwom wolności. Owy rozdział tworzyło pięć określonych typów przestępstw. Były to:

- pozbawienie wolności w typie podstawowym i kwalifikowanym,
- handel niewolnikami,
- groźba karalna,
- wymuszenie,
- najście domu.<sup>17</sup>

W oparciu o wymienione powyżej przestępstwa uznano wolność osobistą jednostki jako przedmiot ochrony prawnej. Ponadto stwierdzono, iż można pojmować wolność tę w sposób dwojaki. W pierwszym przypadku wolności skupiono się na jej fizycznym aspekcie. Wobec tego oznaczała ona wolność poruszania się lub przemieszczania z jednego miejsca na inne. Drugie stanowisko rozumowania wolności dotyczyło sfery moralnej. Sposobności decydowania i rozporządzania posiadanym dobrem, niekorzystania lub korzystania z określonych praw czy też podejmowania jakichkolwiek przedsięwzięć.<sup>18</sup> W obu przytoczonych przypadkach zachowanie przestępne miało miejsce wtedy tylko, gdy skierowane było na wartość jaką jest wolność osobista jednostki. Pisał również o tym J. Makarewicz, którego słowa doskonale wpasowują się w podsumowanie rozważań nad przedmiotem ochrony przestępstw przeciwko wolności w Kodeksie karnym z 1932 roku – „wolność jednostki, wolność działania lub zaniechania, wolność i nic więcej.”<sup>19</sup> Rozważania te nie zostały uwzględnione w Kodeksie karnym z 1969 roku. Rozdział XXIII nie zawierał już wyłącznie przestępstw, których głównym chronionym dobrem była wolność osobista jednostki jak to miało miejsce w poprzedniej ustawie, lecz dokonano rozszerzenia o kolejne przestępstwa takie jak zgwałcenie, czyn nierządny z osobą nienormalną, czyn nierządny z nadużyciem zależności oraz naruszanie korespondencji. Z całą pewnością rozbić przestępstw o charakterze seksualnym na dwie grupy, które wcześniej umieszczone były w rozdziale XXXIII pod nazwą *nierząd* i przeniesienie czterech z tych przestępstw do rozdziału *przestępstw przeciwko wolności* miało swoich zwolenników jak i przeciwników. Zatem podnoszono postulaty, aby dokonać modyfikacji konstrukcji rozdziału XXIII. Dokonano tego w roku 1997. Wobec tego, w rozdziale XXIII Kodeksu karnego znajdowało się jedynie pięć poniższych przestępstw:

- bezprawne pozbawienie wolności,
- groźba,
- zmuszanie,
- zabieg leczniczy bez zgody pacjenta,
- naruszenie miru domowego.

<sup>15</sup> B. Kunicka- Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej, Rozdział XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu Karnego, Komentarz*, Warszawa 2001, s.11.

<sup>16</sup> Ibidem., s.12.

<sup>17</sup> M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności, [w:] System prawa karnego, przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. X, red. A. Marek, L. Pa-przycki, Warszawa 2012, s. 335.

<sup>18</sup> Ibidem., s. 336.

<sup>19</sup> B. Kunicka- Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa...* op. cit., s. 15.

Jak słusznie zauważa M. Mozgawa przestępstwa te naruszają wolność człowieka w szerokim tego słowa znaczeniu (wolność moralną, wolność fizyczną), stanowiącą zasadnicze dobro. Toteż wolność ta nie może pełnić funkcji uzupełniającej bądź stanowić elementu składowego innego dobra, które zostało naruszone.<sup>20</sup>

Kolejne nowelizacje na przestrzeni lat również zmodyfikowały budowę rozdziału XXIII. Znalazły się w nim trzy kolejne przestępstwa.

- 1) Stalking - uporczywe nękanie,
- 2) utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnych,
- 3) handel ludźmi.<sup>21</sup>

O umieszczeniu przestępstwa utrwalania wizerunku nagiej osoby lub w trakcie czynności seksualnych w grupie przestępstw przeciwko wolności M. Mozgawa pisze z pewnymi zastrzeżeniami. Zdaniem autora przestępstwo z art.191a k.k. łamie spójność wewnętrzną tegoż rozdziału. Trafniejszym rozwiązaniem byłoby umieszczenie przestępstwa utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnych w rozdziale *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. Bowiem autor broni poglądu, iż dobrem chronionym w tej sytuacji nie jest wolność lecz obyczajność. A nawet prywatność jak i intymność jednostki.<sup>22</sup>

### Wybrane przestępstwo przeciwko wolności

Na potrzeby niniejszej pracy, autorka zdecydowała się na przybliżenie przestępstwa – bezprawne pozbawienie wolności. O wyborze zdecydowała dostępność do pozyskania danych statystycznych w porównaniu do innych występujących przestępstw w rozdziale XIII Kodeksu karnego, a także fakt, że przestępstwa to pojawiły się już w Kodeksie karnym z 1932 roku.

Zgodnie z polskim Kodeksem karnym z 1969 roku przestępstwo bezprawnego pozbawienia człowieka można było odnaleźć w art. 165§ 1. Obecnie owe przestępstwo ustawodawca umiejscowił w przepisie art. 189 k.k.<sup>23</sup> Wraz ze zmianą numeracji przepisu tegoż czynu przestępnego, ustawodawca zmodyfikował typ kwalifikowany przestępstwa jednocześnie pozostawiając w pierwotnej postaci typ podstawowy. Uprzednio typ kwalifikowany miał miejsce wówczas, gdy pozbawienie wolności trwało powyżej 14 dni, nie zaś jak obecnie 7 dni. Ponadto zgodnie z przepisem art. 165§2 k.k. drugi rodzaj kwalifikacji następował „w innych szczególnie ciężkich wypadkach.”<sup>24</sup> Dziś do dookreślonej kwalifikacji ustawodawca posłużył się §3 art. 189 k.k., w którym mowa o szczególnym udręczeniu

Niewątpliwie dobrem chronionym w przepisie art.189 k.k. jest osobista wolność człowieka, w znaczeniu fizycznym. Czyli sposobności swobodnego przemieszczenia zgodnie z wolą pokrzywdzonego. Takowe rozumowanie potwierdza Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 5 czerwca 2013 roku, w którym to dobrem chronionym w art.189 k.k. jest wolność w wymiarze swobody ruchów jak również nieograniczoną możliwością zmiany miejsca pobytu.<sup>25</sup> W doktrynie przyjęto, że ochronie powinna podlegać nie tylko osobista wolność jednostki lecz także jego wola. Może ona ujawnić się w każdym czasie, co oznacza, że domniemujemy, iż dana osoba w konkretnym czasie, w sytuacji zagrożenia chciałaby uzyskać zapewnienie bezpieczeństwa.<sup>26</sup> Jak słusznie podnoszono w orzecznictwie, aby móc mówić o dokonaniu czynu przestępnego polegającego na bezprawnym pozbawianiu wolności, nie może wystąpić aktualizacja woli pokrzywdzonego. Oznacza to, że w sytuacji świadomego wyrażenia zgody przez potencjalnego pokrzywdzonego na jakiegokolwiek ograniczenie bądź pozbawienie go wolności zachodzi niemożność zastosowania przepisu art.189 k.k. wyjątek stanowi będą okoliczności przemocy, groźby bądź przymusu.<sup>27</sup>

Ustawa nie precyzuje w jaki sposób dochodzi do pozbawiania wolności. Zatem wszelkie formy są dopuszczalne. Zarówno działanie jak i zaniechanie. Pomimo braku przez ustawodawcę precyzji co do zachowania sprawcy w literaturze przedmiotu kładzie się nacisk na czas trwania stanu pozbawiania wolności. Może on występować bardzo krótko, jednakże ofierze w czasie jego trwania uniemożliwia się swobodę ruchu oraz przemieszczania się.<sup>28</sup> Podkreśla się również, że sprawca może skorzystać z wszelkich technicznych sposobności uniemożliwienia pokrzywdzonemu przeniesienia się w

<sup>20</sup> M. Mozgawa, *Przestępstwa...* op. cit., s.338.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. 1997. 88. 553 ze zm.

<sup>22</sup> Ibidem., s. 339.

<sup>23</sup> „§ 1. Kto pozbawia człowieka wolności, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 2. Jeżeli pozbawienie wolności trwało dłużej niż 7 dni, sprawca

podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3. Jeżeli pozbawienie wolności, o którym mowa w § 1 lub 2, łączyło się ze szczególnym udręčeniem, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”.

<sup>24</sup> B. Kunicka- Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa...* op. cit., s. 17.

<sup>25</sup> Wyrok SA w Warszawie z dn. 05.06.2013 r., II AKa 107/13, Legalis.

<sup>26</sup> A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny, komentarz*, Warszawa 2015, s. 939.

<sup>27</sup> Wyrok SA w Katowicach z dn. 08.12.2005 r., II AKa 68/05, KZS 2006, nr. 4, poz. 63.

<sup>28</sup> J. Bafia, K. Miodulski, M. Siewierski, *Kodeks karny*, Warszawa 1977, s. 423.

inne miejsce.<sup>29</sup> Uwypuklić należy, że zabranie inwalidzie kul, gdy bez nich nie jest on w stanie się przemieścić, stworzenie „żywego muru” lub innej blokady, aby zapobiec wydostaniu się osoby z pomieszczenia, zastraszenie jednostki strzelaniem w momencie próby ucieczki itp. także jest przestępstwem.<sup>30</sup> Sprawca może działać z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem.

W literaturze przedmiotu dominuje pogląd o materialnym charakterze opisywanego przestępstwa. Przyjęto, że skutkiem jest pozbawienie wolności fizycznej ofiary. Zdaniem M. Mozgawy wynikiem działania sprawcy jest wytworzenie takiego stanu niemożności co do kwestii urzeczywistnienia decyzji, także tej potencjalnej woli pokrzywdzonego.<sup>31</sup> Odmienne stanowisko dotyczące charakteru przestępstwa pozbawiania wolności zdaniem K. Buchały jest nieprzekonujące. Toteż czyn zabroniony jest przestępstwem o charakterze materialnym nie zaś formalnym. Formalny charakter niewątpliwie w literaturze przedmiotu uznany jest za pogląd odosobniony zdaniem autora.<sup>32</sup> Ponadto nie można pominąć, iż opisywane przestępstwo jest przestępstwem trwałym.<sup>33</sup>

Jeśli chodzi o stronę podmiotową przestępstwa pozbawienia wolności zawiera ona dwie postacie umyślności. W grę wchodzi nie tylko zamiar bezpośredni, ale także ewentualny. Natomiast w typie kwalifikowanym nie odnajdziemy winy mieszanej.

Bezspornie w literaturze przedmiotu odnajdujemy wyłącznie jeden pogląd co do kwestii podmiotu – powszechny charakter przestępstwa. Jednoznacznie wskazuje na to użycie przez ustawodawcę zaimka „kto” bez jakiegokolwiek dopełnienia. Oznacza to, że sprawcą przestępstwa pozbawienia wolności może być każdy.

W art. 189 k.k. ustawodawca przewidział dwa rodzaje typów kwalifikowanych. Modyfikacja ta powstała w wyniku nowelizacji 2009 roku i polegała na rozgraniczeniu dwóch odmian, które zgodnie z uprzednim stanem prawnym mieściły się w jednym przepisie.<sup>34</sup> Za kryterium pierwszego z nich uznano czas trwania bezprawnego pozbawienia wolności<sup>35</sup>, zaś wyznacznikiem drugiej z odmiany typu czynu przestępnego jest szczególne udrczenie.

Samo pojęcie *udrczenia* w znaczeniu słownikowym określane jest jako sprawianie komuś cierpienia. Może ono być zarówno fizyczne jak i psychiczne. Kolejnymi synonimami są dokuczanie lub zameczanie.<sup>36</sup> Zdaniem J. Wojciechowskiej za szczególne udrczenie należy pojmować takie okoliczności, w których to powodują one „większą dla ofiary dolegliwość niż samo pozbawienie wolności i niemożność jej odzyskania”.<sup>37</sup> Inny komentator, M. Mozgawa w oparciu o orzecznictwo sądowe obrazuje przykłady szczególnego udrczenia. Wśród nich wymienia zmuszenie ofiary do rozebrania się i włożenia sobie świeczki do pochwy bądź przypalanie pośladek papierosami.<sup>38</sup> Jako przykład szczególnego udrczenia na podstawie przepisu art. 189§3 k.k. komentatorzy zajmujący się niniejszą problematyką wskazują między innymi na oddzielenie matki od małoletniego dziecka czy przetrzymywanie ofiary w mrocznej piwnicy.<sup>39</sup> Sąd Apelacyjny w Lublinie wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2001 roku, klarownie stwierdził, iż przetrzymywanie pobitego i zakrwawionego pokrzywdzonego przez okres ok. 10 godzin w bagażniku auta, w grudniu z podkreśleniem braku wiedzy ofiary na dalszy przebieg akcji zasługuje na zakwalifikowanie tegoż zdarzenia na popełnienie przestępstwa pozbawienia wolności ze szczególnym udrczeniem.<sup>40</sup>

Zgodnie z przepisem art. 189§1 typ podstawowy nie jest zbrodnią, zaś występkiem. Za dokonanie czynu przestępnego sprawcy grozi kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. W oparciu o przepis art. 58§1 k.k. sąd ma sposobność zastosowania innej kary aniżeli kary pozbawienia wolności wyłącznie wówczas, kiedy to inna kara bądź środek karny nie byłby w stanie spełnić celów kary. Powyższe regulacje nie odnajdują zastosowania w żadnym z typów kwalifikowanych – art. 189§2, art. 189§3 k.k. Zagrożenie karą pozbawienia wolności w pierwszym z typów kwalifikowanych ustawodawca przewidział na okres od roku do lat 10. W oparciu o przepis art. 189§3, będący drugim z typów kwalifikowanych a jednocześnie zbrodnią zagrożenie karą wynosi nie krócej niż 3 lata pozbawienia wolności.<sup>41</sup>

Poniżej zamieszczono wykres obrazujący liczbę postępowań wszczętych, a także przestępstw stwierdzonych w latach 1999–2014. Dane statystyczne zostały pozyskane z Komendy Głównej Policji, toteż wykres przedstawia łączne ujęcie przestępstw z art. 189§1, art. 189§2 jak również przepis art. 189§3 Kodeksu karnego.

<sup>29</sup> M. Filar, *Kodeks karny, komentarz*, Warszawa 2012, s. 945.

<sup>30</sup> R. Stefański, *Kodeks karny, komentarz*, Warszawa 2015, s. 1074.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 1075–1076.

<sup>32</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 629.

<sup>33</sup> Oznacza to, że rozpoczyna się z chwilą pozbawienia fizycznej wolności jednostki i trwa do momentu jej uwolnienia.

<sup>34</sup> R. Stefański, *Kodeks...op. cit.*, s. 1076.

<sup>35</sup> czas powyżej 7 dni.

<sup>36</sup> S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. IV, Warszawa 2003, s. 955.

<sup>37</sup> J. Wojciechowska, [w:] *Kodeks Karny. Część szczególna*, red. A. Wąska, Warszawa 2004, t. I, s. 680.

<sup>38</sup> M. Mozgawa, *Znamię „szczególnego udrczenia” z art. 165 § 2 k.k. w świetle badań empirycznych*, [w:] *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, Lublin, XLII, 12 1995, s. 135–138.

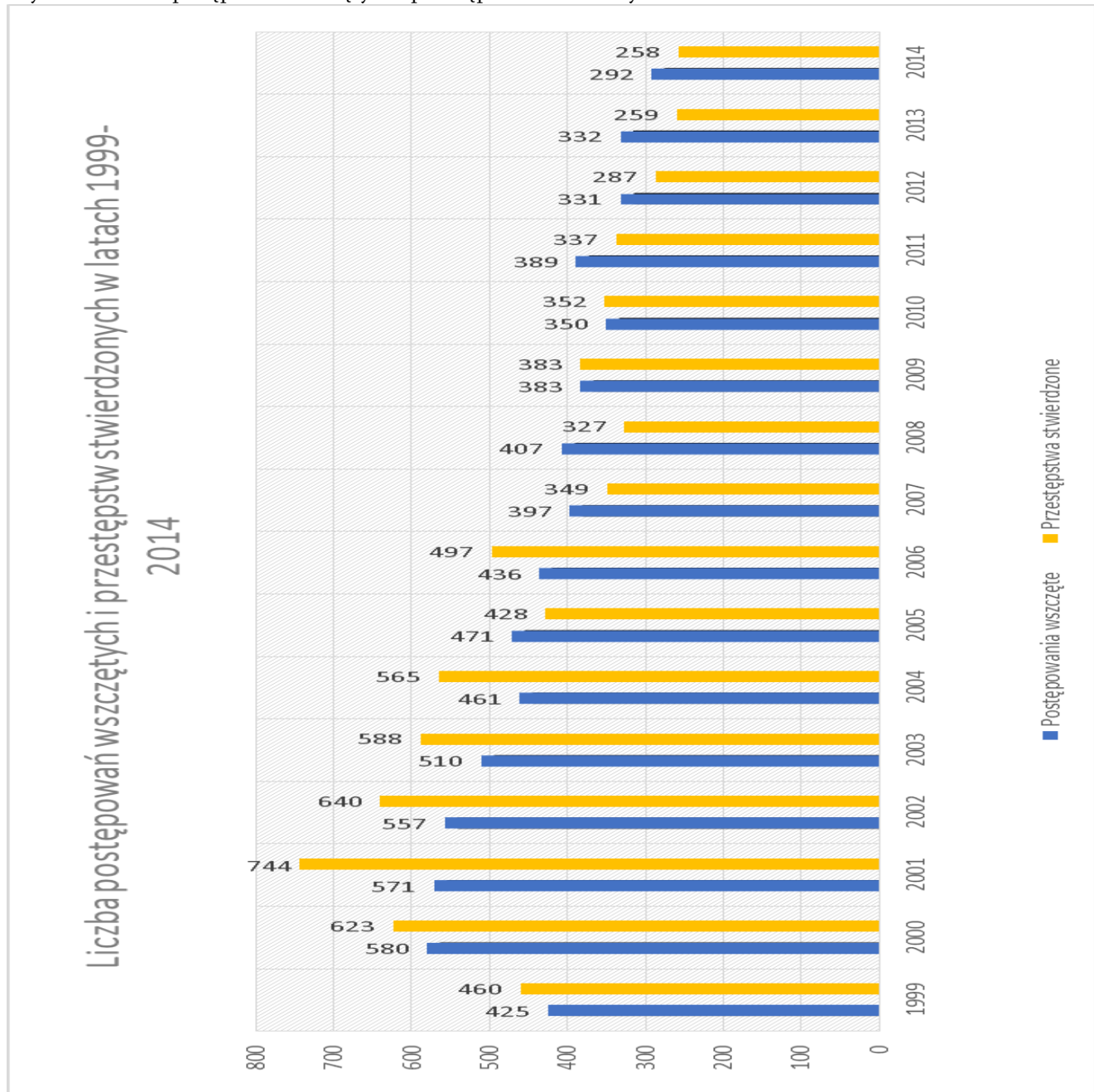
<sup>39</sup> R. Stefański, *Kodeks...op. cit.*, s. 1078.

<sup>40</sup> Wyrok SA w Lublinie z dn. 12.04. 2001r., II AKa 59/01, Prok. i Pr. – wkl. 2002.nr. 2, poz. 12.

<sup>41</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny.

Jak widać w pierwszych trzech latach, które zostały objęte analizą nie sposób nie zauważyć znaczącego wzrostu liczby czynów zabronionych. Dzieje się tak, aż do roku 2001, w którym zanotowano największą liczbę przestępstw bo aż 744. Jest to o ponad 60 % więcej przestępstw aniżeli w roku 1999 w którym zarejestrowano 460 takich przestępstw. Późniejsze lata poczynając od 2001 roku to spadek przestępstw pozbawienia wolności. Jedynie w roku 2006 możemy dostrzec niewielki wzrost czynów zabronionych. W roku 2014 liczba przestępstw stwierdzonych wynosiła 258, jest to trzykrotnie mniej niż roku 2001. Ponadto na podstawie lat 2013-2014 można pokusić się o stwierdzenie, iż nastąpiła stabilizacja popełniania przestępstwa pozbawienia wolności. Jak zauważa J. Bafia trudno jest prognozować tendencje przestępstwa z art. 189 k.k.<sup>42</sup>

Wykres 1. Liczba postępowań wszczętych i przestępstw stwierdzonych w latach 1999-2014.



Źródło: opracowanie własne na podstawie: Komenda Główna Policji, *Pozbawienie wolności (art.189)*, [w:] *Przestępstwa przeciwko wolności (189-193)*, dostęp internetowy: <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestępstwa-przeciwko-4/63484.Pozbawienie-wolnosci-art-189.html>, data dostępu: 12.12.2016.

<sup>42</sup> J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 334.

### Zakończenie

Wolność niegdyś pojmowana wyłącznie jako przywilej nadany przez króla, który opierał się na wolności fizycznej, wstępuje do dziś w polskim prawodawstwie. Jednak z pewnymi jej modyfikacji. Prawa i wolności poczynając od roku 1787, kiedy to uchwalono pierwszą konstytucję również zostały rozbudowane i doprecyzowane. Istotną rolę w pojmowaniu wolności i praw odegrały wydarzenia w XX wieku tj. konflikty zbrojne. Mimo ciągłego łączenia obu terminów prawo i wolności w jeden zwrot, czy też zamiennego ich stosowania, należy podkreślić, iż pojęcia te nie są tożsame. Jednak za rodowód powyższych terminów jednogłośnie uznano przepis art. 30 Konstytucji. Zaś art. 31 Konstytucji wprowadza możliwość ograniczenia wolności jednostki, wyłącznie w sytuacjach przewidzianych przez prawo. Takowego ograniczenia nie przewiduje ustawa z 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny. Rozdział XXIII Kodeksu karnego określa sankcje za przestępstwa przeciwko wolności, w szerokim jej znaczeniu. Jak słusznie podnosi M. Mozgawa wolność w prawie karnym obejmują nie tylko wolność fizyczną, lecz także wolność moralną.<sup>43</sup> Natomiast przepis art. 189 k.k. przewiduje sankcję za naruszanie naturalnego, a przede wszystkim niezbywalnego prawa jakim jest wolność rozumiana jako wolność fizyczna. Zostało to również zaakcentowane przez Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 5 czerwca 2013 roku. Dane statystyczne zdaniem autorki wskazują, że przestępstwo bezprawnego pozbawienia jest przestępstwem często występującym, lecz nie nagłaśnianym przez media. Dodatkowo wartym podkreślenia jest fakt ciągłych rozszerzeń o kolejne przestępstwa zaliczane do kręgu przestępstw przeciwko wolności (tj. zgwałcenie, stalking czy handel ludźmi) na przestrzeni lat, będące rezultatem zachodzących zmian społecznych, a tym samym wzrostem przestępczości. Zatem preferowana wartość jaką jest wolność, zagrożona jest różnorodnymi zjawiskami patologicznymi, które to stały się impulsem w poszukiwaniu zmian w polityce karnej.

\*\*\*

### Offences against liberty

The subject of consideration in this article is presentment changing approach to liberty over the centuries. Special attention were given to criminal law, to wit to offences against liberty. In this dissertation were shown similarities and differences of terms law and liberty. Simultaneously accentuating that this terms are not the same. There not omitted also showing key events having influence on understanding liberty term. Furthermore were presented development of types offences against liberty at the turn of the years. Additionally were used approximation of selected crime- unlawful deprivation of liberty. Through characterized features of a criminal offence shown issues complexity in understanding liberty term. Were shown also statistics relevant to crime from art. 189 k.k. sourced from Police Headquarters.

**Keywords:** liberty, law, unlawful deprivation of liberty, offences against liberty

---

<sup>43</sup> M. Mozgawa, *Przestępstwa...op. cit.*, s.338.

Paweł Kardasz

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZEZ ZWIERZĘTA ZNAJDUJĄCYCH SIĘ POD WŁADZTWEM CZŁOWIEKA I ZWIERZĘTA ŻYJĄCE W STANIE WOLNYM W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM.

### Wstęp

Spośród wielu hipotetycznych przyczyn powstania szkody ustawodawcy europejscy za szczególnie istotne uważają przede wszystkim te związane z ruch pojazdu, zawaleniem się budowli oraz zachowaniem zwierząt. Takie podejście to tej problematyki powoduje, że deliktowe skutki opisanych zdarzeń regulowane są w systemach prawa wspólnotowego w sposób wyjątkowy a odpowiedzialność z nimi związana jest surowsza niż zwykła odpowiedzialność oparta na zasadach ogólnych i wymagających udowodnienia winy. W dodatku o ile w systemach europejskich regulacje związane z odpowiedzialnością za szkody wyrządzone ruchem pojazdu znajdują się poza Kodeksem cywilnym, to pozostałe dwa wymienione przypadki odpowiedzialności (w tym związana z zachowaniem zwierząt) stanowią zwykle materię skodyfikowaną. W zakresie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta można wskazać, że kodyfikację reguł tej odpowiedzialności zawiera między innymi: Austriacki Kodeks Cywilny (§ 1320 ABGB

<sup>1</sup>), Niemiecki Kodeks Cywilny (§ 833<sup>2</sup> i 834 BGB<sup>3</sup>), Włoski Kodeks Cywilny (art. 2052 CC<sup>4</sup>) oraz Hiszpański Kodeks Cywilny (art. 1905 CC<sup>5</sup>). W aktach tych usankcjonowana została odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta pozostające pod władztwem człowieka (tj. właściciela, posiadacza, osoby utrzymującej zwierzę, a także osoby zobowiązanej do nadzoru nad zwierzęciem w interesie jego posiadacza). Powołane przepisy nie odnoszą się natomiast w ogóle do odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące w stanie wolny, którą uregulowane zostały w wymienionych państwach w licznych przepisach pozakodeksowych<sup>6</sup>. Analogiczne rozwiązania przewidziane zostały w ustawodawstwie polskim, gdzie odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta znajdujących się pod władztwem człowieka uregulowana została w Kodeksie cywilnym (w skrócie „k.c.”)<sup>7</sup>. Natomiast odpowiedzialność za zwierzęta żyjące w stanie wolnym usankcjonowana została w przepisach pozakodeksowych zawartych w ustawie z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (w skrócie pr.łow.)<sup>8</sup> oraz ustawie z dnia 16 kwietnia 2015 r. o ochronie przyrody (w skrócie ochr.przyr.)<sup>9</sup>.

### Odpowiedzialność za zwierzę chowane lub którymi posługuje się człowiek

W systemie prawa polskiego odpowiedzialność za zwierzęta znajdujące się pod władztwem człowieka uregulowana została w art. 431 k.c.<sup>10</sup>. Zgodnie z powołanym artykułem: „Kto zwierzę chowa albo się nim posługuje, obowiązany jest do naprawienia wyrządzonej przez nie szkody niezależnie od tego, czy było pod jego nadzorem, czy też zabląkało się lub uciekło, chyba że ani on, ani osoba, za którą ponosi odpowiedzialność, nie ponoszą winy (§ 1). Dodatkowo zgodnie z § 2 wskazanego przepisu: „Chociażby osoba, która zwierzę chowa lub się nim posługuje, nie była odpowiedzialna według przepisów paragrafu poprzedzającego, poszkodowany może od niej żądać całkowitego lub częściowego naprawienia

<sup>1</sup> Według § 1320 ABGB: „Jeżeli kto uszkodzonym zostanie przez zwierzę; natenczas odpowiada za takowe ten, kto zwierzę do tego napędzał, drażnił albo je pilnować zaniedbał. Jeżeli nikt o taką winę nie może być przekonany; natenczas uszkodzenie uważanem jest za przypadkowe”.

<sup>2</sup> Według § 833 BGB: „W razie zabicia przez zwierzę lub naruszenia przez nie ciała lub zdrowia człowieka, ten kto trzyma zwierzę obowiązany jest do naprawienia szkody przez to powstałej. Obowiązku naprawienia szkody niestosuje się, jeżeli szkoda została spowodowana przez zwierzę, które służy ono zawodowi, czynności zarobkowej lub utrzymaniu osoby je utrzymującej albo gdy szkoda i tak by powstała nawet przy dochowaniu należytej staranności”.

<sup>3</sup> Według § 834 BGB: „Każdy kto chowa zwierzę pod swoją opieką odpowiedzialny jest za szkodę wyrządzone przez te zwierzę komukolwiek na podstawie § 833 BGB. Nie ponosi odpowiedzialności kto sprawował odpowiedni nadzór nad zwierzęciem, albo gdy szkoda i tak by powstała nawet przy dochowaniu należytej staranności”.

<sup>4</sup> Według art. 2052 CC: „Właściciel zwierzęcia lub osoba go używająca, tak długo jak jest w użyciu, odpowiedzialna jest za szkody spowodowane przez zwierzę, czy to pozostające pod jego opieką, czy zwierzę zgubione lub które uciekło, chyba że nie ponosi on za to winy”.

<sup>5</sup> Według art. 1905 CC: „Posiadacz zwierzęcia lub osoba korzystająca z niego jest odpowiedzialny jest za wszelkie szkody wyrządzone przez nie, nawet jeśli zwierzę uciekło lub zostało utracone. Odpowiedzialność ta zostaje wyłączone przestając tylko razie stwierdzenia uszkodzenia wynikające z działania siły wyższej lub z zaniedbania ze strony osoby, która poniosła szkodę”.

<sup>6</sup> A. Olejniczak, Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego, tom 6, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 512, zob. również A. Szpunar, Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta i rzeczy, Warszawa 1985, s. 12 i n. oraz M. Goettel, Sytuacja zwierząt w prawie cywilnym, Warszawa 2013, s. 324-327.

<sup>7</sup> Przy czym wskazany podział kodyfikacji odpowiedzialności za zwierzęta obowiązuje niemal w każdym kraju Unii Europejskiej.

<sup>8</sup> Zob. ustawa z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (Dz. U. z 2015 r. poz. 2168 tj., z późn. zm.).

<sup>9</sup> Zob. ustawa z dnia 16 kwietnia 2015 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2015 r. poz. 1651 tj., z późn. zm.).

<sup>10</sup> M. Goettel, Sytuacja zwierzęcia w prawie..., s. 321-322.

szkody, jeżeli z okoliczności, a zwłaszcza z porównania stanu majątkowego poszkodowanego i tej osoby, wynika, że wymagają tego zasady współzycia społecznego<sup>11</sup>.

Regulacja art. 431 k.c. przewiduje więc zaostrzoną odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez zwierzę znajdujące się pod stałą pieczę człowieka, czyli przez niego chowane lub którym się posługuje. W związku z tym odpowiedzialność na podstawie powołanego przepisu może ponosić przede wszystkim osoba chowająca zwierzę. Przez zwrot chowanie należy przeto rozumieć wykonywanie czynności faktycznej opieki nad zwierzęciem (np. dająca mu schronienie, karmiąca je, lecząca zwierzę lub je pielęgnująca). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że czynności te może wykonywać ktokolwiek. Osobę chowającą zwierzę może więc stanowić zarówno właściciel, posiadacz samoistny (jednak nie będzie nim dzierżyciel)<sup>12</sup> jak i podmiot nieposiadający jakiegokolwiek tytułu do zwierzęcia<sup>13</sup>. Chowającym może być zarówno osoba fizyczna, jak i pozostałe kategorie podmiotów prawa cywilnego (w tym także Skarb Państwa). Chowanie zwierzęcia musi się jednak przy tym odbywać względnie trwale i uzewnętrzniać wewnętrzny zamiar chowającego<sup>14</sup>. Zgodnie z poglądem doktryny prawniczej pod opisywanym pojęciem nie mieszczą się natomiast czynności podejmowane przez podmioty publiczne lub prywatne, na rzecz rozwoju czy utrzymania populacji określonego gatunku, np. ochrona bobrów. Podmiotami chowającymi zwierzę nie są więc w szczególności osoby dokarmiające okazjonalnie bezpańskie psy lub koty, weterynarz dokonujący zabieg leczniczy na zwierzęciu, osoba wyprowadzająca psa swojego sąsiada, przewoźnik i przechowawca<sup>15</sup>. W myśl art. 431 k.c. drugą kategorię podmiotów mogących ponosić odpowiedzialność za zwierzęta znajdujące się pod ich stałą pieczę stanowią osoby „posługujące się zwierzęciem”. Pod tym terminem rozumiane są przede wszystkim osoby korzystające ze zwierzęcia jedynie w charakterze okazjonalnym, do własnych celów i w zasadzie tylko grzeźnościowo<sup>16</sup>, bez podejmowania wobec niego zachowań mieszczących się w pojęciu "chowania". Przyjmuje się jednak, że posługiwanie się przez takie osoby zwierzęciem nie musi być przy tym trwałe lecz może mieć nawet charakter dorywczy<sup>17</sup>.

Odpowiedzialności za szkodę spowodowaną przez zwierzęta chowane lub którymi posługuje się człowiek opiera się przede wszystkim na zasadzie winy w nadzorze wyżej wymienionych osób (w odniesieniu do zachowania własnego osoby obowiązanej)<sup>18</sup>. Możliwość przypisania tego rodzaju odpowiedzialności zależy nadto od spełnienia następujących przesłanek: a) zawinionego postępowania chowającego zwierzę lub posługującego się nim, b) instynktownego zachowania się zwierzęcia, c) wyrządzenia szkody oraz d) adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zawinionym postępowaniem chowającego zwierzę lub posługującego się nim a wyrządzeniem szkody. W związku z tym warunkiem niezbędnym przypisania określonym podmiotom odpowiedzialności za zwierzę jest oprócz kwestii określenia winy i pozostałych wyżej wymienionych elementów, ustalenie przede wszystkim faktu, iż szkoda została wyrządzona w drodze własnego i nieprzymuszonego popędu zwierzęcia, tj. w wyniku samoistnego i niezależnego od człowieka zachowania<sup>19</sup>. W doktrynie prawniczej przez termin działanie zwierzęcia „z własnego popędu” rozumiane są takie sytuacje w których zwierzę zachowuje się sprzecznie z wolą kontrolującego je człowieka. Przy czym zachowanie to może polegać zarówno na aktywnym zachowaniu się tego zwierzęcia (np. pogryzienie) jak i na jego bierność (np. zatrzymanie się zwierzęcia na drodze)<sup>20</sup>. A contrario w zakresie art. 431 kc nie mieszczą się sytuacje w których zwierzę jest sterowane przez człowieka lub wykonuje jego polecenia. Z istoty tego przepisu wyłączone są więc przypadki takie jak: poszczucie psem lub spowodowanie kolizji drogowej przez konie sterowane przez woźnicę<sup>21</sup>. W takim bowiem przypadku osoba kierująca zwierzęciem odpowiadała będzie za te czynności jak za własne czyny na podstawie zasad ogólnych (art. 415 kc). W razie wyrządzenia szkody przez zwierzę będące w takich okolicznościach pod pieczę człowieka przyjmuje się, że jego wina jest domniemana<sup>22,23</sup>. Niezależnie od powyższego przypisanie odpowiedzialności za zwierzę znajdujące się pod pieczę człowieka moż-

<sup>11</sup> Zob. ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm), art. 431.

<sup>12</sup> Opieka nad zwierzęciem spełnia kryteria jego chowania, jeżeli jest czyniona we własnym interesie chowającego. Natomiast brak jest omawianej kategorii interesu po stronie dzierżyciela, a zatem podmiot ten będzie mógł odpowiadać za szkodę wyrządzoną przez zwierzę tylko na zasadach ogólnych.

<sup>13</sup> K. Osajda, Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna, tom IIIA, Warszawa 2016, s. 570.

<sup>14</sup> Należy bowiem wskazać, że przy określaniu przesłanki „chowania” zgodnie z cytowanym artykułem liczy się uzewnętrzniony zamiar chowającego. Kryterium czasu pozostawiania zwierzęcia pod pieczę nie jest jednak w tym przypadku czynnikiem decydującym (choć wskazuje niekiedy na zamiar).

<sup>15</sup> M. Gutowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-449<sup>11</sup>, tom 1, wyd. 1, Warszawa 2016, s. 1760.

<sup>16</sup> J. Ciszewski, Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 730.

<sup>17</sup> K. Osajda, Kodeks cywilny..., s. 570.

<sup>18</sup> A. Olejniczak, Prawo zobowiązań ..., s. 516.

<sup>19</sup> K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-449<sup>10</sup>, wyd. 8, Warszawa 2015, s. 1455.

<sup>20</sup> K. Osajda, Kodeks cywilny..., s. 570, zob. również Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 1968 r., I CR 148,68 (OSN 1969, nr 11, poz. 199).

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 570, zob. również Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 czerwca 1991 r., I ACR 69/90 (OSA 1992, Nr 2, poz. 14) oraz Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 maja 2014 r., I ACa 995/13.

<sup>22</sup> M. Gutowski, Kodeks cywilny..., s. 1760.

<sup>23</sup> Odnosząc się jednak do wzajemnych relacje wyżej przedstawionych terminów i kwestii odpowiedzialności deliktowej należy zauważyć, że w przypadku gdy, kto inny będzie osobą "chowającą zwierzę", a kto inny "posługującym się" nim, odpowiedzialność będzie ponosił chowający zwierzę lub posługujący się nim, w zależności od tego, któremu z nich możliwe będzie przypisanie winy w nadzorze. Natomiast w sytuacji w której osoba posługująca się zwierzęciem i



liwe jest także w przypadku, gdy dany podmiot wprawdzie nie jest winny za własne działanie (działanie zwierzęcia pozostającego pod jego pieczę), lecz ponosi odpowiedzialność za zawinione działania innych osób za które odpowiada<sup>24</sup>. Odpowiedzialność ta ma charakter gwarancyjny i oparta jest o zasadę **ryzyka**<sup>25</sup>. W tym kontekście w grę wchodzi przede wszystkim przypadek, kiedy na mocy przepisu szczególnego określone podmioty ponoszą odpowiedzialność za popełnienie deliktu przez inne podmioty (tj. art. 417, 427, 429, 430 k.c.)<sup>26</sup>. Odpowiedzialność gwarancyjna za inną osobę może wynikać również wprost z czynności prawnej lub z orzeczenia sądu.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że osoba chowająca zwierzę lub się nim posługująca może uwolnić się od odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie winy lub ryzyka wykazując brak winy własnej lub winy osoby za którą ponosi odpowiedzialność. Przy czym brak winy musi przeto dotyczyć wszystkich podmiotów będących objętych dyspozycją cytowanego przepisu<sup>27</sup>. W praktyce ekskulpacja chowającego zwierzę lub się nim posługującego najczęściej odbywa się przez wykazanie wyłącznej winy samego poszkodowanego, który np. drażnił zwierzę<sup>28</sup>. Skuteczne udowodnienie braku winy w nadzorze wyłącza co do zasady odpowiedzialność na podstawie art. 431 § 1 kc (winy i ryzyka), lecz nie oznacza to, że osoba chowająca zwierzę lub się nim posługująca nie będzie odpowiadać za wyrządzoną przez zwierzę szkodę na zasadzie **słuszności**. Zgodnie z tą regułą „choćby osoba, która zwierzę chowa lub się nim posługuje, nie była odpowiedzialna według przepisów paragrafu poprzedzającego, poszkodowany może od niej żądać całkowitego lub częściowego naprawienia szkody, jeżeli z okoliczności, a zwłaszcza z porównania stanu majątkowego poszkodowanego i tej osoby, wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego” (§ 2). Przepis ten nie zawiera więc żadnej przykładowej okoliczności mogącej stanowić podstawę do przyjęcia zasadności jej zastosowania, ale ogólnie odwołuje się do reguł współżycia społecznego oraz podobnie jak w art. 428 kc – do porównania stanu majątkowego poszkodowanego i odpowiedzialnego za zwierzę, zdolności zarobkowych odpowiedzialnego i poszkodowanego, ich wieku, stanu rodzinnego oraz koniecznych wydatków na edukację czy leczenie itp. Kryteria te brane są jednak odpowiednio pod uwagę w przypadku orzeczenia o zasadności odszkodowania zasądanego na podstawie zasady słuszności. Przewidziane w cytowanym artykule odszkodowanie można przy tym dochodzić wyłącznie od osób, które byłyby zobowiązane do naprawienia szkody na podstawie art. 431 § 1 kc. Dochodzenie odszkodowania od osoby pod której pieczę znajduje się zwierzę zależy także od tego aby osobie tej nie można było przypisać winy. Ważnym wskazaniem jest, że odpowiedzialność na zasadzie słuszności za szkodę wyrządzoną przez zwierzęta wyłączona jest w przypadku kiedy zachowanie chowającego lub posługującego się zwierzęciem nie mieści się w granicach bezprawności<sup>29</sup>.

W razie wyrządzenia szkody przez zwierzę znajdujące się pod pieczę człowieka, naprawienie szkody obejmuje zarówno szkodę na osobie jak i w mieniu, tak w postaci *damnum emergens* jak i *lucrum cesans*. Pomiedzy szkodą a zachowaniem zwierzęcia musi jednak zachodzić adekwatny związek przyczynowy<sup>30</sup>.

### Odpowiedzialność za zwierzęta żyjące w stanie wolnym

Wskazane powyżej regulacje kodeksowe nie znajdują jednak w ogóle zastosowania do przypisania odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące w stanie wolnym, które w myśl art. 4 pkt 21 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt<sup>31</sup> stanowią: „zwierzęta nieudomowione żyjące w warunkach niezależnych od człowieka”<sup>32</sup>. Zasady tej odpowiedzialności stanowią bowiem regulacje odrębnych aktów prawnych, tj. ustawy z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (zob. wstęp).

Mając na uwadze prawo łowieckie, kwestię odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące w stanie wolnym reguluje przede wszystkim art. 46 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z przedmiotowym przepisem: „Dzierżawca lub zarządca obwodu łowieckiego obowiązany jest do wynagradzania szkód wyrządzonych: 1) w uprawach i płodach rolnych przez dziki, łosie, jelenie, daniela i sarny oraz 2) przy wykonywaniu polowania”. Swoim zakresem przedmiotowym omawiany artykuł obejmuje więc odpowiedzialność za tzw. „szkody łowieckie”, na które składają się szkody w uprawach rolnych spowodowane przez określoną kategorię zwierząt oraz te powstałe w czasie polowania. Odpowiedzialność na podstawie komentowanego przepisu mogą przeto ponosić wyłącznie wymienione w nim podmioty, tj. dzierżawcy lub

---

której zawinione zachowanie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z wyrządzeniem szkody, będzie jednocześnie osobą, za którą chowający zwierzę ponosi odpowiedzialność (np. mieszkający z właścicielem dorosły domownik) – odpowiedzialność tych dwóch podmiotów będzie solidarna (art. 441 kc).

<sup>24</sup> M. Goettel, Sytuacja zwierzęcia w prawie..., s. 345-346.

<sup>25</sup> K. Osajda, Kodeks cywilny..., s. 570.

<sup>26</sup> M. Gutowski, Kodeks cywilny..., s. 1760.

<sup>27</sup> M. Goettel, Sytuacja zwierzęcia w prawie..., s. 348.

<sup>28</sup> M. Goettel, Sytuacja zwierzęcia w prawie..., s. 348.

<sup>29</sup> E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny..., s. 822.

<sup>30</sup> K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny..., s. 1455.

<sup>31</sup> zob. ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. z 2013 r. poz. 856 t.j., z późn. zm.), art. 4 pkt 21.

<sup>32</sup> K. Gruszecki, Ustawa o ochronie przyrody..., s. 653, zob. również W. Radecki, Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz, Warszawa 2015, s. 63-65.

zarządcy obwodów łowieckich. Zgodnie z art. 29 pr.łow. dzierżawcę obwodu łowieckiego stanowi podmiot, który podpisał na podstawie art. 29 pr.łow. umowę cywilnoprawną z właściwym Starostą, wykonującym zadania z zakresu administracji rządowej. Natomiast zarządcą obwodu łowieckiego jest podmiot zarządzający danym obwodem (np. koło łowieckie). Wyjątkowo na podstawie art. 50 pr.łow. do odpowiedzialności za szkody za zwierzęta żyjące w stanie wolnym może zostać pociągnięty również Skarb Państwa<sup>33</sup>. W takim przypadku możliwość przypisania odpowiedzialności za zwierzęta żyjące w stanie wolnym zależy jednak od tego, iż szkoda została wyrządzona przez zwierzęta łowne, tj. gatunki dzikich zwierząt, w tym ssaków i ptaków, żyjących w środowisku naturalnym, będących zgodnie z obowiązującym prawem przedmiotem pozyskiwania w drodze polowania lub odłowów wykonywanych przez człowieka, których pełen katalog wymieniony został w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 marca 2005 r. w sprawie ustalenia listy gatunków zwierząt łownych (Dz.U. 2005 nr 45 poz. 433)<sup>34</sup>. Dodatkowo odpowiedzialność ta ogranicza się wyłącznie do szkód wyrządzonych przez zwierzęta objęte całoroczną ochroną (w zasadzie katalog ten ogranicza się wyłącznie do łosia)<sup>35</sup>. Dodatkowo jak słusznie wskazał w wyroku z dnia 22 sierpnia 2001 r., V KKN 431/00 Sąd Najwyższy: „Skarb Państwa odpowiada na podstawie art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (Dz.U. Nr 147, poz. 713 ze zm.) za szkody wyrządzone przez zwierzęta łowne żyjące (także) na obszarze rezerwatu przyrody, jeżeli zgodnie z zasadami obowiązującymi na obszarze rezerwatu zwierzęta te podlegają całorocznej ochronie”. W razie spełnienia wyżej opisanych przesłanek podmiotowych i przedmiotowych powstanie możliwość pociągnięcia wymienionych w art. 46 ust. 1 pr.łow. i art. 50 pr.łow. do odpowiedzialności, a wypłata ewentualnych odszkodowań nastąpi w drodze administracyjnej.

Uregulowania pozakodeksowe sankcjonujące odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące w wolnym przewiduje również ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody. Zgodnie z art. 126 tej ustawy: „Skarb Państwa odpowiada za szkody wyrządzone przez: 1) żubry - w uprawach, płodach rolnych lub w gospodarstwie leśnym; 2) wilki - w pogłowie zwierząt gospodarskich; 3) rysie - w pogłowie zwierząt gospodarskich; 4) niedźwiedzie - w pasiekach, w pogłowie zwierząt gospodarskich oraz w uprawach rolnych; 5) bobry - w gospodarstwie rolnym, leśnym lub rybackim (ust. 1)”. Dodatkowo zgodnie z ust. 2 cytowane artykułu: „Odpowiedzialność, o której mowa w ust. 1, nie obejmuje utraconych korzyści”. Wskazać więc należy, że regulacja ta swoim zakresem przedmiotowym obejmuje szczegółowo określone rodzaje szkód wyrządzone przez jeden z 5 gatunków zwierząt (odpowiednio żubry, wilki, rysie, niedźwiedzie lub bobry). Przy tym odpowiedzialność za wyżej wymienione szkody ponosić może wyłącznie Skarb Państwa, a samo naprawienie szkody ograniczone jest tylko i wyłącznie do szkody rzeczywistej, która nie obejmuje utraconych korzyści jakie dany podmiot mógłby uzyskać, gdyby szkody mu nie wyrządzono. Podobnie jak w przypadku regulacji prawa łowieckiego, w przypadku spełnienia się powyższych przesłanek powstanie możliwość pociągnięcia Skarbu Państwa do odpowiedzialności za szkody spowodowane przez dane zwierzęta żyjące w stanie wolnym. Wypłata odszkodowań następuje w takim razie również w trybie administracyjnym. W myśl art. 126 ust. 6 ochr.przyr. w żadnym wypadku niniejsze odszkodowanie nie przysługuje jednak: „1) osobom, którym przydzielono grunty stanowiące własność Skarbu Państwa; 2) jeżeli poszkodowany: a) nie dokonał sprzętu upraw lub płodów rolnych w ciągu 14 dni od zakończenia zbiorów tego gatunku roślin w danym regionie, b) nie wyraził zgody na budowę przez regionalnego dyrektora ochrony środowiska lub dyrektora parku narodowego urządzeń lub wykonanie zabiegów zapobiegających szkodom; 3) za szkody: a) powstałe w mieniu Skarbu Państwa, z wyłączeniem mienia oddanego do gospodarczego korzystania na podstawie Kodeksu cywilnego, b) nieprzekraczające w ciągu roku wartości 100 kg żyta w przeliczeniu na jeden hektar uprawy, c) w uprawach rolnych założonych z naruszeniem powszechnie stosowanych wymogów agrotechnicznych, d) wyrządzone przez wilki, niedźwiedzie lub rysie w pogłowie zwierząt gospodarskich pozostawionych, w okresie od zachodu do wschodu słońca, bez bezpośredniej opieki”<sup>36</sup>. Katalog ten ma charakter wyczerpujący i zamknięty.

Wskazane powyżej przepisy Prawa łowieckiego i ustawy o ochronie przyrody, w skonkretyzowanym przez siebie ograniczonym podmiotowo i przedmiotowo zakresie, przewidują odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące w stanie dzikim na zasadzie **ryzyka**. Jest to zatem odpowiedzialność gwarancyjna i absolutna, niezależna od winy osób zobowiązanych do naprawienia szkody czy też innych podmiotów którymi osoby te się posługują (*zob. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 07 grudnia 2007 r., III CZP 120/07*<sup>37</sup>). Poza tymi przepisami szczegółowymi możliwość ponoszenia przez Skarb Państwa (i inne podmioty) odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące w

<sup>33</sup> Jako *statio fisci* zobowiązane do zapłaty odszkodowania za wymienione szkody wskazano tu Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - w odniesieniu do szkód wyrządzanych na obszarach obwodów łowieckich leśnych oraz zarząd województwa - w odniesieniu do szkód wyrządzanych na obszarach obwodów łowieckich polnych i obszarach niewchodzących w skład obwodów łowieckich.

<sup>34</sup> *zob.* w Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 marca 2005 r. w sprawie ustalenia listy gatunków zwierząt łownych (Dz.U. 2005 nr 45 poz. 433).

<sup>35</sup> *zob.* T. Wróblewski, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące na wolności*, Rozprawy Ubezpieczeniowe nr 3(2)/2007, s. 147-157.

<sup>36</sup> J. Ciechanowska-McLean, K. Biernat, P. Mierzejewski, D. Trzczińska, *Polskie prawo ochrony przyrody*, Warszawa 2006, s. 173-175.

<sup>37</sup> *zob.* Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 07 grudnia 2007 r., III CZP 120/07.

stanie wolnym może się opierać jedynie na zasadach ogólnych, a zatem wyłącznie w razie spełnienia przesłanek któregoś z przepisów Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności deliktowej (tj. art. 417 kc, 429 kc lub 430 kc)<sup>38</sup>.

Podsumowując, zarówno regulacje Kodeksu cywilnego jak i ustawy Prawo łowieckie oraz ustawy o ochronie przyrody sankcjonują istotne kwestie związane z odpowiedzialnością za zwierzęta będące pod pieczę człowieka i żyjące w stanie wolnym. W razie bowiem braku uregulowania tych zagadnień w odpowiednich przepisach, zwierzę ujmowane w ramach polskiego porządku jako „szczególna kategoria rzeczy” i nieposiadające podmiotowości prawnej, nie mogłoby odpowiadać za wyrządzone przez siebie szkody. W związku z tym niezmiernie ważnym było uregulowanie powyższych kwestii w przepisach rangi ustawowej i wskazanie w nich wprost podmiotów odpowiedzialnych za szkody wyrządzone przez dane kategorię zwierząt.

\*\*\*

From the variety of hypothetical causes of damage, European legislators mainly focus on those associated with the movement of the vehicle, collapse of buildings and animal behavior. Such an approach to this problem causes that consequences of these events are regulated in a very special way and the responsibility associated with them is more severe than the normal responsibility based on general guilty principles. While in many European systems regulation of liability for damages caused by the movement of the vehicle is outside of the Civil Code (Poland is an exception), the other two mentioned cases of responsibility are usually codified matter. The codification of responsibility for animal behavior is included in civil code of: French, Austrian (§ 1320), German (§ 833 and 834), Swiss law bond (art. 56), the Code of Italian (Article . 2052), Spanish (art. 1905), Dutch (art. 6: 179-6: 181), Greek (art. 924) and Portuguese (art. 502). These codes sanctioning particularly the liability for damage caused by the animals that are under the man control (ie. The owner, the holder, the person who claims the animal, as well as the person liable for the supervision of the animal in the interest of its holder). That legislation does not regulate whereas responsibility for damage caused by animals living in a free state. A similar situation exists in Poland.

**Keywords:** pets, wild animals, the responsibility, owner, possessor, custody.

---

<sup>38</sup> A. Olejniczak, *Prawo zobowiązań...*, s. 530-531.

Łukasz Chyla i Piotr Olechowski

## O PRZEWADZE ARBITRAŻU NAD SĄDOWNICTWEM POWSZECHNYM W KONTEKŚCIE SPORÓW UCHWAŁOWYCH

### 1. Wprowadzenie

Spory ze stosunku spółki (spory korporacyjne) odgrywają szczególną rolę w kontekście bezpieczeństwa i pewności obrotu handlowego. Ich doniosłość odzwierciedla ryzyko, że konkretne rozstrzygnięcie prawne wpłynie na istotny wycinek działalności gospodarczej spółki, której dotyczy – zwłaszcza w przypadku spółek akcyjnych. Będzie to szczególnie widoczne w przypadku szerokiego spectrum wadliwości dotyczących uchwały organów spółki (uważanych za trzeci rodzaj czynności prawnych

<sup>1</sup>, obok czynności jednostronnych i umów). Te tzw. „spory uchwałowe”<sup>2</sup> to zazwyczaj punkt wyjścia dla konfliktów paraliżujących funkcjonowanie, rozwój czy nawet rynkową wycenę spółki kapitałowej.

Powzięcie uchwał określonej treści przez wspólników bądź akcjonariuszy niejednokrotnie stanowi warunek *sine qua non* dla wielu żywotnych działań gospodarczych spółki (m.in. podwyższenia kapitału zakładowego z art. 431 k.s.h.<sup>3</sup>, pozbawienia akcjonariuszy prawa poboru z art. 433 § 1 k.s.h., powzięcia uchwały z art. 393 k.s.h.). Potencjalna nieważność lub inna wadliwość takiej uchwały, powodowana co do zasady specyficznym powództwem (powództwo o uchylenie lub o stwierdzenie nieważności uchwały), mogłaby w konsekwencji doprowadzić do upadku lub częściowego podważenia umów gospodarczych zawartych na jej podstawie. Ewentualne skutki takiego obrotu spraw mogłyby dotknąć znacznie szerszy krąg podmiotów aniżeli tylko wspólników (akcjonariuszy) spółki.

Charakterystyczna dla tego typu spraw długotrwałość postępowań sądowych to nie jedyna przyczyna zachwiania pewności obrotu. Chaos potęgowany jest również starciem się koncepcji co do charakteru sankcji uchwał wydanych z naruszeniem prawa. Można przy tym stwierdzić, że dotychczasowe propozycje doktryny i judykatury, mające jedynie charakter doraźny, wciąż dalekie są od ideału. Mimo bowiem jednoznacznego przyjęcia przez polskie orzecznictwo teorii konstytucyjności wyroku stwierdzającego nieważność podjętej uchwały organu właścicielskiego, rozwiązanie to nie zapewnia odpowiedniej ochrony stosunkom prawnym, powstałym w kontekście podjętych a następnie zaskarżonych uchwał.

Ponadto, rodzi się wątpliwość dotycząca mechanizmu właściwego dla zaskarżania uchwał podejmowanych przez organy menadżerskie w braku wyraźnego uregulowania czy choćby odpowiedniego odesłania do właściwego reżimu kwestionowania wadliwych uchwał. Nie jest pożądanym stanem rzeczy, w którym pewność obrotu gospodarczego determinowana jest chwilową, choćby wiodącą, tendencją orzeczniczą. Mając na względzie powyższą, ogólną charakterystykę problemów występujących na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, uzasadnione wydaje się postawienie tezy, że polski ustawodawca nie zapewnia spółkom kapitałowym należytej ochrony i warunków, w jakich mogłyby bezpiecznie prosperować<sup>4</sup>.

Perspektywa ta, pomimo względnie jednolitego orzecznictwa sądów powszechnych oraz poglądów doktryny<sup>5</sup>, skłania do znalezienia bardziej systemowego *medicamentum*, za które w ostatnich latach uchodzi arbitraż korporacyjny, wykazując szereg pragmatycznych zalet na czele z elastycznością i fachowością postępowania. Wskazuje się przede wszystkim, że prawidłowo prowadzone postępowanie arbitrażowe prowadzi do deeskalacji napięć i rozwiązania zaistniałych sporów w szybki, profesjonalny i sprawny sposób<sup>6</sup>.

Daje przy tym do myślenia fakt, że sądownictwo polubowne (szczególnie w zakresie sporów korporacyjnych) przeżywa obecnie wyjątkowy rozkwit w zarówno krajowych jak i transgranicznych stosunkach gospodarczych, znajdując przy tym swoje zaczepienie w licznych międzynarodowych konwencjach (m.in. Konwencja Nowojorska<sup>7</sup>), regulaminach

<sup>1</sup> S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, Wrocław 1985, t. 1, s. 487; E. Marszałkowska-Krzes, *Charakter prawny uchwały*, PPH 1998, nr 6, s.26. Część doktryny uważa jednakże, że uchwały spółek nie są czynnościami prawnymi, por. S. Wróblewski, *Ustawa o spółdzielniach*, Kraków 1921, s. 79, oraz A. W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach*, t. 3, Warszawa 1993, s. 216 i n.

<sup>2</sup> Szerzej na ten temat G. Suliński, *Rozstrzygnięcie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*, Warszawa 2008, s. 115-258.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, (Dz.U.2013.1030 j.t. z późn. zm).

<sup>4</sup> A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sprawach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2005, s. 521.

<sup>5</sup> J. Frąckowiak, *Uchwały zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych sprzeczne z ustawą*, PPH 2007, nr 11, s. 11 i n.

<sup>6</sup> A. Szumański, *Przeszkody prawne w przyjęciu kognicji sądów arbitrażowych w sporach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych (uwagi de lege lata oraz de lege ferenda)*, niepubl., s. 5, a także K. Pörnbacher, A. Dolgorukow, *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych (o zaskarżanie uchwał) - perspektywa niemiecka*, PPH 2015, nr 10, s. 46.

<sup>7</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r., Dz.U. 1962/9/42.

sądów arbitrażowych (Regulamin KIG<sup>8</sup>, ICC Rules<sup>9</sup>, DIS Rules<sup>10</sup>) oraz tzw. *international soft laws* (Model UNCITRAL Laws<sup>11</sup>, IBA Guidelines<sup>12</sup>).

## 2. Szybkość postępowania arbitrażowego

Głównym mankamentem towarzyszącym sporom uchwałowym jest rozciągłość postępowania w czasie. W przypadku sporów o zaskarżanie uchwał spółek kapitałowych uzyskanie szybkiego wyroku jest kluczowe dla przerwania stanu niepewności prawnej. Zgodnie z przepisami art. 249 § 2 i art. 423 § 1 k.s.h., wniesienie powództwa nie wstrzymuje postępowania rejestrowego, co wiąże się z ryzykiem wprowadzania sprzecznego z prawem stanu faktycznego do rejestru przedsiębiorców, co najmniej na okres trwania sporu sądowego<sup>13</sup>.

Doktryna przytacza wiele przykładów w jakich obowiązujący stan prawny może doprowadzić do petryfikacji prawno-gospodarczego życia spółki<sup>14</sup>. Przykładowo, w przypadku podjęcia uchwały w sprawie powołania lub odwołania członka organu menadżerskiego, a następnie zaskarżenia tej uchwały do sądu, wszelkie czynności prawne dokonywane w imieniu spółki przez tego członka<sup>15</sup> będą wywoływały konsternację jej kontrahentów. W efekcie zaś, w sytuacji, gdy wybór danego członka zostanie uznany za nieważny, konsekwencje podjętych do tego czasu przezeń zobowiązań są nieprzewidywalne. Dodatkowo przeciętne postępowanie tego typu przed sądem powszechnym jest przy tym przewlekłe i nieefektywne, trwając średnio wiele miesięcy, a czasem nawet lat<sup>16</sup>. W oczywisty sposób potęguje to zawilość sprawy i stanowi zagrożenie nie tylko dla pokaźnej liczby podjętych w międzyczasie transakcji, ale i dla ekonomicznej egzystencji samej spółki.

W odróżnieniu od orzeczeń sądów powszechnych, wyroki w arbitrażu korporacyjnym mogą zapaść nawet w przeciągu kilku tygodni. Znaczący wpływ wywiera tu jednoinstancyjność i przyjazna odsłona postępowania arbitrażowego wywodzące się także z faktu, że arbitrzy mogą orzekać na zasadach słuszności (*ex aequo et bono*) oraz nie są oni związani przepisami procedury cywilnej<sup>17</sup>. Na marginesie należy wspomnieć, że w opinii części doktryny polski arbitraż w kwestii szybkości wciąż odstaje przy tym od zagranicznego. Powodem tego jest w głównej mierze fakt, że dopiero poprzez uznanie lub stwierdzenie jego wykonalności przed sądem państwowym zyskuje on moc równą wyrokowi sądu powszechnego<sup>18</sup>. Doktryna wskazuje też na szereg innych czynników, związanych m.in. z mniejszymi uprawnieniami nakazowymi sądów arbitrażowych<sup>19</sup>.

## 3. Jednoinstancyjność

Za kolejny atut wskazuje się fakt, że arbitraż cechuje jednoinstancyjność i ograniczona zaskarżalność a co za tym idzie jeszcze większa pewność i wykonalność wydanego orzeczenia<sup>20</sup>. Jedynym sposobem na podważenie wyroku wydanego w postępowaniu arbitrażowym jest wniesienie skargi o jego uchylenie w trybie przewidzianym w art. 1205-1211 k.p.c.<sup>21</sup> Może to mieć miejsce jedynie w enumeratywnie wymienionych przypadkach (art. 1206 k.p.c.), a postępowanie nie obejmuje w zasadzie badania merytorycznego sprawy (za wyjątkiem klauzuli porządku publicznego<sup>22</sup>, a więc zgodności wyroku z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej). W rzeczywistości możliwość kwestionowania orzeczenia arbitrażowego jest ograniczona do przypadków ekstremalnych, a wyrok ten uzyskuje charakter

<sup>8</sup> Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie z dnia 01.01.2015 r., [https://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin\\_arbitrazowy.pdf](https://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin_arbitrazowy.pdf).

<sup>9</sup> ICC Rules of Arbitration, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>.

<sup>10</sup> DIS-Arbitration Rules (The German Institution of Arbitration), <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/overview-id0>.

<sup>11</sup> Ustawa modelowa o międzynarodowym arbitrażu handlowym uchwalona przez UNCITRAL w 1985 r., ze zmianami z 2006 r., [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

<sup>12</sup> Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014): <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>.

<sup>13</sup> Zob. uchwała SN z dnia 18.9.2013 r., III CZP 13/13, OSNC 2014/3/23. Por. uchwała SN z dnia 20.01.2010 r., III CZP 122/09, OSNC 2010/7-8/107, a także postanowienie SN z dnia 24.07.2013 r., III CNP 1/13, OSNC 2014/4/43.

<sup>14</sup> A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji...*, s. 521.

<sup>15</sup> Zgodnie z art. 201 § 1 i art. 368 § 1 k.s.h. zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę.

<sup>16</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 48.

<sup>17</sup> A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji...*, s. 525.

<sup>18</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd...*, s. 48.

<sup>19</sup> M. Tomaszewski, *Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie*, Przegląd Sądowy 2006, nr 1, s. 51.

<sup>20</sup> Niektóre instytucje arbitrażowe wprowadzają w regulaminach możliwość odwołania od orzeczenia sądu arbitrażowego, np. London Court of International Arbitration (LCIA), Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc. (JAMS).

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, (Dz.U.2014.101 j.t. z późn. zm).

<sup>22</sup> Zob. A. W. Wiśniewski, *Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylenia wyroku sądu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem stosunków krajowego obrotu gospodarczego, ADR, nr 2/2009, s. 120 i n.*

tytułu wykonawczego po stwierdzeniu jego wykonalności przez sąd powszechny (art. 1214 k.p.c.). W perspektywie obowiązującej od dnia 1 stycznia 2016 r. reformy „spłaszczającej” stadia postarbitrażowe<sup>23</sup> (w sprawie uchylenia, uznania i wykonania orzeczenia sądu polubownego) poprzez wprowadzenie zasady jednoinstancyjności<sup>24</sup>, przewaga arbitrażu nad sądownictwem powszechnym rysuje się jeszcze wyraźniej. Wziąwszy jeszcze pod uwagę koszty ukryte postępowania przed sądem powszechnym związane z oczekiwaniem spółki na rozstrzygnięcie sporu, a co za tym idzie oczywistą niemożność racjonalnej ekonomicznie alokacji środków, niejednokrotnie możemy mieć do czynienia z nakładami znacznie przewyższającymi ostateczną wartość przedmiotu sporu.

#### 4. Profesjonalizm i doświadczenie arbitrów

Za jeden z podstawowych problemów dotyczących sporów ze stosunku spółki uznaje się asymetrię stron omawianego konfliktu. Nierównowaga ta związana jest z czysto kapitałowym<sup>25</sup> charakterem spółki akcyjnej (prymat kapitału nad osobą, zasada rządów większości nad mniejszością<sup>26</sup>), a objawiać się może nie tylko pełną dominacją akcjonariusza większościowego, który działa na niekorzyść pozostałych akcjonariuszy, ale też nieintuicyjnie, bardzo negatywnym zjawiskiem tzw. „szantażu korporacyjnego”<sup>27</sup> ze strony akcjonariatu mniejszościowego. Chodzi tu o groźbę wniesienia powództwa derywacyjnego i jego faktyczną realizację w przypadku odmowy przyjęcia linii działania przezeń narzuconej. Na marginesie należy wskazać, że norma sankcjonująca w spółce akcyjnej powództwo wniesione oczywiście bezzasadnie z art. 423 § 2 k.s.h. oraz art. 425 § 5 w zw. z art. 423 § 2 k.s.h. nie wpłynęła znacząco na ograniczenie skali omawianego problemu<sup>28</sup>. Także wprowadzenie<sup>29</sup> do kodeksu spółek handlowych postępowych regulacji dotyczących wykupu i odkupu (tzw. „squeeze out” z art. 418 k.s.h. oraz „reverse squeeze out” z art. 418(1) k.s.h.) nie wyeliminowało ostatecznie tego uciążliwego, z punktu widzenia struktury właścicielskiej, i względnie powszechnego zjawiska.

Także i w tym przypadku potrzeba uzyskania jak najszybszego wyroku skłania nas do zwrócenia się w kierunku arbitrażu przez wzgląd na fachowość i sprawność postępowania, przeprowadzanego w praktyce przez doświadczonych ekspertów z wybranych dziedzin prawa. Wskazuje się tu także na wysoką dyspozycyjność arbitrów, czym sądownictwo polubowne znacząco odbiega od standardów przewlekłego postępowania przed sądami powszechnymi.

Pewność wysokich kompetencji arbitrów wynika z przyjaznego dla stron mechanizmu wyłaniania składu orzekającego a także ich renomy („cachet behind the name”<sup>30</sup>) związanej z postępującą instytucjonalizacją sądownictwa polubownego, wpływają znacząco na czas oraz koszty postępowania. Arbitrzy bowiem, szczególnie w renomowanych instytucjach ADR<sup>31</sup>, dobierani są spośród osób dysponujących specjalistyczną i szczegółową wiedzą z danego zakresu prawa, której ciężko oczekiwać od sędziów sądów państwowych. W szczególności uwidacznia się to na tle sądownictwa powszechnego, opartego na kontynentalnej zasadzie *Iura Novit Curia* (tzn. „sąd zna prawo”) która oznacza, że to na sądzie państwowym (a nie na stronach) ciąży obowiązek ustalenia treści, właściwości i interpretacji prawa obcego. W praktyce, w braku odpowiednich kwalifikacji sędziów, oznacza to skierowanie wniosku o opinię biegłego czy wniosku do Ministerstwa Sprawiedliwości, co w naturalny sposób przedłuża proces decyzyjny sądu i odbija się negatywnie na jakości orzeczenia<sup>32</sup>.

#### 5. Poufność arbitrażu

Następną powszechnie przytaczaną zaletę arbitrażu stanowi jego poufność. Rozprawa arbitrażowa powinna być z zasady tajna<sup>33</sup> (abstrahując od stadiów postarbitrażowych, w których *nota bene* proponowane jest analogiczne rozwiązanie), a publikowanie samego wyroku ma miejsce dopiero za zgodą stron<sup>34</sup>. Zwłaszcza w przypadku spółek handlowych, zarówno specjalistycznych jak i tych o szerokim zakresie działania, tajemnice przedsiębiorstwa (tzw. tajemnice handlowe) należą do szczególnie newralgicznych zagadnień. Mogą one dotyczyć nie tylko przebiegu wytwarzania dóbr czy dystry-

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, D.U. 2015 r. poz. 1595.

<sup>24</sup> Charakter postępowania czysto jednoinstancyjnego nadano jednak wyłącznie postępowaniu w sprawie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Postępowanie w sprawie uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku ma obecnie jedynie charakter zbliżony do jednoinstancyjnego, jako że zażalenie przysługuje do innego składu tego samego sądu (a nie do wyższej instancji), art. 1 pkt 22 lit. b, tamże.

<sup>25</sup> S. Sołtyśński, *Kapitałowy charakter spółki akcyjnej i rola kapitału zakładowego*, [w:] red. S. Sołtyśński, *System Prawa Prywatnego*, t. 17B, s. 3-7, nb. 3-9.

<sup>26</sup> A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo Spółek*, Bydgoszcz-Kraków 2004, s. 872.

<sup>27</sup> J. Naworski, *Próba wykładni art. 423 § 2 k.s.h.* MPH 02/2013.

<sup>28</sup> A. Szumański, *Przeszkody prawne...*, s. 5.

<sup>29</sup> Szerzej o tym: A. Szumański, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo Spółek*, Warszawa 2014, s. 885 i n., nb. 2224 i n. a także K. Oplustil, *Wykluczenie akcjonariuszy mniejszościowych we spółki w prawie europejskim, niemieckim, polskim, analiza prawno-porównawcza z uwzględnieniem aspektu konstytucyjnego*, SP 2003, Nr 1, s. 88.

<sup>30</sup> J. H. Carter, *Dispute Resolution and International Agreements*, International Commercial Agreements 1995, nr A726, s. 439.

<sup>31</sup> *Alternative Dispute Resolution*.

<sup>32</sup> J. Jemielniak, *Iura Novit Arbitr*, revisited: towards a harmonized approach, Unif. Law Rev. (2015) 20(1): 56-80.

<sup>33</sup> M. S. C. Hwang., K. Chung., *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, J. Int. Arb. 5, 2009.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

bucji, ale nawet wewnętrznej struktury korporacji czy organizacji pracy. Podczas postępowania przed sądem powszechnym zachodzi niebagatelne ryzyko ich ujawnienia, co stanowić może niepowetowaną szkodę dla spółki. Wynika to z faktu, że jedną z fundamentalnych zasad panujących w postępowaniu cywilnym jest jawność<sup>35</sup>. Wprawdzie art. 153 § 1<sup>1</sup> k.p.c. stanowi o możliwości odbycia posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych m.in. gdy zachodzi ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak o przeprowadzenia takiego trybu i spełnieniu jego przesłanek decyduje sędzia na wniosek strony. W arbitrażu z kolei zasadą pozostaje poufność postępowania, która wynika z natury arbitrażu. Inną prócz tajemnicy przedsiębiorstwa kwestią, której ukrycie leży w interesie spółki, jest konflikt o charakterze wewnętrznym trwający w spółce<sup>36</sup>. Zawsze zachodzi bowiem obawa, że podziały między współnikami, prowadzące do ostrych sporów wewnątrz korporacyjnych, zostaną wychwycone przez media. Mogą tym samym wpłynąć niekorzystnie na wizerunek spółki u konsumenta, a także u potencjalnego inwestora, co w efekcie grozi spadkiem notowań spółki. Strach przed zaistnieniem powyższej sytuacji może z kolei stanowić kolejny oręż w rękach akcjonariusza mniejszościowego, stanowiąc następną odsłonę zjawiska „szantażu korporacyjnego”. Zresztą, nawet w tak skrajnym przypadku, zamiarem pierwotnym powoda leżącym u podstaw sporu jest osiągnięcie ekonomicznego celu wewnątrz danej spółki, którego realizacja nie tkwi co do zasady w ujawnianiu szkodliwych rynkowo faktów.

W doktrynie pojawił się przy tym argument, że mimo ustanowienia obowiązku zachowania poufności przez regulaminy arbitrażowe, zachowanie tajności wciąż nie należy do najprostszych<sup>37</sup>. Wynika to choćby ze wspomnianej już jawności stadiów postarbitrażowych oraz braku obowiązku zachowania poufności przez osoby trzecie uczestniczące w procesie, np. świadków<sup>38</sup>. W celu pełnego zabezpieczenia tego prawa postuluje się m.in. zawieranie z nimi osobnych umów.

## 6. Elastyczność i nowoczesność

Elastyczność i odformalizowanie samego postępowania przed sądem polubownym stanowi następną korzyść, szczególnie istotną w sporach korporacyjnych. Znajdzie to odzwierciedlenie w możliwości ustalenia przez strony elastycznych i korzystnych z punktu widzenia charakterystyki danej spółki reguł postępowania lub zostawienie ich w gestii samych arbitrów, co znacząco wpływa na wyjściową sytuację stron. Na gruncie zaś prawa materialnego arbitrzy mogą zostać upoważnieni do orzekania zgodnie z zasadami słuszności (*ex aequo et bono* z art. 1194 § 1 *in fine* k.p.c.), mając na względzie jedynie podstawowe zasady prawa.

Za atut uchodzi też generalna atrakcyjność i otwartość samego systemu arbitrażowego, wpływająca na atrakcyjność całego systemu prawa handlowego. Przez wzgląd na coraz bardziej zauważalną obecność kapitału zagranicznego w Polsce postuluje się odformalizowanie rozstrzygania sporów i pozostawienie kwestii kształtowania postępowania woli samych zainteresowanych, co szeroko umożliwia właśnie arbitraż<sup>39</sup>. Jako przykład podaje się dopuszczenie języków obcych w zależności od potrzeby danej spółki. Rozwiązanie takie zostałyby znakomicie przyjęte przez inwestorów międzynarodowych, a także usprawniłoby procesy decyzyjne w spółkach (choćby poprzez rozwiązanie kosztownych i czasochłonnych kwestii tłumaczeń).

## 7. Międzynarodowa uznawalność orzeczeń arbitrażowych

Powszechnie za zaletę arbitrażu uważa się też pewność i międzynarodową skuteczność wyroku sądu polubownego zagwarantowane Konwencją Nowojorską z 1958 r.<sup>40</sup> (przyjętą przez 149 krajów), która w znaczny sposób upraszcza procedurę uznawania i stwierdzania wykonalności krajowych i zagranicznych wyroków sądów arbitrażowych<sup>41</sup>. Zgodnie z art. V Konwencji, odmowa uznania i wykonania wyroku arbitrażowego (bez względu na to czy został on wydany przez krajowy czy zagraniczny sąd polubowny) może nastąpić na żądanie strony przeciwnej, przeciwko której kierowane jest orzeczenie, jedynie przy spełnieniu rygorystycznych przesłanek określonych w art. V pkt.1 lit. a-e<sup>42</sup>. Sąd może również odmówić uznania i wykonania takiego wyroku, jeżeli stwierdzi brak zdatności arbitrażowej sporu lub sprzeczność orzeczenia lub jego wykonania z porządkiem publicznym tego kraju (tzw. klauzula porządku publicznego)<sup>43</sup>.

W Polsce wyrok sądu polubownego uzyskuje charakter tytułu egzekucyjnego, po nadaniu przez sąd państwowy klauzuli wykonalności<sup>44</sup>. Również w przypadku wyroków wydanych przez zagraniczne sądy polubowne postępowanie dotyczące uznania i wykonania takiego wyroku sprowadza się do czystej formalności i jest praktycznie niepodważalne.

<sup>35</sup> Art. 9 k.p.c. stanowi: „Rozpoznawanie spraw odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej”.

<sup>36</sup> Szumański, *Dopuszczalność kognicji...*, s. 525.

<sup>37</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sqd...*, s. 50; J. Rajska, *Zagadnienie poufności w arbitrażu handlowym*, PPH 2001, nr 6, s. 3-5.

<sup>38</sup> L. E. Trackman, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, *Arbitration International* 2002, 18/1, s. 10-12.

<sup>39</sup> J. Rajska, *Nowe wyzwania wobec sądów arbitrażowych*, PPH 2001, nr 2, s. 2.

<sup>40</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r., Dz.U. 1962/9/42.

<sup>41</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sqd...*, s. 47.

<sup>42</sup> Chodzi tu o enumeratywnie wymienione przypadki takie jak brak ważnego zapisu na sąd polubowny lub poważne uchybienia formalne.

<sup>43</sup> Zob. art. VI pkt 2 lit. a i b Konwencji.

<sup>44</sup> Zob. art. 1212 k.p.c.

Co do zasady sąd nie zajmuje się bowiem materialną podstawą roszczeń, a jedynie badaniem spełnienia przesłanek o charakterze formalnym.

W wielu krajach, na płaszczyźnie sądownictwa powszechnego uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń sądowych jest procesem znacznie bardziej skomplikowanym<sup>45</sup>. Wynika to przede wszystkim z faktu, że nie istnieje wciąż powszechna międzynarodowa konwencja o wykonalności wyroków zagranicznych sądów powszechnych<sup>46</sup>, a ustawowe regulacje poszczególnych państw w tym zakresie znacząco się od siebie różnią.

## 8. Status prawny arbitrażu korporacyjnego w Polsce

Pomimo faktu, że liczne zalety arbitrażu korporacyjnego czynią zeń znakomity środek sanacyjny dla niepewnej sytuacji prawnej, polski ustawodawca nie podzielił tego entuzjazmu. Pozostawił on bowiem niepewną kwestię dopuszczalności poddania sporów uchwałowych jurysdykcji sądów polubownych poprzez niejasne uzależnienie w art. 1157 k.p.c. zdatności arbitrażowej sporów *in genere* od niemniej niejasnej konstrukcji tzw. „testu zdatności ugodowej”<sup>47</sup>. Zdaniem znacznej części doktryny<sup>48</sup>, spory uchwałowe (będące wszakże najistotniejszym elementem szeroko pojętych sporów korporacyjnych) kryterium tego nie spełniają.

Również orzecznictwo Sądu Najwyższego<sup>49</sup> pośrednio odmówiło zdatności arbitrażowej tym sporom, poprzez odrzucenie oryginalnej koncepcji jakoby zdatność ta wynikała wprost z brzmienia art. 1163 k.p.c. rozumianego jako *lex specialis* w stosunku do art. 1157 k.p.c.

Prowadzi to w rzeczywistości do praktycznego wyrugowania sądownictwa polubownego w sporach o zaskarżanie uchwał, a co za tym idzie, do praktycznego zrezygnowania z arbitrażu w sporach ze stosunku spółki (a więc sporach korporacyjnych *in genere*)<sup>50</sup>.

W powyższym kontekście w doktrynie pojawiają się liczne postulaty *de lege ferenda* przemawiające za zmianą obecnego stanu prawnego między innymi poprzez liberalizację przepisów dotyczących zdatności ugodowej, a co za tym idzie umożliwienie poddania sporów uchwałowych kognicji sądów polubownych. Prym wiodą przy tym argumenty o charakterze funkcjonalnym, podkreślające potrzebę wprowadzenia powszechnie pożądanej przez inwestorów kapitałowych ochrony prawnej, do jakiej należy niewątpliwie arbitraż korporacyjny. Jak wskazuje A. W. Wiśniewski „całkowite i bezwarunkowe wyłączenie zdatności arbitrażowej sporów na tle zaskarżania uchwał wyklucza możliwość jakiegokolwiek ewolucji praktyki i orzecznictwa zgodnej ze standardami światowymi”<sup>51</sup>. W większości państw zachodnich panuje zresztą zwyczaj podpisywania podwójnej klauzuli arbitrażowej – jednej znajdującej się w odrębnej umowie, drugiej mającej umocowanie w umowie wspólników bądź statucie spółki. Sytuację, w której oba prywatnoprawne akty dotyczące tej samej kwestii podlegają reżimowi różnych jurysdykcji należy uważać za szalenie niekorzystną<sup>52</sup>.

Patrząc na rozwój prawa arbitrażowego z perspektywy prawnoporównawczej, obejmowanie zdatnością arbitrażową coraz większej ilości spraw stanowi obecnie silną tendencję światową i przyczyniło się już do wykształcenia koncepcji o „śmierci nie-zdatności arbitrażowej” (*the death of inarbitrability*)<sup>53</sup>. Należy przy tym wspomnieć, że Polska należy do jednych z nielicznych krajów, gdzie arbitraż korporacyjny jest ograniczony w tak znacznym stopniu. Wiele państw rozpoznając prawidłowo najnowsze wyzwania prawa arbitrażowego postanowiło ostatnimi czasy nowelizować swoje

<sup>45</sup> W Polsce przepisem właściwym jest art. 1150 k.p.c. przewidujący stwierdzenie wykonalności wyroków państw obcych w sprawach cywilnych w przypadku braku przeszkód określonych w art. 1146 § 1 i § 2 k.p.c.

<sup>46</sup> Wyjątek stanowi przy tym tzw. „Bruksela I bis” (rozporządzenie 1215/2012), które stanowi, że wydany w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej wyrok automatycznie stanowi na obszarze Polski tytuł wykonawczy (wprowadzony do Kodeksu postępowania cywilnego art. 1153<sup>13</sup>).

<sup>47</sup> A. W. Wiśniewski, *Rozstrzyganie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji zdatności arbitrażowej sporów*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, s. 271.

<sup>48</sup> Tak m.in. M. Tomaszewski, *O zaskarżaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego- uwagi de lege ferenda*, *Przegląd Sądowy* 2012, Nr 4, s. 28. G. Suliński, *Zdolność ugodowa sporów o zaskarżanie uchwał spółek kapitałowych*, *ADR Arbitraż i mediacja*, 2014, nr 3, W. Jurcewicz, C. Wiśniewski, *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych- perspektywa polska*, PPH 2015, nr 10, s. 5 i n.

<sup>49</sup> Uchwała SN z dnia 7.05.2009, III CZP 13/09, OSNC 2010/1/9.

<sup>50</sup> Wynika to ze znacznego ryzyka odmowy uznania lub odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego w tej sprawie (art. 1215 § 1 pkt 1 k.p.c.), a nawet jego uchylenia (art. 1206 § 1 pkt 1 k.p.c.) przez sąd powszechny w stadium kontroli postarbitrażowej. Efekt zawarcia w umowie spółki zapisu na sąd polubowny (klauzuli arbitrażowej) może okazać się wręcz odwrotnym od zamierzonego, gdyż wspólnik może *de facto* stracić prawo do zaskarżania uchwał zgromadzenia wspólników. Wniesienie sprawy do sądu powszechnego (przy powołaniu się przez pozwaną spółkę na istniejący zapis na sąd polubowny) może skutkować odmową rozpoznania sprawy przez sąd ze względu na stwierdzenie swej niewłaściwości (art. 1180 k.p.c.). Biorąc pod uwagę krótkie terminy zawite (nawet 30 dni w spółkach publicznych), mogłoby to oznaczać bezpowrotną utratę ochrony prawnej legitymowanego wspólnika.

<sup>51</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 281.

<sup>52</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż...*, s. 282; W. Jurcewicz, C. Wiśniewski, *Zdatność arbitrażowa...*, s. 7.

<sup>53</sup> Karim Abou Youssef, *The Death of Inarbitrability*, [w:] L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (red.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, 2009, s. 47-68.



prawo arbitrażowe<sup>54</sup>. Poczynając od państw, z których w głównej mierze wywodzi się nasz system prawny Austria zdecydowała się na taki krok w 2012 r., Francja zaś w 2011 r. W Niemczech z kolei w 2009 r. wydane zostało przez Trybunał Federalny przełomowe orzeczenie<sup>55</sup> „Zdatność Arbitrażowa II”, które pchnęło dyskusję nad szeroko pojętą zdatnością arbitrażową na nowe tory, otwierając drogę do przyznania sądom polubownym kognicji w sporach o zaskarżanie uchwał<sup>56</sup>. Jest to w znacznej mierze efektem zjawiska tzw. *forum shopping*<sup>57</sup>, czyli konkurencji poszczególnych państw w celu ustanowienia norm jak najbardziej przyjaznych arbitrażowi. Potrzeba taka wynika ze względów ekonomicznych, a także z potrzeby wykreowania naturalnej przewagi celem zapewnienia lepszej ochrony rodzimym przedsiębiorcom w przypadku, gdy siedzibą miejsca arbitrażu jest kraj ojczysty. Typowe dla Polski restryktywne podejście, stojące w sprzeczności z tendencjami europejskimi i światowymi<sup>58</sup>, doprowadza tym samym do sytuacji, w której Polska znajduje się w nielicznej grupie państw hamujących rozwój arbitrażu w spółkach handlowych (obok Rosji, Ukrainy i Białorusi).

## 9. Podsumowanie

*Summa summarum*, w obliczu wyzwań jakie stawia przed prawodawcą współczesne tempo obrotu gospodarczego, arbitraż korporacyjny jawi się jako interesujące *remedium* na wiele niejasności ujawnionych w praktyce prawa handlowego. Jako instytucja prawa prywatnego naturalnie wyprzedzająca w swym rozwoju ustawodawcę, arbitraż korporacyjny jest atrakcyjnym wyborem świadomych inwestorów i akcjonariuszy na całym świecie. Poprzez swoje zalety, takie jak szybkość, nowoczesność, fachowość i poufność pozytywnie wpływa na efektywność rozwiązywania sporów powstałych ze stosunku spółki. Wygląda na to, że liberalizacja przepisów dotyczących sądownictwa polubownego i zdatności arbitrażowej mogłaby przyczynić się do zwiększenia stabilności obrotu prawno-gospodarczego w Polsce. Rozwój arbitrażu korporacyjnego przysłużyłby się przy tym atrakcyjności naszego rynku dając inwestorom zagranicznym skuteczne narzędzie ochrony prawnej, jakiego w rzeczywistości potrzebują.

\*\*\*

**The advantages of corporate arbitration in comparison to the state litigation in the context of intra-corporate disputes. Key words: corporate arbitration, alternative dispute resolution, corporate disputes,**

The aim of this article is to present the advantages of corporate arbitration in the context of intra-corporate disputes, especially those challenging the shareholders' resolutions. Generally perceived as long-lasting proceedings before the regular courts in Poland, as well as controversy evolved around the legal nature of rulings invalidating the corporate resolutions, lead to uncertainty of economic turnover and result in judicial chaos. To mitigate the negative impact of such issue, the corporate arbitration is one of the most broadly propagated solution thanks to its various advantages including speed, professionalism, integrity, competence of arbitrators and enforceability of judgements. The aim of this paper is also to compare both forms of resolving disputes and specifically picture in which fields arbitration's efficiency prevails. The authors also analyze potential legal barriers in Poland that limits its full application and present the international context in favour of arbitration.

<sup>54</sup> Analiza na podstawie: S. L. Brekoulakis, *On arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, [w:] *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis, 2009, oraz M. Orecki, *Polskie przepisy o sądzie polubownym (arbitrażowym) - uwagi de lege ferenda*, *Polski Proces Cywilny* 2014, nr 2.

<sup>55</sup> S. L. Brekoulakis, *On arbitrability: Persisting Misconceptions...*, s. 16.

<sup>56</sup> Patrząc z kolei na pozostałe państwa, tytułem przykładu należy wskazać kraje, które najnowszych zmian na płaszczyźnie prawa arbitrażowego dokonały na przestrzeni ostatnich lat: Belgia reformowała swoje prawo w 2013 r., Singapur w 2012 r., Kolumbia w 2012 r., Hiszpania zaś w 2011 r. Podobna tendencja dotyczy stałych sądów arbitrażowych, których regulaminy w celu przystosowania do panujących realiów gospodarczych również zostały poddane gruntownej rewizji. Wśród nich, w kolejności najbardziej rozpoznawalnych, wymienia się przede wszystkim Regulamin UNCITRAL (2010 r.), a także regulaminy: Szwajcarskiej Izby Handlowej ICC (w 2012 r.), Austriackiej Federalnej Izby Gospodarczej VIAC (w 2013 r.), Międzynarodowego Centrum Arbitrażowego w Hong Kongu HIACK (w 2013 r.), Chińskiej Komisji Międzynarodowego Handlu CIETAC (w 2012 r.) oraz Międzynarodowego Centrum Arbitrażu w Singapurze SIAC (w 2013 r.). Na marginesie należy dodać, że również ich śladem rodzime instytucje arbitrażowe dokonały zmian w swoich przepisach, m.in. SA przy KIG w 2014 r., SA Lewiatan w 2012 r.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 16.

<sup>58</sup> W. Jurcewicz, C. Wiśniewski, *Zdatność arbitrażowa...*, s. 7.

Paulina Czemieli

## PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE W FORMIE SPÓŁKI PRAWA HANDLOWEGO

### Wstęp

W krajach Europejskich oraz Polsce coraz bardziej popularne staje się współdziałanie podmiotów publicznych z prywatnymi

<sup>1</sup> Partnerstwo publiczno – prywatne jest formą realizacji działań publicznych, która została stworzona w celu rozwiązania powstających problemów dotyczących zarządzania demokratycznymi i nowoczesnymi gospodarkami rynkowymi<sup>2</sup>. Przedmiotem partnerstwa publiczno – prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Najczęściej partnerstwo publiczno – prywatne realizowane jest w takich przedsięwzięciach jak: budowa szkół, urzędów (siedzib władz), czy też innych inwestycji realizowanych przez władzę publiczną.

W prawie polskim, instytucja partnerstwa publiczno – prywatnego została wprowadzona po raz pierwszy ustawą o partnerstwie publiczno – prywatnym z dnia 28 lipca 2005 r.<sup>3</sup> Pod regulacją wskazanej ustawy nie uruchomiono żadnego projektu partnerstwa publiczno – prywatnego<sup>4</sup> Ustawa ta została uchylona dnia 27 lutego 2009 r. Na początku 2009 r. weszły w życie dwie nowe ustawy, które regulują współpracę publiczno – prywatną: ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym<sup>5</sup> oraz ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym stanowi główny akt prawny, określający podstawowe zasady współpracy w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego. Niemniej jednak, w polskim porządku prawnym istnieją również inne akty prawne, które w zakresie swej regulacji, zawierają przepisy dotyczące współpracy pomiędzy sektorem publicznym, a prywatnym. Współpracę taką przewidują przepisy ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym<sup>6</sup>, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych<sup>7</sup>, ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>8</sup> oraz ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie<sup>9</sup>.

Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym dopuszcza realizację umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym w formie spółki kapitałowej, spółki komandytowej lub komandytowo – akcyjnej. Z tego względu warto rozważyć realizację przedsięwzięcia partnerstwa publiczno – prywatnego za pomocą spółki prawa handlowego. Niniejsze opracowanie, podda analizie takie zagadnienia jak: źródła powstania partnerstwa publiczno – prywatnego w formie spółki, wpływu u.p.p.p. na model funkcjonowania spółek wynikający z przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych<sup>10</sup> oraz prawo pierwokupu wynikające z u.p.p.p. Tak zakreślona analiza ma przedstawić główne problemy, związane z realizacją partnerstwa publiczno – prywatnego, za pomocą spółki prawa handlowego.

W niniejszej pracy posłużono się metodą formalno – dogmatyczną w wyniku czego analizie poddane zostały przepisy prawa polskiego w zakresie realizacji partnerstwa publiczno – prywatnego w formie spółki prawa handlowego.

### 1. Źródła powstania partnerstwa publiczno – prywatnego w formie spółki

Partnerstwo publiczno – prywatne powstaje na podstawie umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 1 u.p.p.p. na podstawie umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osią-

<sup>1</sup> Szerzej, patrz: Raport o partnerstwie publiczno – prywatnym w Polsce, Publikacja sfinansowana z grantu Fundacji S. Batorego przyznanej na realizację projektu upowszechniania PPP w Polsce, Praca zbiorowa pod red. prof. dr hab. Jerzego Hausnera i. Herbst, A. Jadach – Sepioło, T. Korczyński. Współpraca: T. Jagusztyn – Krynicki, B. Mysiorski, P. Zaremba, Warszawa lipiec 2013

<sup>2</sup> A. Jachowicz, *Partnerstwo publiczno – prywatne narzędzie efektywnej realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2015, s. 36.

<sup>3</sup> Dz.U. 2005 nr 169 poz. 1420, dalej jako „p.p.p.”

<sup>4</sup> A. Jachowicz, *Partnerstwo publiczno – prywatne narzędzie efektywnej...*, s. 150; Z. Cieślak, *Partnerstwo publiczno – prywatne. Publicznoprawna problematyka kontraktowych form działania administracji europejskiej*, Warszawa 2014, s. 366.

<sup>5</sup> T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 696, z późn. zm., dalej jako „u.p.p.p.”

<sup>6</sup> T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 615, z późn. zm.

<sup>7</sup> T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 831, z późn. zm.

<sup>8</sup> T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 2147, z późn. zm.

<sup>9</sup> T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 60, z późn. zm.

<sup>10</sup> T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1578, z późn. zm., dalej jako k.s.h.

gnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Oznacza to, że określone przedsięwzięcie w ramach umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym jest realizowane i prowadzone przez partnera prywatnego, przy współdziałaniu podmiotu publicznego<sup>11</sup>.

W celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym, strony umowy mogą zawiązać spółkę celową. Spółka celowa może zostać zawiązana tylko w ściśle określonych formach organizacyjno-prawnych. Jak wskazuje art. 14 ust. 1 u.p.p.p., umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną. Tego rodzaju partnerstwo publiczno – prywatne, które jest realizowane przez spółkę celową, jest określane „zinstytucjonalizowanym partnerstwem publiczno- prywatnym”<sup>12</sup>.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że powołanie spółki celowej znajduje swoje oparcie w pierwotnym stosunku prawnym, którym jest umowa o partnerstwie publiczno – prywatnym<sup>13</sup>. Powołanie spółki w celu realizacji przedsięwzięcia ma charakter wtóry, dlatego też bez podstawy w umowie o partnerstwie publiczno – prywatnym, spółka celowa nie mogłaby powstać. Umowa o partnerstwie publiczno- prywatnym ze swej istoty nie jest umową spółki<sup>14</sup>. Należy podkreślić, że spółka celowa powołana do realizacji partnerstwa publiczno – prywatnego nie stanowi odrębnego modelu realizacji projektu w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego. Możliwość zawiązania spółki daje stronom umowy nowe narzędzie współpracy, lecz nie kreuje odrębnego wariantu realizacji partnerstwa<sup>15</sup>. Spółka powołana w celu realizacji określonego przedsięwzięcia nie ma też statusu partnera prywatnego<sup>16</sup>.

Decydując się na utworzenie spółki celowej, strony umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym, mogą zawrzeć w niej postanowienia dotyczące przyszłej treści umowy spółki lub statutu, lub też dołączyć cały tekst umowy lub statutu spółki celowej. Z tego względu w umowie o partnerstwie publiczno – prywatnym powinny w szczególności znaleźć się postanowienia dotyczące: przedmiotu projektu, opisu wkładów własnych oraz sposobu ich wniesienia, terminów, warunków zmian umowy, podziału zadań i ryzyk, rozwiązania i odstąpienia od umowy itp. Natomiast umowa spółki powinna określać zasady funkcjonowania spółki celowej t.j.: przedmiot działalności spółki, strukturę udziałową lub akcyjną, wkłady wniesione na pokrycie kapitału zakładowego spółki, zasady podejmowania uchwał, itp.<sup>17</sup>

Ustawodawca wykluczył możliwość realizacji umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym poprzez przystąpienie do już istniejącej spółki<sup>18</sup>. Takie rozwiązanie, w świetle konstrukcji powołania spółki celowej, wydaje się całkowicie uzasadnione. Przed wszystkim, gdyby zakres działalności spółki do której przystąpiłby partner prywatny lub podmiot publiczny, wykraczałby poza umowę o partnerstwie publiczno – prywatnym, wówczas spółka straciłaby charakter spółki celowej i w rezultacie nie byłaby wykonaniem umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Ponadto, trudno przyjąć, aby podmiot publiczny przystępujący do spółki, miałyby prowadzić dodatkową działalność, już wcześniej prowadzoną przez spółkę. Nie należy zapominać, że przystąpienie do spółki już funkcjonującej w obrocie gospodarczym, mogłoby komplikować odpowiedzialność podmiotu publicznego, czy też partnera prywatnego, za zobowiązania spółki powstałe przed przystąpieniem do spółki celowej. Należy zasygnalizować, że w pewnych sytuacjach, kiedy to ciągłość organizacyjna przedsiębiorstwa może decydować, np. o możliwości zaciągnięcia kredytu, brak możliwości przystąpienia do już funkcjonującej spółki, może okazać się utrudnieniem.

Odnosząc się do formy organizacyjno – prawnej, w której może zostać zawiązana spółka celowa, to ustawa p.p.p. przewidywała, że spółka powstała w celu wykonania umowy może być tylko spółką kapitałową, czyli albo spółką akcyjną albo spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Ustawodawca w obowiązującej u.p.p.p. dopuścił możliwość realizacji umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym w formie spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej (art. 14 ust. 1 u.p.p.p.)<sup>19</sup>.

Rozszerzając katalog spółek realizujących umowę o partnerstwie publiczno – prywatnym, o spółki osobowe: komandytową i komandytowo-akcyjną, ustawodawca wprowadził pewne przepisy narzucające sposób realizacji umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym w formie wskazanych spółek osobowych. Przede wszystkim ustawodawca w u.p.p.p. wskazał, że podmiot publiczny nie może być komplementariuszem takiej spółki. Tym samym partner prywatny

<sup>11</sup> M. Szydło (w:) *Współpraca dla rozwoju regionu pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego a przedsiębiorcami geologicznymi i górnictwem*, Wrocław 2013, s. 105-106.

<sup>12</sup> Innym rodzajem partnerstwa publiczno – prywatnego jest „kontraktowe partnerstwo publiczno – prywatne”; M. Szydło (w:) *Współpraca dla rozwoju regionu...*, s. 102; M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 346.

<sup>13</sup> Szerzej na temat charakteru prawnego umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym: M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013, s. 338 i nast.

<sup>14</sup> M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 347.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 54.

<sup>16</sup> T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz do art. 14*, Lex 2011.

<sup>17</sup> D. Michalak, A. Fitas, *Partnerstwo publiczno – prywatne w modelu koncesyjnym. Wybrane zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2015, s. 55.

<sup>18</sup> Odmienne: M. Szydło (w:) *Współpraca dla rozwoju regionu...*, s. 103.

<sup>19</sup> D. Michalak, A. Fitas, *Partnerstwo publiczno – prywatne...*, s. 54.

zobowiązany jest jako komplementariusz spółki komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej do reprezentowania spółki. Komplementariusz zarówno w spółce komandytowej jak i komandytowo – akcyjnej odpowiada wobec wierzycieli za zobowiązania spółki bez ograniczenia (art. 102 i 125 k.s.h.). Podmiot publiczny, będący komandytariuszem, nie odpowiada za zobowiązania spółki oraz nie prowadzi spraw spółki – o ile statut lub umowa spółki nie stanowi inaczej. W spółce komandytowo-akcyjnej, co najmniej jeden wspólnik jest akcjonariuszem. W przypadku, gdy po stronie partnera prywatnego zachodzi jednopodmiotowość, wówczas podmiot publiczny może być wyłącznie akcjonariuszem (komandytariuszem).

Ustawodawca poszerzając katalog spółek realizujących partnerstwo publiczno – prywatne, o spółkę komandytową i komandytowo-akcyjną, przy założeniu, że komplementariuszem nie będzie podmiot publiczny, przyjął bezpieczną konstrukcję prowadzenia działalności dla podmiotu publicznego. Przede wszystkim ze względu na nieograniczoną odpowiedzialność komplementariusza za zobowiązania spółki, przy odpowiedzialności komandytariusza (podmiotu publicznego) tylko do wysokości sumy komandytowej. W uzasadnieniu do projektu u.p.p.p. czytamy, że „należy uznać za niepożądaną sytuację, w której podmiot publiczny będzie odpowiadał bez ograniczenia, a odpowiedzialność partnera prywatnego byłaby ograniczona tylko do wysokości sumy komandytowej”<sup>20</sup>.

Taki kształt formy prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty publiczne sprawia, że stają się w sensie biznesowym mniej narażeni na niebezpieczeństwo niż podmioty prywatne. W takim kształcie działania spółki, podmiot publiczny jest z góry w uprzywilejowanej pozycji. Przepis ten wyraża troskę ustawodawcy o majątek publiczny, jak również wskazuje, że główny ciężar odpowiedzialności przy realizacji partnerstwa publiczno – prywatnego spoczywa na partnerze prywatnym<sup>21</sup>.

Zgodnie z art. 14 ust. 2 u.p.p.p. cel i przedmiot działalności spółki nie może wykraczać poza zakres określony umową o partnerstwie publiczno-prywatnym. W literaturze<sup>22</sup> wskazuje się, że również uchwały wspólników muszą mieścić się w granicach określonych poprzez umowę o partnerstwie publiczno – prywatnym.

W przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym spółka celowa powinna zostać rozwiązana, ponieważ odpadła podstawa prawna jej funkcjonowania. Spółka celowa nie miałaby wówczas umocowania w realizacji umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym<sup>23</sup>. Alternatywą może być zbycie przez podmiot publiczny akcji lub udziałów, czy też praw i obowiązków w spółce celowej.

Reasumując ustawodawca traktuje zawiązanie spółki w celu realizacji partnerstwa publiczno – prywatnego, jako akt wtórny. Spółka celowa powołana przez podmiot publiczny i partnera prywatnego sama w sobie nie jest podstawą realizacji przedsięwzięcia publiczno – prywatnego. Ograniczenie realizacji partnerstwa publiczno – prywatnego tylko w formie spółki nowo powstałej, w sposób znaczny ogranicza elastyczność i dostosowywanie się spółki na zmiany gospodarcze.

## 2. Wpływ u.p.p.p. na model funkcjonowania spółek z k.s.h.

Sposób zawiązania oraz warunki funkcjonowania spółek określają przepisy k.s.h. Są to przepisy ogólne, które ustawy szczególne mogą regulować odmiennie, z wyjątkiem przepisów bezwzględnie obowiązujących<sup>24</sup>. Przepisu u.p.p.p. stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów k.s.h., dlatego też mają pierwszeństwo stosowania. Obecnie obowiązująca u.p.p.p. odnosi się do kształtu funkcjonowania spółek w dwóch aspektach: wykonywania praw z należących do Skarbu Państwa udziałów lub akcji w spółce oraz wymaganej zgody wszystkich wspólników albo akcjonariuszy do określonych czynności.

Zgodnie z art. 14 ust. 3 u.p.p.p. prawa z należących do Skarbu Państwa udziałów lub akcji w spółce wykonuje organ administracji rządowej, który zawiązał spółkę jako podmiot publiczny. Wskazana regulacja jest tożsama z regulacją poprzednio obowiązującej ustawy. Wskazany przepis odnosi się do kwestii korporacyjnego funkcjonowania spółki, tj. prawa głosu na zgromadzeniu wspólników, prawa zbycia udziałów lub akcji, prawa pierwszeństwa w nabyciu udziałów.

Ustawodawca wskazał, że organ administracji rządowej wykonuje prawa z należących do Skarbu Państwa udziałów lub akcji. Poszerzenie katalogu spółek w ramach których może być realizowane partnerstwo publiczno - prywatne o spółki osobowe: komandytową i komandytowo – akcyjną, przy braku zmian odpowiednich przepisów, spowodowało powstanie luk prawnych.

Przede wszystkim w spółkach osobowych nie występują jednostki uczestnictwa w formie udziałów czy też akcji. Zgodnie z art. 10 § 1 k.s.h. wspólnikom spółek osobowych przysługuje ogół praw i obowiązków, który może podlegać

<sup>20</sup> Druk sejmowy nr 1180 – o partnerstwie publiczno – prywatnym

<sup>21</sup> T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz do art. 14*, Lex 2011.

<sup>22</sup> M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 355; R. Cieślak, *Partnerstwo publiczno-prywatne. 100 pytań, wyjaśnień interpretacji*, Warszawa 2014, s. 72.

<sup>23</sup> T. Moll, *Partnerstwo publiczno - prywatne. Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym*, s. 146.

<sup>24</sup> D. Michalak, A. Fitas, *Partnerstwo publiczno – prywatne ...*, s. 55.

zbyciu. Przepisy k.s.h. regulując materię spółki komandytowej posługują się pojęciem udziału kapitałowego (np. art. 50 § 1, art. 53 i 54 § 1 w zw. z art. 103 oraz 124 § 2 k.s.h.). W literaturze wskazuje się, że udział kapitałowy w spółce komandytowej, należy odróżnić od udziału w spółce z o.o.<sup>25</sup> Udział kapitałowy wspólnika spółki komandytowej, stanowi określoną wartość księgową wyrażoną w złotych, która to jest podstawą do określenia praw albo obowiązków wspólnika w spółce w przypadkach przewidzianych przez ustawę lub umowę spółki<sup>26</sup>. Dlatego też, terminologia użyta przez ustawodawcę, zgodnie z literalnym brzmieniem, nie pozwala na wykonywanie przez organ administracji rządowej praw z należącego do Skarbu Państwa ogółu praw i obowiązków w spółce komandytowej.

Ustawodawca w art. 15 u.p.p.p. określił wymaganą większość, która jest niezbędna w celu dokonania wiążących i ważnych czynności prawnych. Zgody wszystkich wspólników albo akcjonariuszy spółki wymaga zbycie lub obciążenie nieruchomości, a także przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny<sup>27</sup>.

Odnosząc wskazaną regulację na grunt przepisów k.s.h. i k.c. należy zaznaczyć, że zbycie lub obciążenie nieruchomości jak i przedsiębiorstwa należy do czynności przekraczających zwykły zarząd. Sposób podjęcia decyzji w spółce, wyżej wskazanych kwestiach, reguluje k.s.h., umowa bądź statut spółki<sup>28</sup>.

W odniesieniu do spółki komandytowo-akcyjnej zgodnie z art. 146 § 2 k.s.h. zgody wszystkich komplementariuszy wymagają, pod rygorem nieważności, uchwały walnego zgromadzenia w sprawach zbycia i wydzierżawienia przedsiębiorstwa spółki lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nim prawa użytkowania i zbycia nieruchomości spółki. Regulacja u.p.p.p. wymaga zgody nie tylko komplementariuszy, ale również wszystkich akcjonariuszy. W odniesieniu do spółki komandytowej, zgodnie z art. 121 § 2 k.s.h. w sprawach przekraczających zakres zwykłych czynności spółki wymagana jest zgoda komandytariusza, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Ustawodawca w art. 121 § 2 k.s.h. umożliwił dowolne uregulowanie kwestii zgody komandytariusza w umowie spółki na dokonanie czynności przekraczających zwykły zarząd. Obecnie obowiązująca u.p.p.p. obliuguje wspólników, czyli zarówno komplementariuszy i komandytariuszy do podjęcia jednomyślnej uchwały dotyczącej zbycia lub obciążenia nieruchomości, czy też zbycia lub obciążenia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, czyli nie można znieść jego obowiązywania poprzez odmienne uregulowanie w umowie spółki.

W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością uchwały wspólników wymaga zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego, nabycie i zbycie nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału w nieruchomości, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej (art. 228 k.s.h.). Zgodnie z art. 246 § 1 k.s.h. uchwały dotyczące zbycia przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części zapadają większością dwóch trzecich głosów. Zbycie nieruchomości należy do kompetencji walnego zgromadzenia, które to podejmuje uchwałę w tym przedmiocie bezwzględną większością głosów, o ile umowa spółki nie stanowi inaczej (art. 222 pkt 4 k.s.h. w zw. z art. 245 k.s.h.). Ponadto w art. 229 k.s.h. wskazano, że umowa o nabycie dla spółki nieruchomości albo udziału w nieruchomości lub środków trwałych za cenę przewyższającą jedną czwartą kapitału zakładowego, nie niższą jednak od 50 000 złotych, zawarta przed upływem dwóch lat od dnia zarejestrowania spółki, wymaga uchwały wspólników, chyba że umowa ta była przewidziana w umowie spółki.

W spółce akcyjnej, tak jak w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością uchwały walnego zgromadzenia wymaga zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego, także nabycie i zbycie nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału w nieruchomości, chyba że statut stanowi inaczej (art. 393 k.s.h.). Zbycie przedsiębiorstwa wymaga uchwały podjętej większością trzech czwartych głosów (415 k.s.h.). Tak jak w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, w spółce akcyjnej zbycie nieruchomości wymaga uchwały podjętej bezwzględną większością głosów o ile statut spółki nie stanowi inaczej (art. 414 w zw. z art. 393 k.s.h.).

Wskazane dodatkowe wymagania dotyczące kwalifikowanej większości głosów, stanowi wyraz szczególnej ochrony podmiotu publicznego. Całkowicie uzasadnione jest uzyskanie zgody nie tylko partnera prywatnego, na dokonanie tak istotnych z punktu widzenia funkcjonowania spółki spraw, ale również podmiotu publicznego, który to, co do zasady, wnosi wkład do związanej spółki celowej. Takim wkładem może być np. nieruchomość, czy też przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c.

W przypadku zbycia lub obciążenia nieruchomości lub przedsiębiorstwa przez spółkę celową związaną na podstawie umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym, należy odpowiednio zastosować przepisy k.s.h. o nieważności czynności prawnej, która może zostać konwalidowana. Zgodnie z art. 17 § 2 k.s.h. zgoda wspólników lub akcjonariuszy

<sup>25</sup> G. Nita-Jagielski (w:) J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 50, nb 6.

<sup>26</sup> S. Sołtyński (w:) S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1-150*, Warszawa 2006, komentarz do art. 50, nb 2.

<sup>27</sup> T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 459, z późn. zm.

<sup>28</sup> W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Wzory umów i pism*. Komentarz do art. 15. Lex.

może być wyrażona przed złożeniem oświadczenia przez spółkę albo po jego złożeniu, nie później jednak niż w terminie dwóch miesięcy od dnia złożenia oświadczenia przez spółkę. Potwierdzenie wyrażone po złożeniu oświadczenia ma moc wsteczną od chwili dokonania czynności prawnej.

Funkcjonowanie spółek prawa handlowego w świetle u.p.p.p. doznaje szeregu ograniczeń. Wspólnicy, akcjonariusze spółek nie mogą wskazanych wyżej uregulowań zmienić mocą umowy czy też statutu spółki. Takowe uregulowanie chroni w dużej mierze podmiot publiczny przed działaniem podmiotu prywatnego, jako aktywnej strony umowy w realizacji przedsięwzięcia.

### 3. Prawo pierwokupu wynikające z u.p.p.p.

Prawo pierwokupu uregulowane jest w kodeksie cywilnym w art. 596 – 602. Istotą prawa pierwokupu jest zastrzeżenie dla jednej ze stron uprawnienia pierwszeństwa kupna oznaczonej rzeczy, na wypadek gdyby druga strona sprzedała tę rzecz osobie trzeciej. Prawo to odnosi się jedynie do umowy sprzedaży<sup>29</sup>, dlatego też nie może być stosowane do innych umów, np. do umowy przedwstępnej.

Ustawodawca w u.p.p.p. przyznaje podmiotowi publicznemu prawo pierwokupu. Prawo pierwokupu uregulowane w u.p.p.p. jest uregulowaniem szczególnym w stosunku do przepisów k.c.

Podmiotowi publicznemu przysługuje prawo pierwokupu akcji albo udziałów partnera prywatnego w spółce (art. 16 ust. 1 u.p.p.p.). Prawo pierwokupu nie jest przyznane z mocy ustawy podmiotowi prywatnemu. Takie ukształtowanie uprawnień podmiotu publicznego, w sposób znacząco ogranicza wolę stron w kształtowaniu postanowień umowy, statutu spółki. Podmiot publiczny zawsze będzie mógł skorzystać z prawa pierwokupu. Podmiot prywatny, w celu zabezpieczenia swego interesu, już na etapie zawierania umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym powinien uzgodnić postanowienie dotyczące zawarcia prawa pierwokupu w przyszłej umowie lub statucie spółki.

Z uzasadnienia projektu u.p.p.p. wynika, że gdyby pierwotny partner prywatny zbywał udziały lub akcje w spółce, wówczas podmiot publiczny powinien mieć zapewnioną możliwość swobodnego doboru nowego wspólnika. Dlatego też, w tym celu podmiotowi publicznemu będzie przysługiwało prawo pierwokupu zbywanych udziałów lub akcji<sup>30</sup>.

W przypadku sprzedaży udziałów lub akcji objętych prawem pierwokupu, partner prywatny, powinien niezwłocznie zawiadomić podmiot publiczny o treści umowy zawartej z osobą trzecią. Uprawniony podmiot publiczny, po otrzymaniu takiego zawiadomienia, może wykonać prawo pierwokupu, poprzez złożenie zobowiązanemu oświadczenia o skorzystaniu z tego prawa. Podmiot publiczny może wykonać prawo pierwokupu w ciągu dwóch miesięcy od dnia zawiadomienia go przez partnera prywatnego o treści umowy zawartej z osobą trzecią, chyba że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym przewiduje dłuższy termin (art. 16 ust. 2 u.p.p.p.). Oświadczenie o skorzystaniu z prawa pierwokupu powinno być złożone w takiej formie, jaka jest wymagana dla danej transakcji. W przypadku sprzedaży udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością będzie to forma pisemna z podpisami notarialnie poświadczonymi<sup>31</sup>.

Termin dwóch miesięcy do wykonania uprawnień z prawa pierwokupu jest bardzo długi w stosunku do uregulowań zawartych w innych ustawach. Kodeks cywilny w art. 598 § 2 stanowi, że prawo pierwokupu co do nieruchomości można wykonać w ciągu miesiąca, a co do innych rzeczy – w ciągu tygodnia od otrzymania zawiadomienia o sprzedaży, chyba że zostały zastrzeżone inne terminy. Ustawa o gospodarce nieruchomościami w art. 110 ust. 2 wskazuje, że prawo pierwokupu może być wykonane w terminie miesiąca od dnia otrzymania przez wójta, burmistrza albo prezydenta miasta zawiadomienia o treści umowy sprzedaży. Ustawodawca, co do zasady, przewidział w innych ustawach termin miesięczny na wykonanie uprawnień wynikających z prawa pierwokupu. Termin z u.p.p.p. jest daleko idącym zabezpieczeniem interesów podmiotu publicznego w celu wykonania uprawnień z prawa pierwokupu.

Zbycie przez partnera prywatnego akcji albo udziałów z naruszeniem przepisów dotyczących ustawowego prawa pierwokupu podmiotu publicznego jest nieważne (art. 16 ust. 3 u.p.p.p.).

Wydaje się, że ustawodawca przez tak ukształtowane prawo pierwokupu starał się chronić stabilność spółki w ramach realizacji umowy. Tym samym, chroni on interes publiczny oraz majątek zgromadzony i wytworzony przez spółkę.

Należy zasygnalizować, że brak jest prawa pierwokupu podmiotu publicznego, przy sprzedaży akcji lub udziałów w spółce celowej, przez wspólników innych niż partner prywatny. Możliwa jest sytuacja, w której to umowa o partnerstwie publiczno - prywatnym będzie dopuszczała przystąpienie do spółki innego podmiotu w toku realizacji inwestycji, który to nie będzie posiadał statusu podmiotu prywatnego. Osoby trzecie niebędące stronami umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym mogą być wspólnikami związanej spółki celowej. Możliwość nabywania statusu wspólnika w

<sup>29</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2003 r., IV CKN 1720/00, LEX nr 385607.

<sup>30</sup> Druk sejmowy nr 1180 – o partnerstwie publiczno – prywatnym

<sup>31</sup> T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz do art. 16*, Lex 2011.

spółce celowej jest ograniczone z tego powodu, że spółka celowa ma charakter wtórny w stosunku do umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym<sup>32</sup>. Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.p.p.p. zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany. Jak wskazuje się w literaturze, dopóki ustawodawca nie wprowadzi szczegółowych przepisów dotyczących udziału osób trzecich w związanej spółce celowej, do tego czasu udział osób trzecich w spółce powinien być z góry określony dla całego okresu przedsięwzięcia w umowie o partnerstwie publiczno – prywatnym<sup>33</sup>.

Ustawowe prawo pierwokupu dotyczy udziałów lub akcji. Jak wskazano wyżej w spółce komandytowej wspólnikom nie przysługują ani akcje ani udziały lecz ogół praw i obowiązków w spółce. Należy zatem stwierdzić należy, że przedmiotem pierwokupu przysługującego podmiotowi publicznemu nie jest udział kapitałowy w spółce komandytowej, ani też ogół praw i obowiązków partnera prywatnego jako współnika spółki komandytowej. W spółce komandytowo – akcyjnej, również udział kapitałowy, ani też ogół praw i obowiązków komplementariusza nie jest przedmiotem prawa pierwokupu. W przypadku, gdy partner prywatny jest również akcjonariuszem spółki komandytowo-akcyjnej, to wówczas akcje podlegają prawu pierwokupu<sup>34</sup>.

Ponadto zakładając układ dwóch wspólników: podmiotu publicznego i prywatnego, przy założeniu ustawowym, że komplementariuszem nie może zostać podmiot publiczny, wówczas w przypadku sprzedaży udziałów lub akcji, podmiot publiczny nie mógłby wykonać prawa pierwokupu, ponieważ stałby się komplementariuszem.

Przedmiot prawa pierwokupu nie budzi żadnych wątpliwości w przypadku spółek kapitałowych. W przypadku spółki z o.o. prawo to przysługuje do udziałów, natomiast w odniesieniu do spółki akcyjnej prawo pierwokupu dotyczy akcji spółki.

Zastrzegając prawo pierwokupu dla podmiotu publicznego, należy zauważyć, że podmiot ten nie ma możliwości negocjacji ceny. Taka regulacja może czynić prawo pierwokupu bezskutecznym, ze względu na zawyżoną cenę akcji lub udziałów przez podmiot prywatny<sup>35</sup>. Sposób skorzystania z prawa pierwokupu, nie jest w sposób szczegółowy uregulowany. Przepis nie wskazuje sposobu, w jaki to partner prywatny powinien zawiadomić podmiot publiczny, o zamiarze zbycia akcji lub udziałów. Podmiot publiczny może jedynie zaakceptować cenę. Takie ukształtowanie przepisów, umożliwia podmiotowi prywatnemu zawyżanie ceny akcji, czy też udziałów, w umowie z osobą trzecią, aby cena ich odsprzedaży podmiotowi publicznemu była jak najwyższa<sup>36</sup>.

Poprzednio obowiązująca ustawa w art. 19 ust. 4 p.p.p. stanowiła, że w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym strony mogą ustalić termin i warunki, na jakich podmiot publiczny nabędzie, po zakończeniu wykonywania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, udziały lub akcje posiadane przez partnera prywatnego w spółce. Poprzedni stan prawny, chronił w większej mierze podmiot publiczny przed swobodnym i nieadekwatnym określeniem ceny nabycia udziałów lub akcji. Poprzednio obowiązująca ustawa, dotyczyła nie tylko sprzedaży, ale również innych metod zbycia udziałów, czy też akcji. Zgodnie z utrwalonymi poglądami zarówno doktryny, jak i orzecznictwa, prawo pierwokupu – umowne i ustawowe – przysługuje tylko i wyłącznie w przypadku przeniesienia własności udziałów lub akcji w formie sprzedaży<sup>37</sup>.

Reasumując, prawo pierwokupu z u.p.p.p. jest zbyt ogólną regulacją, która nie chroni w sposób dostateczny podmiotu publicznego. Przede wszystkim, fakt braku negocjacji ceny przy skorzystaniu z prawa pierwokupu oraz ograniczenie nabycia zbywanych udziałów i akcji tylko do umowy sprzedaży, czyni ochronę podmiotu publicznego mało skuteczną. Warto zastanowić się nad rozszerzeniem ochrony podmiotu publicznego o prawo pierwszeństwa nabycia zbywanych udziałów, akcji, czy też ogółu praw i obowiązków w spółce, określając szczegółowo procedurę realizacji prawa pierwszeństwa.

## Wnioski

Zawiązanie spółki celowej partnerstwa publiczno- prywatnego ma wiele zalet. Przede wszystkim współpraca między podmiotami umowy przebiega w sposób jasny i klarowny. Przy realizacji projektów o dużym potencjale komercyjnym jest to niezwykle istotne. Ponadto zobowiązania z tytułu partnerstwa publiczno-prywatnego nie mają wpływu na dług publiczny. Możliwe jest takie ukształtowanie spółki, w której to podmiot prywatny, jako bardziej aktywny, będzie

<sup>32</sup> M. Bejm, P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, *Ustawa o partnerstwie...*, s. 349.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 350.

<sup>34</sup> T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz do art. 16*, Lex 2011.

<sup>35</sup> K. Płonka-Bielenin, *Partnerstwo publiczno - prywatne. Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym*, s. 146.

<sup>36</sup> W. Gnonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym. Wzory umów i pism*, Lex, komentarz do art. 16.

<sup>37</sup> T. Skoczyński, *Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym. Komentarz do art. 16*, Lex 2011; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2003 r., IV CKN 1720/00, lex 385607.

co do zasady zasiadał w organach zarządzających spółki jak np., zarząd, czy też będzie komplementariuszem, a podmiot publiczny, jako podmiot „pasywny” będzie sprawował funkcję rady nadzorczej.

Należy zauważyć, że regulacja funkcjonowania spółek w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego posiada pewne wady. Ograniczenie realizacji partnerstwa publiczno – prywatnego w formie spółki, tylko do nowo powstałej spółki w sposób znaczny ogranicza elastyczność i dostosowywanie się spółki na zmiany gospodarcze. Ponadto ustawodawca poszerzając katalog form prawnych spółek celowych nie uwzględnił sposobu ich funkcjonowania. Zastrzeżone prawo pierwokupu na rzecz podmiotu publicznego, przy braku negocjacji ceny oraz ograniczenie nabycia zbywanych udziałów i akcji tylko do umowy sprzedaży, czyni ochronę podmiotu publicznego mało skuteczną.

Partnerstwo publiczno - prywatne jest doskonałą formą komercjalizacji efektów współpracy podmiotu publicznego i prywatnego. *De lege ferenda* należałoby kompleksowo zmienić przepisy dotyczące funkcjonowania spółek, przede wszystkim o postanowienia dotyczące prawa pierwszeństwa nabycia udziałów, akcji, ogółu praw i obowiązków wspólnika, zamiast obecnie obowiązującego prawa pierwokupu. Ponadto w celu realizacji umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym, wydaje się zasadne, umożliwienie przystąpienia do spółki już funkcjonującej w obrocie gospodarczym.

\*\*\*

### Public-private partnership in the form of commercial law company's

The aim of the analysis is to present the principles of operation of the company related to public - private partnership. Public - private partnership can be implemented in a limited liability company or limited partnership or limited joint-stock company.

The conclusion of the company in the context of public - private partnership is an attractive form of cooperation between public and private subjects. Such projects are often commercialized in the economy.

For these reasons, it was necessary to present the impact of the Act of public - private partnership on the functioning of companies, including the right of preemption.

**Key words:** Act of public - private partnership, company, cooperation, preemption.



Katarzyna Siemion

## USTAWOWE PRAWO DO WYKORZYSTANIA WIZERUNKU SPORTOWCA JAKO OGRANICZENIE PRZYSŁUGUJĄCYCH MU PRAW DO ZAWIERANIA UMÓW SPONSORINGOWYCH

### 1. Wstęp

Wraz z postępującą komercjalizacją i mediatyzacją sportu przedsiębiorcy w coraz większym stopniu są zainteresowani uczestnictwem w tej sferze życia społecznego. Sportowcy, osiągając wysokie wyniki sportowe, stają się rozpoznawalni wśród rzeszy kibiców w kraju, a nawet na całym świecie. W związku z tym, mogą stać się podmiotami kreującymi daną markę na rynku i wpływać pozytywnie na wizerunek danego przedsiębiorcy. Dlatego też na znaczeniu zyskuje sponsoring sportowy.

Z danych opublikowanych przez Forbes w 2015 r. wynika, iż niejednokrotnie zarobki sportowców z zawartych przez nich umów sponsoringowych są niemal równe lub nawet większe niż zarobki uzyskiwane z uprawiania danej dyscypliny sportowej. Dla przykładu, zarobki Christiano Ronaldo z tytułu kontraktu zawodniczego oraz nagród wyniosły 56,2 mln dolarów, natomiast z tytułu kontraktów reklamowych 27 mln dolarów. Roger Federer, jeden z najbardziej utytułowanych tenisistów w historii, zarobił łącznie 67 mln dolarów, z czego aż 58 mln dolarów z tytułu kontraktów reklamowych. LeBron James, jeden z najlepszych koszykarzy NBA zarobił ponad 66 mln dolarów, z czego 44 mln dolarów z tytułu kontraktów reklamowych, a więc prawie dwa razy więcej niż z tytułu kontraktu zawodniczego i nagród

<sup>1</sup>. Te przykłady dobitnie pokazują, jak rentowne może być wykorzystanie wizerunku sportowca i jego komercjalizacja.

Dlatego też zasadne jest poddanie analizie badawczej ustawowego prawa do wykorzystania wizerunku sportowca określonego w art. 14 ustawy o sporcie<sup>2</sup> oraz jego wpływu na umowy sponsoringowe zawierane przez sportowców.

Autorka przyjęła za hipotezę badawczą założenie, iż ustawowe prawo do wykorzystania wizerunku sportowca ogranicza przysługujące mu prawo do rozpowszechniania wizerunku, a co za tym idzie, może wpływać na realizację zawartych przez niego umów sponsoringowych.

Wśród zagadnień podstawowych artykułu znalazły się takie kwestie, jak: ustawowe prawo do wykorzystania wizerunku sportowca, umowy sponsoringu zawierane przez sportowców oraz wpływ przedmiotowego prawa na realizację umów sponsoringowych zawartych przez sportowców.

Wśród zagadnień szczegółowych poruszonych w artykule należy wymienić prawo do wizerunku przysługujące sportowcowi oraz zasady jego rozpowszechniania, przesłanki, w których nie jest konieczne uzyskanie zgody na rozpowszechnianie wizerunku, jak również charakter prawny umów sponsoringowych zawieranych przez sportowca.

### 2. Wizerunek sportowca

Wizerunek jest zaliczany do dóbr osobistych osób fizycznych. Zgodnie z treścią art. 23 kodeksu cywilnego<sup>3</sup>, dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

Dodatkową regulacją wprowadzającą ochronę prawa do wizerunku, która stanowi *lex specialis* wobec przepisów k.c., jest art. 81 ust. 1 zd. 1 ustawy prawo autorskie<sup>4</sup>, zgodnie z którym rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej.

Powyższe regulacje nie wykluczają się wzajemnie, ale uzupełniają i przy rozstrzygnięciu ewentualnych sporów dotyczących naruszenia przedmiotowego prawa, powinny być rozpatrywane łącznie<sup>5</sup>.

Brak jest jednak legalnej definicji wizerunku. Jak przyjmuje się w doktrynie, za wizerunek osoby fizycznej należy uznać takie jej cechy twarzy oraz postaci przedmiotowej osoby, które pozwalają ją zindywidualizować jako jednostkę fizyczną<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Badania przeprowadzone przez Forbes w 2015 r. i opublikowane na stronie forbes.pl; dostęp: 28.05.2016, <http://www.forbes.pl/najlepiej-zarabiajacy-sportowcy-2015-ranking-forbesa,artykuly,1956771,1.html>.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 176 z późn. zm., dalej jako u.sport.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 380 z późn. zm., dalej jako k.c.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 666, dalej jako u.pr.aut.

<sup>5</sup> M. Sekuła, Prawo sportowca do wizerunku, „Monitor Prawniczy” 2010, Nr 22, s. 1229.

<sup>6</sup> R. Kopczyk, Prawo sportowca do wizerunku, „Acta Erasiana III”, Wrocław 2012, s. 61; zob. także: M. Sekuła, Prawo sportowca do wizerunku, „Monitor Prawniczy” 2010, Nr 22, s. 1229-1230; J. Balcarczyk, Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne, Warszawa 2009, s. 21-67, J. Barta, R. Markiewicz, Komentarz do art. 81, [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Wyd. 5, red. J. Barta, R. Markiewicz, Lex 2011, K.

Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie „na wizerunek w rozumieniu przepisów składa się ogół zewnętrznych cech, które charakteryzują daną osobę. Innymi słowy, wizerunek definiowany jest jako wygląd człowieka, jego podobizna, jego obraz fizyczny. Według niektórych w te ramy włączyć można dodatkowe elementy związane z wykonywanym zawodem, jak charakterystyka, ubiór, sposób poruszania się, inne elementy identyfikujące, np. okulary, fryzura czy nawet szczególna linia profilu bądź charakterystyczny cień. W każdym przypadku chodzi o cechy immanentnie związane z konkretną osobą fizyczną, dla niej znamienne i pozwalające na jej rozpoznawalność. Za wizerunek w analizowanym znaczeniu nie można potraktować sposobu postrzegania i oceny danej osoby w odbiorze zewnętrznym (jej życiorysu, cech charakteru, postępowania, utrwalonej pozycji zawodowej itp.)”<sup>7</sup>.

Ochronie prawnej podlega prawo do wizerunku rozumiane jako kompetencja o charakterze wyłącznym do decydowania o rozpowszechnianiu utrwalonego wizerunku tej osoby przez osobę trzecią. W tym przypadku za dobro chronione uznaje się autonomię każdej osoby co do swobodnego rozstrzygnięcia, czy w ogóle, a jeżeli tak to w jakich okolicznościach, wizerunek tej osoby może być rozpowszechniany<sup>8</sup>.

Co do zasady, do rozpowszechniania wizerunku wymagana jest zgoda tej osoby<sup>9</sup>. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż zgoda nie musi być wyrażona na piśmie, ale powinna być niewątpliwa<sup>10</sup>. Ponadto, „zgoda nie może mieć charakteru blankietowego i dotyczyć abstrakcyjnego wykorzystania wizerunku, ale powinna dotyczyć konkretnych uzgodnień co do rozpowszechniania wizerunku, tj. osoby rozpowszechniającej wizerunek, czasu i miejsca publikacji, jak również towarzyszącego komentarza, czy też zestawienia z innymi wizerunkami”<sup>11</sup>. W ustawie przyjęto domniemanie, iż osoba, która uzyskała wynagrodzenie za pozowanie, wyraziła zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku i uzyskanie formalnego zezwolenia nie jest wymagane, chyba, że wyraźnie zastrzeżono inaczej.

Zgodnie z treścią art. 81 ust. 2 u.pr.aut. zezwolenia nie wymaga rozpowszechnianie wizerunku osoby powszechnie znanej, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych, jak również osoby stanowiącej jedynie szczegół całości takiej jak zgromadzenie, krajozobraz, publiczna impreza.

W kontekście sportowców, największe znaczenie wydaje się mieć przesłanka dotycząca osób powszechnie znanych. Brak jest legalnej definicji tego pojęcia. W doktrynie przyjmuje się, że ocena, czy mamy do czynienia z osobą powszechnie znaną zależy od takich czynników, jak sprawowanie funkcji społecznych, zawodowych oraz popularność poza środowiskiem, w którym obcuje dana osoba, z uwagi na wykonywane przez nią funkcje społeczne, zawodowe, polityczne. Ponadto, należy wziąć pod uwagę także krąg odbiorców, do których skierowana jest dana forma rozpowszechniania wizerunku<sup>12</sup>.

Ustawa przewiduje, że rozpowszechnianie wizerunku osoby powszechnie znanej bez uzyskania zezwolenia wymaga spełnienia następujących przesłanek: wizerunek powinien być utrwalony w związku z pełnieniem przez daną osobę funkcji publicznych oraz rozpowszechnianie wizerunku powinno dotyczyć przedstawienia wykonywania tych funkcji przez przedmiotową osobę. Należy więc wskazać, że nie jest możliwe wykorzystywanie wizerunku sportowca jako osoby powszechnie znanej w sposób dowolny, a jedynie wtedy, gdy wizerunek utrwalono podczas rywalizacji sportowej, czy przygotowań do niej. Ponadto, wykorzystanie wizerunku sportowca bez jego zgody jest możliwe jedynie w relacjach, sprawozdaniach z wykonywanych przez niego funkcji sportowych, na przykład meczu czy sparingu. Powyższe wyklucza wykorzystanie wizerunku sportowca w celach reklamowych czy promocyjnych. Ponadto, przedmiotowa regulacja nie dotyczy sfery prywatnej, osobistej sportowców i utrwalonego w takich przypadkach ich wizerunku. W takiej sytuacji, wymagane jest uzyskanie zezwolenia na wykorzystanie wizerunku sportowca. Rozpowszechnianie wizerunku sportowca bez uzyskania jego zgody należy uznać za działanie bezprawne, które narusza dobra osobiste sportowca<sup>13</sup>.

Mając powyższe na uwadze należy przyjąć, że sportowcowi, jak każdej osobie fizycznej, przysługuje prawo do ochrony wizerunku. W związku z tym, klub sportowy, w którym występuje zawodnik, powinien uzyskać zgodę na gospodarczą jego eksploatację. Zgoda nie powinna być jednak zbyt ogólna, abstrakcyjna, ale powinna określać zasady rozpowszechniania wizerunku, z uwzględnieniem poczynionych powyżej uwag dotyczących charakteru prawnego zgody.

Stefaniuk, Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnienie podobizny, „Państwo i Prawo” 1970, Z. 1, s. 64; E. Wojnicka, Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z prawa własności intelektualnej” 1990, Z. 56, s. 107.

<sup>7</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2015 r., I ACa 1741/14, Lex nr 1755241.

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 grudnia 2002 r., I ACa 957/01, Lex nr 82415.

<sup>9</sup> Art. 81 ust. 1 u.pr.aut.

<sup>10</sup> R. Szczepaniak, Problem prawa do wizerunku sportowca – reprezentanta kraju, „Monitor Prawniczy” 2007, Nr 17, s. 948.

<sup>11</sup> J. Barta, R. Markiewicz, Komentarz do art. 81, [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Wyd. 5, red. J. Barta, R. Markiewicz, Lex 2011.

<sup>12</sup> M. Sekuła, Prawo sportowca do wizerunku, „Monitor Prawniczy” 2010, Nr 22, s. 1230.

<sup>13</sup> K. Buczak, Wizerunek sportowca, dostęp: 29.05.2016, [http://kancelariaspportu.pl/wizerunek\\_sportowca/](http://kancelariaspportu.pl/wizerunek_sportowca/).

Najczęściej, klauzula dotycząca zgody na rozpowszechnianie wizerunku sportowca przez klub sportowy zawarta jest w kontrakcie zawodniczym. Klub sportowy jest bowiem zainteresowany czerpaniem korzyści majątkowych z wizerunku swojego zawodnika. W praktyce, zgoda na rozpowszechnianie wizerunku obejmuje wykorzystanie wizerunku sportowca w celach marketingowych, takich jak promocja zawodów, rozgrywek, sprzedaż gadżetów klubowych oraz uczestnictwo sportowca w akcjach promocyjnych klubu sportowego. Za uzyskanie zgody na rozpowszechnianie wizerunku sportowcowi przysługuje wynagrodzenie, które najczęściej jest ujmowane w ogólnej kwocie wynagrodzenia należnego sportowcowi z tytułu kontraktu zawodniczego zawartego z danym klubem sportowym<sup>14</sup>.

### 3. Ustawowe prawo do wykorzystania wizerunku sportowca

Jak wskazano powyżej, kwestie dotyczące wykorzystania wizerunku sportowca na linii sportowiec – klub sportowy reguluje umowa zawarta pomiędzy tymi podmiotami. W odniesieniu do członka kadry narodowej, wprowadzono istotny wyjątek dotyczący prawa sportowca do wykorzystania jego wizerunku.

Co do zasady, sportowcowi przysługuje prawo do wykorzystania swojego wizerunku. Jednak zgodnie z treścią art. 14 ust. 1 u.sport. członek kadry narodowej udostępnia, na zasadach wyłączności, swój wizerunek w stroju reprezentacji kraju polskiemu związkowi sportowemu, który jest uprawniony do wykorzystania tego wizerunku do swoich celów gospodarczych w zakresie wyznaczonym przez przepisy tego związku lub międzynarodowej organizacji sportowej działającej w danym sporcie. Analogiczna regulacja znajduje zastosowanie do członków reprezentacji olimpijskiej, gdzie uprawnionym jest Polski Komitet Olimpijski.

Powyższa norma prawna budzi duże wątpliwości i zastrzeżenia w doktrynie, a przede wszystkim wśród sportowców. Stanowi bowiem ograniczenie prawa do wizerunku przysługującego sportowcom.

Powyższe ograniczenie jest specyfiką polskiego ustawodawstwa, bowiem na przykład w Niemczech brak jest jakichkolwiek ograniczeń co do prawa do wizerunku sportowca. Jest on chroniony na podstawie przepisów ustawowych w sposób ogólny. Co więcej, w tamtejszej doktrynie podkreślono, że wykorzystanie wizerunku drużyny sportowej służy takim celom jak reklama i promocja, a w związku z tym nie będą miały w tej sytuacji zastosowania przepisy dotyczące dozwolonego użytku<sup>15</sup>. Regulacja ta została po raz pierwszy wprowadzona w roku 2005 w ustawie o sporcie kwalifikowanym<sup>16</sup>. W uzasadnieniu do projektu tej ustawy wskazano, że „dostrzegając pojawiające się w środowisku sportowym spory między członkami kadry narodowej a polskimi związkami sportowymi w zakresie praw marketingowych i ograniczeń w komercyjnym wykorzystaniu wizerunku zawodnika, przepisy (...) projektu ustawy nakładają na członka kadry narodowej obowiązek udostępnienia, na zasadach wyłączności, swojego wizerunku w stroju reprezentacji kraju polskiemu związkowi sportowemu. Przepisy te mają na celu zabezpieczenie interesów właściwego polskiego związku sportowego w zakresie dotyczącym wykorzystania wizerunku zawodnika – członka kadry narodowej oraz ułatwiają realizację przez ten związek zadań wynikających z projektu ustawy, związanych z reprezentowaniem sportu polskiego na arenie międzynarodowej”<sup>17</sup>.

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż udostępnienie wizerunku polskiemu związkowi sportowemu następuje na zasadzie wyłączności. W związku z tym, sportowiec zostaje de facto pozbawiony prawa do wizerunku w stroju reprezentacji. Beneficjentem tego prawa zostaje polski związek sportowy, który może wykorzystać wizerunek członka kadry narodowej do własnych celów gospodarczych<sup>18</sup>. Wykreowane zostaje w związku z tym prawo podmiotowe przysługujące polskiemu związkowi sportowemu, z którym de facto nie są związane żadne roszczenia. W przypadku naruszenia prawa do wizerunku to członkowi kadry narodowej przysługuje legitymacja czynna do wystąpienia z roszczeniami ochronnymi, a nie polskiemu związkowi sportowemu. Ponadto, zakres wykorzystania wizerunku jest określany w przepisach związkowych, czyli przepisach prawa wewnętrznego, które nie mają charakteru prawa powszechnie obowiązującego.

Należy więc wskazać, że o zakresie wykorzystania wizerunku decyduje sam jego beneficjent. Sportowiec nie ma żadnego wpływu na to, w jaki sposób zostanie wykorzystany jego wizerunek w stroju reprezentacji, ani przez kogo<sup>19</sup>. Co za tym idzie, członek kadry narodowej nie może nikogo upoważnić, bez zgody polskiego związku sportowego, do wykorzystania przedmiotowego wizerunku<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> K. Buczak, Wizerunek sportowca, dostęp: 29.05.2016, [http://kancelariaspportu.pl/wizerunek\\_sportowca/](http://kancelariaspportu.pl/wizerunek_sportowca/).

<sup>15</sup> E. J. Krześniak, Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim na tle rozwiązań zagranicznych, Warszawa 2016, s. 432.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym, t.j. Dz. U. z 2007 r., poz. 1208 ze zm., dalej jako u.s.k.

<sup>17</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o sporcie kwalifikowanym, druk sejmowy nr 4131, s. 8; <http://orka.sejm.gov.pl>, dostęp: 28.05.2016 r.

<sup>18</sup> Zob. szerzej: W. Cajsels, Ustawa o sporcie. Komentarz, Warszawa 2011, s. 121-122.

<sup>19</sup> R. Kopczyk, Prawo sportowca do wizerunku, „Acta Erasiana III”, Wrocław 2012, s. 73.

<sup>20</sup> M. Wach, Personalisty merchandising jako instytucja stosowana do wykorzystywania wizerunku sportowca w celach promocyjnych i reklamowych, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, Nr 10, s. 27.

Zgodnie bowiem z przyjętym orzecznictwem, cele gospodarcze związku rozumiane są szeroko i obejmują również wykorzystanie wizerunku członka kadry narodowej przez osoby trzecie, w tym przede wszystkim przez sponsorów polskiego związku sportowego i reprezentacji kraju<sup>21</sup>.

Ponadto, wątpliwości budzi kwestia dotycząca wyrażenia zgody przez członka kadry narodowej na udostępnienie wizerunku na rzecz polskiego związku sportowego. Zgodnie bowiem z treścią art. 14 ust. 3 u.sport. zawodnik przed zakwalifikowaniem do kadry narodowej lub reprezentacji olimpijskiej wyraża zgodę na rozpowszechnianie swojego wizerunku w stroju reprezentacji kraju w rozumieniu [art. 81 ust. 1](#) ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm.). Mając na uwadze podjęte powyżej rozważania dotyczące charakteru zgody na rozpowszechnianie wizerunku, przedmiotowa regulacja budzi zastrzeżenia. Zgoda powinna być bowiem udzielona w sposób niewątpliwy oraz dobrowolny<sup>22</sup>. Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, że sportowiec nie wie, na czyją rzecz i w jaki sposób zostanie wykorzystany jego wizerunek. Ponadto, trudno mówić o dobrowolności wyrażenia zgody, ponieważ od tego, czy sportowiec wyrazi zgodę na udostępnienie wizerunku na rzecz polskiego związku sportowego, zależy, czy wystąpi w reprezentacji kraju. Biorąc pod uwagę fakt, iż marzeniem każdego sportowca jest reprezentowanie swojej ojczyzny na arenie międzynarodowej i możliwość walki o najwyższe trofea, nie sposób wyobrazić sobie sytuację, w której sportowiec nie wyrazi takiej zgody.

W doktrynie wyrażono pogląd, iż powyższe prowadzi nawet do „wywłaszczenia” sportowca – członka kadry narodowej z jego wizerunku<sup>23</sup> i jest sprzeczne z Konstytucją<sup>24</sup>.

W ocenie autorki, powyższa regulacja stanowi niewątpliwie dużą ingerencję w prawa przysługujące sportowcowi. Z jednej strony zrozumiałe są dążenia ustawodawcy do zapewnienia polskiemu związkowi sportowemu możliwości wykorzystania wizerunku członków kadry narodowej w celach gospodarczych, promocyjnych. Uzyskane w ten sposób środki finansowe są w znacznej mierze przeznaczane na udział kadry narodowej w rozgrywkach i przygotowaniach do nich, jak również na szkolenie grup młodzieżowych<sup>25</sup>. Z drugiej strony, należy mieć na uwadze fakt, iż prawo do wizerunku jest prawem podmiotowym przysługującym sportowcowi. Nie wydaje się przekonująca argumentacja, iż przedmiotowa regulacja jest uzasadniona, ponieważ sportowiec dzięki uczestnictwu w rozgrywkach kadry narodowej czerpie z tego duże korzyści, przede wszystkim poprzez zwiększenie swojej rozpoznawalności, co może przełożyć się na większe zainteresowanie jego osobą na arenie międzynarodowej<sup>26</sup>. Udział w najważniejszych rozgrywkach na pewno stwarza zawodnikom większe możliwości i okazję do udowodnienia swoich umiejętności. Nie zawsze jednak udział w kadrze narodowej wpływa na indywidualną, klubową karierę sportowca. Niektórzy bowiem sportowcy stają się rozpoznawalni dzięki grze w klubie sportowym, a nie w reprezentacji. W takich sytuacjach, to sportowiec dzięki swojej renomie staje się „wizytówką” reprezentacji, a nie reprezentacja „wizytówką” sportowca, co przekłada się również na zainteresowanie sponsorów kadrą narodową oraz wysokością środków uzyskiwanych z zawartych z nimi przez polski związek sportowy umów sponsoringowych. Dlatego też ingerencja w przedmiotowe prawo powinna być jak najmniejsza, z poszanowaniem interesów i praw sportowców. Przede wszystkim, sportowiec, który zostaje do kadry narodowej może nie wiedzieć, z kim polski związek sportowy ma zawarte umowy sponsoringowe, a co za tym idzie, przez kogo jego wizerunek będzie wykorzystywany. Dodatkowo, treść umowy sponsoringowej zawartej pomiędzy polskim związkiem sportowym a jego sponsorami jest objęta tajemnicą handlową, a więc zakres wykorzystania wizerunku sportowca również nie jest mu znana. Co za tym idzie, wyrażona przez niego zgoda może być nieskuteczna. Analogicznie można stosować zasady dotyczące wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych. Osoba, która zgody udziela musi mieć świadomość tego, przez kogo jej dane zostaną wykorzystane, w jakim celu oraz w jakim zakresie. Warto również przywołać w tym zakresie stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w tym zakresie: „podkreśla się, że z treści zgody na przetwarzanie danych osobowych powinno w sposób nie budzący wątpliwości wynikać, w jakim celu, w jakim zakresie i przez kogo dane osobowe będą przetwarzane. Wyrażający zgodę musi mieć pełną świadomość tego, na co się godzi”<sup>27</sup>.

W ocenie autorki należy wysunąć postulat *de lege ferenda* odnośnie uchylecia art. 14 ust. 3 u.s., który mówi o zgodzie sportowca na udostępnienie swojego wizerunku w kadrze narodowej polskiemu związkowi sportowemu. Jeżeli u.s. wskazuje bezpośrednio, że sportowiec udostępnia wizerunek w stroju reprezentacji na rzecz polskiego związku sportowego to związek uzyskuje na tej podstawie takie uprawnienie. Nie ma to nic wspólnego ze zgodą w rozumieniu art. 81

<sup>21</sup> Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2009 r., I CSK 160/09, Lex nr 566088.

<sup>22</sup> K. Kurosz, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2000 r., I ACa 1455/99, „Rejent” 2002, Nr 1, s. 104.

<sup>23</sup> J. Sobczyk, Komercjalizacja wizerunku sportowca (cz. III), dostęp: 29.05.2016, <http://www.prawodosportu.pl/komercjalizacja-wizerunku-sportowca-cz-3/>.

<sup>24</sup> Zob. szerzej: R. Szczepaniak, Problem prawa do wizerunku sportowca – reprezentanta kraju, „Monitor Prawniczy” 2007, Nr 17, s. 948-956.

<sup>25</sup> M. Wach, Personalisty merchandising jako instytucja stosowana do wykorzystywania wizerunku sportowca w celach promocyjnych i reklamowych, „Przeegląd Prawa Handlowego” 2010, Nr 10, s. 28-29.

<sup>26</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2009 r., I CSK 160/09, Lex nr 566088.

<sup>27</sup> [http://www.giudo.gov.pl/317/id\\_art/1431/j/pl/](http://www.giudo.gov.pl/317/id_art/1431/j/pl/); dostęp: 01.06.2016 r.

ust. 1 pr. aut., bowiem brak jest cech właściwych udzielanej zgodzie. Dlatego też, regulacja ta wprowadza jedynie niepotrzebne wątpliwości interpretacyjne.

#### 4. Umowy sponsoringu zawierane przez sportowców

We współczesnym świecie dochodzi do swoistej komercjalizacji dóbr osobistych. Wizerunek sportowca może być bowiem rozpowszechniony, co prowadzi do wniosku, iż „koncentrują się wokół niego interesy osobiste i majątkowe przedstawionej osoby”<sup>28</sup>. Wizerunek sportowca uzyskuje określoną wartość majątkową, z której sportowiec może odnosić korzyści finansowe.

Z uwagi na fakt, iż sport cieszy się ogromnym zainteresowaniem społeczeństwa, sportowcy stają się narzędziem promocji przeróżnych produktów i usług. Sport jest bowiem kojarzony nie tylko z pasją, ale przede wszystkim z wielkimi emocjami oraz poczuciem przynależności<sup>29</sup>. Sportowcy jako idole kibiców, są dla odbiorców reklamy wiarygodni, a co za tym idzie, zachęcają do zakupu danego produktu.

Umowa sponsoringu jest umową nienazwaną, która korzysta z zasady swobody umów zawartej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Zgodnie z definicją przyjętą przez L. Steckiego, „sponsoring prowadzi do odpłatnego przysporzenia majątkowego, wyrażającego się w pieniądzu, usługach lub rzeczach, które jest dokonywane przez określony podmiot gospodarczy, zwany sponsorem, na rzecz określonej osoby fizycznej, instytucji, organizacji, jak również innej struktury prawnej, zwanej sponsorowanym, zawieranej w celu wykonywania przez nią czynności wskazanych w przedmiotowej umowie, które mają doprowadzić do utrwalenia bądź spotęgowania renowy sponsora, do zwiększenia jego popularności w danej grupie odbiorców, a w konsekwencji, zwiększenia jego zysków”<sup>30</sup>.

Biorąc pod uwagę powyższą definicję, należy wskazać na następujące sposoby sponsorowania: świadczenia pieniężne, świadczenia rzeczowe, w tym przede wszystkim sprzęt sportowy, odzież, akcesoria oraz świadczenie usług, takich jak usługa przewozu, ubezpieczenia, organizacji, administracji<sup>31</sup>.

Z uwagi na osobę sponsorowanego, można wyróżnić sponsoring osobowy, gdzie beneficjentem jest sportowiec lub grupa sportowców, sponsoring instytucjonalny, który dotyczy sponsorowania klubu sportowego, związku sportowego lub organizacji sportowej oraz sponsoring projektowy, w którym przedmiotem sponsorowania jest dane przedsięwzięcie, takie jak określone wydarzenie sportowe lub cykl takich wydarzeń<sup>32</sup>.

Sponsoring niesie korzyści dla obu stron umowy. Sponsorowany uzyskuje bowiem środki na działalność sportową, natomiast sponsor może liczyć na takie korzyści, jak: rozpowszechnienie jego marki, wzmocnienie bądź poprawę wizerunku, przeniesienie cech kojarzonych ze sponsorowanym na sponsora, co prowadzi do zwiększenia jego zysków<sup>33</sup>.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż sportowiec może zawierać przede wszystkim indywidualne umowy sponsoringowe, w których najczęściej za określone środki pieniężne, sygnuje swoim nazwiskiem określony produkt, czy też usługę.

Sportowców mogą również wiązać umowy sponsoringu, które zostają zawarte przez klub sportowy, z którym związany jest sportowiec. Jak wskazano powyżej, regulacje dotyczące zakresu i zasad wykorzystania wizerunku przez klub sportowy i jego sponsorów zawarte są najczęściej w kontrakcie zawodniczym.

#### 5. Wpływ ustawowego prawa do wykorzystania wizerunku na umowy sponsoringu zawierane przez sportowców

Przysługujące polskiemu związkowi sportowemu ustawowe prawo do wykorzystania wizerunku sportowca – członka kadry narodowej może wpływać na wykonywanie umów sponsoringowych, którymi związany jest sportowiec. Regulacja ustawowa nie określa zasad wykorzystania wizerunku sportowca przez polski związek sportowy, pozostawiając przedmiotowe zadanie samemu polskiemu związkowi sportowemu<sup>34</sup>. Powyższe prowadzi w praktyce do dyferencjacji statusu sportowców – członków kadry narodowej różnych dyscyplin sportowych. Niektóre związki sportowe nie określają zasad wykorzystania wizerunku sportowca, inne natomiast wprowadzają szczegółowe regulacje, istotnie wkraczające w prawa przysługujące sportowcom<sup>35</sup>. Wydaje się, że dla powyższego stanu rzeczy nie jest uzasadnieniem fakt, iż to dany

<sup>28</sup> M. Wach, Personalisty merchandising jako instytucja stosowana do wykorzystywania wizerunku sportowca w celach promocyjnych i reklamowych, „Przeegląd Prawa Handlowego” 2010, Nr 10, s. 24.

<sup>29</sup> B. Iwan, Nowe trendy w marketingu sportowym, „Zeszyty Naukowe Polityki Europejskiej, Finanse i Marketing” 2010, Nr 3, s. 353.

<sup>30</sup> L. Stecki, Sponsoring, Wyd. 2, Toruń 2000, s. 144.

<sup>31</sup> J. Polakowska – Kujawa, M. Kujawa, Sponsoring. Aspekty prawne i gospodarcze, Warszawa 1994, s. 28.

<sup>32</sup> B. Iwan, Nowe trendy w marketingu sportowym, „Zeszyty Naukowe Polityki Europejskiej, Finanse i Marketing” 2010, Nr 3, s. 358; zob. szerzej: B. Armknecht, Umowa sponsoringu w sporcie, Warszawa 2011, s. 49-54.

<sup>33</sup> S. Kot, M. Kucharski, B. Ślusarczyk, Ekwiwalent reklamowy sponsoringu sportowego na przykładzie polskiej piłki siatkowej kobiet, „Marketing i rynek” 2013, Nr 10, s. 33.

<sup>34</sup> Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 5 marca 2010 r. o sporcie, s. 15, <https://bip.msit.gov.pl/download/2/579/Uzasadnienie5marca.pdf>, dostęp: 01.06.2016 r.

<sup>35</sup> F. Rakiewicz, Ingerencja organizacji sportowych w swobodę decydowania przez zawodnika o komercyjnej eksploatacji jego wizerunku, [w:] Prawo wobec wyzwań współczesności. Tom III, P. Woliński, O. Krajniak, B. Guzik (red.), Poznań 2006, s. 200-201.

polski związek sportowy powinien mieć możliwość dostosowania zakresu udostępnionego wizerunku do własnych celów. Nie ma bowiem większej różnicy w tym, czy dany sportowiec uprawia piłkę nożną, czy koszykówkę. Dyferencjacja zakresu ingerencji w prawa sportowca prowadzi do dyferencjacji przysługujących im praw, co kłóci się z podstawową zasadą, że ograniczenie praw i wolności powinno mieć charakter ustawowy i taki sam dla danego kręgu podmiotów.

Jeżeli zatem przepisy związkowe wprowadzają ograniczenia w zakresie zawierania przez sportowca – członka kadry narodowej umów sponsoringowych, sportowiec jest zobowiązany do ich przestrzegania, pod rygorem odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Kolejną problematyczną kwestią jest wykonywanie przez sportowca umowy zawartej indywidualnie ze sponsorem, który prowadzi działalność konkurencyjną wobec sponsora reprezentacji. W takiej sytuacji, dochodzi do konfliktu interesów sponsorów. Sponsor indywidualny nie będzie mógł wykorzystać wizerunku sportowca w stroju reprezentacji, do czego uprawniony jest jedynie sponsor reprezentacji. Sponsor indywidualny nie będzie mógł zatem czerpać korzyści z występów sportowca na arenie międzynarodowej, co niewątpliwie związane jest z ogromnym prestiżem, a w konsekwencji może przełożyć się na osiągnięte przez sponsora zyski. W szczególności będzie to odgrywało znaczenie przy sportach indywidualnych, w których sportowiec zostaje pozbawiony prawa do umieszczenia na przykład na swoim stroju logo sponsora, bowiem na stroju może być wyłącznie wskazany sponsor reprezentacji. W przypadku sportów zespołowych, odgrywa to mniejsze znaczenie, bowiem sportowcy i tak co do zasady nie mogą umieszczać logo swoich sponsorów nawet na stroju klubowym, a co za tym idzie, nie zawierają umów sponsoringowych w takim kształcie.

## 6. Wnioski

Sportowcowi, jak każdej osobie fizycznej, przysługuje prawo do ochrony wizerunku, które jest prawem podmiotowym, skutecznym erga omnes. Co do zasady, rozpowszechnianie wizerunku sportowca może nastąpić za jego zgodą. Zgoda nie jest wymagana w przypadkach ściśle określonych w u.pr.aut. Ustawodawca wprowadził ponadto regulację dotyczącą wykorzystania wizerunku sportowca – członka kadry narodowej, która istotnie ingeruje w zakres przysługującego sportowcowi prawa do wizerunku. Powyższe budzi poważne zastrzeżenia w doktrynie z uwagi na aspekty związane z charakterem zgody na udostępnienie wizerunku oraz zakresem i zasadami jego wykorzystania przez polski związek sportowy.

Niewątpliwie uzasadniony jest cel regulacji, jakim jest zapewnienie polskiemu związkowi sportowemu prowadzenia działalności promocyjnej i marketingowej, która ma służyć zdobyciu środków na finansowanie działalności związku i danej dyscypliny sportowej. Współczesne zasady rynku wymagają bowiem od związków sportowych poszukiwania alternatywnych wobec środków publicznych, źródeł utrzymania. Nie może to jednak prowadzić do nadmiernej ingerencji w prawa przysługujące sportowcom. W szczególności, sportowiec nie wie, przez kogo zostanie wykorzystany jego wizerunek oraz w jakim zakresie. Ponadto, często udostępnienie wizerunku nie polega jedynie na znoszeniu (np. wykorzystanie wykonanych w stroju reprezentacji zdjęć w materiałach promocyjnych czy reklamowych danego sponsora), ale również na działaniu (np. sportowiec zostaje zobowiązany do wystąpienia w reklamie sponsora polskiego związku sportowego).

Przedsiębiorcy są bardzo zainteresowani zawieraniem umów sponsoringowych ze sportowcami, których wizerunek pozytywnie wpływa na renomę i sprzedaż produktów, jak również usług sponsora. Należy również pamiętać, iż często to dzięki sponsorom sportowcy mogą de facto uprawiać profesjonalnie daną dyscyplinę sportową, poprzez zapewnienie sportowcowi odpowiednich środków finansowych na utrzymanie, prowadzenie treningów i udział w zawodach. Nie można zatem nadmiernie ingerować w zakres prawa do wizerunku i jego komercyjnej eksploatacji. Prowadzić to może bowiem w konsekwencji do uniemożliwienia sportowcowi wykonania umów sponsoringowych, którymi jest związany. Sportowiec uczestniczy w występach w kadrze narodowej przez 2 – 3 miesiące w roku, przez większą jednak część czasu za przygotowania odpowiada albo klub, albo sam zawodnik, a zatem w takiej sytuacji środki uzyskiwane od sponsorów wydają się odgrywać największe znaczenie.

Należałoby się zatem zastanowić nad określeniem zasad wykorzystania wizerunku członka kadry narodowej w ustawie o sporcie, czyli akcie o randze ustawowej, mającym charakter przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Pozostawienie tej materii do uregulowania przez polskie związki sportowe wydaje się niewłaściwe, bowiem polski związek sportowy jako beneficjent tego prawa, ma dużą dowolność w jego kształtowaniu, co może prowadzić do nadmiernej ingerencji w prawa sportowców. Ponadto, sportowiec powinien wiedzieć, kto będzie uprawniony do wykorzystania jego wizerunku i w jakim zakresie. Zobowiązany do udzielenia takich informacji powinien być polski związek sportowy. Pozwoli to na ukształtowanie treści umów sponsoringowych sportowca w taki sposób, aby nie kolidowały z umowami zawartymi przez polski związek sportowy. Co za tym idzie, możliwe będzie ich należyte wykonanie. W przypadku, gdy sportowiec zawiera umowę ze sponsorem indywidualnym o określonej treści, a następnie na skutek zakwalifikowania do kadry narodowej i stosowne postanowienia umów sponsoringowych zawieranych przez polski związek sportowy, nie

może wykonać umowy ze sponsorem indywidualnym, może być odpowiedzialny za nienależyte wykonanie umowy lub zapłatę kar umownych przewidzianych w umowie. Jednak na etapie zawierania umowy ze sponsorem indywidualnym nie jest tego świadomy. Powyższe może narażać sportowca na poniesienie szkody.

\*\*\*

#### **Legal right to use sportsman's image as a limitation of his rights to conclude sponsoring agreements**

Nowadays, the personal goods are more commercialized. The personal goods are property value. Sportsmen, due to their popularity often advertise products and services. It has influence on increase in amount of products and services. Sportsman, like every individual person, has right to image. This is the subjective right which is effective erga omnes. The athlete has a right to decide to ways of use his image. Polish legislator introduced a legal regulation which gives a right for polish sport association to use sportsman's image who is wearing a national costume. The polish sport association received a permission to use that sportsman's image to his own economic goals, including sponsoring agreements concluded by polish sport association with its sponsors. As a result, sportsman's rights can be limited. It is worth to analyse, does it not too much limiting the sportsman's rights. The sportsman often have to take some actions, for example participate in recording spots or commercials by polish sport association's conductors. Moreover, it can influence to sportsman's freedom to conclude sponsoring agreements. It is worth to analyse if polish sport association can interfere too much in sportsman's right to image. What is more it can violate sportsman's subjective rights.

**Keywords:** sportsman, sponsoring agreement, sport association, right to using image

Tomasz Polanowski

## ZASKARŻANIE CZYNNOŚCI ZWIĄZANYCH Z PRZEPROWADZENIEM PRZETARGU NA ODDANIE W UŻYTKOWANIE WIECZYSTE NIERUCHOMOŚCI GRUNTOWEJ

### Wprowadzenie

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami

<sup>1</sup> oddanie nieruchomości gruntowych w użytkowanie wieczyste następuje w drodze przetargu. Postępowanie przetargowe na oddanie nieruchomości gruntowych w użytkowanie wieczyste przeprowadza w zależności od kategorii spraw starosta, organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego albo minister właściwy do spraw Skarbu Państwa.

Ustawodawca w art. 40 ust.5 Uogn, przewidział możliwość zaskarżania czynności związanych z przeprowadzeniem przetargu skargą. Łącznie z § 11 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości<sup>2</sup> powyższe przepisy prawne tworzą kompleksową regulację prawną prezentowanego zagadnienia.

Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie procedury odwoławczej oraz określenie jaki charakter prawny, administracyjnoprawny czy cywilnoprawny, ma rozstrzygnięcie organu właściwego do rozpoznania skargi. Ustalenie charakteru prawnego rozstrzygnięcia jest kluczowe dla określenia prawidłowej właściwości jego zaskarżenia

### Procedura odwoławcza

Skarga jest szczególnym środkiem zaskarżenia. Charakteryzuje się suspensywnością. Samo jej wniesienie powoduje, że właściwy organ zgodnie z § 11 ust.1 Rozporządzenia wstrzymuje czynności związane ze zbyciem nieruchomości. Skarga nie ma charakteru dewolutywnego. Organy rozpoznające skargę są niewątpliwie organami władzy publicznej. Nie są to jednak organy wyższego rzędu w stosunku do organów organizujących przetarg rozumiane zgodnie z art. 17 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego<sup>3</sup>. Wątpliwości co do nadrzędnego charakteru mogą pojawić się w odniesieniu do relacji wojewody rozpoznającego skargę na czynności przetargowe przeprowadzane przez starostę w odniesieniu nieruchomości Skarbu Państwa z uwagi na przepis art. 9a Uogn. Stanowi on wyjątek od zasady wyrażonej w art. 17 pkt 1 Kpa i dotyczy spraw rozstrzyganych przez starostę wykonującego zadania z zakresu administracji rządowej wyłącznie w drodze decyzji. Czynności przetargowe nie są rozstrzygane przez starostę decyzją administracyjną, więc art. 9a Uogn nie ma tutaj zastosowania.

Krąg podmiotów uprawnionych do zaskarżenia czynności przetargowych za pomocą skargi na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu wynika wprost z powołanych powyżej przepisów prawnych. Mianowicie takie prawo przysługuje tylko i wyłącznie uczestnikowi przetargu. W obowiązujących przepisach prawnych nie uregulowano podstaw zaskarżenia czynności przetargowych. Powoduje to, że jakiegokolwiek naruszenie przepisów dotyczących zbywania nieruchomości publicznych może być podstawą zaskarżenia<sup>4</sup>. Termin do wniesienia skargi ma charakter zawity, wynosi 7 dni i biegnie w zależności od rodzaju przetargu od dnia ogłoszenia wyniku przetargu ustnego albo doręczenia zawiadomienia o wyniku przetargu pisemnego<sup>5</sup>.

Skargę na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu rozpatruje w terminie instrukcyjnym 7 dni od daty jej otrzymania w zależności od kategorii spraw minister właściwy do spraw Skarbu Państwa, wojewoda albo organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego<sup>6</sup>.

Zgodnie z § 11 ust.1 Rozporządzenia skargę składa się za pośrednictwem właściwego organu albo wnosi się ją bezpośrednio do ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Należy zwrócić uwagę, że błędna jest redakcja powyższego przepisu prawnego w zakresie nakazującym składanie skargi na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu za pośrednictwem właściwego organu w odniesieniu do nieruchomości stanowiących własność jednostki samorządu terytorialnego. Stosowanie się do jej literalnego brzmienia prowadzi do absurdu w postaci składania skargi do właściwego

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz.U.2015.1774 z późn. zmian, zwana w dalszej treści Uogn.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości, Dz.U.2014.1490 z późn. zmian, zwane w dalszej treści Rozporządzeniem.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U.2016.23 z późn. zmian., zwana w dalszej treści Kpa.

<sup>4</sup> R. Padrak, *Sprzedaż i oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości publicznych po zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami*, Rejent 2005, nr 5, s. 117-118; K. Stefaniuk, *Zawarcie umowy w drodze przetargu według ustawy o gospodarce nieruchomościami*, Rejent 1999, nr 11, s. 110-114; G. Bieniek (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s.301-306; S. Żróbek, R. Żróbek, *Gospodarka nieruchomościami z komentarzem do wybranych procedur*, Katowice 2016, s. 135 - 136; A. Łuszek - Zajac, *Wpływ wadliwego przeprowadzenia przetargu organizowanego dla rozporządzenia nieruchomością na skuteczność zawartej umowy*, Rejent 1999, nr 2, s. 218 229.

<sup>5</sup> R. Padrak, *op. cit.*; K. Stefaniuk, *op. cit.*; G. Bieniek (red.), *op. cit.*; S. Żróbek, R. Żróbek, *op. cit.*; A. Łuszek - Zajac, *op. cit.*

<sup>6</sup> R. Padrak, *op. cit.*; K. Stefaniuk, *op. cit.*; G. Bieniek (red.), *op. cit.*; S. Żróbek, R. Żróbek, *op. cit.*; A. Łuszek - Zajac, *op. cit.*



organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego za jej własnym pośrednictwem.

O ile prawidłowo prawodawca zauważył fakt bezpośredniego składania skargi do ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, to zupełnie zapominał o tym, że zgodnie z art. 4 pkt 9 Uogn właściwym organem uprawnionym do przeprowadzenia przetargu na oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowej stanowiącej własność jednostki samorządu terytorialnego jest jej organ wykonawczy i on jest także uprawniony zgodnie z § 11 ust.1 Rozporządzenia do rozpatrzenia skargi na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu.

Podmiot właściwy do rozpoznania skargi może uznać skargę za zasadną i nakazać powtórzenie czynności przetargowych, uznać skargę za zasadną i unieważnić przetarg albo uznać skargę za niezasadną.

W związku z powyższym nasuwają się pytania jakie zaistniałe uchybienia w czynnościach przetargowych wskazane w skardze uzasadniają uznanie jej za zasadnej oraz gdzie przebiega granica pozwalająca rozróżnić kiedy zasadność skargi skutkować będzie nakazem powtórzenia czynności przetargowych, a kiedy unieważnieniem przetargu. Przepisy prawne nie wskazują odpowiedzi na zaistniałe wątpliwości. Nie zostały określone kryteria prowadzące do rozstrzygnięcia skargi<sup>7</sup>. Najdalej idące rozstrzygnięcie jakim jest unieważnienie przetargu powinno nastąpić w sytuacji, gdy zaskarżone czynności związane z przeprowadzeniem przetargu naruszają prawa osób biorących udział w przetargu, mają wpływ na przebieg i wynik przetargu, są niezgodne z procedurą przeprowadzania przetargu jak również z przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Powinny być to czynności których nie można powtórzyć, albo z uwagi na rozmiar lub wagę naruszenia jest to niecelowe. Nakaz powtórzenia czynności przetargowych powinien nastąpić w sytuacji, gdy jest to możliwe i celowe<sup>8</sup>.

### Ustalenie charakteru prawnego rozstrzygnięcia organu właściwego do rozpoznania skargi

Przedstawiona analiza procedury zaskarżania czynności związanych z przeprowadzeniem przetargu nasuwa uzasadnione pytanie o charakter prawny rozstrzygnięcia organu właściwego do rozpoznania skargi. Ustalenie administracyjnoprawnego albo cywilnoprawnego charakteru prawnego takiego rozstrzygnięcia determinuje możliwość określenia prawidłowej właściwości jego zaskarżenia.

Poszukiwania charakteru prawnego można próbować rozstrzygnąć za pomocą różnych metod i kryteriów rozgraniczenia odróżniających sferę administracyjnoprawną od cywilnoprawnej<sup>9</sup>.

Właściwe organy przeprowadzające postępowanie przetargowe na oddanie nieruchomości gruntowych w użytkowanie wieczyste jak i rozpoznające skargę są niewątpliwie organami władzy publicznej. Stosowanie wyłącznie kryterium podmiotowego jest jednak zawodnym wyznacznikiem tego czy oświadczenie woli organu jest składane w sferze publicznoprawnej czy cywilnoprawnej, ponieważ organy administracji państwowej mogą być podmiotem zarówno jednych stosunków prawnych jako imperium, jak i drugich jako dominium<sup>10</sup>.

Nie wystarczającym jest również rozróżnienie charakteru prawnego rozstrzygnięcia uprawnionego podmiotu tylko ze względu na kryterium równorzędności podmiotów. Reguła wynikająca z art. 37 ust. 1 Uogn powoduje, że ograniczone zastosowanie mają zasady swobodnego dysponowania mieniem i zasady swobody umów z uwagi na charakter podmiotów zarządzających takimi nieruchomościami, jak i przedmiot przetargu<sup>11</sup>. Przepisy prawne nakazują bowiem organowi zbycie nieruchomości gruntowej poprzez zastosowanie obligatoryjnego sposobu zawarcia umowy jakim jest przetarg, ograniczając tym samym powszechny i wolny obrót gospodarczy<sup>12</sup>, co wyjątkowo może być uznane za pewną nierówność podmiotów.

Problem charakteru prawnego rozstrzygnięcia organu właściwego do rozpoznania skargi sprowadza się do skutecznego odróżnienia oświadczeń woli składanych przez organ władzy publicznej.

W pierwszej kolejności należy określić jakie cechy powinno mieć oświadczenie woli podmiotu składane jako imperium, które jest co do zasady podejmowane w formie decyzji administracyjnej.

W uzasadnieniu aktualnej uchwały 7 sędziów z dnia 30 września 1991r. Sąd Najwyższy trafnie stwierdził, iż aby oświadczenie woli organu władzy publicznej zostało uznane za decyzję administracyjną powinno zostać wydane w sytuacjach wyłącznie przewidzianych przez prawo administracyjne po przeprowadzeniu przez organ uprawniony do sprawowania funkcji administracji formalnego postępowania administracyjnego. Musi mieć ono charakter władczy i powinno zostać skierowane do indywidualnie określonych adresatów, a jego celem jest przesądzenie o tym, że pewien stosunek

<sup>7</sup>R. Padrak, *op. cit*; K. Stefaniuk, *op. cit*; G. Bieniek (red.), *op. cit*; S. Żróbek, R. Żróbek, *op. cit*; A. Łuszkak - Zajac, *op. cit*.

<sup>8</sup> Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2009 r., sygn. akt II CSK 437/08, LEX nr 599752.

<sup>9</sup> K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449<sup>10</sup>*, Warszawa 2015, s.34.

<sup>10</sup> A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 550.

<sup>11</sup> Uchwała składu 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt I OPS 1/09, ONSAiWSA 2009/5/85.

<sup>12</sup> Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 30 września 1991 r., sygn. akt III CZP 83/91, OSNC 1992/5/64; Uchwała składu 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lipca 2009 r., *op. cit*.

prawny istnieje, powstaje, zmienia się lub ustaje<sup>13</sup>. Akty woli niespełniające łącznie powyższych wymogów materialnych i formalnych nie mogą być uważane za decyzje administracyjne.

Sprawy dotyczące oddania w użytkowanie wieczyste są sprawami, których nie obejmuje przepis art. 1 Kpa<sup>14</sup>. Rozstrzygnięcie organu nie jest ani decyzją administracyjną w rozumieniu przepisu art. 104 Kpa., ani też aktem lub czynnością, o których mowa w art. 3 Uppsa<sup>15</sup>, również żaden szczególny przepis prawa nie poddaje tego rozstrzygnięcia właściwości sądu administracyjnego<sup>16</sup>.

Mając na względzie powyższe wywody należy stwierdzić, że oświadczenie organu właściwego do rozpoznania skargi nie ma charakteru administracyjnoprawnego. Jednakże wymagane jest także zweryfikowanie, czy w takim razie owo rozstrzygnięcie jest składane przez podmiot w sferze cywilnoprawnej.

Rozpocząć należy od wskazania, że uprawnienie do dysponowania nieruchomością i jej zbywania wypływa z prawa własności jakie posiada organ co do przedmiotu przetargu<sup>17</sup>. Intencją ustawodawcy było zastosowanie cywilnoprawnej procedury zarządzania owymi nieruchomościami<sup>18</sup>. Z chwilą wszczęcia postępowania przetargowego pomiędzy organizatorem przetargu i jego uczestnikami nawiązuje się stosunek cywilnoprawny, w którym występują oni jako równorzędne podmioty. Żaden z podmiotów nie ma prawa do jednostronnego kształtowania sytuacji prawnej innych podmiotów<sup>19</sup>. Taki stosunek prawny jest stosunkiem cywilnoprawnym, wynika z przepisów prawa cywilnego, charakteryzuje się brakiem bezpośredniego przymusu, równorzędnością i ekwiwalentnością świadczeń obu stron<sup>20</sup>. Skutkiem przetargu jest rozporządzenie nieruchomością w ramach czynności cywilnoprawnej poprzez zawarcie przez właściciela z wybranym w postępowaniu przetargowym oferentem umowy sprzedaży lub użytkowania wieczystego w formie aktu notarialnego<sup>21</sup>. W ramach właśnie takiego stosunku cywilnoprawnego działa organ władzy publicznej rozstrzygający skargę. Organ działa jako dominium i składa oświadczenia woli wywierające wpływ wyłącznie w sferze cywilnoprawnej.

Reasumując, rozstrzygnięcie właściwego organu rozpoznającego na podstawie art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia skargę na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu jest wyłącznie deklaratywnym cywilnoprawnym oświadczeniem Skarbu Państwa, złożonym przez organ administracji działający jako *statio fisci* o prawidłowości w dokonaniu czynności związanych z przeprowadzeniem przetargu<sup>22</sup>.

### **Właściwość zaskarżalności rozstrzygnięcia organu**

Stwierdzenie cywilnoprawnego charakteru rozstrzygnięcia właściwego organu rozpoznającego na podstawie art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia skargę na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu i uznanie że jest ono wyłącznie deklaratywnym oświadczeniem organu administracji działającego jako *statio fisci* Skarbu Państwa determinuje kwestie związane z właściwością jego zaskarżenia<sup>23</sup>.

Nie służy od niego odwołanie ani też skarga do sądu administracyjnego.

Zakres właściwości rzeczowej sądów administracyjnych wynika z art. 1 Uppsa i art. 3 Uppsa i omawiane czynności nie mieszczą się w powyższym katalogu<sup>24</sup>.

Przedmiotowe rozstrzygnięcie wywiera skutki wyłącznie w sferze cywilnoprawnej, jednakże nie przysługuje od niego również zażalenie ani żaden inny środek odwoławczy przewidziany przepisami prawa cywilnego.

Prawidłowość rozstrzygnięcia właściwego podmiotu może być zweryfikowana tylko i wyłącznie w postępowaniu wszczętym powództwem wniesionym do sądu powszechnego<sup>25</sup>.

<sup>13</sup> Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 30 września 1991 r., *op. cit.*

<sup>14</sup> Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt I OSK 2002/11, LEX nr 984383.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U.2002.153.1271 z późn. zmian, zwana w dalszej treści Uppsa;

<sup>16</sup> Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2007 r. I OSK 348/07, LEX nr 1016235; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., sygn. akt III CZP 96/94, OSNC 1995/1/11, LEX nr 4108.

<sup>17</sup> Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2010 r., sygn. akt I OSK 207/10, LEX nr 658603.

<sup>18</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt I OSK 232/08, LEX nr 595319.

<sup>19</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., *op. cit.*; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2010 r., *op. cit.*

<sup>20</sup> K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449<sup>10</sup>*, Warszawa 2015, s.34.

<sup>21</sup> Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2010 r., *op. cit.*; Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wlkp. z dnia 4 lutego 2010 r., sygn. akt II SA/Go 1014/09, LEX nr 785375.

<sup>22</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2003 r. sygn. akt III CZP 95/02, OSNC 2003/11/146, LEX nr 74704; Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2007 r., *op. cit.*; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., *op. cit.*;

<sup>23</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2003 r., *op. cit.*; Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2007 r., *op. cit.*; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., *op. cit.*;

<sup>24</sup> Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. Akt II SA/Gd 558/15, LEX nr 1830038; Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2007 r., *op. cit.*; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r., *op. cit.*

<sup>25</sup> Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2007 r., *op. cit.*; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1994 r. *op. cit.*; Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt I OSK 891/11, LEX nr 821321; postanowienie

W związku z powyższym należy odpowiedzieć na fundamentalne pytania czy skorzystanie z drogi sądowej jest uzależnione od uprzedniego wniesienia przez uczestnika omawianej skargi i komu przysługuje uprawnienie do wniesienia takiego powództwa.

Powyższe wątpliwości są uzasadnione. Ustawodawca w ustawie o gospodarce nieruchomościami przewidział podobny konstrukcyjnie przypadek i od wyczerpania szczególnego postępowania odwoławczego uzależnił możliwość uzyskania ochrony w postępowaniu przed sądem powszechnym. Ma to miejsce w art.78 ust.2 Uogn, gdzie przy aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego ustawodawca wymaga uprzednio przeprowadzenia postępowania administracyjnego przed samorządowym kolegium odwoławczym, aby potem móc dochodzić swoich praw przed sądem powszechnym, co powszechnie jest uważane za przykład czasowej niedopuszczalności drogi sądowej<sup>26</sup>. Wniesienie powództwa do sądu powszechnego z pominięciem tej procedury skutkuje odrzuceniem pozwu na podstawie art. 199 §1 pkt.1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego<sup>27</sup>.

W orzecznictwie wskazuje się, że stronie kwestionującej prawidłowość czynności przetargowych niezależnie od skargi na podstawie § 11 Rozporządzenia służy powództwo do sądu powszechnego. Zakres badania samodzielnie kształtowany przez sąd w tym postępowaniu jest znacznie szerszy od tego, który może być przedmiotem oceny w ramach rozpoznawania skargi uczestnika przetargu wniesionej zgodnie z § 11 ust. 1 Rozporządzenia<sup>28</sup>. Nie występuje w tym przypadku niedopuszczalność drogi sądowej. Ponadto uprawnionym do kwestionowania czynności przetargowych w drodze powództwa do sądu powszechnego jest każdy, kto ma w tym interes prawny<sup>29</sup>.

Powyższe stwierdzenia skłaniają do refleksji. Takie ukształtowanie omawianej instytucji nasuwa zasadne wątpliwości co do sensu istnienia powyższej regulacji zaskarżania czynności związanych z przeprowadzeniem przetargu na oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowej przewidzianej w art. 40 ust.5 Uogn w związku § 11 Rozporządzenia i utrzymywania jej w systemie prawnym. Aktualna konstrukcja prawna nastrocza wiele kolejnych problemów natury prawnej jak choćby na przykład co należy zrobić, gdy jeden z uczestników przetargu wniesie skargę zgodnie z omawianą procedurą, a inny uczestnik wywiedzie powództwo wprost do sądu powszechnego. W aktualnych przepisach prawnych brak jest odpowiedzi na tak postawione pytanie. Nie występuje w tym przypadku niedopuszczalność drogi sądowej, więc sąd powszechny nie może odrzucić takiego pozwu na podstawie art. 199 §1 pkt.1 kpc. Co więcej sąd powszechny nie może zawiesić takiego postępowania na przykład do czasu zakończenia postępowania odwoławczego przed organem, ponieważ wśród przepisów regulujących tą materię ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Dlatego postępowanie prowadzone przed organem i jego ewentualne zakończenie nie ma wpływu na procedowanie przez sąd powszechny. Rozstrzygnięcie właściwego organu rozpoznającego na podstawie art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia skargę na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu jest wyłącznie deklaratywnym cywilnoprawnym oświadczeniem Skarbu Państwa, złożonym przez organ administracji działający jako *statio fisci*. Jest to oświadczenie woli organu władzy publicznej działającego jako *dominium*. Dla sądu powszechnego będzie to jedynie stanowisko jednej ze stron procesu złożone w sprawie, posiadające zgodnie z art. 245 kpc walor dokumentu prywatnego. Sąd powszechny dokona samodzielnie, kompleksowo i niezależnie własnych ustaleń faktycznych i prawnych i rozpatrzy sprawę niezależnie od postępowania odwoławczego przed właściwym organem.

Mając powyższe na względzie, prawidłowość rozstrzygnięcia właściwego organu z uwagi na swój cywilnoprawny charakter może być zweryfikowana tylko i wyłącznie w postępowaniu wszczętym powództwem do sądu powszechnego. Nie występuje czasowa niedopuszczalność drogi sądowej, ponieważ możliwość uzyskania ochrony w powyższym postępowaniu nie jest uzależniona od złożenie skargi. Powództwo do sądu powszechnego może wnieść każdy, kto ma w tym interes prawny. Takie ukształtowanie omawianej instytucji nasuwa zasadne wątpliwości co do sensu istnienia powyższej regulacji, która nastrocza tak wiele problemów natury prawnej jak choćby na przykład co należy zrobić, gdy jeden z uczestników przetargu wniesie skargę zgodnie z omawianą procedurą, a inny uczestnik wywiedzie powództwo wprost do sądu powszechnego. W aktualnych przepisach prawnych brak jest odpowiedzi na tak postawione pytanie. Nie występuje w tym przypadku niedopuszczalność drogi sądowej ani możliwość zawieszenia takiego postępowania. Dlatego postępowanie prowadzone przed organem i jego ewentualne zakończenie nie ma wpływu na procedowanie przez sąd powszechny. Rozstrzygnięcie właściwego organu rozpoznającego na podstawie art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia skargę na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu jest wyłącznie deklaratywnym cywilno-

Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2011 r., sygn. akt I OSK 492/11, LEX nr 1079780; Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2010 r., *op. cit.*; Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt II SA/Gd 391/12, LEX nr 1283608; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2010 r., *op. cit.*

<sup>26</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2011, sygn. akt III CZP 3/11, OSNC 2011/12/138, LEX nr 1083914.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U.2014.101 z późn. zmian, zwana dalej Kpc.

<sup>28</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2010 r., *op. cit.*; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2003 r., *op. cit.*

<sup>29</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 r., sygn. akt II CSK 523/12, LEX nr 1353153.

prawnym oświadczeniem Skarbu Państwa, złożonym przez organ administracji działający jako *statio fisci*. Jest to oświadczenie woli organu władzy publicznej działającego jako *dominium*. Dla sądu powszechnego będzie to jedynie stanowisko jednej ze stron procesu złożone w sprawie, posiadające zgodnie z art. 245 kpc walor dokumentu prywatnego. Sąd powszechny dokona samodzielnie, kompleksowo i niezależnie własnych ustaleń faktycznych i prawnych i rozpatrzy sprawę niezależnie od postępowania odwoławczego przed właściwym organem.

### Podsumowanie

Ustawodawca w art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia przewidział możliwość zaskarżania czynności związanych z przeprowadzeniem przetargu. Uprawnienie do wniesienia takiej skargi zostało przyznane jedynie uczestnikowi przetargu. Skarga jest szczególnym środkiem zaskarżenia. Cechuje się suspensywnością, nie ma jednak charakteru dewolutywnego.

Rozstrzygnięcie właściwego organu rozpoznającego skargę na czynności przetargowe wydane na podstawie art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia ma charakter prawny deklaratywnego cywilnoprawnego oświadczenia organu władzy publicznej działającego jako *statio fisci* Skarbu Państwa. Wywiera ono tylko skutki w sferze cywilnoprawnej i może być zweryfikowane wyłącznie powództwem wniesionym do sądu powszechnego. Nie występuje w tym przypadku żadna niedopuszczalność drogi sądowej. Uprzednie wyczerpanie powyższego szczególnego postępowania odwoławczego nie jest uzależnione od możliwości uzyskania ochrony swoich praw w postępowaniu przed sądem powszechnym, który samodzielnie i niezależnie dokonuje oceny faktycznej i prawnej sprawy. Powództwo do sądu powszechnego może wnieść każdy, kto ma w tym interes prawny.

Takie ukształtowanie omawianej instytucji nasuwa zasadne wątpliwości co do sensu istnienia powyższej regulacji, która nastręcza tak wiele problemów natury prawnej jak choćby na przykład co należy zrobić, gdy jeden z uczestników przetargu wnieśli skargę zgodnie z omawianą procedurą, a inny uczestnik wywiedzie powództwo wprost do sądu powszechnego. W aktualnych przepisach prawnych brak jest odpowiedzi na tak postawione pytanie. Nie występuje w tym przypadku niedopuszczalność drogi sądowej ani możliwość zawieszenia takiego postępowania. Dlatego postępowanie prowadzone przed organem i jego ewentualne zakończenie nie ma wpływu na procedowanie przez sąd powszechny. Rozstrzygnięcie właściwego organu rozpoznającego na podstawie art. 40 ust.5 Uogn w związku z § 11 Rozporządzenia skargę na czynności związane z przeprowadzeniem przetargu jest wyłącznie deklaratywnym cywilnoprawnym oświadczeniem Skarbu Państwa, złożonym przez organ administracji działający jako *statio fisci*. Jest to oświadczenie woli organu władzy publicznej działającego jako *dominium*. Dla sądu powszechnego będzie to jedynie stanowisko jednej ze stron procesu złożone w sprawie, posiadające zgodnie z art. 245 kpc walor dokumentu prywatnego. Sąd powszechny dokona samodzielnie, kompleksowo i niezależnie własnych ustaleń faktycznych i prawnych i rozpatrzy sprawę niezależnie od postępowania odwoławczego przed właściwym organem.

Dlatego utrzymywanie w systemie prawnym regulacji nastręczających tak wiele problemów natury prawnej jak i praktycznej jest bezcelowe. Właściwym krokiem byłoby *de lege ferenda* całkowite uchylenie obecnie obowiązujących przepisów prawnych dopuszczających zaskarżanie czynności związanych z przeprowadzeniem przetargu na oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowej. Spowodowałyby to zastosowanie wyłącznie zasad ogólnych w tego typu sprawach. Ewentualnie można byłoby zastanowić się nad skonstruowaniem w tym przypadku w samej ustawie o gospodarce nieruchomościami podobnej procedury odwoławczej do rozwiązania przewidzianego już przez ustawodawcę w tym akcie prawnym przy okazji aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego. Przyjęcie takiego rozwiązania wiązałoby się z wymogiem uprzedniego przeprowadzenia postępowania administracyjnego przed samorządowym kolegium odwoławczym, aby potem móc dochodzić swoich praw przed sądem powszechnym.

Aleksandra Kojadyńska, Justyna Gałędek

## ZNIEWAŻENIE FUNKCJONARIUSZA PUBLICZNEGO

### 1. Wstęp

Zamysłem niniejszej pracy jest prawnokarna ochrona funkcjonariusza publicznego wobec przestępstwa znieważenia. Niewątpliwie funkcjonariusz publiczny ze względu na funkcję jaką pełni wymaga zapewnienia wzmoczonej ochrony prawnej. Często podczas wykonywania swoich zadań spotyka się z zachowaniami godzącymi w jego cześć, godność, honor oraz nietykalność cielesną. Przykładem takiego zachowania jest chociażby znieważenie funkcjonariusza publicznego lub konstytucyjnego organu. Funkcjonariusze publiczni odpowiedzialni są za realizację zadań w imieniu instytucji państwowych i samorządowych. To właśnie od nich, a przede wszystkim od ich sprawności zależy skuteczne zaspokajanie potrzeb społeczeństwa, a także wizerunek tychże instytucji. W związku z tym, istotne znaczenie ma stawianie im wysokich wymagań oraz stworzenie warunków do właściwego wykonywania obowiązków służbowych. Możliwe jest to poprzez wyposażenie ich w odpowiednie instrumenty prawne, techniczne, jak również zagwarantowanie skutecznej ochrony prawnej przed zagrożeniami z zewnątrz.

### 2. Strona przedmiotowa przestępstwa znieważenia

Zachowanie sprawcy określone zostało jako znieważanie (§1) oraz publiczne znieważanie lub poniżanie (§3)

<sup>1</sup>. W języku potocznym znieważać, oznacza ubliżać komuś, łżyć kogoś. Natomiast język prawa wskazuje na „ujemną ocenę takich zachowań się, które uwłaczają godności przysługującej każdemu człowiekowi z racji jego człowieczeństwa”<sup>2</sup>.

W art. 226 kk<sup>3</sup> ustawodawca nie określił sposobu popełnienia przestępstwa znieważenia. Wobec tego, nie ma znaczenia jakie środki wyrazu zostaną użyte przez sprawcę. Może to być dokonane za pomocą np. słowa, rysunku, symbolu, znaku, gestu<sup>4</sup>. O. Górniok przyjmuje, iż zniewaga może przybierać postać lżenia, wyszydzania, jak również lekceważenia. Jednakże musi być czymś więcej niż tylko nieprzyzwoitym zachowaniem się lub nietaktem<sup>5</sup>. Podobne stanowisko prezentuje W. Kulesza wskazując, iż nie każde zachowanie naruszające określone standardy kultury, obyczajów i przyzwoitości należy traktować jako zachowanie znieważające. „Nie jest możliwe utożsamianie zniewag z lekceważeniem. Istotną znieważenia jest okazanie pogardy, która głębiej wyraża ujemny stosunek do wartości jaką reprezentuje człowiek niż lekceważenie. Samo tylko zachowanie lekceważące nie jest zniewagą”<sup>6</sup>. Jak twierdzi M. Filar: „Zniewagą jest takie zachowanie, które (...) jest czymś więcej, niż jedynie wykazaniem braku szacunku lub niezachowania wobec innych zasad dobrego wychowania (co jest jedynie przejawem lekceważenia)”<sup>7</sup>. Według Jarosława Warylewskiego do znieważenia może nawet dojść w momencie molestowania seksualnego przez „nieprzyzwoite propozycje, gesty, znaki lub miny oraz wszelkie epitety, które wyrażają lekceważenie i pogardę dla człowieczeństwa ofiary traktowanej jako obiekt seksualny”<sup>8</sup>. W związku z powyższym w zniewadze sposób popełnienia nie ma znaczenia, lecz to by zachowanie ubliżało komuś, obrażało go<sup>9</sup>.

W celu ustalenia, czy dane zachowanie sprawcy można uznać za znieważające, należy wziąć pod uwagę kryteria obiektywne, a w szczególności generalnie akceptowane normy obyczajowe. Niemniej jednak w niektórych sytuacjach bardziej istotne znaczenie mają normy funkcjonujące w danym środowisku<sup>10</sup>. W takich okolicznościach o znieważeniu decydować będzie specyfika sytuacji oraz stosunki jakie łączą sprawcę z odbiorcą<sup>11</sup>. Podobne stanowisko zajął SN, który w wyroku z 17.02.1993 r. przyjął, iż chroniona godność „pojmowana jest w sposób zobiektywizowany, określony przez powszechnie przyjęte normy kulturalno-obyczajowe. Rzeczowe kryterium oceny w tym względzie stanowią zatem

<sup>1</sup> J. Giezek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 77-79.

<sup>2</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 39.

<sup>3</sup> *Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 – Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553)*.

<sup>4</sup> J. Raglewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Zakamycze 2006, s. 828.

<sup>5</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 40.

<sup>6</sup> W. Kulesza, *Znieważenie i zniewaga. (Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym — zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1984, s. 174.

<sup>7</sup> M. Filar, *Odpowiedzialność karna za nieuzasadnione zarzuty wobec lekarza lub zakładu opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 23, s. 99.

<sup>8</sup> J. Warylewski, *Molestowanie seksualne w miejscu pracy*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 3, s. 60.

<sup>9</sup> P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918-2000). Piśmiennictwo*, Kraków 2002, s. 46.

<sup>10</sup> J. Raglewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Zakamycze 2006, s. 828.

<sup>11</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 40.

normy społeczne, a nie subiektywne mniemanie o sobie (indywidualne odczucie własnej godności określonej osoby, które z oczywistych powodów mogą być określane przez nadwrażliwość czy nadmierne wyobrażenia o swojej godności<sup>12</sup>.

Z kolei Maria Lipczyńska podejmuje problem oceny zachowania, w którym sprawca używa słów nieobraźliwych, lecz odbieranych zarówno przez używającego ich, jak i odbiorcę jako znieważających i w tym też celu użytych<sup>13</sup>. Witold Kulesza wskazuje, iż mogą występować tu dwie sytuacje z różnym stanem faktycznym. W pierwszej - błąd podmiotu używającego danego słowa i jej odbiorcy jest konsekwencją niewiedzy o faktycznym znaczeniu danego słowa. Druga wówczas, gdy sprawca co prawda używa słowa nieobelżywego obiektywnie, jednakże ma on świadomość, iż w pewnych warunkach środowiskowych może mieć ono charakter znieważający. Na tej podstawie autorki stwierdzają, iż w pierwszym przypadku popełnienie zniewagi jest niemożliwe. Natomiast w drugim przypadku, należałoby ocenić społeczną obyczajowość w kontekście zasługiwania bądź niezasługiwania na ochronę prawną<sup>14</sup>.

Istotne jest również ustalenie, czy znieważenie jest przestępstwem formalnym, czy też materialnym. Dokonując interpretacji art. 181 kk z 1969 roku, Mirosław Surkont stwierdził, iż zniewaga jest przestępstwem skutkowym. Argumentując swoje stanowisko autorki wskazały, iż przepis ten ma na celu ochronę poczucia własnej wartości, w związku z czym musi ono być subiektywne. Dlatego też każdy podmiot subiektywnie powinien określić, w jakim momencie zachowanie drugiej osoby osobiście go dotknęło<sup>15</sup>. Odmiennie stanowisko przyjęła O. Górniok uznając, iż w świetle kodeksu karnego z 1997 r. zarówno art. 226 § 1, jak i art. 226 § 3 – „oba te typy przestępstw mają charakter bezskutkowy i przy rozpoznawaniu znieważenia tych podmiotów trzeba brać pod uwagę kryteria zobiektywizowane, odpowiednie do przyjmowanych norm kulturowo-obyczajowych zachowań wobec osób i instytucji realizujących działalność państwa i samorządu terytorialnego<sup>16</sup>. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 12 grudnia 2012 r. także uznał znieważenie za „przestępstwo bezskutkowe, tj. nie wymaga nawet doznania przez adresata poczucia poniżenia<sup>17</sup>. W związku z powyższym przyjęć należy, że przestępstwo z art. 226 § 1 i 3 ma charakter formalny, bowiem do jego znamion nie należy skutek zachowania sprawcy<sup>18</sup>.

W art. 226 § 3 kk obok znamienia znieważenia występuje także poniżenie. Znamię czasownikowe „poniża” występowało już w art. 270 oraz 274 kk z 1969 r. tuż obok znamion „łży” oraz „wyszydza”. Niewątpliwie są to wyrazy bliskoznaczne. W tym świetle poniżanie oznaczało upokarzanie, hańbienie, sponiewieranie oraz mogło przybierać różne formy, w tym wyszydzenia i lżenia. Te dwie ostatnie formy zawierają się w pojęciu znieważenia. Zdaniem M. Siewierskiego poniżanie jest znacznie szerszym pojęciem niż znieważenie, czy też lżenie i obejmuje swym zasięgiem wszelkie odezwania i zachowania się mające na celu pozbawienie w opinii publicznej należytego szacunku organów, do których się odwołuje<sup>19</sup>. Sąd Najwyższy w wyroku z 16 maja 1961 r. orzekł, że „Pojęcie poniżania naczelnich organów (...) obejmuje wszelkie inne niż lżenie i wyszydzenie publiczne wypowiedzi i zachowania się - bez względu na ich formę zewnętrzną - zmierzające do pozbawienia tych organów w opinii publicznej należnego im szacunku i autorytetu<sup>20</sup>. Ograniczenie tej definicji nastąpiło w wyroku SN z 28 lipca 1993 r., w którym wskazano, iż interpretacja znamienia „poniża” nie może kolidować z ratyfikowanymi postanowieniami aktów międzynarodowych, które wprowadzają zasadę wolności publicznego ustosunkowania się do podejmowanych przez organy państwa decyzji, w tym uprawnienie do wypowiedzania krytycznych opinii w tym przedmiocie<sup>21</sup>. Ograniczenia wykładni znamienia „poniża” proponuje także A. Zoll odnosząc się do art. 54 Konstytucji RP, zapewniającego wolność wyrażania swoich poglądów. Według auterek nie zawiera cech poniżania stawianie zarzutów, które są prawdziwe oraz służą obronie społecznie uzasadnionego interesu<sup>22</sup>.

Znieważenie bądź poniżenie konstytucyjnego organu RP wypełnia znamiona przestępstwa określonego w art. 226 § 3 k.k. tylko wtedy, kiedy jest uczynione „publicznie”, czyli w sytuacji, w której przekaz może dotrzeć do bliżej nieokreślonego kręgu osób<sup>23</sup>.

Przedmiot kontrowersji, jak również licznych - wzajemnie sprzecznych - twierdzeń Sądu Najwyższego stanowi problem, który określić można by w pytaniu, czy znieważenie funkcjonariusza publicznego bądź osoby przybranej mu do pomocy musi być popełnione publicznie, aby można było uznać, iż doszło do spełnienia jego znamion<sup>24</sup>.

<sup>12</sup> Wyrok SN z 17 lutego 1993 r., II KRN 24/92, Wokanda. 1993, nr 10, s. 8.

<sup>13</sup> M. Lipczyńska, *Oskarżenie prywatne*, Warszawa 1977, s. 144-145.

<sup>14</sup> W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga. (Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym — zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1984, s. 172.

<sup>15</sup> M. Surkont, *Problem skutkowego charakteru zniesławienia i znieważenia*, Palestra 1978, nr 1, s. 21-22.

<sup>16</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 41.

<sup>17</sup> Wyrok SA z dnia 6 grudnia 2012 r., II AKa 218/12, LEX nr 1254312.

<sup>18</sup> J. Giezek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 718

<sup>19</sup> M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 707.

<sup>20</sup> Wyrok SN z 16 maja 1961 r., N 21/82, OSNKW 1961, nr 9, poz. 61.

<sup>21</sup> Wyrok SN z 28 lipca 1993 r., WRN 91/93, OSNKW 1993, nr 11-12, poz. 73.

<sup>22</sup> A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, Kraków 1999, s. 735.

<sup>23</sup> Tamże.

<sup>24</sup> J. Giezek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 717.

W niniejszej pracy zaprezentowane zostaną dwie przeciwstawne linie orzecznicze Sądu Najwyższego. Pierwsza z nich została przedstawiona w wyroku SN z dnia 9 lutego 2010 r. Stwierdzono w nim, iż przestępstwo znieważenia funkcjonariusza publicznego lub osoby przybranej mu do pomocy (art. 226 § 1 k.k. w brzmieniu nadanym art. 1 ustawy z dnia 9 maja 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, Dz. U. Nr 122, poz. 782) (...) może zostać popełnione, jeżeli znieważenie nastąpiło publicznie, podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych<sup>25</sup>. W uzasadnieniu tego orzeczenia odnoszono się do treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r.<sup>26</sup>. Trybunał Konstytucyjny orzekł wówczas, iż art. 226 § 1 k.k. „w zakresie, w jakim penalizuje znieważenie funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej dokonane niepublicznie lub dokonane publicznie, lecz nie podczas pełnienia czynności służbowych, jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji”<sup>27</sup>. Ponadto, w uzasadnieniu omawianego wyroku wskazano, iż w znowelizowanym przepisie nie stwierdzono wprost, że znieważenie musi być dokonane publicznie. Niemniej jednak biorąc pod uwagę stanowisko Trybunału Konstytucyjnego oraz stosując wykładnię prokonstytucyjną, uznano, iż do znamion czynu określonego w art. 226 § 1 k.k., w obowiązującym brzmieniu, należy również „publiczność działania”<sup>28</sup>. Koncepcję tę przyjęto także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r.<sup>29</sup>. W późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono stanowisko przeciwne. W wyroku z dnia 25 października 2011 r. Sąd Najwyższy przyznał, iż dla realizacji znamion czynu zabronionego z art. 226 § 1 k.k. (w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 9 maja 2008 r.) nie jest konieczne, aby znieważenie funkcjonariusza publicznego nastąpiło publicznie<sup>30</sup>. Podobnie uznano w wyroku SN z dnia 8 listopada 2011 r.<sup>31</sup> oraz wyroku SN z dnia 10 stycznia 2012 r.<sup>32</sup>.

W związku z ujawnionymi w orzecznictwie SN rozbieżnościami w wykładni prawa, sąd ten w uchwale z 20 czerwca 2012 r. stwierdził: „Do znamion przestępstwa określonego w art. 226 § 1 k.k. nie należy publiczne działanie sprawcy”<sup>33</sup>. Zauważyć przy tym należy, iż w § 3 ustawodawca wskazał wprost, iż znieważenie lub poniżenie konstytucyjnego organu RP jest karalne wtedy, gdy zostanie dokonane publicznie. Trudno w takiej sytuacji uznać, iż nieużycie przez ustawodawcę słowa „publicznie” w art. 226 § 1 k.k. miało charakter przypadkowy, w szczególności wobec dodatkowego zastrzeżenia, iż do znieważenia funkcjonariusza publicznego bądź osoby przybranej mu do pomocy dojść może wyłącznie podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych. Sąd Najwyższy stwierdził, że jeśli ustawodawca posługuje się znamieniem publicznego działania również w innych przepisach kodeksu karnego, to przyjęcie należy, iż brak przyjęcia tego znamienia w art. 226 § 1 ma charakter celowy, zwłaszcza że użyto go w tej samej jednostce redakcyjnej, tj. art. 226 § 3 k.k.<sup>34</sup>. Reasumując, Sąd Najwyższy uznał, że rezultaty wykładni systemowej, funkcjonalnej oraz historycznej wskazują na fakt, iż do znamion przestępstwa określonego w art. 226 § 1 k.k. nie zalicza się „publicznego” działania sprawcy. Wskazano również na brak podstaw do odstąpienia od wyniku wykładni językowej<sup>35</sup>.

Przedmiotem oddziaływania w art. 226 § 1 k.k. są funkcjonariusze publiczni lub osoby do pomocy im przybrane. Z kolei w § 3 są nimi konstytucyjne organy RP<sup>36</sup>. Według Z. Kallausa konstytucyjne organy RP, to wszystkie, które wymienia Konstytucja RP, czyli Sejm, Senat, Prezydent RP, Rada Ministrów, organy administracji rządowej, organy samorządu terytorialnego, sądy oraz trybunały, Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji<sup>37</sup>. Odmiennie stanowisko przyjął J. Wojciechowski, który uważa, że organami konstytucyjnymi są tylko te, których kompetencje i ustrój zostały wprost określone przepisami Konstytucji RP. Zatem nie należą do nich sądy, trybunały ani Rzecznik Praw Obywatelskich<sup>38</sup>. Z kolei A. Zoll uważa podobnie jak Z. Kallaus zwracając jednak uwagę, iż niektóre konstytucyjne organy RP jak np. Prezydent, są wyłączone z zakresu ochrony omawianego przepisu, gdyż udziela im jej art. 135 § 2<sup>39</sup>. Niewątpliwie jest to zagadnienie zbiegu przepisów ustawy.

### 3. Strona podmiotowa

<sup>25</sup> Wyrok SN z 9 lutego 2010 r., II KK 176/09, OSNKW nr 7/2010, poz. 61.

<sup>26</sup> Wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., P 3/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 121.

<sup>27</sup> A. Barczak-Oplustil, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, s. 111.

<sup>28</sup> J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 717.

<sup>29</sup> Wyrok SN z dnia 2 lutego 2011 r., V KK 382/10, R-OSNKW 2011, poz. 245.

<sup>30</sup> Wyrok SN z dnia 25 października 2011 r., II KK 84/11, OSNKW 2011, z. 12, poz. 109.

<sup>31</sup> Wyrok SN z dnia 8 listopada 2011 r., II KK 93/11, LEX nr 1108451.

<sup>32</sup> Wyrok SN z dnia 10 stycznia 2012 r., II KK 215/11, LEX nr 1108461.

<sup>33</sup> Uchwała SN z dnia 20 czerwca 2012 r., I KZP 8/12, OSNKW 7/2012, poz. 71.

<sup>34</sup> J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 718.

<sup>35</sup> Wyrok TK z dnia 12 lutego 2015 r., SK 70/13, OTK-A 2015/2/14.

<sup>36</sup> M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2014, s. 583.

<sup>37</sup> Z. Kallaus, Przesłanki przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego. Nowe kodyfikacje karne, Warszawa 1998, s. 82.

<sup>38</sup> J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1997, s. 245.

<sup>39</sup> A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Kraków 1999, s. 737.

W doktrynie dominuje pogląd, iż przestępstwa określone w art. 226 § 1 i 3 można popełnić umyślnie oraz w obu postaciach, tzn. w postaci zamiaru bezpośredniego, jak również ewentualnego. Część doktryny uznaje natomiast, iż ponížanie (art. 226 § 3) możliwe jest wyłącznie w zamiarze bezpośrednim. Pojawia się także wątpliwość, czy możliwe jest znieważanie funkcjonariusza publicznego w zamiarze ewentualnym. Bowiem w sytuacji, kiedy sprawca ma świadomość, że jego wypowiedzi mają charakter znieważający i mimo to używa ich w stosunku do funkcjonariusza albo osoby przybranej mu do pomocy, to ciężko wyobrazić sobie, aby nie robiła tego z zamiarem bezpośrednim<sup>40</sup>. Według O. Górniok nietrafny jest pogląd, iż oba przestępstwa mogą być popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Autorki są zdania, iż wymagany jest zamiar bezpośredni<sup>41</sup>. Tej samej myśli wydaje się być R. Stefański, który podkreśla, że przestępstwa te mogą być popełnione tylko i wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, albowiem znamiona „znieważa” oraz „poniża” wskazują na intencjonalność zachowania<sup>42</sup>. Zupełnie odmienne stanowisko prezentuje M. Kulik, który uważa, że zarówno znieważenie jak i poniżenie może być dokonane w obu postaciach zamiaru. Według autorki zakres pojęcia poniżania nie wyklucza możliwości popełnienia go także w zamiarze ewentualnym. Wydaje się bowiem, iż sprawca może nie chcieć, ażeby jego zachowanie było upokarzające w stosunku do innej osoby, jednakże może się godzić na to, że pewnie tak jest. Sprawca czynu zabronionego bez wątplenia wie, czy odczuwa pogardę wobec drugiej osoby, lecz niekoniecznie musi całkowicie wiedzieć, iż zachowanie, którego się dopuszcza, jest wyrazem tej pogardy. Może się natomiast godzić, iż tak właśnie jest. Na tej podstawie, w opinii M. Kulika, wydaje się możliwe poniżanie w zamiarze ewentualnym<sup>43</sup>.

#### 4. Podmiot

Przestępstwa scharakteryzowane w art. 226 § 1 i § 3 zalicza się do grupy przestępstw powszechnych<sup>44</sup>. Oznacza to, że jego sprawcą może być każda osoba, tym również funkcjonariusz publiczny oraz osoba przybrana mu do pomocy<sup>45</sup>.

#### 5. Kwalifikowana postać zniewagi

Przepis art. 226 § 1 kk stanowi (ze względów podmiotowych) swoisty typ kwalifikowany w odniesieniu do przestępstwa znieważenia określonego w art. 216 kk<sup>46</sup>. Porównanie obu czynów zabronionych prowadzi do wniosku, iż „zniewaga funkcjonariusza” jest zdecydowanie surowiej traktowana przez ustawodawcę. Wpływ na to mają trzy elementy. Po pierwsze, art. 226 § 1 kk szerzej charakteryzuje znamiona przestępstwa zarówno od strony przedmiotowej, jak i podmiotowej. „Zniewaga” w swej zwykłej postaci występuje jedynie wtedy, kiedy dokonywana jest w obecności pokrzywdzonego (zniewaga bezpośrednia) bądź pod jego nieobecność, ale publicznie (zniewaga publiczna), lub w takim zamiarze, aby dotarła do tej osoby (zniewaga zaoczna). Jednakże żaden z wyżej wymienionych elementów nie widnieje jako konieczne znamię czynu zabronionego zniewagi funkcjonariusza publicznego. Po drugie, zaostreniu ulega w przypadku zniewagi funkcjonariusza publicznego przewidywana sankcja karna, tj. kara pozbawienia wolności do roku. Po trzecie, czyn zabroniony z art. 226 k.k. jest, w przeciwieństwie do czynu z art. 216 kk, ścigany z oskarżenia publicznego. Zatem ściganie za przestępstwo „zwykłego” znieważenia odbywa się z oskarżenia prywatnego. Wobec tego, nie ulega wątpliwości, iż o intensywności penalizacji określonych zachowań przesądzą wszystkie ze wskazanych elementów<sup>47</sup>.

#### 6. Kary i środki karne

Przestępstwo stypizowane w art. 226 § 1 kk zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności oraz pozbawienia wolności do roku. Jeśli chodzi o czyn zabroniony z art. 226 § 3 kk, to możliwe jest wymierzenie kary grzywny, ograniczenia wolności i pozbawienia wolności do lat dwóch<sup>48</sup>. W przypadku tak ukształtowanego zagrożenia zastosowanie znajduje tutaj dyrektywa wymiaru kary zawarta w art. 58 § 1, która to nakazuje wymierzenie kary pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy kary wolnościowe nie są w stanie osiągnąć celów kary<sup>49</sup>. W przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 59 kk, czyli jeśli społeczna szkodliwość czynu nie będzie oceniana jako znaczna oraz zastosowany zostanie jednocześnie środek karny realizujący cele kary, sąd może podjąć decyzję o odstąpieniu od wymierzenia kary. Sprawca może również skorzystać z warunkowego umorzenia postępowania. Ponadto, na podstawie art. 226 § 2 możliwe

<sup>40</sup> J. Giezek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 718-719.

<sup>41</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 46.

<sup>42</sup> R. A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 303.

<sup>43</sup> M. Kulik, [w:] Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 583-584.

<sup>44</sup> J. Giezek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 716.

<sup>45</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 2005, s. 267.

<sup>46</sup> R. Hałas, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 894.

<sup>47</sup> Wyrok TK z dnia 12 lutego 2015 r., SK 70/13, OTK-A 2015/2/14.

<sup>48</sup> J. Giezek, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 719.

<sup>49</sup> A. Barczak-Oplustil, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2004, s. 1135.



jest także zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia<sup>50</sup>. Podstawą złagodzenia jest nieodpowiednie zachowanie funkcjonariusza publicznego bądź osoby przybranej<sup>51</sup>.

## 7. Zakończenie

Reasumując, niniejsza praca miała na celu odpowiedzenie na pytanie odnośnie znieważenia funkcjonariusza publicznego. Wymienione przez autorki enumeratywnie przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego uznane zostały za kluczowe i niezbędne do analizy. Autorki przedstawiły również organy, które podlegają prawnokarnej ochronie wobec tych przestępstw. Niewątpliwie za czyn zabroniony uznano wszelkie zachowania, które są skierowane przeciwko instytucjom państwowym i samorządowym albo ich funkcjonariuszom, uniemożliwiające sprawne funkcjonowanie, a także zachowania godzące w autorytet instytucji państwowej lub samorządowej. Bez wątplenia funkcjonariusz publiczny, ze względu na funkcję jaką pełni, wymaga zapewnienia wzmożonej ochrony prawnej. Często podczas wykonywania swoich zadań spotyka się z zachowaniami godzącymi w ich cześć, godność, honor oraz nietykalność cielesną. Wszelkie wymienione powyżej cechy przekładają się na istotność prawnokarnej ochrony funkcjonariuszy publicznych oraz ukazują niezbędność penalizacji przestępstwa znieważenia tychże podmiotów.

\*\*\*

### THE INSULTMENT OF PUBLIC OFFICER

The insultment of public officer In the following article author focuses on legal and criminal characteristics of protection of public officer to the offense of insult. Undoubtedly, public officerial requires increased legal protection because of the function he plays. While performing tasks public officer often deals with behavior detrimental to his dignity honor and physical integrity. An example of such behavior is insulting a public officer or constitutional authority.

**Keywords:** a public officer, insult, offense

<sup>50</sup> O. Górniok, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 44.

<sup>51</sup> M. Kulik, [w:] Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 584.

Paweł Aptowicz

## HEJT GOSPODARCZY JAKO CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI. CYWILNO-PRAWNA ORAZ KARNOPRAWNA OCHRONA INTERESU PRZEDSIĘBIORCÓW NA KANALACH WSTĘP W USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

### Wstęp

Prosperowanie podmiotu gospodarczego na rynku uzależnione jest od zapotrzebowania potencjalnych nabywców na oferowane przez niego dobra lub usługi

<sup>1</sup>. Współistnienie przedsiębiorców w danej sferze gospodarki wymaga od nich ciągłej rywalizacji o pozycję na rynku. Praca ta podejmuje kwestię kształtowania się preferencji gospodarczych przy uwzględnieniu zjawiska określanego jako hejt.

Współczesna wymiana informacji w swoim ogromie i zagmatwaniu często nie pozwala zweryfikować prawdziwości jednej, konkretnej informacji, a co dopiero ich większej ilości „wypowiadanej” przez wielu, w różnych zakamarkach Internetu. Prostota w zamieszczaniu w sieci wpisów oceniających dany produkt lub markę jest zatrważająca zważywszy na powierzchowną anonimowość zabierających głos oraz mechanizmy jakimi rządzi się dyskusja w Internecie.

W sferze gospodarczej działania wymierzone w wizerunek przedsiębiorcy są często spotykane<sup>2</sup>. Wizerunek jest bezsprzecznie elementem który wpływa na wynik ekonomiczny i tym samym pozycję przedsiębiorcy na rynku (np. to czy dana marka jest uznawana za luksusową lub nie). Hejt może za to służyć jako narzędzie służące do deprecjacji poważania jakim darzony jest przedsiębiorca w którego jest wymierzony hejt<sup>3</sup>.

Niniejsza praca podejmuje kwestię cywilnoprawnej oraz karnoprawnej ochrony interesu przedsiębiorców przewidzianej w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm., dalej: u.z.n.k.).

### Definicja hejtu gospodarczego

Hejting to jeden z trzech podstawowych (poza trollingiem oraz flamingiem) intencjonalnych zabiegów komunikacyjnych które mają miejsce w sferze Internetu. Pojęcie to jest zapożyczeniem właściwym (brak polskojęzycznego odpowiednika tego określenia) z języka angielskiego, które utrwaliło się w języku polskim jako „próba deprecjacji osoby czy tematu poprzez bezlitosną, najczęściej nieuzasadnioną merytorycznie, ale maksymalnie emocjonalną krytykę”<sup>4</sup>.

Alina Naruszewicz-Duchlińska wymienia dziesięć najczęściej spotykanych strategii służących do przeprowadzenia hejtu<sup>5</sup>:

1. Kłamstwo ewidentne (proste do zweryfikowania) lub wyrafinowane;
2. Komunikacja z użyciem spotęgowanej ekspresji przy użyciu inwektyw, przekleństw i wulgaryzmów;
3. Nadużywanie słownictwa emotywno-aksjologicznego i ironii, niezależnie od tematu i atmosfery dyskusji;
4. Używanie wyzwisk i gróźb, nieuzasadnionych ataków personalnych;
5. Wybiegi z pozornym zachowaniem etykiety przy jednoczesnym użyciu pseudonaukowej terminologii;
6. Wrywanie wypowiedzi antagonisty ataku z kontekstu;
7. Ostentacyjne lekceważenie zasad ortografii;
8. Przedstawianie „eksperckich” teorii oraz pseudoinformacji;
9. Wielokrotne powtarzanie tych samych treści;
10. Przedstawienie przez hejtera własnych poglądów jako znaczących przy jednoczesnym uznaniu innych wypowiedzi za bezwartościowe.

<sup>1</sup> Popyt kształtuje się na podstawie dwóch podstawowych czynników: chęci zakupu (determinowanej preferencjami) oraz możliwością ekonomiczną (determinowaną siłą nabywczą).

<sup>2</sup> Liczne fanpage lub grupy na facebooku takie jak: „Nie polecam w...”, „Czarna lista pracodawców z...”, „Hejted:...” , „Oszukani przez...”. Ponadto komentarze na profilach przedsiębiorców na portalu Youtube, ZnanyLekarz.pl oraz innych publikacjach na temat przedsiębiorców pojawiających się w sieci. Zob. A. Winnicka-Wejs, *Pozapsychologiczne uwarunkowania (cyber)dyskredytacji pracowników* [w:] *Cyberdyskredytacja pracowników : uwarunkowania, formy, implikacje*, A. Lipka, M. B. Król; S. Waszczak, A. Winnicka-Wejs, Warszawa 2016, s. 35-36.

<sup>3</sup> M. Czaplicka, *Hejt w internecie. Raport ilościowy*, [dostęp: 13.01.2017 r.] <http://wobuzz.com/hejt/wp-content/uploads/2015/09/raport-o-hejcie-w-sieci.pdf>

<sup>4</sup> A. Naruszewicz-Duchlińska, *Intencjonalne językowe zakłócenia komunikacji internetowej (trolling, flaming, hejting)* [w:] *Język w internecie. Antologia*, red. M. Kita, I. Loewe, Katowice 2016, s. 222-223. Zob. M. Juza, *Hejterstwo w komunikacji internetowej: charakterystyka zjawiska, przyczyny i sposoby przeciwdziałania*, Warszawa 2015, s. 29.

<sup>5</sup>Tamże., s. 225-227.

Wyżej wymienione „sposoby” skutkują wprowadzeniem dezinformacji, dezorientacji, wywołania wzburzenia u odbiorców oraz zmiany charakteru komunikacji z merytorycznej i obiektywnej na emocjonalną i subiektywną.

Stanisław Gajda wyróżnia trzy odmiany agresji językowej<sup>6</sup>:

1. eksplicytną – najbardziej bezpośrednią (inwektywy, wolitywy i ekspresywy);
2. manipulacyjną – instrumentalną, związaną z ideologizacją wyjściowych treści (etykietkowanie i stygmatyzacja, dyskredytowanie, odmowa komunikacji);
3. implicytną – zawołowaną (pośrednie akty mowy, predykcja pośrednia, ironia).

W hejcie dominują dwa pierwsze wskazane typy<sup>7</sup>. Nacechowane negatywnymi emocjami wypowiedzi hejtera często mają zamiar zdeprecjonowania odbiorcy lub „celu” ataku<sup>8</sup>. Hejt bazuje ponadto na języku defaworyzacji, intencją którego jest dążenie do werbalnego unicestwienia adwersarza przez agresje lub jego alienację<sup>9</sup>.

Co więcej, hejt może przybrać formę inicjatywy konsolidacyjnej w ramach której osoba lub osoby postronne przypadkowo towarzyszą hejterowi w deprecjonowaniu innych<sup>10</sup>. Zachowanie takie ma oparcie na mechanizmie kategoryzacji społecznej „my - oni” w ramach której siłą łączą agresorzy oraz osoby które indywidualnie nie zdecydowałyby się na agresję, jednak w przypadku chęci przynależności do grupy oraz wystąpienia innych czynników warunkujących zostanie hejterem – decydują się na dołączenie do niechlubnego grona.

Pozornie, powodów każdego hejtu dopatruje się w chęci wyładowania agresji lub frustracji przez umieszczającego wpis, jak również dążenie przez hejtera do pozyskania uwagi oraz negację obowiązujących norm i zwyczajów<sup>11</sup>. Co istotne, na tle pozytywnych lub neutralnych komunikatów publikowanych w sieci, to właśnie stanowiące mniejszość informacje negatywne w postaci hejtu cieszą się wzmożoną uwagą<sup>12</sup>. Z tego powodu hejt jest szczególnie groźnym narzędziem które może zostać skrzętnie wykorzystane do celów innych niż wymienione w niniejszym akapicie.

Mowa tu o typie hejtu który zachodzi w sferze działalności gospodarczej<sup>13</sup>. Sieć jest specyficzną sferą w ramach której dochodzi do wymiany informacji odnośnie wartościowości (bądź nie) produktów lub usług (jak i samych podmiotów gospodarczych) za pomocą wydawać by się mogło trywialnych hejtów i lajków/hypów wyrażających dezaprobatę lub sympatie wobec ocenianego podmiotu lub przedmiotu<sup>14</sup>.

Podstawowym prawem przysługującym klientowi jest możliwość wyrażenia własnej opinii o produkcie lub przedsiębiorcy. Niesłabnąca popularność Internetu który jest znaczącym narzędziem za pomocą którego klienci poszukują najodpowiedniejszego dostawcy interesujących ich towarów przekłada się na renomę przedsiębiorcy które w dzisiejszych czasach przybiera charakter sieciowego<sup>15</sup>.

Należy zwrócić uwagę na istnienie tzw. marketingu wirusowego, który zakłada rozpowszechnianie w Internecie informacji dot. przedsiębiorcy za sprawą klientów, którzy upowszechniają wiedzę i informację (oraz opinię) na temat konkretnego przedsiębiorcy<sup>16</sup>. Marketing taki jest mechanizmem który z założenia powinien prezentować „zdanie Internetu” jednakże może on również posłużyć jako narzędzie dyskredytacji przedsiębiorcy. Wtedy marketing ten może przybrać formę hejtu jako środka w celu uzyskania przewagi nad rynkowym konkurentem.

## Interes przedsiębiorcy a hejt

Interes przedsiębiorcy należy rozumieć jako sytuację korzystnie dla przedsiębiorcy ukształtowaną lub mogącą w przyszłości stanowić dla niego źródło korzyści rzeczywistych lub tylko oczekiwanych<sup>17</sup>. Bezspornym jest to, iż jedną z

<sup>6</sup> S. Gajda, *Agresja językowa w stosunkach międzyludzkich* [w:] *Język narzędziem myślenia i działania*, red. W. Gruszczyński, Warszawa 2002, s. 65.

<sup>7</sup> A. Naruszewicz-Duchlińska, *HEJTING – ogólna charakterystyka zjawiska* [w:] *Nienawiść w czasach Internetu*, A. Naruszewicz-Duchlińska, Gdynia 2015, [dostęp: 7.01.2017 r.] <http://cyfrotka.pl/catalog/ebooki/0404917/040/ff/101/OPS/section-0004.html>

<sup>8</sup> M. Peisert, *Formy i funkcje agresji werbalnej: próba typologii*, Wrocław 2004, s. 40.

<sup>9</sup> A. Naruszewicz-Duchlińska, *HEJTING...*, dz. cyt.

<sup>10</sup> Tamże, wraz z dziełami cytowanymi przez autorkę.

<sup>11</sup> A. Naruszewicz-Duchlińska, *Intencjonalne...*, dz. cyt., s. 222. Zob. A. Naruszewicz-Duchlińska, *HEJTING...*, dz. cyt.

<sup>12</sup> Więcej na temat zjawiska inklinacji pozytywnej w: W. Marczevska-Okuniewska, I. Kurcz, *Asymetria pozytywno-negatywna w psychologii i psycholingwistyce* [w:] *Anatomia gniewu. Emocje negatywne w językach i kulturach świata*, red. A. Duszak, N. Pawlak Warszawa 2003, s. 25-28.

<sup>13</sup> Pojęcie działalności gospodarczej posiada definicję legalną, np.: Art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829): „zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.” Jak słusznie zauważyła Beata Giesen, na tle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która będzie przedmiotem analizy w dalszej części pracy, bardziej prawidłowa będzie definicja sformułowana przez J. Szwałę: „działaniem w obrocie gospodarczym (w działalności gospodarczej) jest szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców oraz na interesy klientów lub interes publiczny. Czynami takimi są działania lub zaniechania skierowane do osób trzecich”, B. Giesen, *Rozdział IV. Nieuczciwa konkurencja jako podstawowe pojęcie prawa o zwalczaniu nieuczciwego współzawodnictwa gospodarczego* [w:] *System prawa prywatnego, Tom 15, Prawo Konkurencji*, red. M. Kępiński, Warszawa 2014, s. 63, nb. 4.

<sup>14</sup> A. Naruszewicz-Duchlińska, *Intencjonalne...*, dz. cyt., s. 224.

<sup>15</sup> T. Chyrzyński, *Język w Internecie: formalne, semantyczne i funkcjonalno-pragmatyczne właściwości języka angielskiego i polskiego w komunikacji internetowej*, Olsztyn 2012, s. 18-20.

<sup>16</sup> Tamże, s. 21.

<sup>17</sup> M. Sieradzka, *Komentarz do art. 1 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Zdyb, M. Sieradzka, Warszawa 2016, s. 52.

podstaw bytu podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą na rynku jest jego tzw. dobre imię (dobra sława, renowa) które stanowi siłę przyciągania i oddziaływania na potencjalnego klienta<sup>18</sup>. W interesie przedsiębiorcy leży wyróżnianie się jak najlepszą renową prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej<sup>19</sup>. Naruszenie dobrego imienia przedsiębiorcy będzie miało miejsce wtedy, gdy wypowiedź wystosowana wobec niego będzie narażała go na utratę zaufania potrzebnego do właściwego funkcjonowania w sferze konkurencyjnej działalności<sup>20</sup>. Naruszenie interesu przedsiębiorcy następuje wówczas, gdy działania (zaniechanie) konkurenta powodują pogorszenie lub brak spodziewanej poprawy możliwości nabycia lub zbytu oferowanych dóbr i usług<sup>21</sup>.

Należy zdawać sobie sprawę z tego, że skuteczny hejt powoduje obniżenie poważania jakim przed atakiem cieszył się przedsiębiorca<sup>22</sup>. Dyskredytowanie konkurentów rynkowych ma bezpośredni wpływ na konkurencyjność przedsiębiorcy, determinując decyzję potencjalnych klientów oraz kooperantów<sup>23</sup>. Ponadto, hejt uniemożliwia komunikację merytoryczną (wskutek wyparcia jej przez dyskusję o podłożu emocjonalnym), wymaganą w zakresie działalności specjalistycznej ze względu na jej charakter<sup>24</sup>. Utrudnianie funkcjonowania oraz zła fama jest czymś niepożądanym przez przedsiębiorcę w ramach konkurencyjnej gospodarki.

Z tytułu naruszeń dobrego imienia przedsiębiorcy, ustawodawca w ramach regulacji prawa cywilnego oraz prawa karnego przewiduje instrumenty gwarantujące ochronę w przypadku naruszeń dóbr osobistych<sup>25</sup>. Środki te nie uchylają uprawnień przewidzianym w innych przepisach, w tym przepisach przewidzianych do przeciwdziałania oraz zwalczania nieuczciwej konkurencji jaką również może być hejt<sup>26</sup>.

### Nieuczciwa konkurencja a hejt

Należytemu funkcjonowaniu konkurencji w gospodarce grożą dwa podstawowe niebezpieczeństwa. Pierwsze z nich polega na ograniczeniu konkurencji zaś drugie niebezpieczeństwo przybiera postać nieuczciwych i zabronionych metod konkurowania. W kontekście zjawiska hejtu praca będzie podejmowała drugą kwestię.

Stosownie do art. 17 Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.) „przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów”.

Przytaczając za Januszem Szwejną<sup>27</sup>, przez konkurencję rozumie się: „dążenie wielu niezależnych przedsiębiorców (podmiotów prowadzących działalność gospodarczą) występujących na wspólnym (tym samym) rynku do osiągnięcia takiego samego celu gospodarczego, w szczególności osiągnięcia zysków poprzez prowadzenie interesów z dostawcami, odbiorcami i pracownikami. Konkurencyjni przedsiębiorcy starają się poszerzać swój krąg klientów, co musi się odbyć, przynajmniej w pewnej mierze, kosztem utraty klientów przez innych przedsiębiorców.”

Metodą konkurencji w której zastosowanie znajduje hejt jest konkurencja o informacyjnym charakterze związana z procesami kreowania informacji w celu kształtowania preferencji nabywców lub kooperantów<sup>28</sup>. Jak przytoczono wcześniej, głównym zamierzeniem hejtu jest dyskredytacja rywala. Należy zwrócić uwagę na potencjalną skuteczność hejtu, który może przybrać formę działań rynkowych noszących miano konkurencji rujnującej<sup>29</sup>. Zważywszy na to, że jakakolwiek wypowiedź w Internecie ma z reguły charakter anonimowy, hejt z założenia będzie przejawem niezadowolenia trudnym do weryfikacji w aspekcie jego autentyczności jako wypowiedzi np. trudność odróżnienia wpisu pojedyn-

<sup>18</sup> Renoma przedsiębiorcy jak trafnie zdefiniował ją sędzia Lord Macnaughten: „[...] to zysk i korzyść, płynące z dobrego imienia, reputacji i stosunków przedsiębiorstwa. Jest to siła atrakcji, przyciągająca klientów. Jest to cecha, która odróżnia dawno założone przedsiębiorstwo od przedsiębiorstwa ledwie rozpoczynającego swoją działalność”. Zob. A. Mokrysz-Olszyńska, B. Targański, *Uwarunkowania prawne marketingu w społeczeństwie informacyjnym: zagadnienia wybrane*, Warszawa 2012, s. 42. Zob. uchwała SN z dnia 23 lutego 1995 r., III CZP 12/95, Legalis nr 29149.

<sup>19</sup> Zob. A. Cyrul-Kubiak, *Dobra osobiste osób prawnych*, Kraków 2005, s. 167-170.

<sup>20</sup> Zob. M. Nieradka-Bernaciak, J. Rodek, A. Roguska-Kikoła, S. Zięba, *Ochrona interesów przedsiębiorcy w obrocie gospodarczym. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2013, s. 22.

<sup>21</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 7 listopada 2007 r., I ACa 334/07, Legalis nr 414219.

<sup>22</sup> W przypadku naruszenia dobrego imienia osoby fizycznej ściśle związanej z przedsiębiorcą (również pracownik) może dojść do naruszenia dobrego imienia przedsiębiorcy jako osoby prawnej jeżeli atak wywarł skutek na osobie prawnej. Zob. M. Nieradka-Bernaciak, J. Rodek, A. Roguska-Kikoła, S. Zięba, dz. cyt., s. 22-23.

<sup>23</sup> A. Winnicka-Wejs, *Pozapsychologiczne...*, dz. cyt., s. 34.

<sup>24</sup> A. Naruszewicz-Duchlińska, *Intencjonalne...*, dz. cyt., s. 228.

<sup>25</sup> W przypadku sfery prywatnoprawnej należy odwołać się do środków ochrony o charakterze majątkowym (np. żądanie odszkodowania, zadośćuczynienia lub zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny) lub niemajątkowym (np. roszczenie o: zaniechanie działań zagrażających dobrom osobistym, usunięcie skutków naruszenia oraz ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.) Zob. P. Sobolewski, *Komentarz do art. 23, art. 24 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, Legalis. Ochrona publicznoprawna dobrego imienia przewidziana jest w art. 212 k.k. (znieśławienie) oraz art. 216 (zniewaga). Zob. J. Sobczak, *komentarz do art. 212 oraz art. 216 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2017, Legalis.

<sup>26</sup> Art. 24 § 3. Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm. (dalej: k.c.).

<sup>27</sup> J. Szwejna, *Wprowadzenie [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwejna, Legalis 2016, nb. 6.

<sup>28</sup> A. Winnicka-Wejs, *Pozapsychologiczne...*, dz. cyt., s. 33.

<sup>29</sup> Tamże.

czego niezadowolonego klienta od intencjonalnego wybiegu dyskredytującego poczynionego przez konkurującego przedsiębiorcę. Prostota w zamieszczeniu wielu dyskredytujących wpisów przez rzekomo różnych autorów (rzeczywiście umieszczonych przez pojedynczego hejtera – przedsiębiorcę) przy jednoczesnej trudności w ich weryfikacji przez odbiorców wpisu, oddaje powagę zagrożenia wynikającego z hejtu jako czynu wymierzonego w dany podmiot.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.) podejmuje problematykę zapewnienia prawidłowego funkcjonowania podmiotów gospodarczych w warunkach konkurencji gospodarczej poprzez wyeliminowanie wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażały interesowi przedsiębiorcy lub ten interes naruszały<sup>30</sup>. Ustawa ta nie neguje istnienia konkurencji per se, lecz poddaje ocenie sam sposób jej realizacji (rywalizacji) pomiędzy konkurentami<sup>31</sup>. Należy zaznaczyć, że zwalczanie nieuczciwej konkurencji odbywa się w sferze w której rozpatruje się indywidualne działania przez pryzmat uczciwości reguł gry rynkowej, tak aby rywalizacja nie była prowadzona przy pomocy działań niedozwolonych<sup>32</sup>.

Ustawa ma zastosowanie do działalności gospodarczej i jak wskazuje judykatura oraz doktryna, to wyłącznie przedsiębiorca może być sprawcą czynu nieuczciwej konkurencji<sup>33</sup>. Należy zwrócić uwagę na znaczne zawężenie podmiotów wobec których mogą zostać podjęte kroki prawne z tytułu hejtu gospodarczego na podstawie omawianego aktu. Jest to regulacja niekorzystna dla przedsiębiorcy w którego wymierzony jest hejt, ponieważ ze względu na trudności związane z ustaleniem tożsamości hejtera pojawia się problem z przeciwdziałaniem wpisom, które zdają się być hejtem gospodarczym jako czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Mowa tu o hipotetycznej sytuacji, w której w przedsiębiorcę wymierzony jest hejt w postaci wpisów dokonanych przez różnych autorów na stronach internetowych. Pewnym jest istnienie tych wpisów, lecz wątpliwość może stanowić to czy hejtu dopuścił się konkurencyjny przedsiębiorca i tym samym, czy zastosowanie znajdzie omawiana ustawa. Co więcej, zasadność powoływania się na ochronę wynikającą z u.z.n.k. (cywilnoprawną czy też karnoprawną) należy poddać krytyce mając na względzie brak roszczeń odmiennych od tych przysługujących na zasadach prywatnoprawnych lub publicznoprawnych<sup>34</sup>.

Omawiany akt posiada „własną” definicję pojęcia przedsiębiorcy która stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 43<sup>1</sup> k.c.<sup>35</sup>. Regulacja art. 2 u.z.n.k. definiuje przedsiębiorców jako: „osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej.” Pojęcie to bardzo szeroko (w stosunku do regulacji k.c.) zakreśla krąg osób, które należy traktować jako przedsiębiorców<sup>36</sup>. Wskutek potencjalnie szerokiego grona podmiotów legitymowanych według u.z.n.k. o uznaniu za przedsiębiorcę w świetle art. 2 ustawy decydują okoliczności faktyczne rozpatrywane kazuistycznie<sup>37</sup>.

### Hejt jako czyn nieuczciwej konkurencji

W celu odpowiedzi na pytanie czy hejt może być czynem nieuczciwej konkurencji, należałoby odnieść się do art. 3 u.z.n.k.

Ustęp 1 cytowanego przepisu jest klauzulą generalną która wskazuje standardy pozwalające na indywidualizację pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji w kontekście konkretnych stanów faktycznych<sup>38</sup>. Czynem nieuczciwej konku-

<sup>30</sup> Wyrok SA w Poznaniu z dnia 10 października 2005 r. I ACa 221/05, LEX nr 519299 (w kontekście przestanki zagrożenia) oraz Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 lutego 2012 r., V ACa 5/12, Legalis nr 486861.

<sup>31</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 lutego 2008 r., V ACa 256/07, LEX nr 519350.

<sup>32</sup> M. Sieradzka, Komentarz do art. 1..., dz. cyt., s. 42-43.

<sup>33</sup> Tamże, s. 52-55. Zob. A. Kubiak-Cyrul, J. Szwaia, *Komentarz do art. 1 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaia, Legalis 2016, nb. 14. Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 3 marca 2014 r., V ACa 486/13, Legalis 797339. Zob. Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 lutego 2012 r., V ACa 5/12, Legalis nr 486861.

<sup>34</sup> Patrz przypis 25.

<sup>35</sup> A. Kubiak-Cyrul, J. Szwaia, *Komentarz do art. 2 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaia, Legalis 2016, nb. 22.

<sup>36</sup> Przytaczając za wyrokiem SN z dnia 22 października 2003 r., II CK 161/02, Legalis 61974: „Przedsiębiorcami w rozumieniu tego przepisu mogą więc także być podmioty prowadzące działalność zawodową (w sposób stały, ciągły oraz zorganizowany), nie w celu osiągnięcia zysku. [...] Określony podmiot może zatem, prowadząc działalność zawodową uczestniczyć w działalności gospodarczej, chociaż nie działa dla zarobku. Uczestniczeniem w obrocie gospodarczym jest szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące albo przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców lub interesy klientów. O tym czy takie uczestnictwo zachodzi, decyduje nie tylko wola danego podmiotu, ale przede wszystkim obiektywna ocena charakteru i rozmiaru jego działania. Cechy te mogą powodować, że dany podmiot, sam nie działając w celu osiągnięcia zysku, oddziałuje na określoną sferę gospodarczą.” Zob. A. Kubiak-Cyrul, J. Szwaia, *Komentarz do art. 2...*, dz. cyt., nb. 8.

<sup>37</sup> Przytaczając za A. Kubiak-Cyrul, J. Szwaia, *Komentarz do art. 2...*, nb. 24.

<sup>38</sup> „Art. 3 ust. 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” Zob. M. Zdyb, *Komentarz do art. 3 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Zdyb, M. Sieradzka, Warszawa 2016, s. 114.

rencji w ujęciu generalnym jest: działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami<sup>39</sup>.

Ustęp drugi art. 3 u.z.n.k. w celu skonkretyzowania definicji z ustępu poprzedzającego<sup>40</sup>, zawiera katalog otwarty czynów nieuczciwej konkurencji. Ponadto u.z.n.k. poza przytoczonym katalogiem typizuje inne czyny nieuczciwej konkurencji (art. 15b, art. 17a, art. 17d).

Konkretny czyn ma charakter czynu nieuczciwej konkurencji, gdy spełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki:

- 1) czyn jest sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami;
- 2) czyn musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta;
- 3) czyn poddany ocenie musi zostać podjęty w związku z działalnością gospodarczą<sup>41</sup>.

W kontekście hejtu gospodarczego zastosowanie znajdują w szczególności normy zawarte w art. 14 oraz art. 26 u.z.n.k.

Czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 14 u.z.n.k. polega na rozpowszechnianiu wiadomości nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd<sup>42</sup>. Informacje „nieprawdziwe” to takie, które są sprzeczne z rzeczywistością, zaś te „wprowadzające w błąd” powodują u odbiorcy wyobrażenie niezgodne z rzeczywistością (np. informacja niepełna, niejednoznaczna)<sup>43</sup>. Przepis ten zapobiega rozpowszechnianiu informacji z zamysłem dyskredytacji podmiotu w oczach kontrahentów<sup>44</sup>. Odbiorca informacji nieprawdziwej i wprowadzającej w błąd może wytworzyć sobie niezgodny z rzeczywistością obraz dot. przedsiębiorcy (lub oferowanych przez niego towarów).

Delikt opisany w art. 14 u.z.n.k. ma charakter kierunkowy („w celu przysporzenia korzyści lub wywołania szkody”). Oznacza to, że sprawca musi co najmniej przewidywać, że na skutek umieszczenia informacji nieprawdziwych lub mylących o innym przedsiębiorcy poniesie on szkodę i godzi się na to<sup>45</sup>. W przypadku braku winy po stronie sprawcy (niemożliwość zastosowania art. 14), nie ma przeciwwskazań do kwalifikacji hejtu jako niestypizowanego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 u.z.n.k.<sup>46</sup>. Mając to na uwadze, należy poddać pod wątpliwość potrzebę powoływania się na naruszenie przewidziane art. 14 i tym samym konieczność wykazania winy po stronie hejtera, podczas gdy istnieje możliwość kwalifikacji tego samego czynu jako naruszenia na podstawie klauzuli generalnej, która nie wymaga dowodzenia winy po stronie hejtera, co w praktyce jest lepszym rozwiązaniem.

Ustępy 2 oraz 3 art. 14 u.z.n.k. stanowią wyliczenie przykładowych czynów rozpowszechniania informacji opisanych w ust. 1.

Art. 18 u.z.n.k. stanowi o roszczeniach przysługujących przedsiębiorcy z tytułu odpowiedzialności cywilnej hejtera<sup>47</sup>. Roszczenia te, jak wskazano wcześniej, nie kształtują nowych uprawnień w porównaniu do ochrony przewidzianej

<sup>39</sup> K. Jasińska, J. Szwaja, *Komentarz do art. 3 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Legalis 2016, nb. 8. Wobec charakteru klauzuli generalnej (odesłania poza systemowe, pojęcia niedookreślone, uniwersalna oraz złożona natura ustępu 1 oraz zważywszy na istotę zjawiska hejtu które znajduje odzwierciedlenie w stypizowanych czynach nieuczciwej konkurencji u.z.n.k. – zasadnym jest odesłanie do literatury szczegółowo podejmującej komentowany przepis.

<sup>40</sup> „Art. 3 ust 2. Czynnami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: 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, przepięstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.” Wszystkie z konkretnych czynów określonych w ramach u.z.n.k. zawierają się w definicji czynu nieuczciwej konkurencji w ramach klauzuli generalnej. Zob. wyrok SN z dnia 9 czerwca 2009 r., II CSK 44/09, Legalis nr 265773.

<sup>41</sup> Podmiotem popełniającym czyn nieuczciwej konkurencji może być wyłącznie przedsiębiorca w rozumieniu art. 2 u.z.n.k. Jednakże czyn, który nosi znamiona nieuczciwej konkurencji może podlegać negatywnej ocenie prawnej i związanej z nią odpowiedzialności na podstawie innych regulacji prawnych – jak wskazuje M. Zdyb, *Komentarz do art. 3...*, dz. cyt., s. 124-125. Co jest niezmiernie istotne w kontekście hejtingu jako czynu nieuczciwej konkurencji, sprawcą takiego czynu może być nie tylko przedsiębiorca lecz także jego pracownik, udziałowiec, osoby kierujące nim, ale każdy, kogo z tym przedsiębiorcą łączą interesy lub innego typu powiązania lecz nie każdy może zostać pociągnięty do odpowiedzialności z tytułu tego czynu na podstawie u.z.n.k. Zob. M. Mozgawa, *Komentarz do art. 26 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Legalis 2016, nb. 12. Por. wyrok SA w Krakowie z dnia 24 lipca 2014 r., I ACA 575/14, Legalis nr 1163579.

<sup>42</sup> Hejt będzie dotyczył informacji na temat innego przedsiębiorcy, ponieważ informacje dotyczące rozpowszechniającego „o sobie” nie będą hejtem. Istotne jest również to, aby czyny zachodziły w ramach rynkowej rywalizacji (choćby przejawiała się wyłącznie poprzez wpływanie na sytuację gospodarczą innego przedsiębiorcy). Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 7 lutego 1995 r., I ACr 697/94, LEX nr 62626).

<sup>43</sup> Wyrok SN z dnia 9 października 2014 r., IV CSK 56/14, Legalis nr 1086893. Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2012 r., I ACA 1309/11, Legalis nr 735726.

<sup>44</sup> „Pejoratywne przedstawienie przedsiębiorcy jego kontrahentom prowadzi do deprecjacji jego pozycji rynkowej, stanowiąc tym samym czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 u.z.n.k.”, wyrok SA w Krakowie z dnia 20 marca 2009 r., I ACA 191/09, LEX nr 516561. Por. J. Sroczyński, M. Mioduszewski, *komentarz do art. 14 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Zdyb, M. Sieradzka, Warszawa 2016, s. 551-552.

<sup>45</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 22 września 2009 r., VI ACA 267/09, Legalis nr 218274.

<sup>46</sup> J. Sroczyński, M. Mioduszewski, *komentarz do art. 14...*, dz. cyt., s. 584-585.

<sup>47</sup> „W razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: zaniechania niedozwolonych działań; usunięcia skutków niedozwolonych działań; złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej

przepisami kodeksu cywilnego obejmującymi swoim zastosowaniem szerszy katalog podmiotów ponoszących odpowiedzialność z tytułu naruszeń.

Art. 26 u.z.n.k. definiuje dwa typy czynów zabronionych, spenalizowanych jako wykroczenia. Czyny te nawiązują do deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 14 u.z.n.k. Ustęp 1 niniejszego przepisu ma zastosowanie do hejtu, albowiem polega on na rozpowszechnianiu o przedsiębiorstwie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd w celu szkodenia temu podmiotowi (pomawianie).

Sprawcą, w odróżnieniu od art. 14 u.z.n.k.<sup>48</sup>, może być każda osoba („kto”). Może ona pozostawać w jakichkolwiek relacjach względem przedsiębiorstwa lub w ogóle nie być z nim związana<sup>49</sup>.

Wykroczenia stypizowane w art. 26 u.z.n.k. zagrożone są takimi samymi karami, tzn. karą aresztu (od pięciu do 30 dni) albo grzywny (od 20 do 5000 zł)<sup>50</sup>.

### Zakończenie

Hejterzy w swoich opiniach często powołują się na przysługującą im swobodę wypowiedzi. Rzekoma krytyka oraz anonimowość przy uwzględnieniu celów oraz mechanizmów wpływu jakimi może skutkować hejt, jest kuszącym rozwiązaniem podejmowanym w ramach rywalizacji rynkowej<sup>51</sup>. Kara przewidywana z tytułu naruszenia art. 26 u.z.n.k. nie odstrasza potencjalnego hejtera gospodarczego. Ponadto, ustawa ta z powodu wąskiego kręgu podmiotów legitymowanych biernie z tytułu hejtu jako czynu nieuczciwej konkurencji, nie jest preferowaną przez przedsiębiorców drogą dochodzenia roszczeń<sup>52</sup>. Ustawa nie zapewnia nowych środków, które mogą przysłużyć się do zapobiegania lub zwalczania hejtu gospodarczego<sup>53</sup>. Wobec braku stosownych możliwości przeciwdziałania hejtowi, rywalizacja gospodarcza w dobie Internetu jest zagrożona w stopniu nie mniejszym niż dobre imię poszczególnych przedsiębiorców. Mając na uwadze ww. mankamenty, stwierdzić należy, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zapewnia szerszej ochrony aniżeli przewidziane dotychczas w ramach porządku cywilnoprawnego lub karnoprawnego.

\*\*\*

### Economic hate as an act of unfair competition. Protection of businesses interest under the suppression of unfair competition act

Topic of discussion is hate serving as tool in rivalry between business entities in Poland. The suppression of unfair competition act is basis of analysis applying to hate acts happening in the Internet in sphere of struggle for favorable development of business preferences. Hate is popular and highly noticeable way to express opinion or criticism and due to its mechanisms, it might be used for discretization of competitor. Hate is mean aimed at image and reputation of individual company which are directly linked to a company's success. This article is focused on hate phenomenon and its mechanisms, flaws of the suppression of unfair competition act and interest of individual companies.

---

formie; naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych; wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych; zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego - jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.”

<sup>48</sup> Sprawcą czynu z art. 14 może być wyłącznie przedsiębiorca lecz należałoby zastanowić się na możliwością zastosowania tego przepisu do podmiotów innych niż przedsiębiorca (np. pracownik zatrudniony u przedsiębiorcy). Zob. dyspozycja art. 416 k.c. według której przedsiębiorca będący osobą prawną odpowiada za działania swoich organów. Zob. J. Sroczyński, M. Mioduszeński, *komentarz do art. 14...*, dz. cyt., s. 576-581.

<sup>49</sup> Wykroczenie ma charakter powszechny. Zob. J. Raglewski, *komentarz do art. 26 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Zdyb, M. Sieradzka, Warszawa 2016, s. 1204.

<sup>50</sup> Zob. M. Mozgawa, *Komentarz do rozdziału 4 (przepisy karne) [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwajca, Legalis 2016, nb. 20.

<sup>51</sup> O tym kiedy granica krytyki zostaje przekroczona zob.: wyrok SN z dnia 18 stycznia 2013 r., IV CSK 270/12, Legalis nr 644688. Wyrok SN z dnia 8 marca 2012 r., V CSK 109/11, Legalis nr 490652. Wyrok SN z dnia 8 lipca 2011 r., IV CSK 665/10, Legalis nr 391466. Wyrok SN z dnia 29 września 2010 r., V CSK 19/10, Legalis nr 367091. Wyrok SN z dnia 18 czerwca 2009 r., II CSK 58/09, Legalis nr 266520.

<sup>52</sup> Konsument jako hejter nie poniesie odpowiedzialności na podstawie u.z.n.k., ustawa ma zastosowanie do stosunków B2B a nie B2C. Z tego powodu, mimo możliwości kwalifikacji hejtu jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej (brak przesłanki winy po stronie hejtera) ochrona przewidziana przez u.z.n.k. nie jest wystarczająca. Zob. przypis 45 oraz Ł. Goździaszek, *Prawo blogosfery*, Warszawa 2014, s. 83-107.

<sup>53</sup> Mowa tu o konieczności odwołania się do środków ochrony przewidzianych przez prawo cywilne.

Weronika Baran

## KILKA UWAG NA TLE ART. 204 KODEKSU KARNEGO W KONTEKŚCIE PRZESTĘPSTW EKSPLOATACJI PROSTYTUCJI

Czyniąc centralnym punktem rozważań „przestępstwa eksploatacji prostytutki”

<sup>1</sup> należy podkreślić, iż sformułowanie to nie zostało bezpośrednio wyrażone w art. 204 Ustawy kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r.<sup>2</sup> –pomimo tego, że nie jest terminem ustawowym, jest powszechnie używane w języku prawniczym. W literaturze takim mianem określa się przestępstwa kuplerstwa, sutenerstwa i stręczycielstwa, jak również przestępstwa dotyczące handlu ludźmi, które odnoszą się do celów związanych z prostytutką<sup>3</sup>.

Na kanwie dalszych rozważań należy zastanowić się czym jest prostytutka i w jaki sposób zdefiniować osobę, która zajmuje się takim procederem. Sformułowanie jednoznacznej definicji nie jest łatwe i napotyka na liczne trudności, jednakże w tym miejscu warto przywołać sformułowanie jakiego użył dla zdefiniowania prostytutki A.C. Kinsey, wskazując na pobraną korzyść majątkową w postaci pieniędzy za odbyty stosunek seksualny jako element definiujący prostytutkę<sup>4</sup>. Ta definicja wydaje się bardzo wąsko zakreślać korzyść jaką może otrzymać prostytutka, ponieważ nie bierze pod uwagę innych dóbr materialnych, które może uzyskać w zamian za odbyty stosunek seksualny.

Analizując podniesioną kwestię warto przytoczyć definicję, jaką posłużyła się M. Jasińska wskazując znacznie szerszy zakres uzyskanej korzyści, mianowicie podkreśla, iż prostytutką jest osoba, która zaspokaja potrzeby seksualne przypadkowych partnerów bez zaangażowania uczuciowego z jednoczesnym ograniczeniem wyboru partnera seksualnego, w zamian za pieniądze lub inne dobra materialne<sup>5</sup>. Przytoczone stwierdzenia pozwalają utrzymywać, iż niewątpliwie zasługuje na wyraz społecznej dezaprobaty świadczenie usług seksualnych za pieniądze wobec przypadkowych osób, co świadczy jednocześnie o demoralizacji osoby, która podjęła się takiego procederu.

Zgodnie z rozwiązaniem prawnym przyjętym na gruncie Ustawy kodeks karny 6 czerwca 1997 r. uprawianie prostytutki nie jest karalne. Takie rozwiązanie ma zapewne doktrynalnie zarówno swoich zwolenników i przeciwników, z całym wachlarzem argumentów za i przeciw, mianowicie bardzo często zwolennicy penalizacji wskazują na jej deprawujący wpływ na społeczeństwo, natomiast przeciwnicy podkreślają, iż prostytutka nie jest ofiarą z punktu widzenia wiktymologicznego, stąd prawo karne nie powinno zabraniać pod groźbą kary takich czynów.

Penalizacja prostytutki wiąże się z licznymi trudnościami. Warto w tym miejscu wyjaśnić na czym polega uprawianie zabronionej prostytutki w Niemczech, które jest w omawianym przypadku zagrożone karą pozbawienia wolności do 6 miesięcy lub grzywną w wysokości do 180 stawek dziennych – mianowicie musi się ono wiązać z uporczywym łamaniem zakazu jaki został wydany w drodze rozporządzenia – zakazu uprawiania prostytutki w ogóle w określonych miejscach i określonych porach dnia: zabronione jest uprawianie prostytutki „w pobliżu szkoły lub innego miejsca, które przeznaczone jest do odwiedzania przez osoby poniżej 18 lat lub w domu, w którym mieszkają osoby poniżej 18, w sposób, który zagraża moralności tych osób. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności do roku lub grzywnie”<sup>6</sup>. Na gruncie polskiego prawa karnego samo uprawianie prostytutki nie jest przestępstwem, natomiast już zmuszanie do uprawiania prostytutki jest zagrożone karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 – takiej karze podlega sprawca, który doprowadza inną osobę do uprawiania prostytutki przemocą, groźbą bezprawną, podstępem lub wykorzystując stosunek zależności lub krytyczne położenie. Karalne są również przestępstwa „eksploatacji prostytutki” – stręczycielstwo, kuplerstwo i sutenerstwo, które są przedmiotem dalszej części rozważań. Warto również podkreślić, że proponowanie czynu nierządny stanowi wykroczenie przeciwko obyczajności publicznej. Na podstawie art. 142 Kodeksu wykroczeń<sup>7</sup> karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny podlega kto natarczywie, narzucając się lub w inny naruszający porządek publiczny sposób, proponuje innej osobie dokonanie z nią czynu nierządny, mając na celu uzyskanie korzyści materialnej.

Usiłowanie bliższego wyjaśnienia problematyki na gruncie polskiego Kodeksu karnego czyni zasadnym wskazanie, iż art. 204 nakreśla sześć typów przestępstw, które są bezpośrednio związane ze zjawiskiem prostytutki. Należy do nich stręczycielstwo kuplerstwo i sutenerstwo oraz ich typy kwalifikowane<sup>8</sup>. Nie ulega wątpliwości, że uzasadnieniem

<sup>1</sup> A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, Prawo karne, Warszawa 2016, s. 537.

<sup>2</sup> Tekst jednolity: Dz.U. z 2016r. poz. 1137.(dalej jako Kodeks karny).

<sup>3</sup> A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, op.cit., s. 537.

<sup>4</sup> J. Warylewski, [w:] System prawa karnego.Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 852.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem s. 864.

<sup>7</sup> Tekst jednolity: Dz.U. z 2016r. poz. 1137.

<sup>8</sup> J. Piórkowska-Fliger [w:] Kodeks karny. Komentarz, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, s. 593.



art. 204 Kodeksu karnego jest negatywna ocena moralna wywołana świadczeniem usług seksualnych za pieniądze. W literaturze podkreśla się, że jest to przedmiot ochrony niedający się zindywidualizować, co wskazuje na abstrakcyjne pojmowanie obyczajności seksualnej<sup>9</sup>.

Obecna konstrukcja analizowanego przepisu wskazuje, iż stręczycielstwo definiuje się jako nakłanianie innej osoby do uprawiania prostytucji, natomiast mianem sutenerstwa określa się czerpanie korzyści majątkowych z uprawiania prostytucji przez inną osobę. Kuplerstwo jest natomiast ułatwianiem uprawiania prostytucji. Jeżeli mamy do czynienia z odniesieniem omawianych typów przestępstw do małoletniego to wówczas mówimy o typie kwalifikowanym.

Zgodnie z rozwiązaniem prawnym przyjętym w art. 204 Kodeksu karnego należy podkreślić, iż zarówno sutenerstwo jak i kuplerstwo stanowią proceder, który nie wyczerpuje się w zachowaniach jednorazowych. W literaturze podkreśla się, iż ułatwianie powinno mieć permanentny charakter, jeśli wskażemy na jednorazowe zachowanie to musi ono powodować wystąpienie trwałych okoliczności i ułatwiających uprawianie prostytucji<sup>10</sup>.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2009 r. sformułowano pogląd, że art. 204 § 2 Kodeksu karnego penalizuje czerpanie korzyści majątkowych z uprawiania prostytucji przez inną osobę, a zatem podkreśla wielokrotność uzyskania korzyści majątkowych przez inną osobę<sup>11</sup>. W tym samym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazuje, iż „Jednorazowy akt ułatwienia uprawiania prostytucji przez podwiezienie kogoś nie może zostać oceniony jako kuplerstwo z art. 204 § 1 in fine KK, które musi mieć charakter działań permanentnych, przez co zyskuje formę przestępstwa o wieloczynowo określonych znamionach.”

Na kanwie art. 204 § 1 Kodeksu karnego należy zauważyć, że stręczycielstwo polegające na nakłanianiu do uprawiania prostytucji ma wzbudzić zamiar jej uprawiania tak u osoby, która go wcześniej nie powzięła, jak również u takiej która się wcześniej prostytuowała, jednakże postanowiła z tym skończyć – wówczas sprawca może nakłaniać ją do kontynuacji niniejszego procederu<sup>12</sup>. Jest to przestępstwo, które może zostać popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu. W literaturze również podnosi się, że pojęcie stręczycielstwa może być także stosowane w stosunku do pewnych odmian kuplerstwa, a w szczególności do pośrednictwa<sup>13</sup>.

Kuplerstwo jest również przestępstwem kierunkowym o szczególnym zabarwieniu. Sprowadza się najczęściej do świadczenia pomocy mającej na celu ułatwienie uprawiania prostytucji konkretnej osobie. Warto przytoczyć przykłady wskazywane w literaturze, mianowicie może być to pośredniczenie w nawiązywaniu kontaktów z klientami, jak również podwożenie prostytutek do klientów lub na miejsce w którym dokonują procederu prostytuowania się, ale również zapewnienie ochrony<sup>14</sup>. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 lutego 2009 r. podkreślił, że jako kuplerstwo z art. 204 § 1 in fine Kodeksu karnego nie może zostać uznany jednorazowy akt ułatwienia prostytucji przez podwiezienia kogoś, ponieważ musi mieć ono charakter działań permanentnych, a zatem zyskuje formę przestępstwa o wieloczynowo określonych znamionach<sup>15</sup>. Mając na uwadze powołane orzeczenie Sądu Najwyższego należy stwierdzić, iż kuplerstwo musi charakteryzować się powtarzalnością świadczonych usług. V. Konarska-Wrzosek podkreśla, iż jest to przestępstwo formalne, które zostaje dokonane z chwilą zrealizowania czynności ułatwienia bez względu na fakt osiągnięcie zamierzonej korzyści majątkowej przez kuplera za ułatwienie tego procederu oraz bez względu na to czy rzeczywiście przyczyniło się to do ułatwienia wykonywania prostytucji<sup>16</sup>. Nie jest również przestępstwem z art. 204 § 1 Kodeksu karnego wynajęcie mieszkania prostytutce za zapłatą, która stanowi tylko czynsz za dozwolone świadczenie<sup>17</sup>. W wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 czerwca 2006 r. wyraził pogląd, iż oskarżeni przewożący osobę, która w Polsce trudniła się prostytucją do pracy w domu publicznym w Niemczech (chciała poprawić swoją sytuację przez podwyższenie zarobków, które jednak nie zostało jej zagwarantowane) nie dopuścili się stosowania wobec tej osoby gróźb, jak również nie zostały wykorzystane przez nich żadne inne formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, bądź też wprowadzenia w błąd, a także nie nadużywali władzy i nie wykorzystywali słabości, oraz nie wręczali ani nie przyjmowali płatności czy też korzyści celem uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą – Sąd uznał, iż takie zachowanie można jedynie kwalifikować jako kuplerstwo z art. 204 § 1 Kodeksu karnego<sup>18</sup>.

Sutenerstwo jest przestępstwem materialnym – zostaje dokonane z chwilą wystąpienia skutku, mianowicie gdy sutener uzyskał korzyść majątkową zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. W tym stanie rzeczy nawet

<sup>9</sup> Warylewski, op.cit., s. 867.

<sup>10</sup> J. Warylewski, [w:] System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, red. J. Warylewski, Warszawa 2016, s. 932.

<sup>11</sup> II KK 251/08, Legalis, nr 214817.

<sup>12</sup> V. Konarska-Wrzosek, [w:] Kodeks karny. Komentarz, red. V. Konarska Wrzosek, Warszawa 2016, s. 937-938.

<sup>13</sup> J. Warylewski [w:] Kodeks Karny. Komentarz, red. R. Stefański, Warszawa 2015, s. 1286.

<sup>14</sup> V. Konarska-Wrzosek, op.cit., s. 938.

<sup>15</sup> II KK 251/08, Legalis nr 214817.

<sup>16</sup> V. Konarska-Wrzosek, op.cit., s. 939.

<sup>17</sup> J. Warylewski, op.cit. Warszawa 2016, s. 933.

<sup>18</sup> II Aka 116/06, Legalis, nr 79129.

wstępne ujęcie zagadnienia prowadzi do wniosku, że sutenerstwo między innymi może polegać na życiu na koszt określonej prostytutki bądź prostytutek, bądź też odbieraniu pieniędzy, które zostały przez nie zarobione, jak również na świadczeniu innych usług na rzecz prostytutki w zamian za otrzymywane korzyści, które niejednokrotnie są stosunkowo wysokie w stosunku do wartości świadczonych usług ze strony sutenera, np. ochrony<sup>19</sup>. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 16 lutego 2012 r. sformułował tezę, że wystarcza w zupełności uzyskanie korzyści majątkowej dla kogoś innego, aby mówić o wypełnieniu znamion z art. 204 § 2 Kodeksu karnego<sup>20</sup>.

Ze względu na rangę przedstawionej problematyki, na marginesie prowadzonych rozważań warto ustosunkować się do prawnokarnej oceny czerpania korzyści majątkowych z zatrudnionych w tzw. agencjach towarzyskich prostytutek świadczących usługi seksualne. A. Marek określa agencje towarzyskie jako szczególną formę ułatwiania prostytucji ze względu na to, iż najczęściej są one zakamuflowanymi domami publicznymi<sup>21</sup>. Warto w tym miejscu również przytoczyć stanowisko wyrażone przez V. Konarską-Wrzošek wskazujące, iż są one swoistą formą pozwalającą na czerpanie korzyści majątkowych z uprawianej prostytucji przez osoby, które „pracują” w agencji, a także ułatwiają świadczenie tych usług<sup>22</sup>. Agencje towarzyskie nie tylko mają demoralizujący wpływ na społeczeństwo, ale źródło z jakiego czerpią dochód – mianowicie uprawianie prostytucji przez inne osoby bezapelacyjnie zasługuje na dezaprobatę ze strony społeczeństwa. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż osoby zajmujące się prowadzeniem agencji towarzyskich nie mogą usprawiedliwiać swojego zachowania powołując się na fakt istnienia innych podobnych domów publicznych, które również czerpią korzyści majątkowe ze świadczenia usług seksualnych przez „zatrudnione” w agencji osoby. W orzecznictwie zwrócono na ten problem uwagę w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2003 r. formułując pogląd, iż „przepis art. 204 § 2 Kodeksu karnego penalizuje fakt czerpania korzyści majątkowej z uprawiania prostytucji przez inną osobę i w tej sytuacji na odpowiedzialność oskarżonego nie może mieć wpływu to, iż istnieją również inne agencje towarzyskie o podobnej praktyce”<sup>23</sup>. Analiza niniejszej kwestii pozwala stwierdzić, iż słusznie Sąd Najwyższy podkreślił brak wpływu na odpowiedzialność oskarżonego istnienia innych, podobnie działających agencji towarzyskich z tego względu, iż osoby świadczące tam usługi seksualne są niejednokrotnie do tego zmuszane, nie mając możliwości wyrażania swego sprzeciwu.

W dalszej części prowadzonych rozważań należy zwrócić uwagę na odmiany kwalifikowane przestępstw eksploatacji prostytucji. Wskazuje na nie bezpośrednio art. 204 § 3 Kodeksu karnego. Karze pozbawienia wolności od roku do 10 lat podlega osoba która w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, będzie nakłania osobę małoletnią do uprawiania prostytucji lub ułatwia bądź ułatwiała osobie małoletniej uprawianie prostytucji. Tej karze będzie podlegał również sprawca czerpiący korzyści z uprawiania prostytucji przez osobę małoletnią. Należy w tym miejscu przypomnieć, iż małoletnim będzie osobą płci żeńskiej lub męskiej, która w chwili nagannego zachowania sprawcy nie ukończyła jeszcze 18 roku życia – nie można bowiem zapomnieć, iż art. 204 § 3 nie wskazuje konkretnej granicy wiekowej, zatem zaostrożona sankcja karna nie będzie dotyczyła eksploatacji prostytucji szesnastoletniej kobiety, która uzyskała pełnoletność wskutek zamążpójścia<sup>24</sup>.

Omawiane przestępstwa w typie podstawowym są zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Na kanwie tych rozważań warto podkreślić, iż zmiana sankcji karnej za te przestępstwa nastąpiła nowelizacją ustawy z 25.05.2014 r.<sup>25</sup> – wcześniej zagrożone były karą pozbawienia wolności od miesiąca do lat 3. Należy zauważyć, iż w wyniku nowelizacji została podniesiona zarówno dolna jak i górna granica ustawowego zagrożenia sankcją karną. W uzasadnieniu przeprowadzonej nowelizacji podnosi się, iż stanowi ona dopełnienie, a zarazem koresponduje z sankcjami, które zostały przewidziane w rozdziale XXV Kodeksu karnego jak również, iż jest podyktowana koniecznością odzwierciedlenia stopnia społecznej szkodliwości czynu, tym samym zapewniając logiczną gradację kar<sup>26</sup>. Ze względu na zastrzeżenia jakie wzbudza swoista skłonność ustawodawcy do ciągłego podnoszenia sankcji karnych należy uznać zaostrożenie omawianej sankcji za nieuzasadnione. To rozwiązanie budzi również zastrzeżenia w literaturze, albowiem podnosi się, że nie zostały wskazane w powołanym uzasadnieniu żadne racjonalne przesłanki, które objaśniałyby modyfikację sankcji w art. 204 Kodeksu karnego – mamy do czynienia z nieustannym zwiększaniem nadmiernej punitivności polskiego wymiaru sprawiedliwości karnej, zamiast obniżania sankcji karnych w całym Kodeksie karnym, co przyczynia się do jeszcze większej niewydolności kary pozbawienia wolności<sup>27</sup>.

Dokonując szczegółowej analizy art. 204 Kodeksu karnego nie sposób pominąć w rozważaniach odniesienia do podmiotu i strony podmiotowej przestępstwa. Przestępstwo stręczycielstwa, kuplerstwa czy sutenerstwa może w zasadzie

<sup>19</sup> V. Konarska-Wrzošek, op.cit., s. 939.

<sup>20</sup> II Aka 15/12, Legalis nr 527954.

<sup>21</sup> A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2011, s. 507.

<sup>22</sup> V. Konarska-Wrzošek, op.cit., s. 939.

<sup>23</sup> III KK 19/03, Legalis nr 87693.

<sup>24</sup> V. Konarska-Wrzošek, op.cit., s. 940.

<sup>25</sup> Dz.U. z 2014r. poz. 538.

<sup>26</sup> J. Waryłewski, op.cit. Warszawa 2016, s. 939.

<sup>27</sup> Ibidem.

popęlnić każdy – jest bowiem przestępstwem powszechnym. Takie osoby w języku potocznym najczęściej określa się mianem „alfonsa”. Jeśli chodzi o stronę podmiotową zarówno nakłaniania jak i ułatwiania prostytucji to niewątpliwie można popełnić je umyślnie. Zarówno kuplerstwo jak i stręczycielstwo może być popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim. Sutenerstwo natomiast może zostać popełnione w zamiarze bezpośrednim jak i ewentualnym – sprawca godzi się na to, że korzyść, którą przyjmuje może pochodzić z prostytucji, mimo że nie ma takiej pewności, jak również wtedy, gdy wie jakie jest źródło korzyści majątkowej, którą otrzymał<sup>28</sup>. Zwrócić należy również uwagę na postać kwalifikowaną tego przestępstwa – sprawca wówczas ponosi odpowiedzialność tylko za zamiar bezpośredni bądź za jedną z dwóch form umyślności (zamiar bezpośredni albo ewentualny). Jednak ze względu na to, iż w art. 204 § 3 Kodeksu karnego mamy do czynienia z osobą małoletnią, może wystąpić swoista wątpliwość co do wieku takiej osoby – zatem w tym kontekście możemy mówić także o zamiarze quasi ewentualnym.

Zagadnieniem, które również zasługuje na uwagę, jest w istocie pytanie o przedmiot ochrony w przypadku art. 204 Kodeksu karnego. W literaturze podkreśla się, iż jest nim obyczajność, gdyż samo nakłanianie bądź ułatwianie prostytucji wyłączając sposoby które znamionują czyn określony w art. 203 Kodeksu karnego nie mogą być uznane za czyny, które godzą w wolność seksualną konkretnej osoby, zasadnie jednocześnie podkreśla się, iż jeśli mamy do czynienia z osobą małoletnią, to nie pozostaje to bez wpływu na jej rozwój psychiczny i fizyczny, zatem mogą być pojmowane jako zachowania, które zostały zwrócone przeciwko wolności seksualnej osoby małoletniej<sup>29</sup>. Warto również zauważyć, iż pojawiają się głosy w doktrynie, które wskazują na porządek publiczny jako na przedmiot ochrony z art. 204 Kodeksu karnego – ma to być ochrona społeczeństwa przed szerzeniem się prostytucji, jednocześnie głosy krytyczne podnoszą, że znaczna część społeczeństwa takiej ochrony przed szerzeniem się prostytucji sobie nie życzy<sup>30</sup>.

Należy również zwrócić uwagę na znaczenie strony przedmiotowej przestępstwa. Istotne jest, że świadczenie usług seksualnych w zamian za korzyści majątkowe nie musi mieć charakteru zawodowego (nie musi stanowić jedynej bądź głównego źródła dochodu)<sup>31</sup>. Usługi seksualnie świadczone osobom tej samej lub odmiennej płci nie muszą się ograniczać wyłącznie do obcowaniu płciowego, gdyż mogą one także obejmować „inne czynności seksualne” w rozumieniu art. 197 Kodeksu karnego<sup>32</sup>. W tym stanie rzeczy nawet wstępne ujęcie zagadnienia czyni koniecznym dokonanie interpretacji znamienia „nakłania” oraz „ułatwia”. Nakłanianie oznacza wpływanie na czyjąś decyzję – zachęta, skłonienie określonej osoby do pewnego zachowania, przekonanie jej do takowego czynu – jednocześnie ustawodawca nie wskazuje jednoznacznie na postać nakłaniania, zatem może ono wiązać się zarówno z obietnicą określonej korzyści, jak również prośbą, przekonywaniem czy też naleganiem<sup>33</sup>. Usiłowanie bliższego wyjaśnienia znamienia czyni zasadnym odwołanie się do art. 18 § 2 Kodeksu karnego, który wskazuje, iż odpowiada za podżeganie, kto chcąc aby inna osoba dokonała czynu zabronionego nakłania ją do tego. Wobec powyższego należy zaznaczyć, iż w przypadku czynu zabronionego, który został określony w art. 204 § 1 Kodeksu karnego ma miejsce nakłanianie do czynu, który, jak zostało podkreślone wcześniej, nie jest zabroniony, zatem w tym przypadku nie można wprost odnosić się do formuły podżegania<sup>34</sup>. Znamię „ułatwia” nieuchronnie prowadzi do interpretacji w świetle art. 18 § 3 Kodeksu karnego, który wskazuje iż odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji; odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie. Należy jednak podkreślić, iż sprawca, który ułatwia innej osobie uprawianie prostytucji przez zaniechanie w rozumieniu przepisu i pomocnictwie, nie będzie ponosił odpowiedzialności z art. 204 § 1 Kodeksu karnego<sup>35</sup>.

W tej płaszczyźnie należy również wskazać na problem korzyści majątkowej, a tym samym zastanowić się, czy jest szkodą w rozumieniu cywilnoprawnym poniesioną przez osoby uprawiające prostytucję. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2015 r. zwrócono uwagę na ten problem podkreślając, iż na gruncie obowiązującego prawa nienależna (niegodziwa) korzyść majątkowa, jaką uzyskują sprawcy przestępstw określonych w art. 204 § 1 i 2 Kodeksu karnego nie jest szkodą poniesioną przez osoby uprawiające prostytucję w rozumieniu cywilnoprawnym<sup>36</sup>. Kodeks karny w art. 115 § 4 wskazuje, że korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogoś innego. W literaturze wskazuje się, że przez korzyść majątkową należy rozumieć każde przysporzenie majątkowe, obniżenie zadłużenia oraz uniknięcie lub zmniejszenie strat – w przypadku art. 204 § 2 Kodeksu karnego należy rozumieć taką korzyść,

<sup>28</sup> Ibidem, s. 935.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 927.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 928.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 929.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 930.

<sup>33</sup> M. Budyn-Kulik, [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz art. 117-221, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 715.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> J. Warylewski, op.cit. Warszawa 2016, s. 933.

<sup>36</sup> IV KK 321/14, Legalis nr 1180615.

która pozostaje w związku z uprawianiem prostytucji, a nie każdą otrzymaną dzięki prostytutce lub od niej korzyść majątkową<sup>37</sup>. P. Daniluk czyniąc rozważania dotyczące nienależnej korzyści majątkowej i osobistej przyjmuje, iż ocena takiej korzyści nie może mieć charakteru moralnego, a jedynie prawnego<sup>38</sup>.

De lege ferenda można spotkać postulaty wskazujące na potrzebę kryminalizacji przydrożnej prostytucji. Ten proceder charakteryzuje się szczególnymi realiami, potęgującymi jej szkodliwy wymiar takimi jak szczególnie trudne warunki – wręcz nieludzkie i zdecydowanie częsty problem przymusowości świadczenia usług seksualnych<sup>39</sup>. R. Krajewski, uzasadniając potrzebę kryminalizacji przydrożnej prostytucji na gruncie poczynionych rozważań, podkreśla negatywne skutki zdrowotne stanowiące szkodliwy wpływ na społeczeństwo między innymi ze względu na skandaliczne warunki sanitarne, w jakich dochodzi do świadczenia tych usług, jak również zagrożenie ruchu drogowego spowodowane przez osoby korzystające z usług, a także niebezpieczeństwo potrącenia prostytutki przez pojazd, gdy znajduje się zbyt blisko jezdni proponując swoją usługę oraz na sprzeczność z obyczajnością, która występuje w stopniu wyższym niż inne postaci prostytucji, między innymi przez to, że prostytutki narzucają swoją obecność osobom, które zdecydowanie mogą sobie tego nie życzyć<sup>40</sup>.

W tej płaszczyźnie interesujący jest problem czy osoby prostytuujące się powinny oddawać państwu zarobione pieniądze, skoro prostytucja stanowi zjawisko powszechne, a prowadzone badania kryminologiczne wskazują, że nie da się jej zlikwidować<sup>41</sup>? Wskazuje się na dwa możliwe rozwiązania, mianowicie całkowity zakaz uprawiania prostytucji i egzekwowanie tego zakazu, albo dokładna regulacja prawna tego zjawiska i traktowanie prostytucji jako zawodu, czego konsekwencją są między innymi obowiązki podatkowe i składkowe<sup>42</sup>.

Reasumując niniejsze rozważania należy zauważyć, iż problematyka przestępstw eksploatacji prostytucji jest istotna z punktu widzenia społecznego ponieważ, zniekształca wartości na których budowane jest społeczeństwo. Wiąże się z nią również fakt, że konsekwencje z przyzwalania na takie zachowania mogą mieć daleko idące skutki, gdyż przyczyniają się w znacznej mierze do niszczenia godności człowieka. Sama prostytucja, mimo, że nie jest w Kodeksie karnym zagrożona pod groźbą kary, zdecydowanie wiąże się z negatywną oceną moralną świadczenia usług seksualnych za pieniądze, gdyżże bez względu na wysokość potencjalnej korzyści majątkowej, nie możemy jej przeciwstawić godności człowieka.

\*\*\*

### The Exploitation of the Prostitution of others

The subject of this study is the analysis of prostitution and problems resulting from actual legal solutions. The aim of the publication is to explain the legitimacy of criminal offenses related to prostitution. Prostitution in the Polish penal system is not a crime, but facilitating, incitement and obtaining material benefits of prostitution is a crime. The author examines legal issues contained in art. 204 Polish Penal Code and judicial decisions which taking to account this problem. In addition was discussed the problem of the impact of prostitution on society. The study focuses on detailed analysis of the constituent elements of article 204 Penal Code, trying to find the answer to the question concerning on basics issues of criminal law theory in the light of article 204.

**Keywords:** Code Penal– judicial decisions – prostitution – punishment

<sup>37</sup> J. Warylewski, op.cit. Warszawa 2016, s. 933.

<sup>38</sup> P. Daniluk, [w:] Kodeks Karny. Komentarz, red. R. Stefański, Warszawa 2015, s. 677.

<sup>39</sup> R. Krajewski, O potrzebie kryminalizacji przydrożnej prostytucji, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9, s. 27.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 33-34.

<sup>41</sup> D. Bunikowski, Czy prostytutki powinny oddać państwu zarobione pieniądze?, „Palestra” 2007 r. nr 3-4, s. 130.

<sup>42</sup> Ibidem.

Andrzej Dzikowski

## ROMA SYBARITICA. DROBIARSTWO JAKO ŹRÓDŁO TOWARÓW LUKSUSOWYCH W CZASACH ANTYCZNEGO RZYMU

### Wstęp

Lista ptaków konsumpcyjnych oraz produktów pochodzenia drobiowego<sup>1</sup>, które gościły na stołach zamożnych Rzymian może być dla dzisiejszego konsumenta imponująca czy wręcz zadziwiająca. Były to gatunki tak egzotyczne dla współczesnych, nawet wysmakowanych podniebień jak pawie, flamingi (czerwoniaki), żurawie, sikorki, figojadki, wróble, dzwońce, dropie, kacyki, turkawki czy drozdy.

Nie wszystkie z wymienionych stanowiły jednak towar luksusowy. Przedmiotem niniejszej pracy jest przedstawienie, na bazie zachowanej literatury o charakterze zarówno literackim, jak też kulinarnym i lekarsko-dietetycznym, kryteriów oraz przesłanek uznawania przez Kwiryków danego rodzaju produktów pochodzenia drobiowego za towary zbyt kosztowne, cechujące się wysoką jakością, w tym jakością organoleptyczną, i jako takie będące przedmiotem pożądania, zazdrości czy nawet oburzenia nadmiernym sybarytyzmem zamożnych konsumentów.

Nie można zapominać, że rzymskie upodobania kulinarne znacznie różniły się od kanonów jakiegokolwiek współczesnej kuchni europejskiej<sup>2</sup>.

### Rzymski luksus – drób i produkty pochodzenia drobiowego

Należy zaznaczyć, iż cecha „luksusowości towaru” jest pojęciem wysoce relatywnym i niestabilnym zarówno w czasie, jak i w przestrzeni. Dla większości mieszkańców Rzymu, niezależnie od rozpatrywanej epoki historycznej, mięso – w tym mięso drobiowe – nie było daniem powszechnie i codziennie dostępnym w jadłospisie i zawsze stanowiło obiekt pożądania<sup>3</sup>. Jego zasoby bowiem, ze względu na niedostateczny rozwój produkcji drobiarskiej, były ograniczone i nie zaspokajały w pełni potencjalnych potrzeb szerokich mas społecznych m.in. w zakresie podaży białka pochodzenia zwierzęcego.

Przepisy z książki kucharskiej przypisywanej Markowi Gawiuszowi Apicjuszowi<sup>4</sup>, żyjącemu za czasów Augusta i Tyberiusza, dowodzą, że spożywane były niemalże wszystkie gatunki ptactwa, jednakże większość z nich – jedynie od święta.

Ze względu na ogromną rozległość terytorium u schyłku Republiki i za czasów cesarstwa, zauważalne były w nim liczne różnice w postrzeganiu danego typu towarów jako luksusowe, wynikające w dużej mierze z terytorialnego zasięgu występowania danych gatunków ptactwa oraz stopnia rozwoju infrastruktury rolniczej na tym terenie. O ile w

<sup>1</sup> W niniejszej pracy pod pojęciem „drobiu” rozumiane są wszelkie gatunki ptactwa będące przedmiotem chowu, tuczu oraz przygotowania kulinarnego i konsumpcji w starożytnym Rzymie, w tym ptactwo domowe i udomowione, ptactwo łowne oraz ptactwo dzikie, chwymane w celu utuczenia go w gospodarstwie. Pod pojęciem „drobiarstwa” rozumiany jest całokształt aktywności ludzkiej dotyczącej się drobiu utrzymywanego w gospodarstwie, w tym jego żywienie i tuczenie, zmierzające do końcowych stadiów, którymi były ubój oraz przygotowanie do spożycia. Również użycie słów „chów” i „hodowla” wymaga wyjaśnienia. W ocenie autora użycie drugiego ze wspomnianych terminów byłoby nieadekwatne do sposobu utrzymania ptactwa w starożytności. Hodowla oznacza bowiem świadomą i ukierunkowaną działalność ludzką zmierzającą do uzyskania założonych cech, w tym pracę nad genetyczną poprawą cech fenotypowych i rzeźnych danego gatunku zwierząt odbywającą się, m.in. poprzez krzyżowanie. Na antyczne rzymskie drobiarstwo należy patrzeć raczej w kontekście chowu niż hodowli. W ramach początkowych stadiów postępującej domestykacji każda występująca przy tym ewentualna zmienność genetyczna oceniona być musi jedynie jako uboczny skutek, a nie efekt planowych i świadomych działań rolników rzymskich. Zob. m.in. *Zootechniczny słownik encyklopedyczny*, red. J. Kielanowski, F. Klocek, J. Kossakowski, J. Kulikowski, W. Turkowska, Z. Wojtatowicz, Warszawa 1965, v. *chów*, s. 85, v. *hodowla*, s. 190-191; A. Mazanowski, *Hodowla i chów gęsi*, Bydgoszcz 2012, ss. 7, 39-60; *Hodowla zwierząt*, red. T. Szulc, Wrocław 2016, ss. 33, 35, 43-84, 413-422 (poprzednie wydania (Wrocław 2005 i 2013 pod tytułem: *Chów i hodowla zwierząt*); E. T. Moran, *Quality of Poultry Meat as Affected by Genetic and Management Factors* [w] *Poultry Meat Quality. Proceedings of the XIII European Symposium on the Quality of Poultry Meat. 21-26.09.1997, Poznań, Poland*, red. J. Kijowski, J. Pikul, Poznań 1997, ss. 31-36. Pod pojęciem „produktów pochodzenia zwierzęcego” rozumiane są wszystkie uzyskiwane od zwierząt surowce: jadalne – mięso, krew i narządy wewnętrzne – oraz niejadalne produkty uboczne, takie jak kości czy pierze. Zob. m.in. *Mięso i przetwory drobiowe*, red. T. Grabowski, J. Kijowski, Warszawa 2004; *Przetwórstwo mięsa drobiu – podstawy biologiczne i technologiczne*, red. T. Smolińska, W. Kopeć, Wrocław 2009.

<sup>2</sup> R. Laurence, *Roman Passions. A History of Pleasure in Imperial Rome*, Londyn – Nowy Jork 2009 – 2010, s. 101-102.

<sup>3</sup> J. E. Brody, *Jane Brody's Nutrition Book*, Nowy Jork 1982, ss. 196–198; J. Dunne, *Nutrition Almanach*, Nowy Jork 1990, s. 243; F. Frost, *Sausage and Meat Preservation in Antiquity*, „Greek, Roman and Byzantine Studies” 1999, nr 40, s. 242; F. Garnsey, *Food and Society in Classical Antiquity*, Cambridge 2002, ss. 16–17; A. Dalby, *Food in the Ancient World from A to Z*, Londyn – Nowy Jork 2003, ss. 213–214; J. P. Alcock, *Food in the Ancient World*, Londyn 2006, s. 64; J. M. Pilcher, *Food in World History*, Nowy Jork 2006, s. 12; J. M. Wilkins, S. Hill, *Food in the Ancient World*, Malden – Oxford 2006, s. 142–164; Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa w okresie pomiędzy II a VII w. w świetle źródeł medycznych* [w] *Byzantina Lodziensia. XIX. Dietetyka i sztuka kulinarna antyku i wczesnego Bizancjum (II–VII w.). II. Pokarm dla ciała i ducha*, red. M. Kokoszko, Łódź 2014, ss. 213-214, 216, wskazuje na glebowe i klimatyczne uwarunkowania tego stanu rzeczy.

<sup>4</sup> Marcus Gavius Apicius, *Libri decem qui dicuntur de re coquinaria et excerpta a vinidario* (dalej: Apic.), żyjący w I wieku n.e. prawdopodobny autor zachowanej do naszych czasów książki kucharskiej. Zob. F. Marchese, *Aspetti della lingua tecnica di Apicio*, „Atti e Memorie dell' Accademia Toscana di scienze e lettere La Colombaria” 1987, nr 38, ss. 9-102; M. E. Milham, *A Glossarial Index to De Re Coquinaria of Apicius*, Madison 1952; R. Baltar Veloso, *Un término médico en Apicio?*, „Emerita” 1974, nr 42, s. 109-110.

Italii czy prowincjach afrykańskich zarówno ptaki dzikie, jak flamingi, występowały powszechnie, a gospodarstwa drobiarskie były stosunkowo liczne, o tyle w dalekiej Brytanii nawet kura była daniem wysoce pożądanym i dostępnym tylko dla elit<sup>5</sup>.

W kuchni rzymskiej występowały także różnice wynikające z upływu czasu. W czasach Republiki, na mocy *lex Fannia*<sup>6</sup> z około 162-161 r. p.n.e., za potrawy nadmiernie zbytkowne uznane zostały tuczone kury.

O ile jednak dla prostych Rzymian sprzed epoki wielkich podbojów, dla ludzi ubogich czy dla mieszkańców odległych, północnych prowincji każdy rodzaj mięsa, w tym mięsa drobiowego, był *sui generis* luksusem, o tyle przedmiotem rozważań tej pracy są jedynie te produkty pochodzenia drobiowego, które nawet przez zamożnych Rzymian uznawane były za wyjątkowo drogie, rzadkie czy nawet ekstrawaganckie.

### Kryteria uznania ptactwa za towar luksusowy

Możliwe do wyróżnienia są trzy czynniki decydujące o klasyfikacji luksusowych produktów drobiarskich w antycznym Rzymie:

1. rzadkość występowania uwarunkowana terytorialnym zasięgiem danego gatunku drobiu;
2. wkład pieniężny i wysiłek poświęcony na złowienie i sprowadzenie zwierzęcia dzikiego i na jego ewentualne utuczenie bądź na chów i tucz ptaków udomowionych;
3. trudności w przygotowaniu na stół, użycie kosztownych dodatków, a także uzyskany skutek zabiegów kucharskich wygląd – nietypowy i zaskakujący dla zaproszonych na ucztę gości<sup>7</sup>.

Na podstawie pism medycznych i dietetycznych autorstwa, m.in. Galena<sup>8</sup>, Orybazjusza<sup>9</sup> czy późniejszych, bizantyńskich pisarzy<sup>10</sup> Aecjusza z Amidy<sup>11</sup> i Pawła Eginety<sup>12</sup>, stwierdzić należy, że kryterium takim nie była zazwyczaj ani zdrowotna, ani dietetyczna przydatność<sup>13</sup> danego rodzaju mięsa bądź podrobów, ani też jego szczególne, wybijające się na tle innych produktów podobnych, walory smakowe.

Za przykład wyjątku od przedstawionej powyżej reguły służyć może mięso lutniczek<sup>14</sup>, które było towarem luksusowym ze względu na jego pożywność i lekkostrawność.

Wspomniani pisarze<sup>15</sup> wyodrębniali mięso drobiowe spośród innych rodzajów tego surowca i opisywali je z punktu widzenia przydatności kulinarnej, dietetycznej i medycznej.

Biorąc za podstawę podziału przyjęte w niniejszej pracy kryterium rzadkości występowania i egzotyczności pochodzenia, za ptactwo luksusowe uznane zostać mogły: strusie, pawie, papugi, a także bażanty czy żurawie oraz flamingi. Dla tych ostatnich klasyfikacja powyższa była aktualna jedynie w początkowym okresie rozwoju kuchni rzymskiej. Już w czasach Seneki Młodszego<sup>16</sup> i Witeliusza<sup>17</sup>, a więc w połowie I wieku n.e., występowały one tak powszechnie, że nie uznawano ich za towar rzadki, w przeciwieństwie do czasów wcześniejszych. Nie wpływało to jednak znacząco na finalną

<sup>5</sup> H. E. M. Cool, *Eating and Drinking in Roman Britain*, Cambridge 2006, ss. 99-100.

<sup>6</sup> Nie zachował się do naszych czasów tekst tej ustawy, będącej jedną z *leges sumptuariae*, lecz jedynie późniejsze wzmianki: Pliniusza St., ur. 23, zm. 79 r. n.e. (Gaius Plinius Secundus Maior, *Naturalis historia* 10.71.139-140; dalej: Plin., *Nat.*); działającego w II poł. II wieku n.e. Aulusa Gelliusza (Gell., *Noctes Atticae* 2.24); oraz żyjącego na przeł. IV-V wieku n.e. Makrobiusza (Ambrosius Theodosius Macrobius, *Saturnalia* 3.17.5o; dalej: Macr., *Sat.*).

<sup>7</sup> R. Laurence, *Roman Passions...*, *op. cit.*, s. 108.

<sup>8</sup> Claudius Galenus, ur. ok. 130, zm. 200 r. n.e., uznawany w starożytności za największy autorytet medyczny.

<sup>9</sup> Oribasios, ur. 325, zm. 403 r. n.e., nadworny lekarz Juliana Apostaty, kompilator i encyklopedysta.

<sup>10</sup> Wykorzystanie w niniejszej pracy źródeł bizantyńskich jest uprawnione ze względu na fakt, iż, po pierwsze, prace autorów z VI i VII wieku n.e. stanowią bezpośrednią kontynuację i reinterpretację myśli greckiej i rzymskiej w zakresie dietetyki i medycyny (zob. M. Kokoszko, K. Jagusiak, Z. Rzeźnicka, *Wstęp. Dietetyka, farmakologia i sztuka kulinarna w źródłach medycznych (II-VII w.)* [w] *Byzantina Lodziensia. XIX. Dietetyka i sztuka kulinarna antyku i wczesnego Bizancjum (II-VIII w.)*, II. *Pokarm dla ciała i ducha*, red. M. Kokoszko, Łódź 2014, ss. 60-63; Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 216-218 wraz z przyp.); po drugie, zarówno w czasach Republiki, niepodzielonego cesarstwa rzymskiego, a także po upadku cesarstwa zachodniego, produkcja mięsa drobiowego oraz jego spożycie podlegały niezmiernie podobnym zasadom, a wahania takie jak, np. intensyfikacja chowu ptactwa w I wieku p.n.e. czy wprowadzenie przydomowego chowu świń zamiast ich wypasania (Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 215), nie wpływają na ogólną ocenę produkcji mięsa w wymienionych okresach starożytności.

<sup>11</sup> Aetius Amidenus, Aecjusz z Amidy, żył V-VI wiek n.e., lekarz i pisarz, prawdopodobnie chrześcijanin, autor *Aetii Amideni libri medicinales I-VIII* (dalej: Aecjusz).

<sup>12</sup> Paulus Aegineta, Paweł Egineta, Paweł z Eginety, ur. ok. 625, zm. ok. 690 r. n.e., lekarz, chirurg, encyklopedysta, jego spuścizna zawarta w *Epitomes iatrikes biblio hepta (Epitomae medicae libri septem)* przetrwała za pośrednictwem arabskim (dalej: Egineta).

<sup>13</sup> Na temat starożytnego rozumienia dietetyki oraz medycznej roli pokarmów, a także historycznego rozwoju poglądów, poczynając od Hipokratesa, przez Galena i Orybazjusza, aż po Aecjusza z Amidy i Pawła z Eginety, zob. M. Kokoszko, K. Jagusiak, Z. Rzeźnicka, *Wstęp...*, *op. cit.*, ss. 55-66, wraz z przyp.

<sup>14</sup> J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, s. 75.

<sup>15</sup> Galen, *De alimentorum facultatibus libri tres* 700.4-708.6, 703.12-705.14 (dalej: Galen, *Aliment.*); Orybazjusz, *Oribasii collectionum medicarum reliquiae* 2.42.1.1-45.7.4 (dalej: Orybazjusz, *Coll. med.*); Egineta 1.82.1.1-83.1.9.

<sup>16</sup> Lucius Annaeus Seneca Minor, *Epistulae morales ad Lucilium* 110.12 (dalej: Sen., *Epist.*); Seneka Młodszy zw. Filozofem, ur. ok. 4 r. p.n.e., zm. 65 r. n.e.

<sup>17</sup> Gaius Suetonius Tranquillus, *Vitellius* 13 (dalej: Suet., *Vit.*); Witeliusz – *Aulus Vitellius Germanicus* – cesarz, ur. 15, zm. 69 r. n.e.

ocenę tuszek flamingów jako wiktuałów luksusowych – wymagały one bowiem specjalnego przygotowania kulinarnego<sup>18</sup> i były daniem o spektakularnym wyglądzie, a ich jęczyczki były potrawą godną najbardziej wystawnych uczt<sup>19</sup>.

Ze względu na wkład człowieka w złowienie oraz chów i przygotowanie ptaków przed ubojem oraz ich spożyciem, wyróżnić należy trzy – częściowo się pokrywające – grupy awifauny: 1. ptactwo łowne; 2. ptactwo dzikie, utrzymywane i tuczone w gospodarstwie; 3. ptactwo udomowione. Każda z wymienionych grup podzielona być może na gatunki luksusowe i pozostałe. Klasyfikacja ta przedstawia się następująco:

Pierwszą grupą, która poddana zostanie rozważaniom jest ptactwo łowne, to jest ptaki dzikie, ubijane podczas polowania, bądź łowione ze środowiska naturalnego i w krótkim czasie poddawane ubojowi. W ramach tej grupy do zwierząt luksusowych zaliczyć można<sup>20</sup>:

- bażanty,
- bociany,
- flamingi (czerwonaki),
- lutniczki,
- łabędzie,
- strusie,
- papugi,
- żurawie.

Strusie bywały spożywane niezmiernie rzadko ze względu na wysokie koszty i znaczną odległość od terenów ich naturalnego zasięgu występowania<sup>21</sup>. Podobnie rzadko i ze względów raczej estetycznych i snobistycznych, niż kulinarnych, spożywano mięso łabędzi.

Należy pamiętać, że ptactwo łowne było nie tylko wykwintnym daniem najzamożniejszych sfer, ale też pokarmem ludów podbitych, w tym Celtów i Germanów, oraz łatwym źródłem zdobycia pożywienia w czasach głodu i zarazy<sup>22</sup>.

Kolejną grupą drobiu, którą można wyróżnić na podstawie kryterium wkładu człowieka w pozyskanie mięsa i podrobów drobiowych, stanowiło ptactwo dzikie, utrzymywane i tuczone w gospodarstwie<sup>23</sup>, a mianowicie stosunkowo często spożywane ptactwo luksusowe:

- drozdy,
- turkawki,

oraz pojawiające się rzadziej w jadłospisie:

- bażanty,
- żurawie.

W skład trzeciej z wyróżnionych grup wchodziły przedstawiciele gatunków, w przypadku których największy był wkład człowieka w ich chów i utrzymanie – ptaki udomowione, a więc stale przebywające w gospodarstwie i pozostające przez całe życie pod kontrolą człowieka, który zapewniał im wszelkie środki niezbędne do życia. Przedmiotem pożądania wyrafinowanych rzymskich podniebień były<sup>24</sup>:

- bażanty<sup>25</sup>,
- gęsi tuczone w celu stłuszczenia wątroby,
- kury, koguty i kapłony tuczone,
- pawie<sup>26</sup>.

Kolejnym kryterium dającym się wyróżnić jest cecha nietypowego wyglądu dania. Przykładanie dużej wagi do wyglądu potraw, które olśnić miały goście zaproszonych na ucztę, było przejawem snobizmu elit rzymskich, stanowiło bowiem doskonały środek do manifestacji zasobności finansowej i rozrzutności wyprawiającego wieczerze<sup>27</sup>.

<sup>18</sup> Apic. 6.6.

<sup>19</sup> Plin., *Nat.* 10.133; Sen., *Epist.* 110.12; Suet., *Vit.* 13; R. Laurence, *Roman Passions...*, *op. cit.*, s. 107.

<sup>20</sup> Pozostałe gatunki ptactwa łownego konsumowanego przez Rzymian to: bekasy, biegusy, dropie, dzikie gęsi, dzikie gołębie grzywacze, dzikie kaczki, dzwońce, figojadki, jarzabki (kury numidyjskie), kacyki, kosy, kuropatwy, kwiczoły, łyski, perliczki, pliszki, przepiórki, słonki, sikorki, wróble.

<sup>21</sup> J. M. C. Toynbee, *Animals...*, *op. cit.*, ss. 237-240; Apicjusz podaje jednak wiele przepisów na potrawy z nich przyrządzone: Apic. 6.1.1-2, 6.2.2-6.

<sup>22</sup> Jak zauważyła J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, s. 70; do podobnych wniosków, w odniesieniu do mięsa ssaków, doszła Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 218-219.

<sup>23</sup> Pozostałe gatunki drobiu zaliczające się do omawianej grupy to: cyranki, gołębie, jarzabki (kury numidyjskie), kaczki, kuropatwy, kwiczoły, łyski, przepiórki. Kaczki, a także gołębie i – na zdecydowanie mniejszą skalę – żurawie bywały czasem utrzymywane w gospodarstwach po złowieniu ich z biotopu naturalnego, zob. Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 305.

<sup>24</sup> Zaznaczyć należy, że powszechniej spożywano: gęsi, gołębie udomowione, jarzabki (kury numidyjskie), kury, perliczki.

<sup>25</sup> W późnym antyku, zob. Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 339.

<sup>26</sup> Utrzymywane głównie ze względów estetycznych oraz dla uzyskania jaj, a na niewielką skalę – na mięso.

<sup>27</sup> Spożywanie przez sybaryckich, czy wręcz „zdegenerowanych kulinarnie”, Rzymian potraw takich jak słowicze jęczyczki czy też mózgi flamingów nie znajduje potwierdzenia źródłowego (zob. J. E. Pickstone, *Roman Cookery*, „Greece & Rome” 1935, nr. 4.12, s. 169). Nie znaczy to jednak, że ucztę rzymskie nie bywały

Luksusowe mogło być nie tylko całe zwierzę – czyli w istocie pieczona bądź gotowana tuszka drobiowa<sup>28</sup>, lecz także niewielki jego fragment, w tym narząd wewnętrzny, np. stłuszczona wątroba<sup>29</sup>.

Galen<sup>30</sup> zalecał – ze względu na smakowitość – spożywanie mięsa ssaków jedynie przełomie wiosny i lata. Mięso drobiowe jadane było głównie w okresie jesienno – zimowym<sup>31</sup>. Powszechnie jadano albo zwierzęta młode, albo stare, które zakończyły już swój okres przydatności reprodukcyjnej. Największym luksusem były duże, dorodne i dobrze utuczone zwierzęta w sile wieku<sup>32</sup>, bowiem ubijając je poświęcano jednocześnie ich potencjalny przyszły przychówek<sup>33</sup>.

### Chów ptactwa

Rolnictwo było najważniejszym typem aktywności ludzkiej społeczności starożytności śródziemnomorskiej<sup>34</sup>, dominującą jego częścią była uprawa roli, na drugim miejscu plasowało się utrzymywanie zwierząt.

Szczegółowe opisy pożądanych cech danego gatunku ptactwa, a także infrastruktury niezbędnej do ich utrzymania oraz sposobu żywienia, zawierają traktaty agrarne Marka Porcjusza Katona Cenzora<sup>35</sup>, Marka Terencjusza Warrona Reatyńczyka<sup>36</sup> oraz Lucjusza Juniusza Moderatusa Kolumelli<sup>37</sup>.

W czasach Republiki następował stopniowy rozwój produkcji drobiarskiej, która – pozostając nadal w dużej mierze *villatica pastio*, chowem podwórkowym – nabierała cech niezwykle zbliżonych do współczesnego, uprzemysłowionego chowu wielkostadnego i wielkotowarowego. Rozkwit drobiarstwa rzymskiego nastąpił około połowy I wieku p.n.e., to jest na około trzy dekady przed powstaniem Warronowych *Rerum rusticarum libri tres*. Procesy intensyfikacji i specjalizacji w utrzymywaniu drobiu w gospodarstwach podmiejskich (*praedia suburbana*<sup>38</sup>) oddalonych o kilka bądź kilkanaście kilometrów od Rzymu, rozwinęły się do niespotykanych wcześniej rozmiarów<sup>39</sup>. W początkach Cesarstwa zdobyte szeroko pojętej agrykultury italskiej, punickiej<sup>40</sup> i egipskiej, w tym odnoszące się do chowu awifauny, zostały rozprze-strzenione na prowincje leżące w Galii i na Półwyspie Iberyjskim. Zaplecze rolno-spożywcze większości miast stanowiły ich najbliższe okolice<sup>41</sup>, a przede wszystkim zwierzęta egzotyczne były sprowadzane na stoły warstw najbogatszych.

Ornitotrofia (chów ptactwa) była bardzo opłacalna<sup>42</sup>, po części ze względu na to, iż prowadzona była w ramach formacji niewolniczej<sup>43</sup>. Co prawda wymagała ona wielu nakładów, takich jak budowa pomieszczeń inwentarskich czy

---

przesadnie wystawne i nadmiernie obfite. Najślawniejszym opisem rzymskiego posiłku jest karykaturalna *Uczta Trymalchiona* autorstwa Petroniusza zw. Arbitrem elegancji, ur. 27, zm. 66 r. n.e. (Gaius Petronius, *Satiricon* 26-78; dalej: Petron., *Sat.*), na której nie zabrakło drobiu, m.in. figojadek ukrytych w skorupie sztucznych jaj czy żywych ptaków we wnętrzu pieczonych świń.

<sup>28</sup> Zarówno sama w sobie, jak i ta występująca pod przybraniem ze wspaniałych pawich piór wraz z tzw. ogonem.

<sup>29</sup> Por. M. Kowalewska, *Kwestia (nie)smaku. Foie gras – kontrowersyjny delikates i równie kontrowersyjne metody walki z jego producentami*, „Kultura popularna” 2014, nr 4 (42), s. 53, która wskazuje na antyczne pochodzenie współczesnego *foie gras*.

<sup>30</sup> Galen, *Aliment*. 665.6-666.3.

<sup>31</sup> Rufus z Efezu zacytowany przez Orybazjusza, *Coll. med.* 1.3.1.1-7.2. Spośród drobiu jesienią za najsmaczniejsze uważane było mięso jarząbków, sikorek, figojadek, dzwońców, przepiórek, turkawek, a zimą – kosów, drozdów i gołębi. Odradzano jedzenie zimą mięsa udomowionych kur. Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 221 widzi w tym dowód na suplementację diety ptactwem dzikim, a więc niewymagającym utrzymywania w gospodarstwie, w okresie niedoboru pokarmu dla ludzi i zwierząt udomowionych. Należy do jej rozważań dodać, iż wskazana przez Rufusa prawidłowość ma również swe źródło w fizjologii ptaków i gromadzeniu przez nie zapasów energetycznych na okres zimy, co wpływa na zmianę składu tkanek ciała, zwłaszcza mięśniowej i tłuszczowej, i wzajemnego ich stosunku wpływającego na soczystość, kruchość i marmurkowość mięsa, oraz że do dziś jest ona obserwowana nie tylko w odniesieniu do ptactwa dzikiego, łownego, lecz także w stosunku do udomowionych od tysięcy lat gęsi.

<sup>32</sup> Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 223-224.

<sup>33</sup> Zwierzęta niebędące towarzyszącymi ani pracującymi traktowane były przez Rzymian w dużej mierze jako osobniki rozplodowe, a ilość i jakość ich miotów oraz zdolność do ich odchowania stanowiły o użyteczności gospodarczej i dochodach uzyskanych z utrzymywania danej sztuki, zob. m.in. Warron 2.4.3-4, 3.9.4-6, 3.9.19.

<sup>34</sup> M. Hammond, *Economic Stagnation in the Early Roman Empire*, „Journal of Economic History”, suplement „The Tasks of Economic History” 1946, nr 6, ss. 63-90.

<sup>35</sup> Marcus Porcius Cato Censorius, *De agri cultura (De re rustica)*, dalej: Cato, *Agr.*; Katon Starszy, ur. 234, zm. 149 r. p.n.e., mówca, polityk i pisarz.

<sup>36</sup> Marcus Terentius Varro Reatinus, *Rerum rusticarum libri tres* 3.5 (dalej: Varro, *Rust.*); Warron (ur. 116, zm. 27 r. p.n.e.) napisał swój dialog w typie arystotelesjskim ok. 37 r. p.n.e., w ks. trzeciej jako pierwszy w historii opisał chów towarowy ptactwa. Por. A. W. van Buren, R. M. Kennedy, *Varro's Aviary at Casinum*, „Journal of Roman Studies” 1919, nr 9, ss. 59-66; Ch. desANGES, G. Seure, *La volière de Varron*, „Revue de Philologie” 1932, nr 6, ss. 217-290; G. Fuchs, *Varros Vogelhaus bei Casinum*, „Römische Mitteilungen” 1962, ss. 96-105.

<sup>37</sup> Lucius Junius Moderatus Columella, *De re rustica* (dalej: Colum.); Kolumella (ur. ok. 4, zm. 70 r. n.e.) jest autorem najobszerniejszego zachowanego traktatu agrarnego.

<sup>38</sup> J. Kolendo, *Praedia suburbana e loro redditività [w] Landuse in the Roman Empire*, red. J. Carlsen, Rzym 1994, ss. 59-71.

<sup>39</sup> Chowano wówczas i tuczono nie tylko kury, gęsi i turkawki, jak miało to miejsce już za czasów Katona Starszego, lecz także drozdy, gołębie czy pawie.

<sup>40</sup> Cenionym przez starożytnych Rzymian badaczem kartagińskim w zakresie nauk rolnych był Magon, którego niezachowana dwudziestoosmiotowa encyklopedia, po jej przetłumaczeniu na język łaciński, stanowiła bazę do dalszego rozwoju nauki i praktyki rzymskiej. Por. M. Makowiecka, M. Skibniewski, M. Kupczyńska, E. Skibniewska, K. Barszcz, *Wybrane zagadnienia z historii leczenia zwierząt w czasach starożytnych [w] Dawna medycyna i weterynaria. Pacjent*, red. M. Z. Felsmann, J. Szarek, M. Felsmann, Chełmno 2011, s. 331.

<sup>41</sup> Por. P. Filipczak, *Apropowizacja Antiochii nad Orontesem w czasach cesarstwa rzymskiego. Status quaestionis [w] Byzantina Lodziensia. XIX. Dietetyka i sztuka kulinarna antyku i wczesnego Bizancjum (II-VII w.). II. Pokarm dla ciała i ducha*, red. M. Kokoszko, Łódź 2014, s. 32.

<sup>42</sup> Varro, *Rust.* 3.6.1, 3.6.3, 3.6.6, 3.7.10, 3.7.11, 3.8.3, 3.9.2, 3.9.18; Colum. 8.1.2, 8.2.1, 8.4.6, 8.5.9, 8.7.5, 8.8.1, 8.8.9, 8.10.6, 8.13.3.

<sup>43</sup> W niektórych przypadkach wykorzystywanie pracy niewolników mogło zwiększać koszty produkcji, Kolumella (Colum. 8.10.3-4) odradzał używania niewolników żujących paszę dla drozdów ze względu na wysokie wydatki na ich utrzymanie oraz fakt, iż zjadali oni dużą część przygotowanych dla ptaków fig.



wyżywienie zwierząt, zwracały się one jednak z nawiązką – produktami bowiem były nie tylko wysokiej jakości mięso i podroby, lecz także jaja, krew, pierze czy pomiot.

Tematyką ósmej księgi *De re rustica* Kolumelli oraz trzeciej księgi *Rerum rusticarum...* Warrona jest, w znacznej części, podwórzowy chów drobiu. Najważniejszymi cechami świadczącymi o gospodarczej użyteczności i opłacalności utrzymywania ptaków były, podobnie jak obecnie, ich mięsność i nieśność.

Traktaty agrarne są szczegółowymi poradnikami chowu poszczególnych gatunków drobiu, odnoszącymi się do właściwej konstrukcji pomieszczeń inwentarskich (ptaszarni, woliery), dostosowanych do specyfiki danego gatunku i do właściwego z nimi postępowania.

Za przykład takich zaleceń służyć może fragment *De re rustica* Kolumelli traktujący o chowie kur<sup>44</sup>, bowiem był to podstawowy gatunek drobiu domowego, a jego konstrukcja stanowiła punkt odniesienia dla zasad budowy pomieszczeń dla innych gatunków. Zdaniem tego autora, kurniki powinno się lokalizować na osi północ-południe, z fasadą zwróconą ku wschodowi i z paleniskiem odymiającym ptaki. Pisarz opisuje dokładne wymiary każdego z trzech pomieszczeń, otworów drzwiowych i okiennych oraz konstrukcję drewnianych grzęd (*tabulata*)<sup>45</sup>, dzielących pomieszczenia na dwie części, i gniazd wydrążonych w ścianach, z uwzględnieniem przeznaczenia każdego z elementów kurnika. Przytoczone są także standardy urządzenia podwórza – wybiegu dla ptaków, jak również konstrukcji poideł<sup>46</sup>.

Drozdy<sup>47</sup> wymagały do swego utrzymania miejsc słonecznych i zabezpieczonych, ale – w przeciwieństwie do gołębi, które potrzebowały nisz w ścianach bądź półek z ustawionymi na nich gniazdami (drewnianymi, glinianymi) – trzeba było zapewnić im dostatek poziomych tyczek rozciągniętych między ścianami i pełniących rolę grzęd służących do odpoczynku.

Podobnie szczegółowy opis pomieszczeń dla utrzymania turkawek zawarty w dziele Warrona<sup>48</sup> jest świadectwem powszechnego ich chowu. I tu skonstrastowane zostało urządzenie ptaszarni z wyglądem gołębnika, zalecając umieszczenie na ścianach półek bądź kołków pokrytych plecionymi matami.

Inne zasady kierowały chowem pawi<sup>49</sup>. Optymalnym rozwiązaniem był chów wolnowybiegowy na zalesionych wysepkach morskich, zaś w przypadkach, gdy było to niemożliwe – na zadrzewionych, ogrodzonych wybiegach dużych rozmiarów, będących namiastką środowiska naturalnego. Przy płotach budowano zadaszenia oraz kurniki, a także ustawiano kojce z trzciny. W pomieszczeniach znajdowały się ruchome konstrukcje z drewnianych żerdzi. Ptaszarnia dla pawi winna cechować się szczególną czystością<sup>50</sup>.

Przytoczone jako przykładowe opisy pełne są praktycznych spostrzeżeń i porad odnoszących się do behawioru ptaków oraz do zapewnienia im jak najwyższych standardów bytowania, gdyż tylko ptaki zdrowe, zabezpieczone od ataków szkodników i drapieżników, i wolne od technopatii<sup>51</sup> są w stanie przynieść gospodarzowi najlepsze efekty produkcyjne.

Luksusowy charakter ptactwa utrzymywanego przez człowieka wynikał, w znacznej mierze, z warunków w jakich drób był utrzymywany oraz długości okresu chowu. Na wielkość kosztów chowu składały się środki poniesione na, m.in. budowę i amortyzację pomieszczeń inwentarskich, produkcję, transport i przechowywanie paszy oraz utrzymanie niewolników pracujących w kurnikach. Im dłuższy był okres utrzymywania ptaków, tym więcej wydać musiał ich właściciel i tym większa była cena, jaką chciał uzyskać z ich sprzedaży.

## Tucz

Nie wystarczy zapewnić ptactwu jedynie optymalnych pomieszczeń gospodarskich, niezbędne jest także jego odpowiednie żywienie. W ramach tej dziedziny drobiarstwa wyodrębnić można dwa typy karmienia: żywienie zwykłe oraz tucz. Żywienie winno jednocześnie zapewnić jak najszybsze i jak najefektywniejsze przyrosty, a także być ekonomicznie opłacalne. Wprowadzenie do praktyki gospodarczej tuczu stanowiło często o uzyskaniu drobiu luksusowego, ponieważ generowało bardzo duże koszty, które pokryć mogli jedynie najbogatsi. Tucz zmieniał cechy mięsa i narządów wewnętrznych, sprawiając, że było ono chętniej spożywane przez konsumentów. Ten sposób żywienia omówiony zostanie w dalszej części pracy.

<sup>44</sup> *Ibid.* 8.3.

<sup>45</sup> *Ibid.* 8.3.3, 8.3.6-7.

<sup>46</sup> *Ibid.* 8.3.8-9.

<sup>47</sup> *Ibid.* 8.10.2.

<sup>48</sup> Varro, *Rust.* 3.8.1-2.

<sup>49</sup> Colum. 8.11.1-4.

<sup>50</sup> Varro, *Rust.* 3.6.4-5.

<sup>51</sup> Technopatie – choroby zwierząt, w tym urazy, wywołane warunkami bytowymi wytworzonymi przez człowieka, w warunkach naturalnych nie występują. Por. L. Nawrocki, *Systemy utrzymania zwierząt a jakość surowców do produkcji żywności*, Opole 2015.

Już w starożytności zauważono, że ruch zwierząt nie sprzyja przyrostom masy ciała, trzymano je więc w zamknięciu, w ciemności, a niekiedy uciekano się do metod<sup>52</sup> mających na celu ograniczenie ruchu ptaków, takich jak: zaszywanie powiek<sup>53</sup>, krępowanie bądź trzymanie w skrzynkach uniemożliwiających ruch, zaopatrzonych jedynie w otwory do karmienia oraz do odprowadzania pomiotu<sup>54</sup>.

W początkowym okresie rzymskiego spożywania drobiu luksusowego przedmiotem pożądania były najpowszechniejsze ziarnojady grzebiące – kury domowe<sup>55</sup>. Były one powszechnie tuczone<sup>56</sup> mąką jęczmienną, zacierkami, mąką jęczmienną opryskaną wodą z miodem, kluskami jęczmiennymi, kluskami z jęczmienia, kąkolą i siemieniem lnianego, namoczonymi w osłodzonej miodem wodzie (*hydrómeli*) bądź chlebem namoczonym w wodzie z dodatkiem wina<sup>57</sup>. Praktykowano to do czasu ustawowego zakazu wprowadzonego przez *lex Fannia*, który jednak obejmował jedynie samice, w tym zapewne również pulardy – wówczas upowszechnił się tucz kogutów<sup>58</sup> i samców „kapłonowanych” przez obcięcie ostróg<sup>59</sup>. Przepis ten jednak pozostał martwą literą<sup>60</sup>.

Dłuższe<sup>61</sup> tradycje miał chów gęsi<sup>62</sup>, w tym tucz doprowadzający do patologicznego stłuszczenia wątroby<sup>63</sup>. Osiągano je poprzez wielokrotne w ciągu doby karmienie gęsi mąką i kaszą jęczmienną oraz namoczonymi figami, ze stałym dostępem do wody pitnej (ze względu na specyfikę odżywiania się tego gatunku ptactwa); podawano im także *hydrómeli*, ziarna pszenicy i jęczmienia, zacierki z zaczynu, zbożowe placki czy wreszcie serwatkę.

Powodzeniem cieszyły się również turkawki, a zwłaszcza ich pisklęta, które tuczone były pszenicą w okresie żniwnym i wówczas przynosiły ze swego utrzymania i sprzedaży najwyższy dochód<sup>64</sup>.

Wysoce cenione przez rzymskich smakoszy było mięso drożdów<sup>65</sup>. Kolumella<sup>66</sup> podkreślał, że ptaki te wymagają szczególnie dużo uwagi i pracy – winny być tuczone w ich macierzystej okolicy, w której zostały złowione, oraz oszwajane przy pomocy osobników starych, przyzwyczajonych do stanu niewoli. W swojej pracy zawarł on także opis sposobu żywienia przy pomocy niewolników przeżuwiających figi<sup>67</sup>. Znamienne są słowa opisujące nieustający wzrost cen skupu drożdów ze względu na pomnażanie się luksusy: *At nunc aetatis nostrae luxuria cottidiana fecit haec pretia, propter quae ne rusticis quidem contemnendus sit hic reditus*<sup>68</sup>.

Zdaniem Warrona<sup>69</sup> pawie powinny paść się na polach i żywić zbożem, zwłaszcza jęczmieniem, ciężko jest uznać tę formę żywienia za tucz.

Ptaki dzikie, np. żurawie<sup>70</sup> czy bażanty<sup>71</sup>, niekiedy były trzymane w bogatych posiadłościach wiejskich w celu ich tuczu, jednak była to działalność marginalna.

Tuczenie zwierząt stanowiło niejednokrotnie o ich luksusowym charakterze. Nie było to jedynie zapewnienie im paszy w ilości niezbędnej do prawidłowego i efektywnego wzrostu, lecz żywienie nadmierne i ukierunkowane. Miało

<sup>52</sup> Wysoce niehumanitarnych z punktu widzenia dzisiejszej etologii i behawiorystyki, por. *Zwierzę gospodarskie w aspekcie bioetycznym i technologicznym*, red. Cz. Puchalski, M. Twardowski, Rzeszów 2015.

<sup>53</sup> Plutarch, *De esu carniū* [w] *Moralia* 2.97a; Plutarch z Cheronei, ur. ok. 50, zm. ok. 125 r. n.e., historyk, filozof, pisarz.

<sup>54</sup> Colum. 8.7.1-2, 8.14.11.

<sup>55</sup> Varro, *Rust.* 3.9; Colum. 8.1-7; szczegółowy opis kurnika – Colum. 8.3.

<sup>56</sup> Palmę pierwszeństwa w tej materii Rzymianie przypisywali mieszkańcom Delos, zob. Varro, *Rust.* 3.9.2; Colum. 8.2.4; Plin., *Nat.* 10.71.139; A. Dalby, *Empire of Pleasures. Luxury and Indulgence in the Roman World*, Londyn – Nowy Jork 2000, s. 149; *Id.*, *Food...*, ss. 83–84; W. G. Arnott, *Birds in the Ancient World from A to Z*, Londyn – Nowy Jork 2007, s. 17.

<sup>57</sup> Cato, *Agr.* 89; Varro, *Rust.* 3.9.20-21; Kolumella opisał zarówno zwykłe żywienie kur, jak i ich tuczenie, zalecając – ze względów ekonomicznego zysku dla rolnika – na najlepsze uczy wybierać największe ptaki, tłuste i pulchne (warunki tuczu – Colum. 8.7.1-2, karmienie – Colum. 8.7.3-5).

<sup>58</sup> Plin., *Nat.* 10.71.139-140.

<sup>59</sup> Prawdziwa kaptonizacja – czyli kastracja kogutów – wymaga otwarcia jamy ciała i usunięcia jąder.

<sup>60</sup> Gaius Plinius Caecilius Secundus Minor, *Epigrammata* 5.21.4 (dalej: Plin., *Epigram.*); Pliniusz Młodszy, ur. ok. 61, zm. 113 r. n.e., epistolograf. Zob. J. Carcopino, *Daily Life in Ancient Rome. The People and the City at the Height of the Empire*, Londyn 1941, s. 273.

<sup>61</sup> O czym pisali, m.in. F. E. Zeuner, *A History...*, *op. cit.*, ss. 466–467; A. Dalby, *Food...*, *op. cit.*, s. 161; J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, s. 72; J. M. C. Toynbee, *Animals in Roman Life and Art*, Barnsley 2013, s. 261; Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 306, 320.

<sup>62</sup> Zwykłą paszą dla gęsi była cykoria endywia, jęczmień, wyka siewna, koniczyna, kozieradka, sałata (Varro, *Rust.* 3.10.5-6). Najpełniejszy opis chowu gęsi znajduje się u Kolumelli 8.14 (o tuczu traktuje fragment Colum. 8.14.11). O tuczonych gęsiach wspominali, m.in. Homer, *Odyseia* 19.536-537, oraz żyjący na przełomie II-III wieku n.e. Atenajos z Naukratis, *Athenaei Naucratis dipnosophistarum libri XV* 9.384 a-c (32, 1-30), 9.384 c (32, 25-26), (dalej: Atenajos).

<sup>63</sup> Galen, *Aliment.* 704.3-7; zwyrodnienie tłuszczowe zwane jest we współczesnej kuchni wątroba *foie gras*.

<sup>64</sup> Varro, *Rust.* 3.8.3.

<sup>65</sup> O czym pisali, m.in. jeden z największych poetów rzymskich – Horacy, ur. 65, zm. 8 r. p.n.e. (Quintus Horatius Flaccus, *Satirae* 1.5.71-73; dalej: Hor., *Sat.*); żyjący w I-II w. n.e. poeta Marcialis, (Marcus Valerius Martialis, *Epigrammata* 3.58; dalej: Mart.); a także Pliniusz Mł. (Plin., *Epigram.* 5.2).

<sup>66</sup> Colum. 8.10.1.

<sup>67</sup> A także naturalnym pokarmem tych ptaków – nasionami mirtu i lentyszka, jagodami dzikich oliwek, bluszczu i drzewa poziomkowego oraz karmą tuczającą – prosem. Colum. 8.10.3-5.

<sup>68</sup> *Ibid.* 8.10.6.

<sup>69</sup> Varro, *Rust.* 3.6.4-5.

<sup>70</sup> Varro, *Rust.* 3.2.14; F. E. Zeuner, *A History...*, *op. cit.*, s. 474; A. Dalby, *Food...*, *op. cit.*, s. 105; J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, s. 71.

<sup>71</sup> Chów bażantów rozwinął się dopiero w wieku IV, by dwa stulecia później zdominować i wyrugować dotychczasowe źródło pozyskiwania tego rodzaju mięsa – polowania, zob. Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 339.

ono na celu wytworzenie preferowanych przez konsumentów cech organoleptycznych mięsa, takich jak jego smak, zapach, kolor, konsystencja, kleistość, wodochłonność czy marmurkowość (stosunek i ułożenie włókien mięśniowych do przerastającej je tkanki tłuszczowej).

Zapewnienie paszy w odpowiednio dużej ilości i o pożądanej jakości generowało koszty, które znacznie podnosiły cenę tuszek rzeźnych. Uprawnione wydaje się być twierdzenie, iż im droższa była produkcja drobiarska i im wyższa cena drobiu, tym bardziej ograniczona była jego dostępność dla konsumentów – zarówno ze względów ekonomicznych, jak i z uwagi na ograniczoną ilość wyspecjalizowanych gospodarstw drobiarskich.

### Przygotowanie i dietetyczne właściwości potraw z drobiu luksusowego

Tematem dalszej części niniejszej pracy będzie zarys charakterystyki jadalnych produktów pochodzenia zwierzęcego uznawanych przez potomków Romulusa za towary o charakterze ekskluzywnym i zbyt kosztownym. Było to, w pierwszej kolejności, mięso drobiowe w postaci tuszek bądź partii poddanych rozbiorowi, np. piersi, skrzydełka. Drugą grupę produktów pochodzenia zwierzęcego stanowiły podroby: wątroba, żołądek mięśniowy (mielec) i jądra oraz pozostałe narządy, takie jak mózg i język.

Drób był podstawowym wielu składnikiem luksusowych potraw, a jego walory uzupełniane były przez – drogie i rzadkie – przyprawy i inne dodatki. Zabiegi kulinarne doprowadzały do wytworzenia ostatecznego produktu konsumpcyjnego, bowiem przekształcały towar w potrawę, odpowiednio przyrządzoną, doprawioną i przybraną w sposób angażujący wszystkie zmysły konsumentów.

Ptactwo pieczono albo gotowano (w wodzie lub w sosie) i podawano z dodatkiem aromatycznych sosów, w skład których wchodziły kosztowne składniki i przyprawy, powszechnie stosowano miód, daktyl, pieprz i *garum*. Dodatki te podnosiły zbyt kosztowność dań. W wielu przypadkach jeden przepis mógł służyć do przyrządzenia różnych rodzajów mięsa<sup>72</sup>.

Apicjusz poświęcił najwięcej miejsca w księdze szóstej swojego poradnika kulinarnego sposobom przyrządzania kur<sup>73</sup>, które – począwszy od starożytności<sup>74</sup>, aż po czasy nam współczesne – stanowią najważniejszy gatunek drobiu udomowionego. Smakosze delektowali się, m.in. kurzymi skrzydełkami<sup>75</sup>, żołądkami<sup>76</sup> i kogucimi jądrami<sup>77</sup>.

Ich mięso uznawane było przez Galena, a za nim Orybazjusza, Aecjusza i Eginetę, za mniej pożywne od wieprzowiny i mniej smaczne od mięsa bażantów, lecz lekkostrawne<sup>78</sup> i zbliżone w smaku do tego ostatniego (*sic*)<sup>79</sup>. W przeciwieństwie do zaprezentowanych powyżej opinii, zdaniem Antyma<sup>80</sup>, mięso uzyskane z kur dokarmianych i tuczonych nie było pożądanym składnikiem diety.

Gęsi tuczono by uzyskać cechujące się unikalnym smakiem delikatesy<sup>81</sup> godne najbogatszych, a przy tym – podług ówczesnych zapatrywań dietetycznych – produkty nie tylko smaczne, lecz i zdrowe<sup>82</sup>. Autorzy antyczni zachwalali bowiem jako wyjątkowo smaczne i lekkostrawne (*sic*) nie tylko *hépar sykotón* – *iecur ficatum*<sup>83</sup>, lecz także wątróbki „serwatkowe”<sup>84</sup>, jednak całkowicie odmiennie oceniali oni zwyczajne, niepoddane żadnym zabiegom, wątroby drobiowe bądź

<sup>72</sup> Apic. 6.2.1 – żuraw, kaczką; Apic. 6.2.2 – żuraw, kaczką, kurczak, struś; Apic. 6.2.3-6 – struś, kaczką; 6.3.1-3 – kuropatwa, jarząbek, turkawka.

<sup>73</sup> Apic. 6.2.2, 6.8.1-15. O przygotowaniu kulinarnym kur pisali też inni autorzy, co omawia Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 319-320.

<sup>74</sup> Drugie miejsce, zarówno jeśli chodzi o produkcję mięsną, jak i jajeczną, zajmowały gęsi, zob. Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 221-222.

<sup>75</sup> Galen, *Aliment*. 704.8-9; *Id.*, *De compositione medicamentorum secundum locos libri decem* 517.18-518.1 (dalej: Galen, *Composit. med.*).

<sup>76</sup> Galen, *Aliment*. 703.14-704.3.

<sup>77</sup> W celu uzyskania zarówno delikatnego smaku mięsa, jak i najwartościowszych oraz najzdrowszych jąder, samce takie żywiono z użyciem mleka, podobnie jak współczesne cielęta „na białe mięso”, zob. Galen, *Aliment*. 675.4-9, 676.9-11, 705.1-4; Galen, *Composit. med.* 517.18-518.1; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.32.4.5-6, 2.44.4.1-5.1, 3.16.7.1, 3.17.13.4-4.1; *Id.*, *Oribasii libri ad Eunapium* 1.34.4.1.5.1, 1.33.4.1-5.1 (dalej: Orybazjusz, *Eunap.*); *Id.*, *Oribasii synopsis ad Eustathium filium* 4.16.4.1-5.1, 4.15.5.2 (dalej: Orybazjusz, *Syn.*); Aecjusz 2.124.5-7, 2.133.11-12, 2.124.5-6, 2.253.11, 2.254.7-9; Egineta 1.85.1.7-10. Por. karmienie serwatką: Galen, *Aliment*. 703.14-704.3. Przepis na przygotowanie jąder kogucich: Apic. 7.8.

<sup>78</sup> Galen, *Aliment*. 703.14-704.3; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.44.3.1-3, 3.13.1.1-13.2; 3.17.1.1-11.1; *Id.*, *Eunap.* 1.29.1.1-15.2, 1.34.1.1-11.2; *Id.*, *Syn.* 4.12.1.1-15.2; 4.16.1.1-11.1; Aecjusz 2.259.1-21, 2.254.1-19; Egineta 1.82.1.1-3.

<sup>79</sup> Galen, *Aliment*. 700.9-13, 701.1-2; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.42.3.1-4.1; Aecjusz 2.130.8-9. Było to zatem mięso o wiele bardziej zbliżone do mięsa ptaków dzikich ma to miejsce współcześnie, zarówno pod kątem smaku, jak i twardości, o czym szerzej Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 318.

<sup>80</sup> Anthimus, *De observatione ciborum [Theodorici Regem Francorum epistula]* 23 (dalej: Anthimus, *Observ. cib.*).

<sup>81</sup> Galen, *Aliment*. 679.7-8, 704.3-4; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.39.2.1-2, 2.44.2.1-2; Aecjusz 2.127.2-4.

<sup>82</sup> Należy jednak pamiętać, iż zdrowotna przydatność produktów pochodzenia zwierzęcego nie była dla Rzymian podstawowym kryterium ocennym w zakresie luksusowego charakteru danego produktu.

<sup>83</sup> Galen, *Aliment*. 704.3-7; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.44.2.1-3.1, 3.17.1.1-11.1; *Id.*, *Eunap.* 1.34.1.1-11.2; *Id.*, *Syn.* 4.16.1.1-11.1; Aecjusz 2.254.1-19. Pomysł ich karmienia suszonymi figami (na podobieństwo świńskich *sykotón* – w celu uzyskania *iecur ficatum*) przypisywany jest Apicjuszowi, zob. Plin., *Nat.* 8.77.209; M. Toussaint-Samat, *Historia naturalna i moralna jedzenia*, tłum. A. B. Matusiak, Warszawa 2002, s. 370; M. Caro, *The Foie Gras Wars. How a 5,000-year-old Delicacy Inspired the World's Fiercest Food Fight*, Nowy Jork 2009, ss. 24-26; A. Dalby, *Food...*, *op. cit.*, s. 142; Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 383-384; M. Kowalewska, *op. cit.*

<sup>84</sup> Orybazjusz, *Coll. med.* 3.17.3.3-4; *Id.*, *Eunap.* 1.34.4.1; *Id.*, *Syn.* 4.16.4.1-2; Aecjusz 2.254.7-8.

wieprzowe<sup>85</sup>. Kuchenne przygotowanie takich wątróbek odbywało się w sposób kosztowny<sup>86</sup> i zmierzało do uzyskania wyrafinowanych dań, np. moczone je w mleku z *mulsum* (winem słodzonym miodem)<sup>87</sup>.

Z gęsiny chętnie spożywano także piersi<sup>88</sup>, żołądki<sup>89</sup>, skrzydełka<sup>90</sup>, których nie uznawano – w przeciwieństwie do pozostałych części tuszki – za twarde i ciężkostrawne<sup>91</sup>.

W książce kucharskiej Apicjusza<sup>92</sup> zachowało się wiele przepisów na mięso strusia – pieczonego, gotowanego w wodzie, z rzepą, podawanego z dodatkiem różnorodnych sosów.

Kolejnym gatunkiem mięsa uznawanym za luksusowy było mięso pawie. Kwintus Hortensjusz<sup>93</sup> z okazji objęcia przez siebie miejsca w kolegium augurów po raz pierwszy podał na uczcie potrawę z tych ptaków<sup>94</sup>. Warron wspominając o tym wydarzeniu zaznaczył jednocześnie: *quod potius factum tum luxuriosi quam severi boni viri laudabant*.

Geniono zarówno mięso<sup>95</sup>, jak i jaja<sup>96</sup> tych pięknych ptaków, a ich ceny sięgały zawrotnych kwot<sup>97</sup>. Zmienność trendów kulinarnych potwierdza fakt, że najsłowiej wynagradzany<sup>98</sup> w I wieku p.n.e. chów pawi, już kilkadziesiąt lat później, za czasów Kolumelli<sup>99</sup>, zanikł prawie zupełnie.

Wysublimowane podniebienia najzamożniejszych Rzymian<sup>100</sup> cieszyły takie potrawy jak całe, pieczone pawie przybrane w skórę, najdelikatniejsze klopsiki<sup>101</sup>, mięso z sosem miodowo-pieprzonym czy też pawie mózdzki<sup>102</sup>. Nie znajdowały one jednak, w przeciwieństwie do innych gatunków drobiu, zastosowania w lecznictwie<sup>103</sup>.

Żurawie wymagały nie lada talentu kulinarnego w celu właściwego przygotowania: po zabiciu musiały przez odpowiedni czas skruszeć i dojrzeć, a następnie były gotowane w pozycji pionowej, z głową wystającą ponad garnkiem<sup>104</sup> i podawane jedynie na specjalne okazje<sup>105</sup>. By nadać mięsu odpowiedni kolor dodawano *defritum* – moszcz winny poddany obróbce termicznej. Nie były zalecane przez większość autorytetów, m.in. ze względu na twardość i żyłastość, wyzwalanie produkcji czarnej żółci czy po prostu bycie niesmacznymi<sup>106</sup>. Mimo to żurawie wyparły inny rzadki i ekstrawagancki smakołyk – bociana<sup>107</sup>.

Podobnie do żurawi odbierane były przez konsumentów starożytnych flamingi, również one wymagały dodania *defritum*, były jednak przyrządzane według odmiennej receptury, z dodatkiem pora, kolendry i wielu przypraw<sup>108</sup>.

Bażanty<sup>109</sup> stanowiły towar luksusowy<sup>110</sup> zarówno jako smaczne i wysoce efektowne dania na ucztach (m.in. całe ptaki pieczone, rosół, gotowana pierś czy klopsiki<sup>111</sup>), jak i kosztowni w utrzymaniu mieszkańcy wolier i zwierzyńców.

Chociaż już same tuszki drobiowe pozyskane od omawianych gatunków ptaków wykazywały luksusowy charakter, to kuchenne ich przygotowanie podnosiło jeszcze ich walory. Następowo to poprzez: użycie w kuchni drogich dodatków, w tym egzotycznych przypraw, długie i skomplikowane procedury gotowania bądź dekorowania potraw przed

<sup>85</sup> Galen, *Aliment.* 679.6-7; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.39.1.1, 3.15.10.1; *Id.*, *Eunap.* 1.32.6.1, 1.35.2.2; *Id.*, *Syn.* 4.14.11.1, 4.17.2.2; Aecjusz 2.255.5; Egineta 1.85.1.14-15.

<sup>86</sup> Apic. 7.3.1-2.

<sup>87</sup> Plin., *Nat.* 10.27.52.

<sup>88</sup> Szczególnie zachwalał je Antym (*Anthimus, Observ. cib.* 22).

<sup>89</sup> Galen, *Aliment.* 704.1-3; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.44.1.1-2; Aecjusz 2.133.4-6, zwłaszcza od ptaków żywionych zbożem.

<sup>90</sup> Galen, *Aliment.* 703.3-5, 704.8-9.

<sup>91</sup> Orybazjusz, *Coll. med.* 2.43.1.1-2.2; Aecjusz 2.131.1-3.

<sup>92</sup> Apic. 6.1.1-2, 6.2.3-6.

<sup>93</sup> Quintus Hortensius Hortalus, ur. 114, zm. 50 r. p.n.e., mówca, konsul w 69 r. p.n.e.

<sup>94</sup> Varro, *Rust.* 3.6.6; Macr., *Sat.* 3.13.1; Plin., *Nat.* 10.45.

<sup>95</sup> Apic. 2.6.

<sup>96</sup> J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, s. 73.

<sup>97</sup> Varro, *Rust.* 3.6.1, 3.6.3, 3.6.6; A. Dalby, *Food...*, *op. cit.*, s. 254; J. M. C. Toynbee, *Animals...*, *op. cit.*, s. 250.

<sup>98</sup> Varro, *Rust.* 3.6.1, 3.6.3, 3.6.6.

<sup>99</sup> Kolumella (*Colum.* 8.11) opisał utrzymywanie pawi, w tym budowę wolier i wybiegów oraz metody rozmnażania; chów ten nie był jednak prowadzony w celach kulinarnych, lecz *par excellence* estetycznych.

<sup>100</sup> Mart. 13.70; Hor., *Sat.* 1.2.116, 2.2.23; Klemens z Aleksandrii, *Paidagogós* 2.1.3.2.1-5.

<sup>101</sup> Apic. 2.2.6.

<sup>102</sup> Suet., *Vit.* 7.13.2.

<sup>103</sup> Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, s. 345.

<sup>104</sup> J. E. Pickstone, *op. cit.*

<sup>105</sup> Atenajos 4.131f (7.66).

<sup>106</sup> Galen, *Aliment.* 703.5-8; Orybazjusz, *Coll. med.* 2.43.1.2-2.1; Aecjusz 2.132.1-2; Egineta 1.82.1.10; Anthimus, *Observ. cib.* 27; Atenajos 8.338d (20.18-20). Odmienne poglądy był, żyjący w latach ok. 25 p.n.e. – 50 n.e. encyklopedysta, Celsus – Aulus Cornelius Celsus, *De medicina* 2.18.2.

<sup>107</sup> Plin., *Nat.* 10.30.60.

<sup>108</sup> Apic. 6.6; według tej samej receptury przyrządzić można było również papugę.

<sup>109</sup> Plin., *Nat.* St. 10.67.132; Colum. 8.8.10; Rutilius Taurus Aemilianus Palladius, *De re rustica* 1.29 (Palladiusz, żył w IV wieku n.e.); F. E. Zeuner, *A History...*, *op. cit.*, s. 458; F. Dupont, *Grammaire...*, *op. cit.*, s. 205; J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, ss. 73-74.

<sup>110</sup> Colum. 8.8.10; *Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium* 4.17-20 (cena utuczonej sztuki: 200-250 denarów); Marcjalis 3.77.4; Petron., *Sat.* 119.36-37; Atenajos 14.654 b-d (69, 15-29); Klemens z Aleksandrii, *op. cit.*; J. P. Alcock, *Food...*, *op. cit.*, s. 74; R. Laurence, *Roman Passions...*, *op. cit.*, ss. 96, 106; J. M. C. Toynbee, *Animals...*, *op. cit.*, s. 255.

<sup>111</sup> Apic. 2.2.6.

ich podaniem na stół czy zatrudnienie (zakupienie) najlepszych kucharzy. W wyniku zabiegów kucharzy cena drobiu, a zatem i jego luksusowość, znacznie wzrastały.

Należy stwierdzić, iż – za wyjątkiem ptactwa stale bądź czasowo utrzymywanego w gospodarstwach – potrawy z wymienionych powyżej gatunków drobiu gościły na stołach nawet najzamożniejszych Rzymian rzadko. Jedynie część omawianych produktów była polecana przez starożytnych lekarzy i dietetyków<sup>112</sup>.

Wart odnotowania jest także fakt, iż konsumpcja mięsa drobiowego nie w każdym przypadku oznaczała zaspokajanie potrzeb podniebienia – miała również funkcje kultowe<sup>113</sup> oraz terapeutyczne<sup>114</sup>.

### Zakończenie

Na podstawie analizy zachowanych źródeł można wnioskować, iż złożone i liczne były kryteria klasyfikowania danego gatunku drobiu, lub potrawy z niego przyrządzonej, jako towaru zbyt drogiego. Zaliczały się do nich: rzadkość występowania danego gatunku oraz czynniki ekonomiczne, decydujące o wysokiej cenie danego towaru: koszty utrzymania i wyżywienia, w tym tuczenia, zwierząt; koszty utrzymania niewolników i wkład ich pracy; koszty i trudności w przygotowaniu na stół oraz użycie kosztownych dodatków. Luksusowość drobiu zależała więc od jego ograniczonej dostępności – zarówno ze względów ekonomicznych, jak i geograficznych. Nie bez znaczenia pozostawał także wygląd samego ptaka, jak i dania z niego przyrządzonego, wynikający z sztuki kucharzy oraz wysokiej jakości użytych dodatków.

Kuchnia bogatych Rzymian miała olśniewać, zachwycać, oszałamiać. Częstokroć nie liczone było z kosztami, starano się przyćmić dotychczasowe uczyty, wydawano ogromne sumy na potrawy, które – choć może nie były najsmaczniejsze ani najzdrowsze – to na pewno były spektakularne i bardzo, bardzo drogie. Miały one za zadanie manifestować nie tylko bogactwo, ale i wyrafinowanie Rzymian.

Wszystkie luksusowe potrawy z rzymskich stołów już dawno zostały zjedzone, wszelkie *triclinia* opustoszały, wszelkie wystawne uczyty już dawno się zakończyły – ale mimo to nadal zadziwiać może wyjątkowa rozrzutność bogatych Rzymian, sybarycki tryb życia i pełne ekstrawagancji folgowanie przyjemnościom podniebienia, które możliwe były, m.in. dzięki rozwojowi drobiarstwa.

\*\*\*

### *Roma sybaritica. Poultry Breeding as a Source of Luxury Goods in Ancient Rome*

This paper focuses on the history of poultry as a luxury, expensive and desirable comestible in the Roman cuisine. The author presents variety of species of birds, including both domesticated birds and game birds (i.e. wild specimens kept and fattened on the farms), together with the practical aspects of the bird-keeping. Among the species of birds concerned are not only the typical ones, as chickens or geese, but also many of rare and unparalleled kind including, among others, parrots, thrushes, cranes, ostriches, peacocks and peafowls, swans and flamingos. The author also shows the examples of procedures that were performed in breeding as well as in cooking of the luxury products based on poultry meat, giblets and eggs.

**Keywords:** ancient Rome, food, poultry

<sup>112</sup> Współczesne oceny strawności i dietetycznej przydatności w nikłym tylko procencie pokrywają się z ustaleniami badaczy antycznych.

<sup>113</sup> F. E. Zeuner, *A History of Domesticated Animals*, Londyn 1963 s. 448; L. Bodson, *Ἱερα ζῷα. Contribution à l'étude de la place de l'animal dans la religion grecque ancienne*, Bruksela 1975, s. 100; F. Dupont, *Grammaire de l'alimentation et des repas romains* [w] *Histoire de l'alimentation*, red. J. L. Flandrin, M. Montanari, Paryż 1996, s. 204; H. E. M. Cool, *Eating...*, *op. cit.*, ss. 101, 211, 215.

<sup>114</sup> Na temat leczniczego wykorzystania produktów pochodzenia drobiowego zob. Z. Rzeźnicka, *Rola mięsa...*, *op. cit.*, ss. 312-318, 324-331, 334-339, 348-349, 415 wraz z przyp.

Natalia Kociak

## HISTORIA AKCYZY W POLSCE. CZY NADAL PODATEK OD DÓBR LUKSUSOWYCH?

### Wstęp

Wszelkiego rodzaju daniny publiczne nakładane były na społeczeństwo właściwie od początku kształtowania się pierwszych cywilizacji. Podatki były bowiem znane już w starożytnych miastach-państwach Mezopotamii, w antycznym Rzymie oraz Grecji. Już w tamtym okresie istniał podatek od spadków czy też cło. Ze spuścizny ówczesnych korzystano przez wiele tysięcy lat, aż po czasy współczesne.

Wyjątku nie stanowi podatek zwany akcyzą. Wydawać by się mogło, że jest to danina wprowadzona do polskiego porządku prawnego stosunkowo niedawno. Nic bardziej mylnego. Polityka akcyzowa państwa polskiego zaczęła bowiem kształtować się już w XV wieku. Jej źródło stanowiły regalia

<sup>1</sup>, czyli takie przywileje, które przysługiwały jedynie władcy<sup>2</sup>.

Samo słowo „akcyza” pochodzi od łacińskiego „accidere”, co oznaczało ustanawiać, naznaczać. Nazwa ta przyjęła się w Europie dla oznaczania podatku pobieranego przez państwo. Celem artykułu jest zaprezentowanie historii podatku akcyzowego w Polsce, ukazanie jego ewolucji w kolejnych wiekach oraz porównanie ówczesnych regulacji ze współczesną konstrukcją omawianej daniny publicznej.

### Akcyza w Polsce przedrozbiorowej

W okresie monarchii piastowskiej nie istniało pojęcie podatku akcyzowego. System danin publicznych wywodził się z prawa książęcego i obejmował jedynie świadczenia w naturze. W praktyce oznaczało to zobowiązanie do oddawania państwu określonej ilości zboża, bydła, miodu bądź skór zwierząt. W zakres tego zobowiązania wchodziły także tak zwane posługi, czyli prace na rzecz państwa na przykład przewóz lub przesiek<sup>3</sup>.

Polityka akcyzowa państwa polskiego zaczęła kształtować się w XV wieku<sup>4</sup>. Przyczyn tego stanu rzeczy należy szukać w rozwoju średniowiecznego państwa polskiego. Zwiększyła się liczba ludności, wykształcił się stan szlachecki oraz mieszczaństwo, a przede wszystkim nastąpił rozwój terytorialny państwa<sup>5</sup>.

W wyniku bliskich kontaktów z Litwą, Korona zyskała niebezpiecznych, z punktu bezpieczeństwa państwa, sąsiadów, a mianowicie Tatarów. Należy także przypomnieć o zagrożeniu ze strony Zakonu Krzyżackiego, które ostatecznie zniknęło w 1525 roku<sup>6</sup>.

Wspomniane wyżej czynniki wymusiły zmodernizowanie systemu obronnego kraju, wyrażonego poprzez zwiększenie ilości wojska, co pociągało za sobą znaczne koszty. Ponadto funkcjonowanie administracji również wymagało nakładów finansowych. Pieniądzy nie można było uzyskać od szlachty, ponieważ w wyniku licznych przywilejów, między innymi przywileju koszyckiego, została ona zwolniona z większości obowiązków podatkowych<sup>7</sup>.

Jedyną alternatywą dla uzyskania dochodów było mieszczaństwo. W stosunku do krajów Europy Zachodniej stan miejski był stosunkowo słabo rozwinięty. Istniała niewielka ilość miast, zaś do największych zaliczały się Kraków, Lwów, Lublin, Poznań. Po wojnie Trzynastoletniej z Zakonem Krzyżackim, do grona mieszczaństwa dołączyła ludność Gdańska, Elbląga i Torunia<sup>8</sup>. Szlachta widziała zagrożenie w ludności miejskiej dla swoich interesów gospodarczych. W związku z tym starała się ograniczyć wpływy mieszczan<sup>9</sup>.

Mając na uwadze wszystkie wymienione wyżej czynniki, w drugiej połowie XV wieku, w czasie panowania Kazimierza Jagiellończyka, uchwalony został podatek zbliżony do akcyzy, stanowiący jej pierwowzór, a mianowicie „czopowe”. Podatek nazwę swą zawdzięcza czopowi, który zatykał beczkę, w której znajdował się alkohol. Sugeruje to genezę czopowego jako podatku pośredniego od sprzedaży napojów<sup>10</sup>. Pobierano je od wyrobu przez mieszczan piwa, gorzałki, miodu oraz w późniejszym czasie od wina. Nie wchodząc w dokładne wyliczenia, które są niezwykle trudne, wobec braku ujednolicenia miar i wag w Polsce przedrozbiorowej, można stwierdzić, że dla browarów wynosiła 1/8, natomiast dla

<sup>1</sup> Prawo podatkowe, red. P. Smoleń, Warszawa 2015, s. 329.

<sup>2</sup> W. Kopaliński, Słownik mitów i tradycji kultury, Warszawa 1985, s. 970.

<sup>3</sup> S. Szczur, Historia Polski. Średniowiecze, Kraków 2002, s. 89.

<sup>4</sup> A. Mączak, Encyklopedia historii gospodarczej Polski do roku 1945, t. 1 A-N, Warszawa 1981, s. 132.

<sup>5</sup> M. Markiewicz, Historia Polski 1492-1795, Kraków 2004, s. 37.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 42.

<sup>7</sup> S. Szczur, Historia ..., s. 421.

<sup>8</sup> M. Markiewicz, Historia ..., s. 180.

<sup>9</sup> Wspomnieć tu należy chociażby o przywileju piotrkowskim, na mocy którego zakazano kupowania ziemi przez mieszczan.

<sup>10</sup> A. Mączka, Encyklopedia ..., s. 132.

szynkarzy 1/18 ceny sprzedaży trunku<sup>11</sup>. Poza produkcją trunków opodatkowane były wina i miody przywożone spoza granic Rzeczypospolitej. Warto zauważyć że już w tamtym czasie stosowane były różne taryfy, które zależały od gatunku trunku oraz kraju pochodzenia napoju.

Trzeba stwierdzić, że wpływy budżetowe pochodzące z tejże daniny sukcesywnie wzrastały na przełomie wieków. W roku 1534 stanowiły one w przybliżeniu 25% wpływów podatkowych, natomiast w połowie XVIII wieku stanowiły już około 33% łącznych dochodów państwa<sup>12</sup>. Większa ilość dochodów pochodziła z województw zachodnich Rzeczypospolitej Obojga Narodów. Największy dochód pochodził z województwa wielkopolskiego, a najmniejszy z województwa ruskiego<sup>13</sup>.

Od czasu panowania Władysława IV Wazy czopowe było dochodem skarbów wojewódzkich, a jego ściągnięcie do Skarbu Koronnego wymagało specjalnej uchwały, natomiast sposób wykorzystania do roku 1772 pozostawał w dyspozycji sejmików szlacheckich<sup>14</sup>. Wyjątek stanowiła Litwa, gdzie od 1717 roku dochody z czopowego przeznaczone były na potrzeby wojska. W wyniku pierwszych reform za panowania Stanisława Augusta Poniatowskiego opisana danina ponownie została włączona do Skarbu państwowego. Ostatnią reformą było postanowienie Sejmu Rozbiorowego (1773-75), kiedy to zostały ujednoczone stawki. Od tej pory wynosiły one 10 % wartości dobra<sup>15</sup>.

Trzeba podkreślić, że już wtedy istniał dość rozwinięty system poboru podatków. Egzekwowanie należności kontrolowali bowiem miejscy i wojewódzcy urzędnicy skarbowi, a także marszałek wielki<sup>16</sup>.

Wartym uwagi pozostaje fakt, że w roku 1658 na Sejmie Walnym Ordynacyjnym uchwalono konstytucję pod tytułem „akcyza”, w której stwierdzono:

„Ponieważemy się w przeszłym czasie informowali, jako potrzebny jest Rzeczyposp. podatek Akcyza, onę autoritate sejmu niniejszego po wszystkich Mistach i Miasteczkach, Koronnych, Duchownych i Szlacheckich, nie excypujac nikogo, postanawiamy”<sup>17</sup>.

Ciekawą rzeczą jest instruktarz z konstytucji z 23 kwietnia 1673 r. Podczas opisywania przedmiotów podlegających opodatkowaniu, wymienia się:

#### **a) victualia**

- wszelkiego rodzaju bydło;
- konie;
- wszelkie ptactwo;
- dziczyznę;
- drób;
- zboża i inne produkty roślinne;
- mięsa;
- produkty piekarskie;
- nabiał;
- towary sprzedawane u korzenników;
- ryby;
- sól.

#### **b) utensilia**

- wyroby jubilerskie, złotnicze, klejnoty;
- pasemony, koronki, konterfekty, zwierciadła, peruki, perfumy, kapelusze, grzebień;
- towary jedwabne i półjedwabne;
- płótna, rąbki, nici, obrusy;
- towary żelazne;
- skóry;
- wełny, sukna;
- futra<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> A. Filipczuk-Kocur, *Skarbowość Rzeczypospolitej 1587-1648: projekty, ustawy, realizacja*, Warszawa 2006, s. 40.

<sup>12</sup> A. Mączak, *Encyklopedia ...*, s. 132.

<sup>13</sup> A. Filipczuk-Kocur, *Skarbowość ...*, s. 40.

<sup>14</sup> A. Mączka, *Encyklopedia ...*, s. 132.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> *Finanse publiczne i prawo finansowe. Realia i perspektywy zmian*, red. L. Etel, M. Tyniewicki, Białystok 2012, s. 415.

<sup>17</sup> *Volumen Quartum: Ab Anno 1641. Ad Annum 1668. Acta Reipublicae Continens*, tom 4, s. 525.

<sup>18</sup> Instruktarz akcyzy a victualibus et utensilibus wprzod in anno 1658 na sejmie postanowiony a potem lege novella z sejmu terazniejszego o reassumowany i ex mente Reipublicae meliorowany, miastom, miasteczkom [...] jako też i wsiom [...] do wiadomości podany od skarbu koronnego die 23 Aprilis 1673, <http://www.dbc.wroc.pl/dlibra/doccontent?id=13569>, dostęp dn. 10.01.2017 r.

Do pierwszej grupy wyborów należały tak zwane „*virtualia*”, czyli z języka łacińskiego towary spożywcze. Zawarcie w tej grupie zboża czy mąki, świadczy o chęci maksymalizacji zysków przez Koronę i trudno w tym wypadku nazywać te towary luksusowymi, ponieważ stać było na nie średniozamożnych mieszczan. Z drugiej jednak strony do kategorii tej zaliczała się także sól, a należy mieć na uwadze fakt, że nie każdy mógł sobie pozwolić na jej posiadanie.

Drugą grupę, czyli „*utensilia*” stanowiły materiały niezbędne do wyrobów towarów z „wyższej półki”. Ich wprowadzenie do Polski i przetworzenie wymagało niemałych nakładów finansowych. Jedwab, zwierciadła czy też perfumy sprowadzane były z Dalekiego Wschodu, bądź też nabywano je za pośrednictwem kupców flamandzkich. Gotowe wyroby miały dość wysoką wartość, w konsekwencji czego stać było na nie jedynie miejskich notabli.

### Akcyza w XIX wieku

Reformy ostatecznie zostały zaniechane w roku 1795, na skutek trzeciego rozbioru Polski. Czopowe i jego wszelkie warianty przestały istnieć w pierwszych latach po zlikwidowaniu Rzeczypospolitej<sup>19</sup>. Jest wysoce prawdopodobne, że gdyby kontynuowane były oświeceniowe reformy skarbowe, to opisany podatek objąłby wszystkie stany społeczne, w tym także szlachtę. Było to zgodne z osiemnastowieczną ideą równości wobec prawa.

Jednak po roku 1795 ziemie polskie zostały podzielone i analogicznie, na ziemiach polskich istniały trzy odrębne systemy akcyzy – rosyjski, pruski i austriacki<sup>20</sup>. W Królestwie Polskim akcyzą obłożone było spożycie wódki, a od 1844 roku produkcja spirytusu. Natomiast w połowie XIX wieku wprowadzono opłatę od produkcji cukru. Królestwo Polskie pod względem akcyzowym było dochodowym źródłem dla Cesarstwa Rosyjskiego<sup>21</sup>. Warty zaznaczenia jest fakt, że na terytorium Królestwa „większe było spożycie innych towarów obłożonych akcyzą, zwłaszcza takich jak cukier (14,0% odnośnych dochodów Rosji), tytoń (12,6%), trunki (8,7%). Z przedmiotów obłożonych podatkiem konsumpcyjnym wymienić jeszcze należy naftę i zapalki. Udział Królestwa wynosił tutaj odpowiednio – 8,3% i 6,5%”<sup>22</sup>.

Ponadto na Ziemiach Zabrzanych i wcielonym w 1866 Królestwie Polskim pod nazwą Kraju Nadwiślańskiego obowiązywała akcyza od takich produktów jak: drożdże, bibułki papierosowe, karty do gry, oleje mineralne, w tym nafta<sup>23</sup>.

Podobne daniny obowiązywały na ziemiach włączonych do Prus i Austrii. W obu systemach wprowadzono akcyzę od wyrobów alkoholowych, a także od soli i tytoniu. Co więcej, w Galicji dodatkowo opodatkowane było także mięso. Warto zaznaczyć, że wysoka akcyza w Prusach w drugiej połowie XIX wieku była jednym z elementów walki i próbą osłabienia polskiej przedsiębiorczości, która, jak obawiali się politycy pruscy, w przyszłości mogłaby doprowadzić do ekonomicznego wzmocnienia Polaków, a w konsekwencji do wzrostu aspiracji niepodległościowych.

W Prusach do przedmiotu opodatkowania włączone były również zapalki, wody mineralne, taksy automobilowe, sztuczne środki słodzące, ocet, a nawet bilety kolejowe<sup>24</sup>.

### Podatek akcyzowy w II Rzeczypospolitej

Istnienie na ziemiach polskich trzech odrębnych systemów podatkowych, powodowało chaos. Stanowiło to także poważny problem dla budżetu odrodzonego państwa. W latach 1918-1920 nadal na poszczególnych terenach obowiązywały podatki akcyzowe wprowadzone jeszcze przez dawnych zaborców<sup>25</sup>. Różna była wysokość wpływów, odmienne stawki i w niektórych wypadkach opodatkowane były odmienne produkty. Jako przyczyny takiego stanu rzeczy wskazać należy chociażby niestabilność gospodarczą, w dalszym ciągu nieuregulowaną kwestię granicy wschodniej oraz brak jednolitej administracji podatkowej.

Pierwszą próbę ujednoczenia systemu podjęto w maju 1921 roku. Wówczas Sejm Ustawodawczy przyjął Ustawę o regulowaniu podatków od spożycia, zużycia bądź produkcji na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej<sup>26</sup>. Ustawa umożliwiała rozszerzenia przepisów obowiązujących w dawnych zaborach na pozostałą część kraju lub ich ograniczenia bądź likwidowania. Przywrócono także stawki obowiązujące przed wybuchem wojny. Przykładowo, austriackie przepisy o podatku od nafty, drożdży, rozszerzono na terytorium całej Rzeczypospolitej<sup>27</sup>. Z pruskiego systemu zaczerpnięto natomiast przepisy dotyczące opodatkowania węgla, wina musującego, a także kwasu octowego.

<sup>19</sup> A. Mączka, *Encyklopedia ...*, s. 15.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> R. Ślusarska, *Udział Królestwa Polskiego w finansach Rosji na przełomie XIX i XX stulecia w: „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia”*, Lublin 2010, s. 4.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>23</sup> P. Grata, *Podatki pośrednie w Drugiej Rzeczypospolitej w: „Studia Historica Gedanensia”*, t. VI, Gdańsk 2015, s. 135.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 137.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 140.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 142.



W celu unifikacji, zlikwidowano istniejący w Galicji podatek od mięsa, a w byłej dzielnicy pruskiej – podatek od środków oświetlenia i wód mineralnych. Na obszarze dawnego zaboru rosyjskiego zdecydowano się na likwidację podatku akcyzowego od miodu pitnego<sup>28</sup>.

W roku 1923 zakończył się pierwszy etap unifikacji, istniało tylko dwanaście produktów podlegających akcyzie. Najczęściej korzystano z prawa pruskiego, uznawanego za najnowocześniejsze, z kolei najmniej – z rosyjskiego. W latach 1923-1928 trwał drugi etap unifikacji i tworzenia przepisów podatku akcyzowego. Podstawowym założeniem było opracowanie własnych przepisów uwzględniającym specyfikę gospodarczą Polski i oparcie o doświadczenia lat ubiegłych<sup>29</sup>. Nie obyło się bez wzorowania na przepisach państw sąsiadujących. Podobnie jak w latach powojennych, korzystano z rozwiązań niemieckich w którym to na przykładzie piwa, opodatkowany był gotowy wyrób w odróżnieniu od przepisów stosowanych w Rosji, gdzie opodatkowaniu podlegała waga przerobionego w browarze słoju<sup>30</sup>.

Ostatecznie akcyzą objętych zostało osiem wyrobów. Akcyzie podlegało wino i różne jego odmiany (owocowe, musujące), stawka wynosiła od 20 groszy do 4,5 złotych za liter. W dalszej kolejności piwo. Kolejnymi produktami były cukier, drożdże, oleje mineralne, zapalniczki (1 zł od sztuki) kwas octowy. Ostatnią grupą w podatku akcyzowym były opłaty patentowe, które obejmowały wyrób i przerób spirytusu, a także sprzedaż trunków zarówno hurtową jak i detaliczną<sup>31</sup>. Tak skonstruowany system akcyzowy przetrwał z pewnymi zmianami do końca istnienia II Rzeczypospolitej, czyli do roku 1939. Pewne zmiany zostały wprowadzone w latach trzydziestych. Stawki niektórych wyrobów były podwyższane np. cukier, a niektórzy obniżane np. nafta. Nowością było opodatkowanie w 1935 roku tłuszczów pochodzenia zwierzęcego lub roślinnego do których zaliczano tłuszcz palmowy, margaryny, sztuczny smalec<sup>32</sup>.

Dla budżetu państwa dochody z akcyzy stanowiły od 7 do 10 %<sup>33</sup>. Zaznaczyć należy, że nie było to najważniejsze źródło finansowe. Najwyższe dochody osiągnęto z akcyzy cukrowej, które stanowiły aż 2/3 całości dochodów pochodzących z opisywanej daniny. Warto zaznaczyć, że najbardziej odporna na Wielki Kryzys okazała się akcyza, z uwagą na specyfikę podatku nie uległa ona znaczącemu zmniejszeniu, szczególnie w porównaniu z podatkami bezpośrednimi.

Rozwój podatku akcyzowego został zahamowany po II Wojnie Światowej. Władze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwaliły wprawdzie w roku 1947 Dekret – prawo akcyzowe, na którego mocy opodatkowaniu podlegały wyroby takiej jak: piwo, napoje winne, kwas octowy, kwas węglowy, cukier, drożdże, a także karty do gry. Jednakże już rok później, mianowicie dnia 25 października 1948 roku podjęty został Dekret o podatku obrotowym<sup>34</sup>. Stanowiło to kres podatku akcyzowego. Związane było to oczywiście z kwestiami ideologicznymi. W gospodarce centralnie planowanej dominującą rolę odgrywał sektor państwowy, a znaczenie sektora prywatnego było marginalne<sup>35</sup>.

### Akcyza współcześnie. Czy nadal podatek od dóbr luksusowych?

W ostatnich latach podatek akcyzowy miał trzy zasadnicze odsłony. Pierwsza z nich miała miejsce w roku 1993, jednak – jak podkreślają eksperci – „trudno było wówczas mówić o systemie opodatkowania z prawdziwego zdarzenia”<sup>36</sup>. Kolejna odsłona nastąpiła w roku 2004 i była związana ze wstąpieniem Polski do Unii Europejskiej. Ustawodawca w ówczesnej ustawie akcyzowej podjął próbę dostosowania przepisów do prawa obowiązującego na terenie Unii. Ostatnim już etapem było stworzenie nowej ustawy w 2009 roku. Jej przepisy, chociaż w dalszym ciągu nowelizowane, obowiązują do dzisiaj.

Zgodnie z definicją wprowadzoną do polskiego systemu prawnego w roku 2009, za wyroby akcyzowe uznaje się: wyroby energetyczne, energię elektryczną, napoje alkoholowe, wyroby tytoniowe a także samochody osobowe. Aktualnie podatek ten stanowi element polityki, który jest „ukierunkowany na maksymalizację dochodów budżetowych”<sup>37</sup>. Środki wpływające do budżetu z tytułu akcyzy na przykład na paliwa czy wyroby tytoniowe, stanowią znaczną część budżetu państwa. Świadczą o tym dane Ministerstwa Finansów. W pierwszym półroczu wpływy do budżetu państwa sięgnęły 155 595 438 zł, z czego akcyza stanowiła 31 098 183 zł i była trzecim (po dochodach z tytułu podatku od towarów i usług i podatku dochodowego od osób fizycznych) źródłem budżetowym, wpływy niej w przybliżeniu stanowiły 20 % ogólnych dochodów.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 143.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 145.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 148.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 150.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 153.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 156.

<sup>34</sup> Dz. U. Nr 52, poz. 413 z późniejszymi zmianami.

<sup>35</sup> Prawo podatkowe ..., s. 329-330.

<sup>36</sup> Z. Liptak, M. Chmielewska-Cholewa, Raport EY, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Prawdziwa\\_historia\\_25-lecia\\_polskich\\_podatk%C3%B3w/\\$FILE/Prawdziwa\\_historia\\_25-lecia\\_polskich\\_podatkow.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Prawdziwa_historia_25-lecia_polskich_podatk%C3%B3w/$FILE/Prawdziwa_historia_25-lecia_polskich_podatkow.pdf), s. 18-19, dostęp dnia 10.01.2017 r.

<sup>37</sup> Ibidem, dostęp dnia 10.01.2017 r.

W związku z tym, że akcyza stanowi tak ważne źródło dochodu dla budżetu państwa, warto scharakteryzować obecną konstrukcję podatku. Opodatkowane są nie tyle wyroby akcyzowe, co czynności i stany faktyczne przewidziane przez ustawodawcę. Należą do nich na przykład produkcja wyrobów akcyzowych, wprowadzenie wyrobów akcyzowych do składu podatkowego, import wyrobów akcyzowych, nabycie wewnątrzwspólnotowe wyrobów akcyzowych, z wyłączeniem nabycia wewnątrzwspólnotowego dokonywanego do składu podatkowego, a także ubytki, całkowite zniszczenie czy wyprowadzanie wyrobów ze składu podatkowego poza procedurę zawieszenia poboru akcyzy.

Natomiast podmiotem opodatkowania, czyli podatnikiem, jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, która dokonuje czynności podlegających opodatkowaniu akcyzą lub wobec której zaistniał stan faktyczny podlegający opodatkowaniu.

Trzeba także zaznaczyć bliskie związki akcyzy z prawem celnym. Wyraża się to chociażby poprzez zastosowanie Nomenklatury Scalonej do wyrobów akcyzowych. Poza tym do właściwego określenia momentu powstania zobowiązania podatkowego czy też do prawidłowego określenia podstawy opodatkowania wyrobów akcyzowych, niezbędna jest znajomość regulacji celnych. Jest to widoczne w imporcie, kiedy to moment powstania obowiązku podatkowego determinowany jest przez moment powstania długu celnego. Związek z prawem celnym przejawia się także we właściwości organów podatkowych. Organami odpowiedzialnymi za wymiar i pobór podatku akcyzowego są: Naczelnik Urzędu Celnego i Dyrektor Izby Celnej.

Trudno jest natomiast zdefiniować pojęcie „luksusu” i „dóbr luksusowych”, ponieważ jest to kategoria dosyć subiektywna, elastyczna i przede wszystkim – ulegająca znacznym przemianom na przestrzeni dziejów. Inaczej sformułowanie to rozumiano w wiekach poprzednich, a czym innym jest ono dla społeczeństwa współczesnego.

W myśl hasła zawartego w „Słowniku wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych”, przez pojęcie luksusu należy rozumieć „zbytek, przepych, wystawność”<sup>38</sup>. Z kolei Słownik języka polskiego kładzie nacisk na to, że słowo „luksusowy” oznacza „spełniający czyjeś wygórowane oczekiwania”<sup>39</sup>.

J. Kapferer wskazuje na sześć cech, jakimi odznaczają się tak zwane dobra luksusowe. Są nimi:

- znakomita jakość;
- wysoka cena;
- rzadkość, wyjątkowość;
- estetyka;
- dziedzictwo;
- historia marki;
- zbytkowość<sup>40</sup>.

Można zatem stwierdzić, że nabywcami charakteryzowanych dóbr były osoby zamożne. Nie dziwi zatem, że akcyza przez wieki określana była mianem daniny publicznej od towarów luksusowych. Zgodnie z wyliczeniami historyków gospodarczych kilogram dobrej jakości tytoniu był wart tyle, co kilogram srebra<sup>41</sup>. Nie każdy zatem mógł pozwolić sobie na taki wydatek. Biorąc pod uwagę wieki późniejsze, od roku 1993 do kwietnia roku 2004 nakładana była ona na towary, takie jak: jachty, łodzie, wysokiej klasy sprzęt elektroniczny, wyroby perfumeryjne, wyroby ze skór zwierząt szlachetnych<sup>42</sup>.

## Podsumowanie i wnioski

Odpowiadając na pytanie postawione w tytule niniejszego tekstu, stwierdzić należy, że współcześnie akcyza nie jest już podatkiem od dóbr związanych z przepychem czy wystawnością. Można było ją tak nazywać, gdy nakładana była na towary, w które zaopatrywać mogli się jedynie najbogatsi. Współcześnie podatkiem akcyzowym opodatkowane są między innymi wyroby niezbędne, takie jak energia, gaz, paliwa opałowe, bez których trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie i egzystencję. Ponadto, obecnie akcyza nakładana jest na wyroby powszechnie dostępne, na których nabycie może pozwolić sobie zdecydowana większość społeczeństwa. Niemożliwym jest zatem dalsze określanie charakteryzowanej daniny publicznej mianem podatku od dóbr luksusowych. Można też stwierdzić, że taki stan rzeczy nie ulegnie zmianie, dopóki nie zmieni się przedmiot opodatkowania. Jako, że współcześnie zupełnie inne towary uznaje się za luksusowe, trudno wyobrazić sobie, aby ustawodawca objął je zakresem opodatkowania akcyzą.

<sup>38</sup> W. Kopalirski, Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych, Warszawa 1983, s. 256.

<sup>39</sup> Słownik języka polskiego, red. M. Szymczak, Warszawa 1979, s. 59.

<sup>40</sup> D. Bochańczyk-Kupka, Luksus i dobra luksusowe, [http://www.ue.katowice.pl/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/9\\_D.Bochanczyk-Kupka\\_Luksus\\_i\\_dobra\\_luksusowe.pdf](http://www.ue.katowice.pl/fileadmin/_migrated/content_uploads/9_D.Bochanczyk-Kupka_Luksus_i_dobra_luksusowe.pdf), s. 2-7, dostęp dnia 10.01.2017 r.

<sup>41</sup> C. C. Mann, 1493 Świat po Kolumbie, Poznań 2012, s. 97.

<sup>42</sup> J. Śmiechowicz, Podatek akcyzowy w Polsce i jego znaczenie fiskalne, <http://ekonomia.wne.uw.edu.pl/ekonomia/getFile/573>, dostęp dnia 10.01.2017 r.

\*\*\*

Taxes were imposed on society from the beginning the formation of the first civilization. The taxes were known in ancient Rome or Greece. History of excise duty in Poland dates back to the late of Middle Ages. The excise duty was introduced to Polish law by the Act of the King Kazimierz Jagiellończyk. The excise duty was imposed on townspeople and it was paid from the sale of alcohol, for example beer or wine.

In later times this tax was imposed on luxury products such as jewellery or perfume. The situation was changed after partition of Poland, when the Polish state disappeared from the map of Europe.

The aim of this article is present history of excise duty in Poland, presenting evolution of this tax in the following centuries and a comparison the old regulations with contemporary construction of excise duty.

**Keywords:** History of tax law, excise duty, luxury

Monika Piekarska

## KONSEKWENCJE PRAWNE NARUSZENIA OCHRONY PRAWNEJ TOWARU W KONTEKŚCIE WYKORZYSTANIA ZAREJESTROWANEGO ZNAKU TOWAROWEGO

### Wstęp

Duża część społeczeństwa ulega tzw. „modzie na luksus”, chęci nabycia towaru „markowego”. Jednakże potrzebie zakupu przeciwstawiają się niekiedy możliwości finansowe potencjalnego nabywcy. Brak środków skłania do alternatywnych metod uzyskania choć namiastki pożądanego przedmiotu. Jak wskazują badania

<sup>1</sup> aż 86% Polaków przyznało, że miało styczność z podróbkami. Pobudki do dokonania takiego zakupu mogą być różne i różne są ich konsekwencje. Korzystając z takiego zjawiska, przedsiębiorcy i handlarze, chcąc wywołać u nabywców wyobrażenie o wysokiej jakości towaru bądź jego marce, wprowadzają na rynek produkty oznaczone podobnym i znanym już w obrocie znakiem towarowym licząc na duży zysk kosztem wypracowanej renomy innego podmiotu. Przedsiębiorcy za pomocą odpowiednich środków prawnych mogą jednak chronić wypracowaną przez siebie markę.

W pracy zostanie omówione rozumienie znaku towarowego i podrobionego znaku towarowego wraz ze wskazaniem przykładów, a także zakres odpowiedzialności poszczególnych podmiotów za obrót towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi oraz środki ochrony przysługujące przedsiębiorcy w sytuacji naruszeń związanych z wykorzystaniem zarejestrowanego przez niego znaku towarowego.

### Zarys teoretyczny

Zgodnie z art. 120 ust. 1 prawa własności przemysłowej<sup>2</sup> za **znak towarowy**, który ma otrzymać prawo ochronne, uznaje się każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny<sup>3</sup>, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa. W ustępie 2 tegoż przepisu wskazany jest otwarty katalog możliwości dokonania oznaczeń towarów<sup>4</sup>. Może nim być w szczególności wyraz (np. PEPSI, VOLVO czy slogan reklamowy, jak np. „Red Bull doda ci skrzydeł”, „Dobrze posiedzieć przy Żubrze”), rysunek (charakterystyczne logo Apple czy NIKE lub połączenie słowno-graficznego np. Google, ADIDAS), ornament (np. logo Algida na drewnianym patyczku od lodu), kompozycja kolorystyczna (np. kolorystyka produktów Milki), forma przestrzenna (logo marek samochodów, np. „celownik” Mercedesa, znak BMW bądź figurka Michelin), w tym forma towaru lub opakowania (np. klocki LEGO, opakowanie czekoladek Toblerone, flakoniki perfum), a także melodia lub inny sygnał dźwiękowy<sup>5</sup>. Stąd też znakiem towarowym może być jedynie takie oznaczenie, które spełnia pewne kryteria odróżniające je od innych, tj. cechuje je zarówno zmysłowa postrzegalność, jednolitość, jak i samodzielność względem towaru, a także możliwość jego przedstawienia w sposób graficzny<sup>6</sup>.

Jak z tego wynika<sup>7</sup>, główną przesłanką do uznania znaku za znak towarowy nie jest jego forma, a cechy odróżniające go od innych, już zarejestrowanych znaków towarowych. Ponadto znak towarowy musi być umieszczony na

<sup>1</sup> Badania Instytutu ARC Rynek i Opinia [online], dostęp: 4 stycznia 2017 r., [http://www.arc.com.pl/polacy\\_a\\_podrobki-40999586-pl.html](http://www.arc.com.pl/polacy_a_podrobki-40999586-pl.html).

<sup>2</sup> Ustawa Prawo własności przemysłowej z dnia 30 czerwca 2000 r. Dz.U. 2001 Nr 49, poz. 508, z późn. zm. Dalej jako: PWP.

<sup>3</sup> Marcin Andrzejewski słusznie zauważa potrzebę modyfikacji przesłanki zaprezentowania znaku towarowego w sposób graficzny na wymóg „zmysłowej postrzegalności” ze względu na możliwość rozszerzenia aktualnie ujmowanego wymogu, odnoszącego się jedynie do zmysłu wzroku, podczas gdy wymóg zmysłowej postrzegalności odnosiłby się do wszystkich zmysłów, co ułatwiłoby przedstawienie i rejestrację np. sygnałów dźwiękowych czy zapachów. [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2014, Legalis 2016.

<sup>4</sup> Przy czym ustawodawca wskazał wyjątki od wskazanej w przepisie reguły, bowiem nie udziela się praw ochronnych na oznaczenia, które nie mają dostatecznych znamion odróżniających oraz na oznaczenia, które nie mogą być znakiem towarowym w świetle przepisów art. 129 ust. 1 pkt. 1 i 2 PWP.

<sup>5</sup> W przypadku dźwiękowych znaków towarowych istnieje możliwość ich przedstawienia za pomocą zapisu nutowego, jednakże może być to problematyczne w przypadku innych sygnałów dźwiękowych, np. klakson, skrzypiąca podłoga, sekwencja pewnych odgłosów czy dźwięk gwizdka. Na podstawie art. 141 ust. 2 PWP zgłoszenie znaku dźwiękowego powinno zawierać dołączone nagranie dźwięku na informatycznym nośniku danych. Ciekawym przykładem zarejestrowanego unijnego dźwiękowego znaku towarowego jest okrzyk fikcyjnej postaci Tarzana, który opisano jako: krzyk składający się z pięciu odrębnych zdań, mianowicie twierdzenia, potem wycia, następnie twierdzenia, następnie wycia, lecz w wyższej częstotliwości, następnie wycia, następnie twierdzenia w częstotliwości początkowej – tak opisany znak przedstawiono także w postaci zapisu spektrogramu i w elektronicznym załączniku dźwiękowym. [E. Wojcieszka – Głuszko, *Pojęcie znaku towarowego. Rodzaje oznaczeń. Kategorie znaków towarowych* [w:] *System prawa prywatnego. Tom 14B. Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, s. 469, a dodatkowo inną wersję opisu wraz ze znakiem towarowym przedstawiają *Wytyczne dotyczące rozpatrywania spraw związanych ze wspólnotowymi znakami towarowymi przez Urząd harmonizacji rynku wewnętrznego (znaki towarowe i wzory)* [online], s. 40; dostęp: 5 stycznia 2017 r., [https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/contentPdfs/law\\_and\\_practice/trade\\_marks\\_practice\\_manual/WP/Part-B/02-part\\_b\\_examination\\_section\\_2\\_formalities/part\\_b\\_examination\\_section\\_2\\_formalities\\_pl.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_practice_manual/WP/Part-B/02-part_b_examination_section_2_formalities/part_b_examination_section_2_formalities_pl.pdf).

<sup>6</sup> E. Wojcieszka – Głuszko, dz. cyt., s. 428.

<sup>7</sup> G. Michniewicz, *Ochrona własności intelektualnej*, Warszawa 2016, s. 154.

jakimś nośniku. Tym nośnikiem jest m.in. towar<sup>8</sup>, opakowanie lub film reklamowy w trakcie którego znak towarowy będzie ukazany.

Na gruncie rozważań doktrynalnych wskazuje się, że znak towarowy jest odbitym w świadomości człowieka jednolitym związkiem oznaczenia i towaru, obejmującym ogół wyobrażeń o danym towarze, wyodrębnionym na podstawie kryterium jego pochodzenia<sup>9</sup>. Może on być wyrazem dobrej jakości oraz jednocześnie reklamą sprzedawanego produktu. Spełnia on zatem funkcję dystynktywną wskazującą źródło pochodzenia towaru<sup>10</sup>, gwarancyjną (jakościową) polegającą na informowaniu przez znak, że wszystkie oznaczone nim towary są tej samej jakości oraz reklamową jako zachęta do zakupu danego produktu poprzez wykreowanie określonej marki<sup>11</sup>. Jak wskazuje Grzegorz Michniewicz<sup>12</sup> dobra jakość, prawidłowa reklama i marketing stwarzają możliwość lepszych wyników finansowych przedsiębiorstwa. W tym kontekście znak towarowy staje się pożądanym obiektem, mogącym być zawłaszczanym lub wykorzystywanym w celu osiągnięcia korzyści przy sprzedaży podobnych produktów innego przedsiębiorstwa.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż zgodnie z treścią art. 154 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 153 ust. 1 PWP uprawniony z prawa ochronnego na znak towarowy posiada prawo wyłącznego używania znaku towarowego w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności poprzez umieszczanie tego znaku na towarach objętych prawem ochronnym lub ich opakowaniach, oferowanie i wprowadzanie tych towarów do obrotu, ich importowanie lub eksportowanie oraz składowanie w celu oferowania i wprowadzania do obrotu, a także oferowanie lub świadczenie usług pod tym znakiem czy posługiwanie się nim w celu reklamy. Czas trwania prawa ochronnego na znak towarowy wynosi 10 lat od daty zgłoszenia znaku towarowego w Urzędzie Patentowym i może ono na wniosek uprawnionego zostać przedłużone na kolejne okresy dziesięcioletnie<sup>13</sup>. Prawo to jednak może wygasnąć in. <sup>14</sup> na skutek upływu okresu, na który zostało udzielone, nieużywania znaku czy utraty znamion odróżniających, co wskazuje na czasowy i ograniczony (nie tylko terytorialnie) charakter ochrony.

Nie ulega wątpliwości, że prawo ochronne na znak towarowy jest prawem bezwzględny, skutecznym *erga omnes*, zwłaszcza wobec podmiotów konkurencyjnych czy osób używających znaku lub znaku do niego podobnego dla oznaczenia własnych towarów takiego samego rodzaju lub podobnych<sup>15</sup>. Wyłączność w zakresie używania znaku towarowego stanowi gwarancję uzyskania należnych podmiotowi korzyści ekonomicznych. Zapewnienie ochrony stanowi legalny element przewagi rynkowej i uczciwej konkurencji<sup>16</sup> i ma na celu wykluczenie ryzyka pomyłek co do pochodzenia i jakości danego towaru. Przy czym należy odróżnić sytuację rejestracji znaku towarowego w celu ochronnym od klasycznego trollingu jako przedsięwzięcia, którego głównym motywem jest chęć osiągnięcia zysku poprzez szukanie osób wykorzystujących zarejestrowany, nieużywany już przez twórców znak towarowy, a następnie wystąpienie z roszczeniem odszkodowawczym za naruszenie<sup>17</sup>.

Przechodząc do definicji **podrobionego znaku towarowego** to zgodnie z art. 120 ust. 3 pkt. 3 w zw. z art. 296 ust. 2 pkt. 2 i 3 PWP: rozumie się przez to użyte bezprawnie znaki identyczne lub takie, które nie mogą być odróżnione w zwykłych warunkach obrotu<sup>18</sup> od znaków zarejestrowanych, objętych prawem ochronnym. Może to zatem dotyczyć znaku podobnego do zarejestrowanego znaku towarowego w odniesieniu do towarów identycznych lub podobnych, jeżeli zachodzi ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, które obejmuje w szczególności ryzyko skojarzenia znaku ze znakiem towarowym zarejestrowanym lub w przypadku renomowanego znaku towarowego<sup>19</sup>, zarejestrowanego w odniesieniu do jakichkolwiek towarów, jeżeli takie używanie może przynieść używającemu nienależną korzyść lub być szkodliwe dla odróżniającego charakteru bądź renomy znaku wcześniejszego.

<sup>8</sup> W rozumieniu 120 ust.3 pkt. 2 PWP towar to w szczególności wyroby przemysłowe, rzemieślnicze, płody rolne oraz produkty naturalne, zwłaszcza wody, minerały, surowce, a także, z zastrzeżeniem art. 174 ust. 3, usługi.

<sup>9</sup> E. Wojcieszka – Głusko, dz. cyt., s. 427.

<sup>10</sup> J.R. Antoniuk, *Oznaczenia odróżniające* [w:] *Ochrona własności intelektualnej*, red. P. Stec, Bydgoszcz 2011, s.135.

<sup>11</sup> R. Wojciechowski, *Prawo autorskie i prawo własności przemysłowej*, Siedlce 2014, s. 167, J.R. Antoniuk, dz. cyt., s.135.

<sup>12</sup> G. Michniewicz, dz. cyt., s. 153.

<sup>13</sup> Art. 153 ust. 2 i 3 PWP.

<sup>14</sup> Katalog przesłanek wygaśnięcia prawa ochronnego został wskazany w art. 168 i 169 PWP.

<sup>15</sup> M. Trzebiatowski, *Prawo ochronne na znak towarowy* [w:] *System prawa prywatnego. Tom 14B. Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, s. 771. Szerzej na temat charakteru prawa ochronnego, Zob. M. Trzebiatowski, dz. cyt., s. 771 – 779.

<sup>16</sup> R. Wojciechowski, dz. cyt., s.55.

<sup>17</sup> M. Piekarska, *Wykorzystanie praw autorskich w zjawisku copyrighttrollingu*[w:] *Prawo w Europie wobec wyzwań cyfrowych*, red. A. W. Bauknecht, P. Polaczuk, D. Lubowiecki, Berlin 2016, s.72.

<sup>18</sup> Określenie "w zwykłych" warunkach obrotu należy rozumieć jako możliwość pełnienia przez znak towarowy funkcji wskazywania na pochodzenie towaru od konkretnego przedsiębiorcy – por. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 marca 2007 r. sygn. akt: VI SA/Wa 2184/06.

<sup>19</sup> Jest to znak mający dużą siłę przyciągania i wartość reklamową wynikającą z utrwalonego w świadomości odbiorców przekonania o bardzo dobrych cechach towaru nim opatrzonego – por. Wyrok SA w Łodzi z dnia 13 listopada 2014 r. sygn. akt: I ACa 709/14.

**Towarami podrobionymi** natomiast są przede wszystkim towary bezprawnie opatrzone znakiem identycznym z ważnym zarejestrowanym znakiem towarowym lub którego istotne cechy pozostają identyczne przy założeniu, iż są to towary tego samego rodzaju<sup>20</sup>.

Ponadto, mówiąc o podróbkach, często również mowa o tzw. towarach pirackich, które stanowią kopie lub zawierają kopie wykonaną bez zgody właściciela praw autorskich lub praw pokrewnych, w tym właściciela wzoru.

### Konsekwencje naruszenia

Zarejestrowany znak towarowy podlega ochronie prawnej, przy czym omówienia wymaga zakres podmiotowy wskazujący, kto może ponosić odpowiedzialność za naruszenia w tym zakresie.

Pierwszym z podmiotów może być Sprzedawca. Podstawą jego odpowiedzialności karnej może być:

- o art. 305 PWP: Kto, **w celu wprowadzenia do obrotu<sup>21</sup>,oznacza towary<sup>22</sup>** podrobionym znakiem towarowym, zarejestrowanym znakiem towarowym, którego nie ma prawa używać lub **dokonuje obrotu towarami** oznaczonymi takimi znakami, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jeśli sąd uzna, że handel podróbkami to stałe źródło dochodu, to takie zachowanie jest karane karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5 – w takiej sytuacji Sąd orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa materiałów i narzędzi, jak również środków technicznych, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Ustawodawca przewidział więc penalizację dwóch alternatywnych zachowań sprawcy, tj. oznaczenia towaru lub dokonanie nim obrotu. Na uwagę zasługuje w tym miejscu wskazanie, iż w jednym z orzeczeń SN stwierdzono, iż wprowadzeniem do obrotu jest przekazanie przez producenta lub importera **po raz pierwszy** do obrotu towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym<sup>23</sup>. Przy czym zapis ten wynikał z brzmienia poprzedniej regulacji<sup>24</sup> stanowiącej o odpowiedzialności podmiotu, który w celu wprowadzenia do obrotu oznacza towary podrobionym znakiem towarowym lub oznaczone takim znakiem towary wprowadza do obrotu. Nie było wówczas przesłanki dokonania obrotu. Zatem, jak słusznie jednak zauważa Marcin Słomski<sup>25</sup> należy uznać, iż na gruncie aktualnej treści art. 305 PWP wprowadzającym do obrotu będzie nie tylko sprzedający po raz pierwszy produkt oznaczony podrobionym znakiem towarowym, ale także jego sprzedawca finalny (detalista), dystrybutor lub hurtownik. Odmienna regulacja, tj. zawężenie katalogu podmiotów odpowiadających za ten czyn, zezwalałaby handlarzowi (np. sprzedawcy na targu czy w sklepie bądź hurtownikowi) jako kolejnemu ogniwu na niebotyczne zyski uzyskane ze sprzedaży podróbek bez ponoszenia żadnych konsekwencji prawnych.
- o art. 115 ust. 1 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>26</sup>: Kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu<sup>27</sup> albo artystycznego wykonania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3. Przepis ten może mieć zastosowanie zwłaszcza biorąc pod uwagę wymagany graficzny sposób

<sup>20</sup>Def. w zw. z art. 120 ust. 3 pkt. 3 PWP.

<sup>21</sup>Kwestią sporną w doktrynie było ustalenie czym jest wprowadzenie do obrotu. Są stanowiska, iż twierdzące, że wprowadzanie do obrotu oznacza przeniesienie władztwa nad konkretnym towarem lub usługą (M. Słomski, Komentarz art. 305 PWP [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. A. Michalak, Warszawa 2016, Legalis 2016) bądź że istotą wprowadzania do obrotu jest zachowanie aktywne, a zatem działanie polegające na zbywaniu czy to odpłatnie, czy to nieodpłatnie towarów lub usług oznaczonych podrobionym znakiem towarowym, ewentualnie udostępnianiu ich osobom trzecim na podstawie innych umów o używanie rzeczy. Przy czym samo udostępnienie czy oferowanie, które można by uznać za usiłowanie dokonania czynu zabronionego, nie jest sankcjonowane ze względu na istotę czynu jaką jest dokonanie wprowadzenia do obrotu. (Zob. J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *Przestępstwo wprowadzania do obrotu wyrobów oznaczonych podrobionymi znakami towarowymi*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12, s.152-153). Osobiście uważam, że za wprowadzenie do obrotu powinno uważać się działanie polegające na udostępnieniu danego towaru, tj. zarówno umożliwieniu faktycznego dysponowania towarem jak i przeniesienie jego własności w sposób odpłatny bądź nieodpłatny kolejnemu podmiotowi, w tym także dalsze rozpowszechnianie towaru. Wówczas produkt jest dostępny dla pewnego grona, a co za tym idzie, należałoby uznać jego byt w obrocie gospodarczym.

<sup>22</sup>W literalnym brzmieniu przepisu należałoby przyjąć, że odpowiada jedynie ten, kto spełnił przesłankę oznaczenia towaru podrobionym towarem lub dokonania obrotu względem więcej niż jednego towaru. Zastawiającym wówczas było by, sytuacja, kiedy dotyczyłoby to jednego produktu, ale niezwykle ekskluzywnego i kosztownego. Słusznie zauważono, że wprowadzenie do obrotu jednego egzemplarza towaru wypełnia znamiona czynu zabronionego określone w ustawie karnej, choć oczywiście może być w konkretnym przypadku rozpatrywane jako społecznie szkodliwe w stopniu znikomym. Bowiem wykładania art. 305 PWP musi być dokonywana w zbliżony sposób do interpretacji innych norm prawa karnego materialnego, które posługują się podobnymi sformułowaniami, np. przepis art. 121 § 1 Kodeksu Karnego określający karę za wytwarzanie, gromadzenie, nabywanie, zbywanie, przechowywanie, przesyłanie lub przesyłanie środków masowej zgłady lub środków walki, nie oznacza bynajmniej, by bezkarne pozostawało podejmowanie tych czynności z jednym jedynie niedozwolonym środkiem masowej zgłady lub walki (Por. J. Misztal-Konecka, J. Konecki, dz. cyt., s. 150).

<sup>23</sup>Uchwała SN z 24 maja 2005 sygn. akt: I KZP 13/05.

<sup>24</sup>Art. 305 PWP, t.j. Dz.U. 2003 Nr 119, poz. 1117.

<sup>25</sup>M. Słomski, dz. cyt., Legalis 2016.

<sup>26</sup>Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. Dz.U. 1994 Nr 24, poz. 83, z późn. zm. Dalej jako: pr. aut.

<sup>27</sup>Zgodnie z art. 1 pr.aut. za utwór uważa się każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia.

przedstawienia znaku towarowego oraz dopuszczalne rozszerzenie na zmysłową postrzegalność, zwłaszcza przy melodiach i sygnałach dźwiękowych.

- o art. 24 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>28</sup>: Kto, za pomocą technicznych środków reprodukcji, kopiuje zewnętrzną postać produktu lub tak skopiowany wprowadza do obrotu, stwarzając tym możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu, czym wyrządza poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Sprzedający może zostać pociągnięty również do **odpowiedzialności cywilnej** przez właściciela podrobionego znaku towarowego. Podstawą mogą być uprawnienia wynikające z m.in. ochrony dóbr osobistych jako naruszenie renomy firmy (np. art. 23, 24, 445, 448 KC<sup>29</sup>), dokonania czynu nieuczciwej konkurencji (art. 18 ust. 1 ZNW) lub nieuczciwej praktyki rynkowej (art. 12 Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym)<sup>30</sup> czy też z naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy uprawnionego podmiotu (Art. 296 ust. 1 PWP). Główną przesłanką w tym zakresie jest bezprawność naruszenia. Jednakże biorąc pod uwagę charakter chronionego prawa, zasady współżycia społecznego czy dobre obyczaje w obrocie gospodarczym należy uznać, że każde naruszenie w tym zakresie jest bezprawne.

Co więcej, jako przykład nieuczciwej praktyki rynkowej, należy uznać reklamowanie produktu podobnego do produktu innego przedsiębiorcy w sposób celowo sugerujący konsumentowi, że produkt ten został wykonany przez tego samego przedsiębiorcę, jeżeli jest to niezgodne z prawdą<sup>31</sup>. Takie działania kwalifikuje się do katalogu czarnych praktyk rynkowych zakazanych niezależnie od okoliczności. Jak wskazuje Monika Namysłowska<sup>32</sup>, w takim przypadku podmiot nie ponosi odpowiedzialności za naśladownictwo produktu a jego reklamowanie. Niezbędnym jest jedynie możliwość wprowadzenia – a nie faktyczne wprowadzenie – w błąd konsumenta, np. poprzez przejęcie przez reklamowany produkt cech identyfikujących produkt naśladowanego przedsiębiorcy czy wykorzystanie charakterystycznego sloganu reklamowego.

Za podobne praktyki można uznać stosowane przez spółkę Google zasady AdWords. W sprawach jakie się toczyły w tym zakresie problem dotyczył używania przez osobę nieuprawnioną jako słowa kluczowego w reklamie AdWords słowa lub wyrażenia identycznego lub bardzo zbliżonego do zarejestrowanego znaku towarowego przez co w rubryce oznaczonej jako „linki sponsorowane” wyświetlały się m.in. reklamy tekstowe z linkami do stron oferujących podróbki towarów<sup>33</sup>.

W związku z powyższymi rozważaniami, nasuwa się pytanie, **czy osoba, która kupiła podróbkę również ponosi odpowiedzialność?** Przepisy bowiem nie przewidują konsekwencji prawnych wobec kupującego za zakup i posiadanie takiego towaru. Nabywca towaru, może dokonać zakupu także nie zdając sobie sprawy z tego, że nie jest to ten przedmiot, na którym mu w rzeczywistości zależało, zaś sprzedawca w opisie nie wskazał, że nie jest to produkt oryginalny. Jednakże w niektórych krajach Unii Europejskiej nabywca towaru podrobionego może ponieść konsekwencje takiego zakupu, np. we Francji przewidziana jest za to kara pozbawienia wolności do lat 3 oraz grzywna do 300 000 euro.

Aspektem wymagającym poruszenia jest przede wszystkim kwestia paserstwa. Do wypełnienia przesłanek niezbędnym jest, aby przedmiot czynu zabronionego był uzyskany za pomocą takiego czynu. W sytuacji nabycia towaru oznaczonego podrobionymi znakami, produkty te nie pochodzą z czynu zabronionego, ponieważ zostały przez sprawcę wytworzone lub nabyte, a dopiero po wyprodukowaniu lub nabyciu podlegają one swoistemu przetworzeniu poprzez oznaczenie ich podrobionymi znakami towarowymi. Oznaczający towary podrobionymi znakami nie uzyskał ich za pomocą czynu zabronionego, stąd osoba, która towary te nabywa, pomaga do zbycia, przyjmuje lub pomaga do ukrycia nie popełnia przestępstwa paserstwa. Podobnie osoba, która uzyskuje towary od wprowadzającego do obrotu nie może ponieść odpowiedzialności za paserstwo, ponieważ wprowadzający do obrotu nie uzyskał ich za pomocą czynu zabronionego. Co więcej, trudny do zaakceptowania byłby pogląd, że wprowadzającemu do obrotu towary z podrobionym znakiem towarowym grozi kara grzywny, ograniczenia wolności lub też pozbawienia wolności do lat 2, zaś nabywcy – kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5<sup>34</sup>.

Kolejnym podmiotem, który może być pociągnięty do odpowiedzialności jest **właściciel targu**, na którym są stoiska z podrobionymi towarami. W tym zakresie stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie C-494/15 Tommy Hilfiger Licensing LLC i in. przeciwko Delta Centre. Sprawa dotyczyła odpowiedzialności operatorów w

<sup>28</sup> Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. Dz.U. 1993 Nr 47, poz. 211, z późn. zm. Dalej jako: ZNW.

<sup>29</sup> Ustawa Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93, z późn. zm.

<sup>30</sup> Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dnia 23 sierpnia 2007 r. Dz.U. 2007 Nr 171, poz. 1206, z późn. zm. Dalej jako: UPNPR.

<sup>31</sup> Art. 7 pkt. 13 UPNPR.

<sup>32</sup> M. Namysłowska, *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej. Analiza prawnoporównawcza*, Warszawa 2014, s. 412, 415.

<sup>33</sup> Zob. *Własność intelektualna w obrocie elektronicznym. Tom V*, red. M. Kępiński, Poznań 2015, s. 124-142.

<sup>34</sup> J. Misztal-Konecka, J. Konecki, dz. cyt., s. 156.

walce z podróbkami. Producenci marki Tommy Hilfiger zwrócili się bowiem do właściciela hal targowych w Czechach o zaprzestanie naruszeń ich praw do znaków towarowych. Trybunał wskazał, że tego typu operatorzy, a więc właściciele galerii handlowych czy targowisk, obowiązani są do podjęcia działań mających na celu zaprzestanie naruszeń w zakresie użycia znaków towarowych przez podmioty handlujące na ich terenie. Podmioty te należy traktować jako pośredników w rozumieniu unijnej dyrektywy w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej<sup>35</sup>, a więc wymagany jest od nich pewien stopień aktywności w celu przeciwdziałania naruszeniom w tym zakresie. W konsekwencji, jeśli tego typu podmioty nie podejmą odpowiednich kroków, odpowiedzialność za naruszenia prawa do znaków towarowych może ostatecznie spaść na nich.

Niniejsze rozważania należałoby jeszcze rozszerzyć o **portale aukcyjne**. W 2011 r., TSUE wydał orzeczenie w trybie prejudycjalnym w sprawie C-324/09 L’Oreal przeciwko eBay. Wskazał w nim, że jeżeli portal reklamuje dane aukcje, których przedmiotem są towary naruszające prawo własności intelektualnej lub posiada informacje o takim charakterze oferowanych towarów i nie przystępuje niezwłocznie do uniemożliwienia dostępu do takiej aukcji, to nie może powoływać się na wyłączenie swojej odpowiedzialności. Rozumieć przez to należy, że w sytuacji, kiedy operator rynku elektronicznego w Internecie pozostaje bierny i nie posiada żadnych informacji na temat naruszania praw osób trzecich na aukcjach nie może być za te naruszenia odpowiedzialny. Jednak, jeśli włącza się w promowanie pewnych aukcji lub jeżeli nie podejmuje niezwłocznie kroków zmierzających do uniemożliwienia dostępu do aukcji – np. po zgłoszeniu naruszenia przez nabywcę bądź właściciela znaku towarowego – to uznać należy, że przyczynia się do naruszenia.

Ponadto, TSUE w wyroku w sprawie C-494/15, stwierdził, iż dla sporu bez znaczenia jest czy sprzedaż prowadzona jest online czy na placu targowym, ponieważ dyrektywa nie jest ograniczona do handlu elektronicznego, zatem odpowiedzialność jako pośrednik może ponieść zarówno właściciel targu, jak i portal.

### Środki ochrony przysługujące właścicielowi znaku towarowego

Właściciel praw własności intelektualnej (np. uprawniony do znaku towarowego, autor dzieła), mający informacje o sprzedaży kopii lub imitacji swoich produktów w pierwszej kolejności powinien dotrzeć do danych naruszcyciela, np. od właściciela targu czy ustalenie właściciela numeru IP przy obrocie elektronicznym.

Pokrzywdzony podmiot, w ramach zapewnionej mu cywilnej ochrony prawnej, w zależności od sposobu naruszenia i jego stopnia, może domagać się od naruszcyciela: zaniechania niedozwolonych działań, zwłaszcza sprzedaży podrobianego towaru, usunięcia skutków niedozwolonych działań) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (w tym publikacja przeprosin lub innego oświadczenia prostującego), wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści, a także naprawienie zaistniałej szkody na zasadach ogólnych, zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny. Sąd może także, na wniosek uprawnionego, orzec również o wyrobach, ich opakowaniach, materiałach reklamowych i innych przedmiotach bezpośrednio związanych z popełnieniem czynu, a tylko w wyjątkowych przypadkach uznać za wystarczające do dopuszczenia towarów do obrotu usunięcie znaku z towarów. W szczególności sąd może orzec ich zniszczenie lub zaliczenie na poczet odszkodowania. Dodatkowo, w ramach uprawnienia przysługującego na podstawie art. 296 ust. 1a w zw. z art. 287 ust. 2 i 3. PWP Sąd może orzec, na wniosek uprawnionego, o podaniu do publicznej wiadomości części albo całości orzeczenia lub informacji o orzeczeniu, w sposób i w zakresie określonym przez sąd. Ostatnie z rozwiązań mogłoby wpłynąć dodatkowo na postrzeganie danego przedsiębiorcy przez potencjalnych kontrahentów, ale mogłoby spełnić też funkcję prewencyjną, aby przestrzec potencjalnych naruszcicielami przed konsekwencjami, jakie ich czekają z tego tytułu.

Warto jednak przed wniesieniem pozwu podjąć próbę rozwiązania sporu polubownie. Może to zdecydowanie skrócić czas trwania sporu. Uprawniony powinien wówczas poinformować naruszcyciela o swoich prawach (weźmy pod uwagę, że część naruszających prawa może nie być tego faktu świadoma) i zaproponować ugodę. Należałoby w niej zobowiązać naruszcyciela do zaprzestania naruszeń, zniszczenia/oddania podrobionych lub pirackich towarów uprawnionemu oraz zobowiązania się do nienaruszania tych praw w przyszłości. W zależności od skali naruszenia można również w drodze ugody żądać wypłaty odszkodowania. W razie jednak braku reakcji lub braku woli ugodowego załatwienia sprawy pozostaje wstąpienie na drogę sądową.

### Podsumowanie

Wypracowanym oryginalnym wzorcem czy znakiem towarowym należy się ochrona prawna, co stanowi swego rodzaju rekompensatę za nakład pracy, poświęcony czas i innowacyjny pomysł wpływający na rangę podmiotu i atrakcyjność jego towarów. Nie może to jednak stanowić nadużycia w zakresie pozycji dominującej (art. 9 ustawy o ochronie

<sup>35</sup> W rozumieniu Dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej.



konkurencji i konsumentów<sup>36</sup>). Może to prowadzić do monopolizacji określonej gałęzi rynku, jednak może to mieć miejsce jedynie poprzez uzyskanie wyłączności na wykorzystanie znaku towarowego w granicach jego formalnej ochrony wyznaczonej wpisem do Rejestru znaków Urzędu Patentowego. Patrząc na to, z drugiej strony, nie powinna mieć miejsca sytuacja prowadząca do wykorzystywania już ugruntowanej pozycji przez gorzej prosperujące podmioty. Może to prowadzić do rozwoju i wzrostu zysków tegoż przedsiębiorcy, co jednocześnie, poprzez wprowadzenie nabywcy w błąd co do głównej cechy produktu, jaką jest jego pochodzenie, negatywnie wpływa na renomę i rozwój podmiotu, którego znak towarowy został bezprawnie wykorzystany. Wykorzystanie znaku towarowego danego przedsiębiorcy przez podmiot nieuprawniony prowadzi do wyrządzenia szkody tego pierwszego. Prowadzi to do „rozwodnienia” atrakcyjności marki, spowszednienia znaku i co za tym idzie, zatarcia charakteru odróżniającego, na który przez długi czas pracował pokrzywdzony w takiej sytuacji przedsiębiorca<sup>37</sup>.

Właściciel znaku towarowego ma zapewnioną szeroką gamę ochrony, jednakże czy jest ona efektywna? Zaniechanie naruszeń i wycofanie produktu podrobionego mogą wpłynąć na zmniejszenie zakresu pomyłek, a sankcje karne mogą odnieść prewencyjne skutki wobec niektórych podmiotów. Dyskusyjnym jest jednak, czy nie znajdą się podmioty, które założą, że poprzez zachowanie odpowiednich środków ostrożności (np. brak reklam czy anonimową sprzedaż na targu) uda im się uniknąć odpowiedzialności. Także publikacja oświadczeń lub wypłaty odszkodowania po długim procesie, niekoniecznie odniosą oczekiwane rezultaty zwłaszcza wśród klientów, którzy stracili zaufanie do przedsiębiorcy. Czasem jednak za pomocą środków podjętych w mediach Internetowych i co za tym idzie, szerokiemu gronu odbiorców, możliwe będzie odbudowanie renomy firmy.

\*\*\*

### The consequences of violations of trade marks' protection rights

People want to buy some product based on its high popularity (higher the better), and at the same time they can not sometimes afford it due to the cost of popular and luxurious goods. It is said that demand is formed by possibilities and desires of potential buyer.

Moreover, some businessmen profit from illegal usage of someone's trade mark. It can cause a risk of confusion on the part of consumers with economic loss from stolen trade marks in addition.

A trademark is recognizable sign which identifies products or producer. The brand is consequential to economical position of each economic entity, it indicates its real worthiness.

The article presents meaning of trade mark and counterfeit of trade mark and describes consequences of violations of trade mark owners' rights. Additionally, the author emphasizes the role of protection measures in law which are used by owner of registered trademark.

<sup>36</sup> Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

<sup>37</sup> J. Piotrowska, *Renomowane znaki towarowe i ich ochrona*, Warszawa 2001, Legalis 2016.

Joanna Radziszewska

## REKLAMA JAKO ZACHĘTA DO KONSUMOWANIA I EPATOWANA LUKSUSEM ORAZ PRAWNE OGRANICZENIA TEGO ZJAWISKA - UWAGI WPROWADZAJĄCE

### WSTĘP

We współczesnym świecie trudno wyobrazić sobie obrót gospodarczy, czy też realizację jakiegokolwiek celu komercyjnego, bądź takiego o charakterze społecznym, bez jego promocji i rozpowszechnienia pozytywnych, odpowiednio dobranych, informacji o nim. To zadanie, jako jedno z wielu, spełnia właśnie reklama. Stanowić ma ona zachętę do nabycia, bądź skorzystania z tego, co zostało w niej ukazane. Ma wywoływać i stale podsycać, u jak największej liczby potencjalnych nabywców, potrzebę posiadania wszelkich dóbr, w coraz większych ilościach oraz nakłaniać do korzystania z nowych, wymyślnych i wydawałoby się, niezbędnych, usług.

Poniższe rozważania będą wstępem do analizy prawnego aspektu funkcjonowania reklamy jako, często decydującego, bodźca do konsumowania i epatowania luksusem, ze szczególnym uwzględnieniem niektórych jej ograniczeń o charakterze prawnym. W celu wprowadzenia w omawianą problematykę, w skrócie przedstawione zostaną etymologia i najważniejsze definicje pojęcia „reklama”. Natomiast do prawnej eksplikacji zagadnienia i jego zobrazowania posłużą dwie kwestie, związane z rozwojem współczesnej reklamy. Jako pierwszy poruszony zostanie temat rozbudzania przez reklamę nadmiernych potrzeb konsumpcyjnych i niektórych mechanizmów prawnych, które mają przeciwdziałać negatywnym skutkom społecznym tego zjawiska. Kolejnym przedmiotem rozważań, ułatwiającym zrozumienie roli współczesnej reklamy, będą wybrane dylematy, dotyczące reklamy szokującej oraz ograniczenie jej negatywnego oddziaływania na konsumentów.

Wskazane powyżej problemy były asumptem do wprowadzenia niektórych, niezwykle istotnych, ograniczeń w prawie reklamy, odnoszących się zarówno do jej treści, jak również przedmiotu. Takie przedstawienie tematu ma ułatwić zrozumienie przyczyn, które legły u podstaw wprowadzenia tych obostrzeń, jak też ukazać, iż nie wszystkie ważne aspekty, towarzyszące zjawisku reklamy mogą i powinny znaleźć się w orbicie zainteresowań ustawodawcy. Z drugiej zaś strony analiza ta ma posłużyć wskazaniu w prawie reklamy obszarów, które do tej pory z różnych przyczyn były przez ustawodawcę pomijane, a które, w najbliższej perspektywie czasowej, mogą wymagać unormowania.

### 1. REKLAMA - ETYMOLOGIA I ZNACZENIE POJĘCIA

Znaczenie pojęcia „reklama” wydaje się tak oczywiste, że każdy z nas jest w stanie je zrozumieć i bez trudu zdefiniować. Byłaby to jednak definicja, obejmująca jedynie potoczne, rozumienie tego terminu, które nie musi pokrywać się ze znaczeniem, nadanym mu przez przepisy prawne. W celu wprowadzenia w omawianą tematykę należy w skrócie przedstawić etymologię tego terminu oraz jego najważniejsze definicje.

W literaturze prawniczej wielu autorów<sup>1</sup> uznaje, że słowo „reklama” pochodzi od łacińskiego czasownika *reclamo, reclamare*, którego znaczenie można przetłumaczyć jako „głośno się sprzeciwiać, odbrzmiewać echem, nawoływać, krzyczeć do kogoś<sup>2</sup>”. Jak widać, znaczenie tego czasownika, brzmiącego bardzo podobnie do współczesnego terminu „reklamować”, nie jest do niego nawet zbliżone. Niektóre źródła<sup>3</sup> podają, iż pochodzi on od łacińskiego czasownika *clamo, clamare*, co oznacza „krzyczeć głośno, przywoływać”. Natomiast w języku polskim dodano na początku przedrostek „re”, z racji tego, że przekaz ten często się powtarza. Należy jednak pamiętać, że wyodrębnianie się pojęcia „reklama” we współczesnym rozumieniu, następowało stopniowo, na przestrzeni wieków, pod wpływem intensywnego rozwoju gospodarki.

Obecnie, jedną z częściej wykorzystywanych definicji reklamy jest ta, wypracowana przez Amerykańskie Stowarzyszenie Marketingu<sup>4</sup>. Głosi ona, że „reklama jest każdą płatną formą nieosobistej prezentacji i popierania idei posiadania dóbr i usług przez ściśle określonego, zainteresowanego nadawcę. Reklama jest wiedzą i sztuką. Wiedza jest ko-

<sup>1</sup> D.E. Harasimiuk, Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim, Warszawa 2011, s.26; R. Grochowski, Prawo i etyka reklamy, Opole 2013, s.25; M. Napierała, Filozofia reklamy. Historia, psychologia, techniki, Kraków 2012, s. 24.

<sup>2</sup> H. Menge, H. Kopia, Słownik łacińsko - polski, Olsztyn 1982, s.421-422; E. Kubicka, M. Suwała, Słownik łacińsko - polski, polsko - łaciński, Toruń 2008, str. 135; J. Sondel, Słownik łacińsko - polski dla prawników i historyków, Kraków 2009, s.823.

<sup>3</sup> E. Nowińska, Zwalczenie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno - prawne, Kraków 2002, s. 17; J. Biel, Historia reklamy to tak naprawdę dzieje komunikowania [online], <http://instytutmedialny.pl/historia-reklamy/>, dostęp 21.09.2016 r.

<sup>4</sup> M. Barańska, Reklama i jej ograniczenia, Warszawa 2011, s.19.

nieczna dla poznania prawdziwości, związanej z pełnieniem przez reklamę roli marketingowej komunikacji z nabywcami oraz psychologicznych uwarunkowań - jej percepcji przez odbiorców. Sztuka reklamy to opisywanie i przedstawianie korzyści produktów dla nabywców i skłanianie do ich zakupu za pomocą nieosobowych środków przekazu<sup>5</sup>”.

Warto też w tym miejscu przedstawić definicję reklamy, którą zawiera art.3 Kodeksu Etyki Reklamy<sup>6</sup>, uchwalony przez Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy. Definicja ta określa reklamę jako „(...) przekaz zawierający w szczególności informację lub wypowiedź, zwłaszcza odpłatny lub za wynagrodzeniem w innej formie, towarzyszący czyjejkolwiek działalności, mający na celu zwiększenie zbytu produktów, inną formę korzystania z nich lub osiągnięcie innego efektu, które są pożądane przez reklamodawcę. Do reklamy zalicza się również promocję sprzedaży, oferty kierowane do odbiorców za pomocą marketingu bezpośredniego lub sponsoring.” Nie ma ona co prawda mocy przepisu prawnego, ale jej uniwersalny charakter sprawia, iż stanowić może pomocny materiał, również przy prawnej analizie tego pojęcia.

Kontynuując, przytoczyć należałoby także najważniejsze definicje legalne omawianego pojęcia. Artykuł 4 lit. f) Protokołu Poprawek, sporządzonego w Strasburgu dnia 9 września 1998 r. do Europejskiej Konwencji o Telewizji Ponadgranicznej, sporządzonej w Strasburgu dnia 5 maja 1989 r.<sup>7</sup>, określa reklamę, jako „każdy publiczny przekaz nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia albo w celach autopromocji, zmierzający do promowania sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocji idei lub sprawy albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę lub samego nadawcę”. Natomiast w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej<sup>8</sup>, w art.2 pkt a), określono reklamę jako przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań. Istotne znaczenie ma także definicja terminu „reklama telewizyjna”, zawarta w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych)<sup>9</sup>. Zgodnie z art.1 ust.1 pkt i) „reklama telewizyjna” oznacza wszelkiego rodzaju ogłoszenia związane z działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub działalnością w ramach wolnego zawodu rozpowszechniane przez przedsiębiorstwo publiczne lub prywatne lub osobę fizyczną w zamian za opłatą lub podobne wynagrodzenie lub rozpowszechniane przez to przedsiębiorstwo lub tę osobę fizyczną w celach autopromocji w celu promocji odpłatnego dostarczania towarów lub świadczenia usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań. Jednocześnie w tym miejscu należy zaznaczyć, że przepisów dyrektywy nie stosuje się bezpośrednio w krajowym porządku prawnym, gdyż wiążą one każde państwo członkowskie tylko w odniesieniu do rezultatu, który ma zostać osiągnięty. W związku z tym, to organom krajowym pozostawia się swobodę wyboru formy i środków do jego osiągnięcia.

W polskich przepisach brak generalnej, ogólnej definicji reklamy<sup>10</sup>, do której odniesienie mogłyby znaleźć regulacje, umieszczone w różnych gałęziach prawa. Rzeczywiście definicje tego pojęcia, zawarto w wielu aktach prawnych (jak np. w art. 52 ust.1 ustawy Prawo farmaceutyczne<sup>11</sup> zdefiniowano termin „reklama produktu leczniczego”), jednak podkreślić trzeba, iż są one dostosowane do specyfiki materii, którą regulują. Za jedną z najbardziej uniwersalnych definicji legalnych reklamy uchodzi ta, z dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych, która została implementowana do polskiego porządku prawnego w art.4 pkt 17 ustawy o radiofonii i telewizji<sup>12</sup>. Jest ona jedną z najczęściej przywoływanych w rozmaitych opracowaniach definicji tego pojęcia, jak również stanowi punkt wyjścia do rozważań, dotyczących wielu prawnych aspektów reklamy.

Przytoczone powyżej definicje „reklamy”, zawarte w różnych aktach prawnych, pozwalają na lepsze zrozumienie prawnego wymiaru tego zjawiska, a także tego, jakie funkcje pełni ona we współczesnym świecie. Stanowią też podstawę i punkt wyjścia do przedstawienia prawnych ograniczeń reklamy, których zadaniem jest przeciwdziałanie negatywnym zjawiskom z nią związanym, bądź mechanizmów, mających niekorzystne skutki takich zjawisk minimalizować.

<sup>5</sup> T. Sztucki, Encyklopedia marketingu, Warszawa 1998, s.266.

<sup>6</sup> Kodeks Etyki Reklamy [online], <https://www.radareklamy.pl/kodeks-etyki-reklamy?showall=&start=2>, dostęp: 17.10.2016 r.

<sup>7</sup> Protokół Poprawek, sporządzony w Strasburgu dnia 9 września 1998 r. do Europejskiej Konwencji o Telewizji Ponadgranicznej, sporządzonej w Strasburgu dnia 5 maja 1989 r., Dz.U. Nr 28, poz. 250.

<sup>8</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE z dnia 12.12.2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, Dz.Urz.UE z dnia 27.12.2006 r., L 376/21.

<sup>9</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) Dz.Urz. UE z dnia 14.04.2010 r. L 95/1.

<sup>10</sup> R. Grochowski, Granice prawne i etyczne reklamy w ustawodawstwie krajowym i europejskim, Poznań - Opole 2010, str. 71.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, Dz.U. Nr 126, poz. 1381 z późn. zm.

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, t.j. - Dz.U. z 2016 r. poz. 639 z późn.zm. - art.4 pkt 17 ustawy stanowi, że reklamą jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja.

## 2. WZBUDZANIE NADMIERNYCH POTRZEB KONSUMPCYJNYCH

Jednym z głównych zadań reklamy jest wzbudzanie w każdym adresacie jak największych potrzeb konsumpcyjnych. Zjawisko to zwykle rozpatrywane jest pod kątem psychologicznym, ekonomicznym, czy też socjologicznym. Niewiele jest natomiast analiz prawnych poświęconych temu zagadnieniu i jego skutkom. Tymczasem, stymulowane przez nieodpowiedzialną reklamę „apetyty”, nierzadko wymykają się spod kontroli konsumenta, wywołując szereg poważnych konsekwencji, znajdujących swoje odbicie w rozmaitych przepisach. Błędne wnioski, do jakich może prowadzić taka reklama, utwierdzają daną jednostkę w przekonaniu, że konieczne jest posiadanie jak największej ilości dóbr luksusowych. Niepohamowana chęć kupowania i posiadania, skutecznie wzbudzana przez niczym nieograniczoną reklamę, prowadzić może, w skrajnych przypadkach, do uzależnienia od zakupów i niekontrolowanego wydawania pieniędzy. Przy omawianiu uwarunkowań prawnych takiej reklamy, należy więc skupić się na analizie regulacji, które pozwalają odróżnić rzeczową informację od treści reklamowych, a tym samym ułatwiają konsumentom podejmowanie świadomych decyzji zakupowych. Istotne dla omówienia najważniejszych aspektów tego tematu będą także przepisy, wyznaczające dozwoloną treść reklamy oraz normy, których celem jest ograniczenie negatywnego oddziaływania reklamy na konsumentów.

Rozważania, dotyczące regulacji prawnych, ustanawiających ograniczenia dla reklamy wzbudzającej nadmierne potrzeby konsumpcyjne, należy rozpocząć od dokonania rozróżnienia i zdefiniowania pojęć „reklama” i „informacja”. Pojęcia te są ze sobą powiązane w ten sposób, iż każda reklama jest jednocześnie swego rodzaju informacją, ale nie każda informacja jest reklamą. Co do pierwszego z wymienionych terminów, jego znaczenie zostało przedstawione powyżej. Natomiast, niezwykle istotne będzie doprecyzowanie zakresu znaczeniowego terminu „informacja”. Prawidłowe zidentyfikowanie, jaki przekaz uznamy za „informację”, a jaki za - „reklamę”, ma kluczowe znaczenie dla ukazania źródeł i przyczyn ustanowienia regulacji, wprowadzających ograniczenia w sferze reklamy. Jednakże w związku z brakiem legalnej definicji terminu „informacja”, która by takie rozróżnienie ułatwiła, prawna analiza tego zagadnienia przysparza, nawet znawcom tematu, niemałych trudności<sup>13</sup>. W obowiązujących regulacjach nie wprowadzono też choćby kryteriów, pozwalających w sposób niewątpliwy oddzielić, w danym przekazie warstwę informacyjną od warstwy reklamowej. Rozważając tę kwestię z logicznego punktu widzenia za informację uznamy obiektywne zestawienie cech towaru lub usługi<sup>14</sup>. Z założenia informacja nie może zawierać opinii, określeń wartościujących bądź ocen, to jest treści, stanowiących element subiektywny w danym przekazie<sup>15</sup>. Pod pojęciem informacji rozumieć zatem należy „obiektywny, sprawozdawczy prosty (pozbawiony cech epicznych i lirycznych), lapidarny, spójny logicznie, zrozumiały, zorganizowany i zwięzły przekaz, w którego treść wchodzi elementy słowno - graficzne”<sup>16</sup>. Jednak najprostszym, rozwiązaniem będzie odwołanie się do słownikowej definicji „informacji”, którą określono tam jako „wiadomość o czymś lub zakomunikowanie czegoś”<sup>17</sup>.

Odnosząc powyższe do rozważań o reklamie wzbudzającej nadmierne potrzeby konsumpcyjne, jako jeden z ważniejszych mechanizmów, który ma temu zapobiegać, należy wskazać liczne obowiązki informacyjne przedsiębiorców wobec konsumenta<sup>18</sup>. Zasada pełnego informowania konsumenta, wpisana została w liczne regulacje Unii Europejskiej. Prawo polskie, ze względu na zobowiązania naszego kraju wobec tej organizacji, również musi kierować się tą zasadą. Dlatego też została ona implementowana do polskiego porządku prawnego. Dzięki polityce prokonsumenckiej w wielu przepisach odzwierciedlenie znalazł postulat jak najpełniejszego i rzetelnego informowania konsumenta, aby w efekcie tego podejmował on racjonalne i przemyślane decyzje. Zdezorientowany, niedoinformowany lub źle poinformowany konsument jest bowiem bardziej podatny na nabywanie dóbr, które nie są mu potrzebne, bądź, na które go nie stać, i to często w nadmiernych ilościach. Wobec tego przepisy unijne, zarówno w prawie pierwotnym, jak i wtórnym ustanawiają szereg uprawnień dla konsumentów i obowiązków dla ich kontrahentów, w celu wyrównania ich pozycji w obrocie. Prawo konsumenta do informacji zajmuje wśród tych uprawnień poczesne miejsce i wymienione zostało wyraźnie w art. 169 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>19</sup>. Znajduje ono także swoją emanację w wielu innych aktach prawnych Unii Europejskiej. W szczególności należy wymienić tu Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów, zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego

<sup>13</sup> K. Grzybczyk, M. Jagielska, Obowiązek informacyjny wobec konsumenta a reklama [w:] red. M. Namysłowska, Reklama. Aspekty prawne., Warszawa 2012, str. 63.

<sup>14</sup> R. Sagan, Reklama produktów medycznych w prawie polskim i europejskim, „Studia Prawnicze” 1998, z.4, str. 102.

<sup>15</sup> Taki pogląd prezentuje orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego m.in. w wyroku NSA z dnia 28.12.2000 r., III SA 2892/99, „Rachunkowość - Poradnik praktyczny” 2001, nr 6, s.19 oraz w wyroku NSA - Ośrodek Zamiejscowy w Katowicach z dnia 08.04.1997 r., SA/Ka 2976/95, „Monitor Podatkowy” 2000, nr 2, str.3.

<sup>16</sup> definicja za: O. Luty, M. Matczak, Informowanie o sponsorowaniu przez producentów i dystrybutorów alkoholu, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 7, str. 49.

<sup>17</sup> Internetowy słownik języka polskiego PWN [online], <http://sjp.pwn.pl/szukaj/informacja.html>, dostęp 29.09.2016 r.

<sup>18</sup> K. Grzybczyk, M. Jagielska, Obowiązek informacyjny wobec konsumenta a reklama [w:] red. M. Namysłowska, Reklama. Aspekty prawne., Warszawa 2012, s.55; K. Grzybczyk, Prawo reklamy, Warszawa 2012, str. 33.

<sup>19</sup> Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE z 26.10.2012 r., C.326/47.

i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>20</sup>. W polskim porządku prawnym obowiązek udzielania konsumentom rzetelnej informacji został wpisany w art. 24 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>21</sup>. Przepis ten w ust.2 pkt 2 określa, naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, jako praktykę, naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, a w dalszych przepisach przewiduje za ich naruszenie dotkliwe sankcje finansowe. Prawo konsumenta do informacji można zatem zakwalifikować jako narzędzie, które, przynajmniej w pośredni sposób, pozwala na ograniczanie zjawiska nadmiernego konsumowania.

Niezwykle istotną rolę, przy ograniczeniu negatywnego aspektu zjawiska rozbudzania nadmiernych potrzeb konsumpcyjnych pełnią również krajowe regulacje z zakresu prawa ochrony konsumentów. Wspomniany już wyżej art. 24 ust.2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w punkcie 3, jako jedną z praktyk, naruszających zbiorowe interesy konsumentów wymienia nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji. Katalog działań, uznawanych za czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, zawiera art. 16 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>22</sup>, przy czym wyliczenie to nie ma charakteru enumeratywnego<sup>23</sup>. Szczególne znaczenie dla ograniczenia zjawiska nadmiernej, nieprzemysłanej i niczym nieograniczonej konsumpcji będą miały regulacje, odnoszące się do czynów nieuczciwej konkurencji, umiejscowione w ust.1 pkt 2) i 4). Pierwszy ze wskazanych przepisów (pkt 2) jako czyn nieuczciwej konkurencji wskazuje reklamę, wprowadzającą klienta w błąd i mogącą przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. Skutkiem jej oddziaływania jest zakup przez konsumenta konkretnego towaru lub usługi, których w normalnych warunkach konsument by nie nabył. Natomiast według drugiego ze wskazanych przepisów (pkt 4) - czynem takim jest wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Dodatkowo przepis ten wskazuje, iż konsekwencją rozpowszechniania takiej reklamy jest fakt, że potencjalny konsument nie postrzega jej jako przekazu reklamowego, a więc nie jest świadomy jej komercyjnego oddziaływania. Nadto przepis sygnalizuje, że pod wpływem tego rodzaju reklamy konsument może podjąć decyzję o nabyciu konkretnego towaru lub usługi, odmienną od tej, jaką podjąłby, gdyby wiedział, że przekaz, stwarzający wrażenie informacji, jest w rzeczywistości przekazem reklamowym. Ustawodawca, kwalifikując takie działanie jako czyn nieuczciwej konkurencji, chciał umieścić w przepisach mechanizm, skutecznie chroniący najsłabszą stronę obrotu - to jest konsumentów, właśnie przed dokonywaniem zakupów nieprzemysłanych i niepotrzebnych, nierzadko będących skutkiem uzyskania informacji błędnych, niepełnych lub nie uzyskania ich w ogóle.

Reasumując, należy wskazać, że wprowadzenie do porządku prawnego powyżej omówionych regulacji niezbędne było między innymi ze względu na ochronę konsumentów przed reklamą, rozbudzającą nadmierne potrzeby konsumpcyjne, czy też wykorzystującą w tym celu dezinformację. Nadal jednak, w ocenie autorki, istnieje potrzeba podjęcia próby ustanowienia dalszych przepisów, przeciwdziałających kreowaniu i upowszechnianiu nadmiernej konsumpcji. Ze względu na wagę tej problematyki, a przede wszystkim generowanych przez nią następstw społecznych, pozostaje to zadaniem ważnym, choć w praktyce niezwykle trudnym do zrealizowania. Kwestią otwartą pozostaje, w jaki sposób ustawodawca powinien ingerować w tę sferę. W niedalekiej przyszłości, rozważenia, pod kątem możliwości objęcia regulacjami prawnymi, z pewnością wymagać będzie nie tylko ustanowienie dodatkowych mechanizmów pomocy dla osób uzależnionych od nadmiernych zakupów, lecz także wprowadzenie regulacji, przymuszającej osoby zadłużone z takich powodów do systematycznej spłaty zobowiązań, w ramach zorganizowanego systemu i pod pewnymi warunkami. Jednocześnie należy wziąć pod uwagę fakt, że prawodawca nie jest w stanie sformułować regulacji, która w sposób zupełny chronić będzie poszczególnych odbiorców przed takim oddziaływaniem reklamy, a przede wszystkim przed odpowiedzialnością za własny los. Nie sposób bowiem poddać prawnej regulacji indywidualnych potrzeb konkretnych osób, ani też stworzyć ramy prawne dla kontrolowania ich psychicznych predyspozycji do uzależniania się od kupowania. Niewykonalne będzie to zwłaszcza w państwie demokratycznym, gdzie sfera wolności każdej jednostki zakreślona jest szeroko i zagwarantowana przez obowiązujące prawo. Dlatego też zjawisko rozbudzania przez reklamę nadmiernych potrzeb konsumpcyjnych w pewnym zakresie musi pozostać poza sferą zainteresowań ustawodawcy. Nie mniej jest ono na tyle dynamiczne i rozwojowe, że nie jest możliwe, aby litera prawa pozostała obojętna na ten problem.

### 3. REKLAMA SZOKUJĄCA

<sup>20</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.Urz. UE z 22.11.2011 r., L 304/65.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jednolity - Dz.U. z 2015 r., poz. 184 z późn. zm.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jednolity - Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

<sup>23</sup> R. Grochowski, Granice prawne i etyczne reklamy w ustawodawstwie krajowym i europejskim, Poznań - Opole 2010, s. 95.

We współczesnym świecie, gdzie niemalże każdą przestrzeń życiową wypełnia reklama, coraz trudniejszym zadaniem jest przebicie się do świadomości konsumenta<sup>24</sup>. Tymczasem, dla każdego podmiotu, prowadzącego działalność gospodarczą, jest to konieczne, aby skutecznie oddziaływać na grupę potencjalnych nabywców konkretnych dóbr i usług, bądź odbiorców określonych idei. W związku z tym specjaliści od reklamy sięgają po rozmaite narzędzia, które mogą ułatwić pozyskiwanie kolejnych klientów<sup>25</sup>. Jednym z nich jest właśnie reklama szokująca, często odwołująca się w swej treści do motywów przemocy, okrucieństwa, seksu, choroby, kalectwa, czy też eksponująca zachowania niezgodne z prawem. Przy czym taki rodzaj reklamy nakierowany jest na osiągnięcie doraźnego celu, w postaci zmaksymalizowania wskaźników sprzedaży, podczas gdy dość często pomija się jej długofalowe, niekorzystne działanie<sup>26</sup> i negatywne skutki społeczne, jakie wywołuje.

Chociaż definicji legalnej „reklamy szokującej” nie znajdziemy w żadnym z obowiązujących unijnych, jak i polskich aktów normatywnych, nie oznacza to, iż doktryna i nauka prawa nie dostrzegły istnienia i znaczenia tego zjawiska. Reklamę szokującą - po angielsku *shockvertising* (od połączenia słów *shock* (szok) i *advertising* (reklama)) - zdefiniować można jako reklamę, która wykorzystuje motywy powszechnie uważane za ryzykowne, wzbudzające mieszane uczucia, posługującą się skandalem<sup>27</sup>. Taka reklama poprzez wzbudzanie w odbiorcy skrajnych uczuć próbuje skłonić go do dokonania odpowiedniego, sugerowanego w przekazie reklamowym wyboru<sup>28</sup>.

W prawie polskim nie znajdziemy wielu regulacji prawnych, odnoszących się bezpośrednio do reklamy szokującej. Nie znajdziemy też bogatej literatury prawniczej, omawiającej to zagadnienie. Nie oznacza to jednak, że w naszym kraju nie zetkniemy się z tą problematyką, oraz że nie istnieje potrzeba nakreślenia wyraźniejszych ram prawnych dla przedmiotowego zjawiska. Niedostatek regulacji w tym zakresie nie spowoduje bowiem, że oddziaływanie takiej reklamy będzie mniej intensywne, bądź nabierze wyłącznie pozytywnego charakteru. Jednak obecny stan prawny w tym zakresie stanowi znaczne utrudnienie w dokonaniu pełnej analizy tego zjawiska. Dlatego też w dużej mierze poniższe rozważania opierać się będą na własnych spostrzeżeniach autorki.

Charakter regulacji prawnych, które odnoszą się do zagadnienia reklamy szokującej, umownie podzielić można na te, o charakterze ogólnym i te, dotyczące konkretnych produktów<sup>29</sup>. Przy czym należy zaznaczyć, że przedmiotowa analiza dotyczyć będzie jedynie regulacji ogólnych, które zostały umieszczone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast poza sferą dywagacji pozostaną regulacje szczególne, odnoszące się do reklamy wybranych dóbr i usług oraz prowadzenia działalności reklamowej w mediach, które umiejscowiono w kilkunastu różnych ustawach, jak chociażby w ustawie o radiofonii i telewizji, ustawie o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi<sup>30</sup>, ustawie o grach hazardowych<sup>31</sup>, czy też ustawie o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych<sup>32</sup>. Wspomnieć też trzeba, że zawarte w nich regulacje nie zawsze ze sobą współgrają, a nawet zdarza się, że wzajemnie sobie zaprzeczają<sup>33</sup>.

Na wstępie rozważań, dotyczących reklamy szokującej, należy wskazać na szczególne znaczenie art. 16 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W swej treści wymienia on praktyki, które są czynami nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy i jednocześnie wpisują się w omawianą problematykę. Przepis ten, w punkcie 1, wymienia reklamę sprzeczną z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiającą godności człowieka (tzw. reklama niegodziwa), a w punkcie 3, reklamę odwołującą się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci. Podkreślenia wymaga tu fakt, że do opisanego przesłank przedmiotowych czynów użyto klauzul generalnych, bądź pojęć nieostrych, co stwarza duży margines swobody dla działań twórców reklam. Taki zabieg redakcyjny prawodawcy prowadzić może, ze strony reklamodawców, do nadużyć w zakresie stosowania się do tych regulacji<sup>34</sup>, bądź przynajmniej podejmowania prób ich omięcia. Może to powodować także trudności w interpretowaniu przedmiotowych przepisów oraz mnożyć problemy przy odniesieniu ich do konkretnych stanów faktycznych.

<sup>24</sup> B. Wolek - Kocur, *Shockvertising. O szokowaniu w reklamie*. [w:] *Skandal w tekstach kultury*, red. M. Ursel, M. Dąbrowska, J. Nadolna, M. Skibińska, Warszawa 2013, t.2, s. 65-66.

<sup>25</sup> A. Konieczna, *Szok narzędziem kampanii społecznych*, [w:] red. B. Iwankiewicz - Rak, *Prace doktorantów UE Problemy zarządzania współczesną firmą - teoria i przykłady*, Wrocław 2010, s. 6.

<sup>26</sup> K. Drozdowski, *Samoregulacja w reklamie* [w:] M. Namysłowska, *Reklama. Aspekty prawne*, Warszawa 2012, s. 816.

<sup>27</sup> Wikipedia [online], [https://pl.wikipedia.org/wiki/Reklama\\_szokuj%C4%85ca](https://pl.wikipedia.org/wiki/Reklama_szokuj%C4%85ca), dostęp 17.10.2016 r.

<sup>28</sup> M. Koszembar-Wiklik, *Motywy erotyki, śmierci i przemocy w reklamach - o manipulowaniu emocjami odbiorcy i przesuwaniu granic społecznego „tabu”*, „Nowy Przegląd Dziennikarski” 2010 r., Nr 2, s. 65-66.

<sup>29</sup> Podział za: M. Grębowiec, *Reklamy kontrowersyjne i ich wpływ na podejmowanie decyzji nabywczych przez konsumentów*, "Zeszyty Naukowe Polityki Europejskiej, Finanse i Marketing" 2010 r., Nr 3 (52), s. 444.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, t.j. Dz.U. z 2015 r. poz.1286 z późn. zm.

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 19.11.2009 r. o grach hazardowych, t.j. - Dz.U. z 2015 r. poz. 612 z późn. zm.

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, t.j. - Dz.U. z 2015 r. po. 298 z późn. zm.

<sup>33</sup> Por. np.: art. 94 a ust.1 ustawy Prawo farmaceutyczne i art. 4 pkt 17 w zw. z art. 16 - 16b ustawy o radiofonii i telewizji.

<sup>34</sup> R. Grochowski, *Granice prawne i etyczne reklamy w ustawodawstwie krajowym i europejskim*, Poznań - Opole 2010, s. 239.

Za reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami i uchybiającą godności człowieka, w rozumieniu art. 16 ust.1 pkt 1, uważa się reklamę sprzeczną z ogólnie przyjętymi w Polsce zasadami moralności<sup>35</sup>. Zaliczymy tu wszystkie reklamy, które w swej treści zawierają bądź jakiegokolwiek elementy, w szczególności wyrazy, rysunki, zdjęcia, ilustracje itp., uznawane w naszym kręgu kulturowym za obraźliwe, czy też nieprzyzwoite. W poruszaną problematykę wpisują się będą także przekazy, poruszające tematy, będące społecznym tabu oraz przedstawiające określone zagadnienie w sposób szokujący, bądź niesmaczny. Charakterystyczne dla takiej reklamy będzie też świadome wykorzystanie przez reklamującego w jej treści motywów poniżenia, śmierci, kalectwa, choroby, biedy, okrucieństwa czy seksu, w celu przyciągnięcia uwagi odbiorcy, a w konsekwencji nakłonienia go do określonych i pożądaných przez reklamodawcę zachowań - najczęściej - nabycia konkretnego towaru lub usługi. Z kolei reklama uchybiająca godności człowieka prezentować będzie jednostkę ludzką w sposób przedmiotowy, uwłaczający jej, naruszając podstawowe wartości, właściwe danemu społeczeństwu<sup>36</sup>. Natomiast skuteczność reklamy, odwołującej się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci w dużej mierze opierać się będzie na wzbudzaniu skrajnych, najbardziej pierwotnych emocji. Może ona, dla osiągnięcia zamierzonych celów, wykorzystywać również nieprawdziwy, bądź przeinaczony, obraz rzeczywistości, a także obrać jako adresatów grupę najbardziej podatną na oddziaływanie treści komercyjnych - dzieci.

Tak skonstruowany przekaz, wypełniający przesłanki z art. 16 ust.1 pkt 1 lub pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sporym zakresie korelować będzie z tematyką reklamy szokującej. Należy jednak podkreślić, iż nie zawsze będzie z nią tożsamy. W związku z czym, w celu stwierdzenia, czy daną reklamę szokującą można uznać jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 16, powinna zostać przeprowadzona indywidualna ocena jej zawartości, pod względem formalnoprawnym. Tylko takie ustalenia pozwolą stwierdzić, czy dany przekaz jest jedynie niesmaczny bądź drastyczny, czy też narusza on obowiązujące przepisy i konieczne jest zastosowanie przewidzianych prawem sankcji. Oczywiście oznacza to wykonanie przez prawnika - interpretatora dodatkowej pracy, jednak przy braku regulacji, bezpośrednio odnoszących się do problematyki reklamy szokującej, taki zabieg staje się niezbędny.

Podkreślić trzeba, iż powyższe uwagi nie wyczerpują niezwykle ciekawego zagadnienia, jakim jest reklama szokująca. Z całą pewnością można stwierdzić, iż na przestrzeni ostatnich trzech dekad nastąpił dynamiczny rozwój tego zjawiska, przez co zyskało ono na znaczeniu. Jednakże jego wydźwięk oraz długofalowe skutki dla potencjalnych konsumentów, trudno zakwalifikować jako jednoznacznie pozytywne. O ile taki rodzaj reklamy może oddziaływać dodatnio, służąc prezentacji tematów ważnych społecznie, o tyle trudno stwierdzić, że oddziaływanie to będzie korzystne w przypadku skierowania reklamy szokującej do grupy osób nastoletnich lub dzieci, z natury najbardziej podatnych na wszelkiego rodzaju wpływy i sugestie<sup>37</sup>. W związku z jej specyfiką, konieczne jest doprecyzowanie obecnie obowiązujących przepisów, odnoszących się do takiego rodzaju reklamy. Jednakże wszelkie regulacje prawne, muszą pozostać w zgodzie z podstawowymi zasadami Konstytucji RP, w tym z zasadą wolności słowa i wypowiedzi. Poza tym należy pamiętać, że reklama szokująca w znacznym zakresie dotyka sfery obyczajowej, etycznej i moralnej, którą nie sposób poddać prawnym rygorom. Z tego właśnie powodu nie jest możliwe wprowadzenie w życie regulacji prawnych w sposób zupełny normujących kwestie reklamy szokującej. Zawsze bowiem, podobnie jak w przypadku reklamy wzbudzającej nadmierne potrzeby konsumpcyjne, ze względu na przyznane każdemu obywatelowi prawa i wolności, konieczne będzie pozostawienie poza sferą prawnej regulacji części przedmiotowej materii. Wiele postulowanych zasad pozostanie tu jedynie elementem licznych kodeksów etycznych, czy też kodeksów dobrych praktyk, obowiązujących w branży reklamowej, których przestrzeganie opiera się na dobrej woli i konsensusie podmiotów, funkcjonujących i działających w tym środowisku.

## ZAKOŃCZENIE

Uwzględniając omówione powyżej zagadnienia, należy wskazać, iż wiele obszarów i zagadnień, związanych z reklamą, w tym reklama wzbudzająca nadmierne potrzeby konsumpcyjne i reklama szokująca, nadal czeka na głębszą analizę i bardziej obszerne regulacje prawne. Obowiązujące aktualnie przepisy wydają się niewystarczające dla rozstrzygnięcia wielu problemów praktycznych. W konsekwencji tego, stosowanie niektórych unormowań, które mają ograniczać negatywne oddziaływanie reklamy na jej potencjalnych odbiorców, w szczególności takie, jak wzbudzanie potrzeb konsumpcyjnych, prowadzących do nadmiernego zadłużania się, dezinformowania konsumentów w celu sprzedania jak największej

<sup>35</sup> taki pogląd wyraża doktryna: R. Skubisz, J. Dudzik, Czyny nieuczciwej konkurencji [w:] red. J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz., Warszawa 2016, s. 635-636, 641 oraz orzecznictwo: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24.10.2012 r., I ACa 831/12 [online], [http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/\\$N/152000000000503\\_I\\_ACa\\_000831\\_2012\\_Uz\\_2012-10-24\\_001](http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/$N/152000000000503_I_ACa_000831_2012_Uz_2012-10-24_001), dostęp 17.10.2016.

<sup>36</sup> Z. Okoń, Reklama jako czyn nieuczciwej konkurencji [w:] red. E. Traple, Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007, s.663.

<sup>37</sup> A. Konieczna, Szok narzędziem kampanii społecznych., [w:] red. B. Iwankiewicz - Rak, Prace doktorantów UE Problemy zarządzania współczesną firmą - teoria i przykłady, Wrocław 2010, s. 5.

szej ilości towarów lub usług, podbijania wskaźników sprzedaży za pomocą treści szokujących bądź promujących zachowania niezgodne z prawem, mają ograniczone działanie. Ustawodawca powinien zatem podjąć działania, pozwalające na opracowanie bardziej precyzyjnych rozstrzygnięć zagadnień prawnych, których źródłem jest właśnie reklama.

\*\*\*

#### *Advertising as encouragement for consuming and struck luxury and legal limitations of these phenomena*

In the modern world, there's no way to imagine realization of any project without its promotion. This is one of many other tasks, which advertisement carry out. It has to call and feed, in potential consumers, need to buy and hold variety of goods and services, in increasing numbers.

In order to introduce the subject, in short will be presented etymology and the most important definitions of the word "advertisement", included these definitions contained in the normative acts of different rank. However, two issues, related to the development of modern advertising, will serve for the legal analysis of the problem and to illustrate the topic. As first will be moved question of awaking by advertising of excessive consumable requirement and chosen legal mechanisms, which has to counteract negative results of these phenomena. Next object of consideration, facilitating the understanding of the role of modern advertising, will be shockvertising and limitation of its negative impact on consumers. Limitations and blanks in obligatory regulations right will be presented on example advisable above phenomena. Development of advertising may not in fact be carried out freely and unchecked, as it does not always bring with it the positive effects. Therefore, extremely responsible and difficult task of rearranging this phenomenon was on the legislature.

**Keywords:** advertisement, shockvertising, role of modern advertising, consumer, exciting of excessive consumable requirement.



Magdalena Suska

## PATOLOGIE NA RYNKU SZTUKI PROWADZĄCE DO PRZESTĘPSTW PRZECIWKO DZIEŁOM SZTUKI. ZAGADNIENIA WYBRANE

### Wstęp

Przestępstwa przeciwko dziełom sztuki znane były już w czasach pierwszych cywilizacji. Najczęściej były one popełniane w ramach działań wojennych. Łupy stawały się symbolami zarówno zwycięstwa, jak i klęski. Ci, którzy rujnowali dorobek artystów różnych epok, kierowali się niskimi pobudkami bądź czynili to nieświadomie – wierząc, że dokonują tego w imię tzw. wyższych celów. Sztuka postrzegana jako materiał do spieniężenia doprowadziła do zrujnowania dorobku kultury Inków, Majów i Azteków. Nakaz niszczenia przeciwnych obowiązującej religii dzieł spowodował unicestwienie największej biblioteki świata starożytnego – Biblioteki Aleksandryjskiej. Strata wartościowych zabytków ma nie tylko znaczenie materialne, lecz przede wszystkim historyczne i naukowe, a niekiedy nawet emocjonalne.

Na przestrzeni wieków sztuka traciła ze sfery sacrum na rzecz profanum. Obecnie jest ona przedmiotem w handlu. Jest rzeczą, która często nie budzi zainteresowania swoją wyjątkowością i niepowtarzalnością, lecz służy lokowaniu kapitału. Z tego powodu nieodłącznym elementem świata sztuki są różne patologie.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie obszarów, w ramach których dokonują się zachowania wymierzone przeciwko dziełom sztuki i/lub przy wykorzystaniu tychże.

### Definicja

Przestępstwo przeciwko dziełom sztuki nie jest wyrażeniem prawnym. Polski ustawodawca posługuje się pojęciem dzieła sztuki jedynie w ustawie z 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Na gruncie różnych aktów prawnych można spotkać wiele innych wyrażeń nazywających przedmiot ochrony prawnej, tj.: dziedzictwo kultury

<sup>1</sup>, dziedzictwo narodowe<sup>2</sup>, dobro kultury<sup>3</sup>, zabytek<sup>4</sup> oraz zabytek archeologiczny<sup>5</sup>, dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury<sup>6</sup>. W związku z tym można przyjąć, że „pojęcie przestępczości przeciwko dobrom kultury, zdaniem Tadeusza Rydzka, zostało wprowadzone przede wszystkim na użytek kryminalistyki i kryminologii, w których to naukach należy operować pewnymi kategoriami uogólnień”<sup>7</sup>.

Ustawa z 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług zawiera definicję dzieła sztuki. W art. 120 ust. 1, pkt 1 ustawy został określony wyczerpujący zakres przedmiotowy dzieła sztuki. Definicję tę jednak stworzono tylko na użytek rozdziału 4 tej ustawy, gdzie zgodnie z nią dzieła sztuki rozumiane są jako:

- a) obrazy, kolaże i podobne płyty dekoracyjne, rysunki i pastele, wykonane w całości przez artystę, z wyłączeniem planów i rysunków do celów architektonicznych, inżynieryjnych, przemysłowych, komercyjnych, topograficznych lub podobnych, ręcznie zdobionych produktów rzemiosła artystycznego, tkanin malowanych dla scenografii teatralnej, do wystroju pracowni artystycznych lub im podobnych zastosowań;
- b) oryginalne sztychy, druki i litografie, sporządzone w ograniczonej liczbie egzemplarzy, czarno-białe lub kolorowe, złożone z jednego lub kilku arkuszy, w całości wykonane przez artystę, niezależnie od zastosowanego przez niego procesu lub materiału, z wyłączeniem wszelkich procesów mechanicznych lub fotomechanicznych;
- c) oryginalne rzeźby oraz posągi z dowolnego materiału, pod warunkiem że zostały one wykonane w całości przez artystę; odlewy rzeźby, których liczba jest ograniczona do 8 egzemplarzy, a wykonanie było nadzorowane przez artystę lub jego spadkobierców;
- d) gobeliny oraz tkaniny wykonane ręcznie na podstawie oryginalnych wzorów dostarczonych przez artystę, pod warunkiem że ich liczba jest ograniczona do 8 egzemplarzy;
- e) fotografie wykonane przez artystę, opublikowane przez niego lub pod jego nadzorem, podpisane i ponumerowane, ograniczone do 30 egzemplarzy we wszystkich rozmiarach oraz oprawach<sup>8</sup>.

W literaturze przedmiotu panuje zgodność, że dzieło sztuki jest trudne do zdefiniowania. Wynika to z faktu, iż ocena, czy dane dzieło można zaliczyć do dzieła sztuki, opiera się na wartościowaniu. A kanony estetyki zmieniają się na

<sup>1</sup> Art. 6 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483, ze zm.).

<sup>2</sup> Art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483, ze zm.).

<sup>3</sup> Art. 6 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483, ze zm.).

<sup>4</sup> Art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446, ze zm.).

<sup>5</sup> Art. 3 pkt 4 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446, ze zm.).

<sup>6</sup> Art. 294 §2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1137, ze zm.).

<sup>7</sup> P. Ogrodzki, Bezpieczeństwo i ochrona dóbr kultury. Cz. I., „Systemy alarmowe” 2003, nr 4, s. 21.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 710, ze zm.).

przestrzeni lat. Istotne jest, by wiązać dane dzieło z autorem i okresem jego tworzenia. Definicję dzieła sztuki prezentuje Władysław Tatarkiewicz, zgodnie z którą „dzieło sztuki jest odtworzeniem rzeczy bądź konstrukcją form, bądź wyrażeniem przeżyć, jednakże tylko takim odtworzeniem, taką konstrukcją, takim wyrazem, jakie są zdolne zachwycać, bądź wzruszać, bądź wstrząsać”<sup>9</sup>.

Działalność przestępcza wymierzona przeciwko dziełom sztuki bądź w oparciu o nie ma charakter globalny; nie ogranicza się tylko do granic danego państwa. Jest to rynek, który znacznie szybciej przystosowuje się do zmian legislacyjnych niż instytucje państwowe, a nawet je wyprzedza. Dynamika rozwiązań technologicznych i ekonomicznych w obrocie dziełami sztuki powoduje rozkwit coraz to nowszych patologii. Według ARCA (Association for Research into Crimes against Art) skala strat w wyniku przestępczości przeciwko dziełom sztuki może wynosić do 8 bilionów dolarów w odniesieniu do całego świata.

Obecnie rynek sztuki nie stanowi pola zainteresowania tylko dla artystów, miłośników sztuki czy ekonomistów. Jest też miejscem, gdzie występują złodzieje, fałszerze, oszuści. Z tego powodu w dalszej części artykułu zostaną ukazane wybrane działania patologiczne, które są najpowszechniejszymi, tj. nielegalny obrót dziełami sztuki, pranie brudnych pieniędzy za pomocą dzieł sztuki, fałszerstwa, żyrandolowe aukcje oraz regulacje prawne wychodzące im naprzeciw. Nielegalny obrót dziełami sztuki

Poprzez „nielegalny obrót dziełami sztuki” należy rozumieć kradzieże tychże, nielegalne wykopaliska dzieł oraz nielegalne przywożenie i wywożenie ich. W opisywanym przypadku ograniczę się do kradzieży.

Straty finansowe ponoszone w wyniku kradzieży, nawet pojedynczych obiektów, niekiedy mogą być liczone w setkach tysięcy złotych. Najczęściej to czynnik finansowy zachęca złodzieja do działania. W latach 80. XX wieku – kiedy to po raz pierwszy został otworzony dom aukcyjny w Warszawie – zainteresowanie dziełami sztuki wzrosło. Przełożyło się ono na zapotrzebowanie na dzieła sztuki, a jednocześnie na wzrost cen tychże. To z kolei doprowadziło do zjawiska kradzieży: w latach 80. – do 700 sztuk rocznie, w latach 90. – powyżej 1000, natomiast od 1995 roku liczba ta przekroczyła 1500. Skutkiem tego było umieszczenie Polski przez INTERPOL „na piątym miejscu w Europie pod względem kradzieży dzieł sztuki”<sup>10</sup>. Publikowane statystyki nie mogą być traktowane jako dane obrazujące rzeczywistą skalę tego zjawiska. Problem w tym, że niekiedy poszkodowani świadomie nie zgłaszają straty. Przyczyny mogą być różne: kolekcjonerzy nie chcą ujawniać swoich zbiorów, by ktokolwiek się o nich dowiedział, bądź rodzina nierzadko nie wie, czy dany obraz miał jakąkolwiek wartość. Skradzione dzieła najczęściej wywożone są za granicę by zatrzeć ślad o nich, co spowoduje wzrost ich wartości. Dzieło może przebywać w ukryciu do wyciszenia sprawy; dopiero wówczas trafi na rynek. W przypadku chęci szybkiego zysku dzieło trafia „z ręki do ręki” w ramach tzw. długiego łańcucha<sup>11</sup>.

Największa kradzież dzieł sztuki w historii miała miejsce podczas II wojny światowej. Dane co do ilości wywiezionych dzieł przez nazistów z Polski są różne, ale oscylują wokół setek tysięcy, a szacowana ich wartość to 30 miliardów dolarów. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego prowadzi katalogi, bazy, w których prowadzone są spisy dóbr kultury utraconych w czasie II wojny światowej. Są one stale uzupełniane o nowe, brakujące dzieła. Wiele z zabytków nadal pozostaje w prywatnych zbiorach. Przykładem może być obraz Aleksandra Gierymskiego „Żydówka z pomarańczami”, który został wystawiony na aukcji w Niemczech w 2010 roku i wyceniony na 4400 euro, a był uważany za zaginiony z Muzeum Narodowego w Warszawie podczas II wojny światowej. Trafnym będzie tu przytoczenie słów Stanisława Edwarda Nahlika: „wśród dóbr kulturalnych dzieła sztuki mają największą wartość ogólnoludzką, a z wszelkich działań na ich szkodę grabież w najwyższym stopniu nosi znamiona przestępstwa, bo nie może się zasłonić nieodzownymi nakazami wojny”<sup>12</sup>.

Zniesienie kontroli osób przekraczających granice między państwami członkowskimi Układu z Schengen wpłynęło na zwiększenie swobody w transgranicznym obrocie dziełami sztuki. Wojciech Krupiński wyróżnia dwa główne szlaki, po których przemycane są dzieła. Są to: „szlak Włoski” – obejmujący północną Afrykę, południowe Włochy i Szwajcarię, a następnie cały świat oraz „szlak Bałkański”, prowadzący przez Turcję, Bułgarię, skąd dzieła trafiają do odbiorców z Europy<sup>13</sup>. Ponadto W. Krupiński zwraca także uwagę na falę wielkiej emigracji ludności w obecnym czasie z obszarów objętych konfliktem zbrojnym (np. Syria, Irak), gdzie istnieje wysokie prawdopodobieństwo nielegalnego przewożenia dzieł sztuki. Warto zauważyć, że kradzieże dzieł sztuki dokonywane są nie w ramach działającej mafii na rynku sztuki – jest „to wyjątek, a nie reguła”<sup>14</sup> – a przeważnie w oparciu o przestępstwa pospolite.

<sup>9</sup> W. Tatarkiewicz, *Dzieje sześciu pojęć*, Warszawa 2011, s. 52.

<sup>10</sup> W. Kowalski, *Nabycie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Kraków 2004, s. 245.

<sup>11</sup> W. Szafranski, *Mity i patologie obrotu dziełami sztuki*, „Santander Art and Culture Law Review” 2015, nr 1, s. 153.

<sup>12</sup> S. E. Nahlik, *Grabież dzieł sztuki: rodowód zbrodni międzynarodowej*, Wrocław – Kraków 1958, s. 5.

<sup>13</sup> W. Krupiński, *Nowe zjawiska w przemycie zabytków w ocenie Straży Granicznej [w:] Przestępczość przeciwko dziedzictwu kulturowemu. Diagnoza, zapobieganie, zwalczanie*, red. O. Jakubowski, M. Trzciniński, Wrocław 2016, s. 23.

<sup>14</sup> W. Szafranski, *Mity i patologie obrotu dziełami sztuki*, „Santander Art and Culture Law Review” 2015, nr 1, s.150.

Jedną z najgłośniejszych kradzieży w ostatnim czasie była m.in. kradzież napisu z głównej bramy niemieckiego obozu koncentracyjnego Auschwitz – Birkenau w 2009 roku. Było to o tyle szokujące, że targnięto się na symbol ludzkiego cierpienia. Wyznaczono wówczas nagrodę dla znalazcy wynoszącą 110 tys. zł – choć była to suma symboliczna, ponieważ nic nie jest w stanie zastąpić danego symbolu i wynagrodzić emocji, które na wieść o haniebnym czynie, odczuwali byli więźniowie<sup>15</sup>. Innymi przykładami jednych z głośniejszych kradzieży było zaginięcie obrazów: „Portret mężczyzny na tle pejzażu” Jacka Malczewskiego oraz „Portret kobiety” Stanisława Ignacego Witkiewicza (Witkacego). Obydwa obrazy skradziono w 2008 roku z warszawskiego domu aukcyjnego. Ich wartość wynosi ok. 500 tys. zł<sup>16</sup>. Finalnie odzyskano je w roku 2012. W 2015 roku opinią publiczną wstrząsnęła kradzież „Gęsiarki” Romana Kochanowskiego z Pałacu Prezydenckiego. Policja zabezpieczyła obraz w domu aukcyjnym. W czerwcu 2016 obraz powrócił na swoje miejsce w Pałacu.

### Pranie brudnych pieniędzy za pomocą dzieł sztuki

Obok nielegalnego handlu bronią i narkotykami, zorganizowane działania przeciwko dziełom sztuki i/lub przy ich wykorzystaniu stanowią trzeci pod względem źródła dochodowego proceder przestępczy o zasięgu światowym<sup>17</sup>. Rynek sztuki obecnie bardzo często jest wykorzystywany do lokowania kapitału pochodzącego z nielegalnych transakcji. W dzieła sztuki inwestuje się środki pochodzące z przestępstw, w celu „ukrywania i recyklingu nielegalnego kapitału”<sup>18</sup>. W ten sposób unika się opodatkowania oraz można zmylić organy ścigania, a wręcz zatrzeć ślady. Przykładem tego typu patologii może być sprawa z 2011 roku, kiedy to funkcjonariusze Centralnego Biura Śledczego KGP zatrzymali mężczyznę handlującego bronią i narkotykami na terenie warszawskiej Pragi. Podczas przeszukania mieszkania funkcjonariusze znaleźli około 100 dzieł polskich artystów, m.in. Jerzego Nowosielskiego, Henryka Stażewskiego, Włodzimierza Pawłaka. Pieniądze, które mężczyzna uzyskiwał z nielegalnego procederu, inwestował w cenne dzieła – kupując je w domach aukcyjnych i antykwariatach<sup>19</sup>. Były to transakcje przemyślane i opłacalne, także z punktu widzenia zatarcia śladów i uniknięcia odpowiedzialności.

### Fałszerstwa

Do 2006 roku fałszerstwa dzieł sztuki były ścigane z art. 286 Kodeksu karnego jako oszustwo. Nie było to skuteczne rozwiązanie, ponieważ samo podrobienie dzieła traktowane było jako przygotowanie, które nie jest w tym przypadku karane. Nieudolność organów ścigania wzmacniała bezkarność fałszerzy. Straszakiem na skalę krajową była publicystyczna działalność Janusza Miliszkiwicza. Istotna nowelizacja ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wprowadziła do ustawy przestępstwo fałszerstwa zabytków (art. 109a) i przestępstwo zbycia fałszyfikatów (art. 109b). Długo wyczekiwana zmiana okazała się jednak niedopracowana. Z punktu widzenia tej pracy należy zauważyć, że przepisy te mogą być podstawą do ścigania zachowań podjętych wobec zabytków, nie obejmują natomiast dzieł sztuki. Jeśli doszłoby do sfalszowania dzieła, nieuznanego za zabytek, wówczas zastosowanie musiałby znaleźć art. 286 Kodeksu karnego.

Powszechność zjawiska fałszowania dzieł sztuki poddaje w wątpliwość autentyczność przedmiotów znajdujących się na rynku. Ujawnienie nierzetelności, rzadziej niewiedzy, osoby mającej w posiadaniu fałszyfikat negatywnie wpływa na reputację tejże, a tym samym na rynek sztuki. Przyczyną istnienia fałszerstwa w tak szerokiej skali jest powszechność tych czynów, a tym samym – akceptacja społeczeństwa. Domy aukcyjne wystawiają około 150 przedmiotów na aukcji. Różna jest ich wiarygodność. Jeśli nie uda się ich sprzedać na aukcji, to właściciel zapewne sprzeda dzieło w antykwariacie. Wiara społeczeństwa w to, że znawca danej dziedziny nie sprzeda fałszyfikatów – jest błędna i nieuzasadniona, skoro można spotkać podróbki w innych dziedzinach np. odzieży.

Fałszerstwo tak bardzo przeniknęło już rynek sztuki, że fałszyfikaty są przedmiotem „legalnych” aukcji. W 2004 roku na Zamku Królewskim zorganizowano aukcję, podczas której oferowano obraz Jana Cybisa. Według syna malarza był to fałszyfikat<sup>20</sup>. Obraz jednak sprzedano. Podobna sytuacja miała miejsce na aukcji na Zamku Królewskim z 2011 roku. Oferowano obraz Jerzego Tchorzewskiego, którego autentyczność została zakwestionowana przez syna – Krzysztofa Tchorzewskiego. Duży wpływ na obrót na rynku fałszyfikatami mają ekspertyzy dołączane do dzieła. Zawód eksperta rynku sztuki w Polsce jest wykonywany dowolnie. Często są to przypadkowe osoby niemające wiedzy praktycznej. Jed-

<sup>15</sup> K. Ogiolda, Targnęli się na symbol ludzkiego cierpienia, „Nowa Trybuna Opolska” 2009, nr 297, s.7.

<sup>16</sup> Informacja KG Policji, Przestępczość przeciwko dobrom kultury 2012, „Cenne, Bezcenne, Utraczone” 2013, nr 1/74 – 4/77, s.137.

<sup>17</sup> B. Brózda, O celowości i znaczeniu badania proveniencji oraz atrybucji dzieła sztuki [online], „Portal rynek i sztuka” 2012, dostęp: 04.01.2017, <http://rynekisztuka.pl/2012/03/27/o-celowosci-i-znaczeniu-badania-proveniencji-oraz-atrybucji-dzie-la-sztuki/>

<sup>18</sup> W. Szafrński, Mity i patologie obrotu dziełami sztuki, „Santander Art and Culture Law Review” 2015, nr 1, s. 153.

<sup>19</sup> Narkotyki, broń i dzieła sztuki zabezpieczone przez CBŚ [online], „Policja.pl” 2011, dostęp: 04.01.2017, <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/65987.dok.html>

<sup>20</sup> J. Miliszkiwicz, Muzealnicy na polskim rynku – obserwacje reportera [w:] Kultura w praktyce. Zagadnienia prawne. Tom 3: Muzea a rynek sztuki. Aspekty prawne, red. A. Jagielska-Burduk, W. Szafrński, Poznań 2014, s. 144.

nak dla niektórych kupujących wystarczy, że dzieło zawiera „ekspertyzę autentyczności”. W 1977 roku Muzeum Narodowe w Szczecinie kupiło obraz z „ekspertyzą” historyczki sztuki z Muzeum Narodowego w Warszawie, choć obraz był oczywistym falsyfikatem<sup>21</sup>. Pod względem największej ilości popełnianych przestępstw z art. 109a przodują województwa: mazowieckie oraz łódzkie<sup>22</sup>.

Badanie autentyczności dzieła sztuki może dotyczyć różnych jego aspektów – począwszy od rodziny artysty, która stwierdzi autentyczność dzieła, po badanie jego struktury materialnej. Wyróżnia się badania stylistyczne (styloznawcze) oraz historyczne, którymi zajmują się historycy sztuki będący specjalistami z danego okresu sztuki bądź dorobku danego artysty. Drugim rodzajem są metody fizykochemiczne. Pozwalają one na analizę materiałów użytych przez artystę. Badania te pozwalają dać pozytywną bądź negatywną odpowiedź odnośnie do autentyczności dzieła. Logicznym jest, że artyści mogli korzystać z tych środków, które dostępne były w czasach ich życia. Tego typu badania na rynku wyceniane są na około 2000 zł. Jest to stosunkowo niska cena, zważywszy na fakt, że wartość danego dzieła może być wyceniona na chociażby 40 tys. zł. Najpełniejszą ekspertyzę autentyczności stanowi kompleksowe badanie danego dzieła obiema metodami.

O ile kwestia badania dzieł znanych artystów jest prostsza, to sprawa komplikuje się w przypadku dzieł twórców mniej znanych. Wymaga się porównania składu badanego ze składem dzieła, które ponad wszelką wątpliwość jest autentyczne. Jest to utrudnione, ponieważ w Polsce baza danych do porównań jest ograniczona. Dorobek artystów, którzy nie są rozpoznawalni, jest łatwym polem do fałszowania. Wynika to z tego, że nie został on naukowo opracowany i nie jest powszechnie dostępny. Skutkuje to niemożnością dokonania analizy porównawczej. Fałszowaniu podlega także sztuka współczesna, np. dzieła Aleksandra Kobzdeja. Artyści współcześni stosują określone środki, które są znakiem ich charakteryzującym. Fałszerze niekoniecznie o nich wiedzą, a wtedy falsyfikat może być w prosty sposób wykryty. Przykładem skuteczności metody fizykochemicznej jest wykrycie fałszerstwa obrazów Jana Vermeera van Delft, których dokonał jego naśladowca Han van Meegeren. Dzieła fałszerza były uznane przez wybitnych historyków sztuki za najlepsze prace holenderskiego mistrza. Obraz "Uczniowie w Emaus" znalazł się na rynku jako nieznanie dzieło Jana Vermeera van Delft. Rząd holenderski kupił go i w ten sposób falsyfikat znalazł się w muzeum w Rotterdamie. Ostatecznie badania chemiczne wykazały, że w próbkach wziętych z obrazów były takie same substancje, jak w pracowni fałszerza. Ponadto w farbach wykazano składniki chemiczne, które odkryto dopiero w XX wieku.

W ostatnim czasie sławę wśród handlarzy fałszywych dzieł zyskało tzw. „3P” – Polish Price Paradox<sup>23</sup>. Jest to związane z emigracją Polaków. Polacy mieszkający za granicami kraju decydują się na zakup polskich dzieł m.in. z powodów emocjonalnych. Osoby handlujące falsyfikatami wykorzystują to. Dzieła są wywożone za granicę Polski jako kopie, a następnie kupowane przez zagraniczne domy aukcyjne, mimo iż tamtejsi kolekcjonerzy nie są zainteresowani polskimi dziełami. W ich ocenie są one zbyt tanie, co w dłuższej perspektywie czasu rzutuje na niską rozpoznawalność polskich malarzy. W związku z tym nie są oni znani i ich dzieła nie stanowią przedmiotu pożądanego. Pomimo to domy aukcyjne w Niemczech czy Szwecji kupują takie dzieła, bo z doświadczenia wiedzą, że zostaną one wykupione przez Polaków. Zdarza się, że dzieła te wracają z powrotem do Polski i są oferowane po wyższych cenach, gdyż obraz pochodzi z zagranicznego domu aukcyjnego, przez co jego wartość wzrasta.

Skala fałszerstwa na rynku sztuki jest ogromna. Fałszerze kierują się zarówno dużymi zyskami, jak i możliwością popisu swojego talentu. W listopadzie 2016 roku władze austriackie rozbiły grupę handlarzy fałszywymi dziełami sztuki. Sprzedawali oni podrabiane dzieła takich twórców jak np. Pablo Picasso czy Claude Monet<sup>24</sup>. Oferowane przez grupę falsyfikaty policja oszacowała na wartość około 80 milionów dolarów. Podejrzani nie chcieli nikogo oszukać, ponieważ sami wierzyli, że dzieła są autentyczne, na co wskazywać miały: sygnatury, pieczęci renomowanych galerii oraz certyfikaty autentyczności.

### Żyrandolowe aukcje

Ceny dzieł są generowane przez rynek. Ekspertki podkreślają, że wpływ na wartość dzieła ma wiele czynników dodatkowych, np. sława artysty. Jednakże szybki obieg informacji na tym polu, psychologia uczestników, ich ufność – mogą wskazywać na nieco odmienne rezultaty. Przykładem może być działalność jednego z młodych, polskich artystów, którego kunszt nie jest rozpoznawalny w Polsce, a za granicą obrazy sprzedawane są po wysokiej cenie. Nie można także

<sup>21</sup> J. Miliszkiewicz, Muzealnicy na polskim rynku – obserwacje reportera [w:] Kultura w praktyce. Zagadnienia prawne. Tom 3: Muzea a rynek sztuki. Aspekty prawne, red. A. Jagielska-Burduk, W. Szafranski, Poznań 2014, s.140.

<sup>22</sup> O. Jakubowski, Karnoprawna ochrona zabytków – rozważania nad kierunkami zmian prawnych [w:] Prawo ochrony zabytków, red. K. Zeidler, Warszawa – Gdańsk 2014, s. 478.

<sup>23</sup> W. Szafranski, Od fałszów z „3P” do „żyrandolowych” aukcji. Nowe zjawiska na rynku sztuki, „Cenne, Bezcenne, Utraczone” 2015, nr 3/84 – 4/85, s. 88.

<sup>24</sup> K. Zahorska, Odkrycie grupy handlarzy fałszywymi dziełami sztuki przez austriackie władze [online], „Portal rynek i sztuka” 2016, dostęp: 04.01.2017, <http://rynekizsztuka.pl/2016/11/10/odkrycie-grupy-handlarzy-falszywymi-dzielami-sztuki-przez-austriackie-wladze/>

zapominać o emocjach, które towarzyszą podczas aukcji. Zdarzało się w historii, że doprowadzały do przebiccia ceny wywoławczej dzieła nawet kilkukrotnie (np. obraz „Szał uniesień” Władysława Podkowińskiego, cena wywoławcza – 80 tys. zł, uzyskano – 500 tys. zł). Negatywnymi zjawiskami na rynku sztuki, które zacierają jego transparentność, są manipulacja cenami oraz tzw. żyrandolowe aukcje. Manipulowanie cenami polega na sztucznym tworzeniu ceny przedmiotu. Wysoka cena ma potwierdzać wiarygodność i wyjątkowość dzieła. Nie jest to aż tak szkodliwe, bowiem dyskomfort finansowy odczuwa kupujący. Dla dzieła może to oznaczać wzrost jego historycznej wartości rynkowej. W odniesieniu do żyrandolowych aukcji sprawa wygląda inaczej. Aukcje te charakteryzują się tym, że udział w nich biorą podstawieni gwaranci. Wiedzą oni za jaką cenę powinien zostać sprzedany przedmiot i podczas licytacji podnosi się tę cenę w stosunku do tej zaproponowanej przez innego oferenta. Jest to korzystne rozwiązanie zarówno dla domu aukcyjnego, jak i samego gwaranta. Ten ostatni z podmiotów może mieć zysk ze swojego zachowania, a ponadto przyczyni się do podniesienia wartości dzieł tego artysty, w którego prace zainwestował kapitał. Duża liczba fikcyjnie sprzedanych dzieł sztuki polepszy notowania domu aukcyjnego. Spowoduje to wzrost zainteresowania nim, a tym samym dom ten będzie preferowany do korzystania z jego usług. Jeśli zorganizowana aukcja budziłaby wątpliwości co do rzetelności jej przeprowadzenia, to zastosowanie znalazłby art. 70<sup>5</sup> Kodeksu cywilnego; zgodnie z §1 „Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie”<sup>25</sup>. Czy faktycznie przepis ten ma szansę bytu? Wątpliwe. Uczestnicy aukcji wzajemnie mogą wykorzystywać tę procedurę, ale brana jest pod uwagę inwestycja kapitału. Jeśli zakwestionuje się prawidłowość przeprowadzenia aukcji, to straci na wartości zakupione dzieło, a także inne dzieła z kolekcji malarza, co będzie z niekorzyścią dla większości uczestników rynku sztuki.

### Postulaty

Nie ulega wątpliwości, że patologie w obrocie dziełami sztuki mają zasięg ponadkrajowy. By skala nieprawidłowości na rynku sztuki mogła zostać w istotny sposób ograniczona – trzeba zacząć od uporządkowania swojego terenu. Ważnym jest, by istniały regulacje międzynarodowe, które dadzą wspólny mianownik ochrony dzieł sztuki dla państw będących stronami porozumień. W rzeczywistości są takie akty prawne – zarówno na gruncie europejskim (UE), jak i światowym. W Polsce także obowiązują regulacje, w których przedmiotem ochrony są zabytki. Są to m.in. ustawa z dnia 23.07.2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, ustawa z dnia 03.02.2001 roku o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina<sup>26</sup>, rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18.04.2011 roku w sprawie wywozu zabytków za granicę<sup>27</sup>. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „poprawność legislacyjna to także stanowienie przepisów prawa w sposób logiczny i konsekwentny, z poszanowaniem zasad ogólnosystemowych (...). Celowość i ewentualna zasadność wprowadzania w życie danych regulacji prawnych nie może być wytłumaczeniem dla tworzenia prawa w sposób chaotyczny i przypadkowy”<sup>28</sup>. Istotne z punktu widzenia ochrony sztuki jest tworzenie przepisów prawa w sposób racjonalny. Zmian wymaga terminologia używana na gruncie przepisów prawa, a także rozszerzenie ochrony na szeroko rozumiane dzieła sztuki.

Pierwszym i podstawowym czynnikiem, który może realnie wpłynąć na ograniczenie popełnianych przestępstw w tym obszarze, jest świadomość społeczeństwa. Konieczne jest przeprowadzanie różnych kampanii społecznych, których celem będzie informowanie o nieetycznych zachowaniach uczestników rynku sztuki. Trzeba uwrażliwiać społeczeństwo na nieuczciwych sprzedających, a tym samym uczyć np. jak na pierwszy rzut oka rozpoznawać fałszerstwo. Wymaga to zaangażowania różnych instytucji i grup społecznych, tj. ministerstwa, stowarzyszeń czy miłośników sztuki. Uwrażliwi to w ten sposób potencjalnych nabywców na oszustwa w świecie sztuki. Inną zaletą tego typu działań będzie promowanie polskiego dorobku artystycznego. Reklamowanie nowych artystów zwiększy popyt na rynku sztuki, co spowoduje pojawienie się nowych uczestników. Tym samym wymagałoby to zwiększenia odpowiedzialności handlujących dziełami. Kodeksy etyczne nie sprawdzają się w praktyce, toteż w rachubę wejdzie zagrożenie karą. Przyniesie to pożądany efekt dopiero wtedy, kiedy będą oni faktycznie pociągani do odpowiedzialności, a to z kolei wymaga współpracy handlujących – kupujących z organami ścigania. Zmiana sposobu myślenia społeczeństwa o rynku sztuki jest kluczowym rozwiązaniem. Uwrażliwienie na nienormalne zachowania jest możliwe przede wszystkim dzięki kampaniom społecznym. To one są pierwszym ogniwem w walce z przestępczością skierowaną przeciwko dziełom sztuki.

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380, ze zm.).

<sup>26</sup> Ustawa z dnia 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina (Dz. U. z 2001 r., nr 16, poz. 168).

<sup>27</sup> Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 18 kwietnia 2011 r. w sprawie wywozu zabytków za granicę (Dz. U. z 2011 r., nr 89, poz. 510).

<sup>28</sup> Wyrok TK z 21.02.2006 r., sygn. akt K 1/05, OTK ZU nr 2A/2006, poz. 18.

**Podsumowanie**

Brak odpowiednich mechanizmów zapobiegających działaniom dokonywanym na szkodę dzieł sztuki może doprowadzić do chaosu na rynku. Pogoń za pieniądzem czy fanatyczna potrzeba posiadania uznanych dzieł wzmocniają patologie na rynku sztuki i wpływają na rozwój coraz to nowszych zjawisk. Dobra wola uczestników obrotu dziełami, uczciwość i wrażliwość na nieczyste działania przyczyni się do polepszenia przestrzegania prawa. Decydujący wpływ na ochronę sztuki będzie miała zmiana kultury myślenia społeczeństwa na temat zagrożeń, jakie czyhają na dorobek historyczny. Spuścizna pozostawiona po przodkach wymaga ochrony, ale i szacunku. Dzieła kultury są wyjątkowe i niepowtarzalne, a ponadto wzbogacają potencjał życia. Warto zadbać o ich ochronę ze względu na zachowanie tożsamości narodowej i przekazywanie jej kolejnym pokoleniom.

\*\*\*

**Crimes against the pieces of art**

Crimes against (or by using) pieces of art are a part of everyday life. Common acceptance of this appearance impacts negatively on security of these pieces. Despite the fact that international and national law regulations are set, the prohibited acts related with pieces of art rate is actually high. In polish lawmaking there is no legal definition of piece of art. According to this, level of their security is below assumed effectiveness. Lack of possibilities in fining violators causes increasing of pathologies on art market. The most typical of them are: illegal pieces of art trade, money laundering run by pieces of art, rigs, „3P” – Polish Price Paradox. Factors that have real possibilities to reduce crime activities on this field are social campaigns which sensitize society on such behavior and also proper law regulations.

**Key words:** crime, piece of art, art market

Dajana Śmigiel

## LEX OPPIA DE LUXU FEMINARUM, CZYLI REGULACJA ZBYTKU KOBIET OKRESU REPUBLIKI RZYMU W III-II W. P.N.E.

## Wstęp

Prezentując sytuację prawną kobiet w republice rzymskiej należy wskazać na nierówność ich pozycji społeczno-prawnej w stosunku do mężczyzn. W tradycyjnym modelu społecznym kobiety nie miały większego wpływu na własną pozycję prawną, gdyż Rzymie panował patriarchalny

<sup>1</sup> wzorzec postrzegania roli kobiet. Jednak wraz z końcem republiki można wyróżnić zmiany zachodzące w kulturze i tradycyjnym modelu społeczeństwa rzymskiego. Na przestrzeni wieków, mając na uwadze także skutki kampanii wojennych, można wskazać okoliczności<sup>2</sup>, które niewątpliwie wpłynęły na przemianę życia społecznego Rzymian. Warto także zająć się zagadnieniem zbytku oraz związaną z nim problematyką obywatela (*vir bonus*)<sup>3</sup>, czyli wiernego dawnym obyczajom. Znajduje to wyraz w tradycyjnym postrzeganiu roli płci, przez ukazanie słabości kobiet, jej *infirmitas sexus*<sup>4</sup>.

Starożytni Rzymianie dostrzegali niekorzystny wpływ przemian na obyczaje oraz życie prywatne obywateli. Regulacja prawna republikańskich stosunków społecznych opierała się na ustawach, uchwałach, edyktach, ale uwzględniano także zwyczaje i obyczaje przodków<sup>5</sup> oraz działalność nauki prawa. Rzymscy urzędnicy magistratur republikańskich dostrzegali konieczność dostosowania obowiązującego prawa do realiów życia prywatnego i publicznego. Aktywność republikańskich organów państwa zmierzała do zwalczania u obywateli zachowań powszechnie uważanych za niepożądane z punktu widzenia moralności. Od okresu republikańskiego do początku pryncypatu, wprowadzano grupę ustaw zwanych *leges sumptuariae*<sup>6</sup>, które zapobiegały rozrzutności i marnotrawstwu. Pierwsze dotyczyły wydatków na stroje, kolejne wystawnego stylu życia oraz ograniczeń co do przedmiotu i wartości podarunków, zaś dalsze omówienie będzie poświęcone *lex Oppia*, czyli regulacji na zbytek u kobiet.

Jak wspomniano, na przestrzeni III-II w.p.n.e. w państwie rzymskim obserwujemy przemiany społeczne<sup>7</sup> i gospodarcze, będące następstwem polityki zewnętrznej Rzymu<sup>8</sup>. Przyczyny dla których Rzymianie zdecydowali się sięgnąć po legislacyjne uregulowanie poziomu życia, z pewnością można uznać za wielopłaszczyznowe<sup>9</sup>. Niektórzy autorzy<sup>10</sup> wskazywali na uwarunkowanie demograficzne oraz fiskalne<sup>11</sup> wprowadzenia ustaw zbytkowych. Trzeba wspomnieć o

<sup>1</sup> W okresie archaicznym kobiety wchodziły pod władzę męża zw. *conventio in manu*, podlegały władzy swojego zwierzchnika familijnego (*pater familias*), por. J. Sondel, *s.v. conventio* 7, Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków, Kraków 2006, s. 222, *s.v. manus* 2, s. 607, oraz *s.v. pater familias*, s. 717; J. Zabłocki, *Si mulier vinum bibit condemnatur*, „Prawo Kanoniczne” 1989, nr 32.1-2, s. 223-232. Natomiast jako wyraz usamodzielnienia się kobiet okresu republiki można uznać wzrost liczby małżeństw *sine manu*; K. Jerz, *Prawne i obyczajowe aspekty usytuowania kobiety w społeczeństwie rzymskim*, [w:] „Quid leges sine moribus? Studia nad prawem rzymskim dedykowane Profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej”, red. K. Amiałańczyk, Lublin 2009, s.197. Wyjaśnia to późnoklasyk prawnik Ulpianus (lib. 46, ad ed. D.50.16.195.2): *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps.*, dostęp: 12.01.2017, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>.

<sup>2</sup>M. Zabłocka, *lus trium liberorum* w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej, „Prawo Kanoniczne” 1986, nr 29. 1-2, s. 243, 253.

<sup>3</sup>Zob. O moralności i etyce w: Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia, A. Jurewicz, R. Sajkowski, B. Sitek, J. Szczerbowski, A. Świętoń, Olsztyn 2011, s. 206-209.

<sup>4</sup>Zob. J. Zabłocki, *op.cit.*, s. 224. Źródła, w których zawarte są opisy stereotypów płci żeńskiej i wskazują na konieczność sprawowania opieki nad kobietami.

<sup>5</sup>Respektowanie prawa, nakazów, godności, cnoty, sprawiedliwości; patrz: T. Mikocki, *Zgodna, pobożna, płodna, skromna, piękna... Propaganda cnot żeńskich w sztuce rzymskiej*, Wrocław 1997, s. 6.

<sup>6</sup>*Leges sumptuariae* były to ustawy skierowane do obywateli Rzymu, wprowadzone w celu ograniczenia wydatków na prowadzenie luksusowego trybu życia. Szerzej o tematyce w: M. Kuryłowicz, *op.cit.*, s. 139-154, por. przyp. 1. J.Sondel, *s.v. sumptuarius* 1,2,3, s. 919; Por. przyp. 3. Rzymskie prawo ..., *op.cit.*, s. 207-208.

<sup>7</sup> Na temat sytuacji prawnej kobiety w Rzymie patrz: L. Winniczuk, *Kobiety świata antycznego*, Warszawa 1973; I. Biezuńska-Małowist, *Kobiety antyku. Talenty, ambicje, namiętności*, Warszawa 2003; J. F. Gardner, *Woman in Roman Law and Society*, Londyn 1986; E. Ejankowska, *Dążenia emancypacyjne kobiet rzymskich na tle przemian politycznych i ekonomiczno-społecznych późnej republiki rzymskiej i pryncypatu*, „Studia Prawnoustrójowe” 2007, nr 7, *passim*; eadem, *Liwiusz, Ab urbe condita* 25,1 i problem zagrożenia interesów państwa praktykowaniem obcych kultów przez kobiety, [w:] „Quid leges moribus? Studia nad prawem rzymskim dedykowane Profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej”, red. K. Amiałańczyk, Lublin 2009, s. 115-124.

<sup>8</sup> III-II w. p.n.e. to okres gwałtownych przemian struktury społecznej Rzymu. Należy brać pod uwagę skutki ekspansji terytorialnej Italii: udział w I wojnie punickiej (264-241 p.n.e.), II wojnie punickiej (218-201 r.p.n.e.) i bitwie pod Kannami 216 r. p.n.e. Państwo rzymskie poniosło ogromne straty w odniesieniu do ludności, w szczególności żołnierzy. Jednak wiadomo, że Rzym odniósł zwycięstwo w starciach z Hannibalem.

<sup>9</sup>M. Kuryłowicz, *‘Leges sumptuariae’ w państwie i prawie rzymskim*, [w:] „Z historii państwa, prawa, miast i Polonii: prace ofiarowane profesorowi Władysławowi Cwikowi w czterdziestolecie jego pracy twórczej”, red. J. Ciągwa i T. Opas, Rzeszów 1998, t. 25, *passim*.

<sup>10</sup>Por. G. Clemente, *Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo a.C.*, [w:] „Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali”, red. A. Giardina, A. Schiavone, t. 3, Roma 1981, *passim*; C. Schubert, *Texte aus dem Geschlechterdiskurs: Catos Rede gegen die Aufhebung des Oppischen Luxusgesetzes* (Liv. 34, 1-2,4-21), „Sudhoffs Archiv” 2002, t. 86, Z. 1, s. 94; oraz L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1988, t. 2, s. 396.

<sup>11</sup> Patrz przyp.8.

przemianach zachodzących w rzymskich rodzinach agnacyjnych<sup>12</sup> okresu III - II wieku p.n.e. Skutkiem działań wojennych, a zwłaszcza drugiej wojny punickiej, była śmierć wielu mężczyzn, mężów, często zwierzchników rodzinnych. Wygaśnięcie linii męskiej w wielu rzymskich rodach spowodowało, iż nierzadko jedynymi spadkobiercami były kobiety.

Długotrwałe ustawowe ograniczenia sytuacji prawnej kobiet spotkały się z przejawem ich sprzeciwu, który można odszukać w późniejszych źródłach historycznych<sup>13</sup>. W 195 r. p.n.e., kilka lat po zakończeniu II wojny punickiej, Rzymianki wyszły na ulicę, by prosić mężczyzn<sup>14</sup> udających się na Forum, o zniesienie ustawy ograniczającej wydatki na dobra luksusowe.

### Lex Oppia de luxu feminarum w przekazach źródłowych

W źródłach prawniczych brakuje autentycznego tekstu *lex Oppia de luxu feminarum*. Tekstami literackimi<sup>15</sup>, w których odnaleźć można wzmianki na temat treści tej ustawy, są: komedie<sup>16</sup> autorstwa Tytusa Makcjusza Plauta<sup>17</sup>: „Aulularia”, „Epidicus”, „Menaechmi”, „Poenulus”, dzieło Tytusa Liwiusza<sup>18</sup> „Ab urbe condita”<sup>19</sup>, bądź poemat Publiusza Owidiusza Naso<sup>20</sup> „Fasti”<sup>21</sup>. Spośród wymienionych wyżej autorów to Liwiusz w szczególności zarysował sytuację polityczną i społeczną w republikańskim Rzymie. Należy jednak zaznaczyć, że autor był historykiem epoki Oktawiana Augusta. Zatem autentyczność jego wywodu odnośnie okoliczności uchwalenia lub zniesienia ustawy *lex Oppia*, poddać można w wątpliwość, co potwierdzają opinie współczesnych autorów<sup>22</sup>. Wskazują oni między innymi na możliwość zabarwienia tekstu „Ab urbe condita” kontekstem społecznym i realiami, w których żył autor. Podejrzewa się, że część narracji, ze względu na temat pracy, głównie księga 34 (Liv. 34, 1,2-4,21), może odzwierciedlać ahistoryczne rozważania, wykraczające poza rzeczywisty zakres regulacji. Oznacza to, że wnioski należy wyciągać ostrożnie, mając na uwadze podniesione wyżej zastrzeżenia. Z tego powodu dokonana przez Liwiusza prezentacja sytuacji państwa nie może wpływać na postrzeganie ról społecznych obu płci w republice. Jednak utwór pomaga w głębszej analizie charakteru płci i pozycji kobiet w rodzinie rzymskiej<sup>23</sup>.

### Uchwalenie lex Oppia

Na podstawie przekazu<sup>24</sup> Liwiusza można stwierdzić, iż wprowadzenie ograniczeń w sferze zbytku obywaterek miało miejsce za konsulatu Kwintusa Fabiusza i Tyberiusza Semproniusza w 215 r. p.n.e. Wnioskodawcą był trybun ludowy Gajusz Oppiusz<sup>25</sup>. Kontekstem historycznym uchwalenia ustawy był bardzo trudny moment dla republiki Rzymu. Trwała II wojna punicka, z czym wiązał się nie zawsze korzystny dla Rzymu przebieg działań wojennych oraz szybko pogłębiający się kryzys finansowy *res publica*. Stojąc przed obliczem stopniowo pogłębiającej się niekorzystnej sytuacji państwa, za konieczne uznano wprowadzenie regulacji ograniczających wystawność życia obywateli. Ze względu na zakres regulacji, do grupy *leges sumptuariae* przyporządkowujemy także *lex Oppia*, która ograniczała swobodę kobiet w życiu osobistym<sup>26</sup>.

### Treść lex Oppia

<sup>12</sup> Zob. M. Zabłocka, Zanikanie tutela mulierum w prawie rzymskim, „Prawo Kanoniczne” 1987, nr 30. 3-4, s. 239-242; E Ejankowska, Dążenia emancypacyjne kobiet rzymskich na tle przemian politycznych i ekonomiczno-społecznych późnej republiki rzymskiej i pryncypatu, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7, s. 140-141.

<sup>13</sup> Liv., Ab Urbe condita, lib. 34, 1,2-4,21, dostęp: 12.01.2017, <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.34.shtml>.

<sup>14</sup> L. Winniczuk, Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu, Warszawa 1983, t. 1, s. 245-250.

<sup>15</sup> Liv. 34, 1-8, 3; Vir.ill. 47,6; Val. Max.9,1,3; Tac.ann.3,33; Oros. 4,20,14; Zonaras 9,17 - zob. G. Perl, I. El-Qalqili, Zur Problematik der lex Oppia (215/195 v. Chr.), „Klio” 2002, t. 84, nr 2, s. 419-421; C. Schubert, op.cit., s. 94; J. Pieczonka, Ustawy okresu republikańskiego w komediach Plauta, „Classica Wratislaviensia” 2007, nr 27, s. 114-119.

<sup>16</sup> Zob. O. Jurewicz, Plautus, Katon Starszy i społeczeństwo rzymskie, „Meander” 11, 1956, z.12, s.441; J. Pieczonka, op.cit., [passim](#). Autorka pisze o wzmiankach dotyczących przedmiotu regulacji *lex Oppia* w komediach Plauta: (*Aul.*), (*Epid.*), (*Men.*), (*Poen.*) oraz podaje, że niezmiernie trudne byłoby znalezienie żony która nie będzie przesadnie dbała o wygląd, bądź oddawała się pokusie noszenia wytwornych strojów (*aurum, vestem, purpuram*).

<sup>17</sup> Pisarz rzymski żyjący ok. 250-184r. p.n.e.

<sup>18</sup> Antyczny autor żyjący w 59r. p.n.e.- 17r. n.e., Tworzący w epoce cesarza Oktawiana Augusta.

<sup>19</sup> Liv., Ab Urbe condita, lib. 34, 1,2-4,21. W pracy posłużyć się tłumaczeniem Mieczysława Brożka, T. Liwiusz, Dzieje Rzymu od założenia miasta. Ks. 28-34, „Ossolineum” 1976, s. 332-341.

<sup>20</sup> Antyczny autor, który był jednym z największych elegików rzymskich oraz poetów epoki augustowskiej.

<sup>21</sup> M. H. Dyjakowska, Prawo rzymskie w poezji Publiusza Owidiusza Nazona, [w:] „Honeste Vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego” Toruń 2001, s. 41.

<sup>22</sup> Por. G. Clemente, op.cit., [passim](#); C. Schubert, op.cit., [passim](#); autorzy uważają, że poeci augustowscy często przeciwstawiają poziom życia oraz kulturę czasów swoich w stosunku do przeszłości. Podkreślają silny kontrast okresu archaicznego i cesarstwa.

<sup>23</sup> C. Schubert, op.cit., [passim](#).

<sup>24</sup> Liv. 34. 1, ... *tulerat eam C. Oppius tribunus plebis Q. Fabio Ti. Sempronio consulibus in medio ardore Punici belli*.

<sup>25</sup> T. Liwiusz, Dzieje Rzymu od założenia miasta. Ks. 28-34, przeł. M. Brożek, „Ossolineum” 1976, s. 332.

<sup>26</sup> L. Winniczuk, Ludzie, zwyczaje ... , t. 1, s. 245.



W "Ab urbe condita" Liwiusza<sup>27</sup> można przeczytać: ... *ne qua mulier plus semunciam auri haberet nec vestimento versicolori uteretur iuncto vehiculo in urbe oppido ve aut propius inde mille passus nisi sacrorum publicorum causa veheretur*.

Cytowany fragment przekazuje trzy nieprecyzyjnie ujęte zakazy, zawarte w *lex Oppia*. Współcześnie uważa się<sup>28</sup>, że istnieje kilka możliwości tłumaczenia cytowanej frazy, zaś jej interpretacja może być niejednoznaczna. Stąd ciężko jest wskazać dokładne znaczenie oraz zakres ograniczeń jakim od tej pory podlegałyby kobiety rzymskie. By lepiej zrozumieć istotę omawianej ustawy należy wnikliwie przeanalizować zakazy *lex Oppia* skierowane przeciwko luksusowi obywatelk.

Po pierwsze, prawdopodobnie zakazywała ona Rzymiankom posiadania<sup>29</sup> złota przekraczającego wagę pół uncji złota, czyli około 15g surowca. Sam Liwiusz postrzegał kobiety jako istoty, które nie potrafiłyby powstrzymać się od afiszowania luksusowym dobrem<sup>30</sup>. Można więc domyślać się, że treść zakazu dotyczyła ograniczeń odnośnie noszenia wystawnej biżuterii przez Rzymianki. Zasadnicze wątpliwości w doktrynie<sup>31</sup> obejmujące pierwszą omawianą restrykcję, wiążą się ze zwrotem *auri haberet*<sup>32</sup>. Według autorów<sup>33</sup> możliwe są tu dwa odmienne znaczenia czasownika *habere*, a mianowicie ustawa mogła mieć na celu ograniczenie wykonywania pełnego prawa własności<sup>34</sup> na dobru przekraczającym wagę pół uncji złota, bądź chodziło jedynie o nałożenie limitu w obnoszeniu się w miejscach publicznych<sup>35</sup> z artykułami zbyt kosztownymi jak złota biżuteria. Tą ostatnią koncepcję popiera współcześnie Guido Clemente, który twierdzi, że ustawa nie pozbawiała kobiet całkowitego posiadania złota, tylko ograniczała swobodę pokazywania się w nim publicznie. Zatem w domu dozwolone było zarówno posiadanie jak i noszenie ozdób.

W dalszej kolejności Tytus Liwiusz pisze: „*nec vestimento versicolori uteretur*”<sup>36</sup>. Źródłem tej regulacji może okazać się upadek tradycyjnych obyczajów, tudzież przemiany w stylu życia, żądza luksusu<sup>37</sup>. Przykładowy opis upodobania kobiet do prowadzenia wystawnego stylu życia oraz wdziwania przez kobiety wytwornych i kolorowych szat znajdziemy w komediach autorstwa Plauta (Epid. 229-234, Men. 121)<sup>38</sup>.

Na temat ostatniego zakazu wiadomo, że Rzymiankom nie wolno było korzystać z jazdy powozem<sup>39</sup> w obrębie Rzymu oraz w odległości 1 mili od miasta. Jednocześnie wyjątkowo dopuszczano ten środek transportu podczas dni świątecznych, w celach religijnych. Zatem wiemy, iż istniał zakaz poruszania się wozem z zaprzęgiem, mniej istotne wydają się rozważania na temat rodzaju i liczby zwierząt<sup>40</sup> obecnych w zaprzęgu.

Warto byłoby wspomnieć o zakresie podmiotowym omawianej reglamentacji, ponieważ w czasie wprowadzenia *lex Oppia*, obowiązywała wyłącznie na terytorium Rzymu<sup>41</sup>. Wiadomo, że wprowadzone restrykcje odnosiły się jedynie w stosunku do kobiet rzymskich<sup>42</sup>. W wyniku tego, kobiety sprzymierzone oraz Latynki nie zostały objęte postanowieniami<sup>43</sup> ustawy, mogły poruszać się wąskimi ulicami Rzymu, podczas gdy Rzymiankom nie przysługiwał ów przywilej. W obliczu takiego stanu rzeczy należy zgłębić okoliczności uchylecia *lex Oppia de luxu feminarum*.

## Uchylenie ustawy

Ciekawym zagadnieniem są przytoczone przez Tytusa Liwiusza okoliczności zniesienia *lex Oppia*. W roku 195 p.n.e. Rzymianki odważnie zabiegały<sup>44</sup> o powrót ich dawnych praw, noszenia strojnych sukien oraz wystawnej złotej biżuterii. Według historyka, kobiety dzięki swej konsekwencji ukierunkowanej na odwołanie ustawy, wywieraly ciągłą presję na mężów - senatorów. Ich starania zostały docenione we wniosku, zgłoszonym przez dwóch trybunów ludowych

<sup>27</sup> Liv. 34, 1.

<sup>28</sup> G. Clemente, op.cit. passim; G. Perl, I. El-Qalqili, op.cit., s. 414-439; C. Schubert, op.cit., passim.

<sup>29</sup> Chodzi tu o zasadniczą różnicę w rozumieniu znaczenia wyrazu **habeo**, **-ere** – mieć, trzymać, to, co się posiada, majątek, własność; oraz odróżnienie go od słowa **possideo**, **-ere** – posiadać, fizycznie władać rzeczą, por. J. Sondel, s.v. *habeo* 1a,1b, s.v. *habere*, op.cit., s. 420, oraz s.v. *possideo* 1,2, op.cit., s. 764.

<sup>30</sup> G. Clemente, op.cit., passim.

<sup>31</sup> G. Perl, I. El-Qalqili, op.cit., s. 417-418.

<sup>32</sup> Liv. 34, 1.

<sup>33</sup> Ibidem; G. Clemente, op.cit., passim; E. M. A. Madeira, La lex Oppia et la condition juridique de la femme dans la Rome républicaine, „RIDA” 2004, nr 51, passim.

<sup>34</sup> E. M. A. Madeira, op.cit., passim.

<sup>35</sup> C. Schubert, op.cit., s.93-105.

<sup>36</sup> Patrz przyp. 32.

<sup>37</sup> J. Korpanty, Teoria upadku obyczajów w Rzymie w II i I w. p.n.e. i jej funkcja ideologiczna, „Meander” 1968, t. 23, nr. 1, s. 32.

<sup>38</sup> J. Pieczonka, op.cit. s. 115-116.

<sup>39</sup> Liv. 34, 1, ... *vehiculo iuncto*.

<sup>40</sup> E. M. A. Madeira, op.cit., s. 88: wskazuje na obecność 2 koni w zaprzęgu.

<sup>41</sup> G. Perl, I. El-Qalqili, op.cit., s. 416-417.

<sup>42</sup> Ibidem; C. Schubert, op.cit., s. 99.

<sup>43</sup> C. Schubert, op.cit., s. 99.

<sup>44</sup> Zob. M. Kuryłowicz, op.cit., s. 149.

Marka Fundaniusza i Lucjusza Waleriusza Flakkusa. Projekt wywołał gwałtowną dyskusję na Forum, głównie między samym Waleriuszem, a przeciwnikiem wniosku uchylającego ustawę Katonem Starszym.

Historyk Liwiusz w tym kontekście dokładnie opisuje stanowiska dwóch stron<sup>45</sup>. Konsula Marka Porcjusza Katona, który wygłosił przemówienie<sup>46</sup> o tradycyjnej roli kobiet w społeczeństwie rzymskim. Tłumaczył zgromadzonym, że wystąpienia kobiet ograniczają władzę mężów nad żonami i niweczą zwyczaje ich przodków, zagrażają istnieniu dobra wspólnego<sup>47</sup>. Dyskurs Katona opierał się na charakterystyce wartości moralnych kobiet w kontekście historycznym. Podkreślał potrzebę powstrzymania kobiet przed dalszymi wystąpieniami, zwłaszcza w sferze domowej, przez własnych mężów, tym samym podkreślił męską niezdolność u tych, którzy ulegają wpływowi swych żon. Uważał, że utrzymanie w mocy *lex Oppia* sprzyja zachowaniu ładu i równowagi społecznej, poczuciu tożsamości, jednocześnie zapobiegając tworzeniu się klas.

Oracja Katona doczekała się odpowiedzi Waleriusza Fundaniusza. Według Liwiusza<sup>48</sup> nie był on zdecydowanym przeciwnikiem zdania Katona Starszego. Waleriusz upatrywał rolę kobiet jako fundament prawidłowego funkcjonowania *res publica*. Przytoczył przykłady z historii Rzymu, kiedy obywatelki państwa solidaryzowały się działając dla dobra całej republiki. Wdowy oddawały<sup>49</sup> swoje złoto, klejnoty<sup>50</sup> w celu pokrycia wydatków skarbu państwa na militaria. Świadczy to o lojalności obywaterek, których pomoc była chętnie okazywana w chwilach krytycznych dla państwa.

W kontekście mowy<sup>51</sup> obronnej Lucjusza Waleriusza, można zobaczyć jak nierówna była sytuacja prawna płci żeńskiej w stosunku do mężczyzn. Ówczesni senatorowie ubrani w purpurę mogli swobodnie przechadzać się ulicami Rzymu, podczas gdy obywatelkom odebrano ten przywilej. Waleriusz w swej przemowie podkreśla brak zasadności dalszego utrzymywania regulacji dotyczącej sfery osobistej kobiet. Wskazuje z oburzeniem jak przestarzałego prawa przestrzegają Rzymianki, w związku z rosnącym dobrobytem w życiu prywatnym całej republiki wskazuje na okoliczność przemawiającą za zniesieniem regulacji. W celu podkreślenia swych słów zadał pytanie „A cóż odrzucą one na znak żałoby, jeżeli nie będą nosiły purpury i złota?”. Wiemy, że u Rzymian kolor purpury wskazywał na wysoki status społeczny oraz sprawowane funkcje urzędnicze<sup>52</sup>. Dostrzegalna jest pewna dysproporcja płci<sup>53</sup>, ponieważ mężczyźni mogli nosić purpurowe togi, natomiast wykorzystanie tego koloru przez kobiety byłoby czystą ostentacją zakazaną przez *lex Oppia*, gdyż do uzyskania tego rodzaju barwnika były potrzebne naturalne pigmenty pozyskiwane z drogocennych surowców.

Kontekst historyczny ustawodawstwa ograniczającego zbytek można upatrywać w motywach politycznym i społecznym o charakterze publicznoprawnym<sup>54</sup>. Potwierdzeniu tego służy porównanie konstrukcji obu przedstawionych wyżej stanowisk na temat zasadności obowiązywania ustawy. Zaprezentowane wystąpienia nie stanowią jednoznacznego komunikatu odnośnie postrzegania płci żeńskiej w republikańskim Rzymie. Sugerują one możliwą przyczynę uchwalenia ustawy, jako wzmocnienie więzi społecznych oraz zaprowadzenie równości wśród obywateli *res publica*. Katon Starszy przedstawił koncepcję kontrolowania życia kobiet przez środki prawne oraz zapobiegania naruszeniu wewnętrznej równowagi i załamaniu się tradycyjnych struktur społecznych. Broniący słuszności ustawy, uważali uchylenie regulacji za zagrożenie dla starych rodów<sup>55</sup>. Plasowali ją jako chęć zahamowania demoralizacji, ku stale postępującej swobodzie kobiet. Waleriusz z kolei postrzegał ustawę jako odpowiedź na kryzysową sytuację państwa, by zaspokoić potrzeby wojenne. Jednak zważywszy na wątpliwości co do wiarygodności przekazu Liwiusza<sup>56</sup> oraz zawartych w nim słów Marka Katona Starszego i Lucjusza Waleriusza, wywód historyka stanowiłby unikalną perspektywę w postrzeganiu roli kobiet. W starożytnym Rzymie obowiązywał tradycyjny model społeczeństwa, zaś oracja Waleriusza w obronie kobiet nie odpowiada całkowicie konserwatywnym poglądom na temat płci.

Rezultatem ambitnej przemowy Lucjusza Waleriusza było zniesienie regulacji. W 195 r. p.n.e doszło do uchwalenia *lex Valeria Fundania de lege Oppia abroganda*<sup>57</sup>. Miało to miejsce w wyniku wyjścia jeszcze większego tłumu kobiet

<sup>45</sup> Liv. 34, 2-4, 5-7.

<sup>46</sup> Przemowa odzwierciedla postawę filozoficzną Katona, zachowywaną przez całe życie, której ideą przewodnią było utrzymanie w nieskażonej postaci obyczaju przodków – *mos maiorum*, gdzie moralność obywateli stanowi o potęgę Rzymu. Jednak wiadomo, że mimo głębokiego konserwatyzmu Katona i jego działań przeciwko nowościom, nie zatrzymało to wpływu elementów Wschodu na kulturę i religię Rzymian w II wieku p.n.e.

<sup>47</sup> Liv. 34, 2-6.

<sup>48</sup> Liv. 34, 6-7.

<sup>49</sup> Liv. 24, 18.

<sup>50</sup> L. Winniczuk, Ludzie, zwyczaje ... , t. 1, s. 248.

<sup>51</sup> Liv. 34, 7,2-10 ... *purpura uiri utemur, praetextati in magistratibus, in sacerdotiis, liberi nostri praetextis purpura togis utentur.; ... quid muliercularum censetis, quas etiam parua mouent?... hunc mundum muliebrem appellarunt maiores nostri. quid aliud in luctu quam purpuram atque aurum deponunt?...*

<sup>52</sup> Wysocy urzędnicy oraz sędziowie, zdobili swe togi purpurowym pasem. Folszownicy okresu republikańskiego do czyszczenia oraz barwienia tkanin używali kosztownych surowców, dla uzyskania białego koloru - kredą umbryską.

<sup>53</sup> C. Schubert, op.cit., s. 99.

<sup>54</sup> A. Pikulska-Robaszkiewicz, Ustawowa regulacja obyczajów w prawie rzymskim, „Studia Iuridica” 1999, nr. 37, s. 217.

<sup>55</sup> L. Winniczuk, Ludzie, zwyczaje ..., t. 1, s. 246-248.

<sup>56</sup> Por. C. Schubert, op.cit., s. 100.

<sup>57</sup> Była też nazywana *lex Valeria Fundania de lege Oppia sumptuaria abroganda*, co wskazuje na związek *lex Oppia* z *leges sumptuariae*.

oblegającego ulice miasta. Skutkiem aktywnych protestów było odstąpienie trybunów Brutusów ze stanowiska przemawiającego za utrzymaniem ustawy, zgodzili się na jej unieważnienie<sup>58</sup>.

Z fragmentu pierwszej księgi poematu Owidiusza „Fasti”<sup>59</sup> okazuje się, że kobiety skłaniały się ku odważnym zachowaniom służącym zniesieniu regulacji ograniczającej zbytek *lex Oppia*. Wskazując na zawarte w komediach Plauta, krótkie wzmianki<sup>60</sup> dotyczące regulacji wydatków, należy rozważyć czas akcji jego utworów (Aul., Epid., Men., Poen.). Można wnioskować, że wyżej wskazane dzieła obemują okres<sup>61</sup> po uchyleniu *lex Oppia*, kiedy Rzymianom przywrócono ich przywileje, ponieważ Owidiusz opisuje kobiety, którym dozwolano noszenia wytwornych, bogato zdobionych strojów.

### Lex Oppia - lex sumptuaria

Kluczowe staje się zaliczenie *lex Oppia* do *leges sumptuariae*, czyli ustaw ograniczających rozrzutność i zbytek obywateli. W okresie późnej republiki były wydawane liczne akty prawne określane mianem *sumptuariae*, były to różnej rangi zarządzenia, ustawy (*leges*), edykty cenzorskie i *senatus consulta*. Widać, że lista właściwych ustaw *sumptuariae* kończyła się wraz z panowaniem pierwszych cesarzy<sup>62</sup>. Wówczas widoczny był nieprzypadkowy związek z transformacją kulturową, gospodarczą oraz moralną społeczeństwa rzymskiego, zwycięstwami na arenie międzynarodowej, wobec tego napływ zagranicznych bogactw i zwiększenie dobrobytu państwa. Ze względu na zakres regulacji, oczywiste jest zaklasyfikowanie *lex Oppia* do tej grupy, aczkolwiek biorąc pod uwagę przyczyny jej wprowadzenia może być to dyskusyjne. Miano *lex sumptuariae*<sup>63</sup> nadano jej dopiero w nowożytnej literaturze<sup>64</sup>.

Nie mniej istotny problem stanowi egzekwowanie zakazów zawartych w *leges sumptuariae*<sup>65</sup>. Z przekazu Liwiusza można snuć wnioski, iż ustawodawcy rzymscy traktowali powyższą legislację jako program naprawy obyczajów społeczeństwa. Rzymianie dostrzegli potrzebę uregulowania sfery życia prywatnego, w drodze uchwał *comitium*. Tendencje do ograniczania luksusu widać w działaniach aparatu administracyjnego republikańskiego Rzymu. Na szczególną uwagę zasługuje urząd cenzora<sup>66</sup>, który jako *curator moribus* posiadał kompetencje i prawo zwalczania zachowań niegodnych, zaś dla powściągnięcia zbyt ostentacji posiadanego bogactwa, mógł stosować względem obywateli *nota censoria*. Większość regulacji prawnych *leges sumptuariae* nie wywoływało znacznych zmian w świetle stosowania obowiązującego prawa. Zostały usytuowane raczej w sferze obyczajowej obywateli, w związku z tym ustawodawcy często ponawiali swe zarządzenia<sup>67</sup>.

Faktem, który zwraca uwagę, jest brak źródeł pochodzących z III-II wieku p.n.e., które bezpośrednio wskazywałyby, jak kobiety przestrzegały zakazów i nie obnosiły się ze złotem przekraczającym wagę ustaloną w *lex Oppia*. Niejasne są sankcje odnośnie niestosowania się do jej postanowień, co może wskazywać na nieskuteczne egzekwowanie tego prawa u Rzymian.

### Podsumowanie

Odbiegając od przyczyn uchwalenia *lex Oppia*, czyli zarówno względów ekonomicznych, jak też od problemów związanych z przestrzeganiem zakazów, można uznać, że starożytni Rzymianie zmierzali do utrzymywania stałej kontroli

<sup>58</sup> Liv. 34, 8. Utrzymanie w mocy ustawy Oppiusza bronili również trybunowie ludowi Marek i Publiusz Juniusze Brutusowie. Przeciw nicy wniosku uchylającego Waleriusza.

<sup>59</sup> Owidiusz podaje, iż Rzymianki zmierzając do uchylenia ustawy ograniczającej zbytek, odmawiały rodzenia dzieci lub nawet groziły spędzeniem płodu. (F. 1, 621-624)... *Mox honor eripitur, matronaque destinat omnis ingratos nulla prole novare viros, neve daret partus, ictu temeraria caeco visceribus crescens excutiebat onus.*

<sup>60</sup> Aul. 167 i n.; Epid. 229-234; Men. 121; Poen. 229-231a; Por. J. Pieczonka, op.cit., s. 115-116.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> A. Pikulska-Robaszkiewicz, op.cit., s. 215.

<sup>63</sup> W roku 195 p.n.e. Katon był konsulem. Jednakże dopiero po cenzurze Katona (184 p. n. e.) trybun ludowy Gajusz Orchiusz zgłosił projekt *lex Orchia* w roku 182 p.n.e., była to pierwsza ogólnie obowiązująca *lex sumptuaria* ograniczająca zbytek przy stole. Katon nazwał tak ustawy o zbytku. Por. L. Winniczuk, Ludzie, zwyczajnie ..., t. 2, s. 402.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 402-403. Zestawienie aktów prawnych zaliczanych do *leges sumptuariae* można znaleźć w dziełach Aulusa Gelliusa (Noct. Att. 2. 24) i Macrobiusa (Sat. 3.17).

<sup>65</sup> M. Kuryłowicz, op.cit., s. 139-154.

<sup>66</sup> **Censor** - urzędnik magistratury stojący na straży dobrych obyczajów, zakres uprawnień: sporządzał listę spisu obywateli rzymskich, udzielał nagany zw. *nota censoria*. Censor posiadał uprawnienia do pozbawienia dobrego imienia, czci obywatelskiej zw. infamia, prawa do głosowania. Według tradycji rzymskiej mąż powinien sprawować opiekę nad żoną, w ten sposób mężczyznom można przypisać sprawowanie funkcji *imperium*, zarazem pełnienia funkcji rodzinnego strażnika moralności i obyczajów. W okresie republiki i pryncypatu zwłaszcza wśród możnych warstw, cześć obywatelska była pożądaną cechą, jeżeli ktoś chciał ubiegać się o funkcje polityczne. Por. J. Sondel, s.v. *censor* 1, op.cit., s. 143, oraz s.v. *nota* 4, op.cit., s. 661. Szerzej u W. Mossakowskiego, Działalność cenzorów w zakresie ochrony dobrych obyczajów w Rzymie, [w:] „Crimina et Mores Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie” Lubin 2001, s.113-117; J. Zabłocki, op. cit., s. 223-232; A. Tarwacka, Urząd cenzora w świetle „Nocy Attyckich” Aulusa Gelliusa, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr. 14.3, s. 25-27.

<sup>67</sup> Por. przyp. 56.

nad kobietami. Aczkolwiek mężczyźni stając wobec coraz bardziej rozpowszechniającej się niezależności płci żeńskiej, usiłowali ograniczyć ich swobodę wprowadzając surowe prawa<sup>68</sup>.

Kobiety rzymskie uważały, że ich ograniczenia ewidentnie nie znajdują *ratio legis*<sup>69</sup> w czasach pozytywnej koniunktury republiki. Postępowanie kobiet w kontekście powrotu do dawnych przywilejów uwidoczniło fakt, że są one obywatelkami społeczności oraz chociaż nie posiadają praw politycznych to mogą jednak korzystać ze swojego statusu, w określonym przez starożytne prawo zakresie.

\*\*\*

#### **Lex Oppia de luxu feminarum, i. e. the adjustment of luxury of women of the period of the Republic of Rome in III-II century BC**

Presenting the legal situation of women in the Roman Republic, the inequality of their socio-legal in relation to men should be indicated. In later historical sources you can find examples of when women struggling to form their legal situation. The ancient Romans recognized the adverse impact of change on the Customs and the private life of citizens, especially women. There is no information about the authentic text of the Lex Oppia de luxu feminarum in legal sources. Women decided to take action in order to regain their rights.

---

<sup>68</sup>M. Zabłocka, Zanikanie tutela mulierum..., op.cit., s. 239.

<sup>69</sup>E. M. A. Madeira, op.cit., passim.

Małgorzata Lubowiecka

## GŁOSA APROBUJĄCA DO WYROKU WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W OLSZTYNIE Z DNIA 26 LISTOPADA 2015 R., SYGN AKT II SA/ OI 1091/15

Skład orzekający:  
przewodnicząca – sędzia NSA Janina Kosowska  
sędziowie-sędzia WSA Beata Jezielska (spr.)  
sędzia WSA Bogusław Jażdżyk

## TEZA

**Zgodnie z art. 25a ustawy o samorządzie gminnym**

<sup>1</sup> radny nie może brać udziału w głosowaniu w radzie ani komisji, jeżeli dotyczy ono jego interesu prawnego. Przepis ten posługuje się kategoriycznym stwierdzeniem, co uzasadnia obiektywne rozumienie ujętego w nim interesu prawnego a ponadto został on wprowadzony w celu antykorupcyjnym, zapobiegającym sytuacjom, kiedy mandat radnego może być wykorzystywany dla prywatnych celów, niekoniecznie majątkowych. Dlatego też nie ma potrzeby analizować materii wyników głosowania i rozważać, czy udział radnego miał czy nie miał wpływu na ostateczny wynik i podjęcie uchwały. Zaskarżona uchwała została podjęta na sesji rady, w której brała udział (a także głosowała) radna będąc pedagogiem szkolnym, zatrudniona w Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Dźwierzutach. W konsekwencji uchwała, określająca obowiązkowy tygodniowy wymiar godzin także radnej, jako pedagoga szkolnego, dotyczyła jej interesu prawnego. Tym samym uchwała, jako podjęta z istotnym naruszeniem prawa podlega stwierdzeniu nieważności.

1. Głosowany wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie zapadł w następstwie skargi Wojewody Warmińsko-Mazurskiego na uchwałę Rady Gminy Dźwierzuty z dnia 19 czerwca 2015 r. Nr VIII/55/15 w przedmiocie ustalenia tygodniowego obowiązkowego wymiaru godzin zajęć nauczycieli przedmiotów o różnym wymiarze godzin pedagogów, psychologów, logopedów i doradców zawodowych prowadzących zajęcia związane z wyborem kierunku kształcenia i zawodu.

Organ nadzoru w skardze domagał się stwierdzenia nieważności całej uchwały, uzasadniając to m. in. tym, że z treści protokołu wynika, iż na sesji w dniu 19 czerwca 2015 r. było obecnych 14 radnych, w tym również radna D.G., która czynnie brała udział w dyskusji odnoszącej się do przedstawionego projektu przedmiotowej uchwały. W głosowaniu nad projektem uchwały uczestniczyli wszyscy radni, również radna D.G., o czym świadczy wynik głosowania. Uchwała bowiem podjęta została 11 głosami „za” oraz 3 głosami „przeciw”, a brak jest informacji w protokole o wyłączeniu się radnej z głosowania. Wyjaśniono, że jak wynika z treści protokołu (wypowiedź Wójta Gminy) oraz z oświadczenia majątkowego radnej, złożonego w dniu 22 grudnia 2014 roku, radna D. G. jest zatrudniona jako pedagog szkolny w Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Dźwierzutach. Placówka ta jest gminną jednostką organizacyjną. Wskazano, że zgodnie z art. 25a ustawy o samorządzie gminnym radny nie może brać udziału w głosowaniu w radzie, ani w komisji, jeżeli dotyczy ono jego interesu prawnego. Dlatego też samoistną przesłanką wyłączenia radnego z głosowania nad podejmowanym aktem jest przyjęte, że głosowanie dotyczy interesu prawnego radnego.

Wojewoda podniósł dalej, że w orzecznictwie sądów administracyjnych oraz doktrynie nie ma jednolitych poglądów na temat interesu prawnego. Mimo rozbieżności przeważa jednak pogląd, iż interes prawny jest kategorią obiektywną, a w wielu orzeczeniach sądów administracyjnych (wbrew temu co twierdzi doktryna), judykatura opowiada się za szerokim pojmowaniem interesu prawnego radnego. Sądy stają na stanowisku, iż poza koniecznością wpływu interesu prawnego z przepisów prawa musi on ponadto być osobisty, indywidualny, konkretny i aktualny. Ponadto, radna (która brała udział w głosowaniu) jako pracownik gminnej jednostki organizacyjnej, zatrudniona na stanowisku pedagoga szkolnego, bezspornie była osobiście i realnie zainteresowana podjęciem zaskarżonej uchwały, gdyż jej przedmiot bezpośrednio dotyczył warunków jej pracy. W związku z tym doszło do istotnego naruszenia prawa, poprzez naruszenie zakazu wynikającego z wyżej powołanego art. 25a ustawy o samorządzie gminnym. Wskazano przy tym, że wynik głosowania nad aktem nie ma wpływu na legalność podjętej uchwały, gdyż sam fakt udziału radnego w głosowaniu, które dotyczy jego interesu prawnego, narusza regułę wprowadzoną w art. 25a ustawy o samorządzie gminnym. W związku z tym

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 z późn. zm.

zdaniem skarżącego kwestionowana uchwała winna w całości zostać uznana za nieważną. W odpowiedzi na niniejszą skargę Wójt Gminy Dźwierzuty wniosła o umorzenie postępowania sądowego, uznając zasadność skargi w całości<sup>2</sup>.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie uznał skargę za zasadną i w swoim uzasadnieniu w ogromnej części podzielił argumenty wojewody i jednoznacznie stwierdził, że zgodnie z art. 25a ustawy o samorządzie gminnym radny nie może brać udziału w głosowaniu w radzie ani w komisji, jeżeli dotyczy ono jego interesu prawnego. Na poparcie swojej argumentacji przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2013 r.<sup>3</sup> Z uzasadnienia tego orzeczenia dowiadujemy się, że analizowany przepis został wprowadzony w celu antykorupcyjnym, zapobiegającym sytuacjom, kiedy mandat radnego może być wykorzystywany dla prywatnych celów, niekoniecznie majątkowych. W wyroku tym wskazano, że pojęcie wyroku prawnego w doktrynie i orzecznictwie doczekało się licznych opracowań. Sąd stwierdził ponadto, że pod tym pojęciem rozumie się osobisty konkretny i aktualny prawnie chroniony interes, który może być realizowany na podstawie określonego przepisu, bezpośrednio wiążący się z indywidualnie i prawnie chronioną sytuacją strony. Istnieje on wówczas gdy istnieje związek o charakterze materialno-prawnym między obowiązującą normą prawa administracyjnego, a sytuacją prawną konkretnego podmiotu prawa, polegającą na tym, że akt stosowania tej normy może mieć wpływ na sytuację tego podmiotu na gruncie administracyjno-prawnym<sup>4</sup>. Przy czym w powołanym wyroku NSA z dnia 9 kwietnia 2013 r., uznano, że jeżeli uchwała dotyczy miejsca pracy danego radnego, to niewątpliwie dotyczy jego interesu prawnego. Podobne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 9 kwietnia 2013 r.<sup>5</sup> W wyroku tym ponadto stwierdzono, że nie ma potrzeby analizować materii wyników głosowania i rozważać, czy udział radnego miał czy nie miał wpływu na ostateczny wynik i podjęcie uchwały. Przepis art. 25a ustawy o samorządzie gminnym posługuje się kategorią stwierdzeniem, co uzasadnia obiektywne rozumienie ujętego w nim interesu prawnego.

W konkluzji Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie stwierdził, iż w niniejszej sprawie zaskarżona uchwała została podjęta na sesji rady, w której brała udział (a także głosowała) radna będąca pedagogiem szkolnym, zatrudniona w Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Dźwierzutach. Dlatego też (zdaniem Sądu) nie ulega wątpliwości, że kwestionowana uchwała określająca obowiązkowy tygodniowy wymiar godzin także radnej, jako pedagoga, dotyczyła jej interesu prawnego. Tym samym uchwała jako podjęta z istotnym naruszeniem podlega stwierdzeniu nieważności.

Zdecydowałam się na zgłoszenie właśnie tego orzeczenia, albowiem tą materią wielokrotnie zajmowały się nie tylko organy nadzory i sądy administracyjne ale i doktryna - niestety poglądy tych podmiotów nie są jednolite.

2. Zanim przejdę do analizy głosowanego wyroku, krótko odniosę się do znaczenia prawa radnego do udziału w głosowaniach oraz treści pojęć „interes prawny” i „interes prawny radnego”.

Jak słusznie zauważył M. Szewczyk „**prawo radnego do udziału w głosowaniach**” w radzie jest najważniejszym upoważnieniem, jakie osoba wybrana na radnego, a więc osoba, która uzyskała mandat radnego, nabywa w wyniku decyzji podjętej przez wyborców w dniu wyborów. To dzięki upoważnieniu do udziału w głosowaniach w radzie radny może wyrażać wolę wspólnoty samorządowej jako jej przedstawiciel, a więc osoba upoważniona do wyrażania woli, w tym także do podejmowania czynności prawnych w imieniu wspólnoty na podstawie umocowania płynącego wprost z ustawy<sup>6</sup>. Ustawodawca w sposób niezwykle rygorystyczny określił wymogi dotyczące głosowań z udziałem radnych. Bardzo często udział radnego w tym lub w innym głosowaniu mógłby wypaczyć treść woli wyrażonej z powołaniem się na ustawowe umocowanie do występowania w charakterze przedstawiciela wspólnoty samorządowej, a zwłaszcza w tych przypadkach, gdy na treści wyrażonej woli miałyby zaważyć osobisty interes prawny radnego, być może dla danego radnego ważniejszy od interesy prawnego całej wspólnoty<sup>7</sup>.

Za A. Szewcem należy stwierdzić, iż „dyrektywy wykładni systemowej pozwalają (i nakazują) przyjąć, że **interese prawne** w rozumieniu przepisów tych ustaw jest interes, o którym mowa w art. 28 k.p.a.<sup>8</sup>. Takie zresztą stanowisko w tej sprawie zajmuje doktryna prawa administracyjnego i orzecznictwo<sup>9</sup>. To oznacza, że interesem prawnym jest tylko taki, który spełnia łącznie następujące warunki:

- 1) wynika z konkretnego przepisu, przy czym zasadniczo chodzi tutaj o przepis prawa publicznego;

<sup>2</sup> Moje rozważania będą odnosić się jedynie do tej części wyroku, który określa sytuację radnego głosującego w sprawie, która dotyczy jego interesu prawnego. Pozostała kwestia odnosząca się do wniosku gminy o umorzenie postępowania znalazła się poza zakresem mojego zainteresowania m.in. z tego powodu, że tzw. uchwała naprawcza stwierdzająca nieważność uchwały podlegającej kontroli nie tylko nie była, ale i nie mogła być przez sąd rozpatrywana.

<sup>3</sup> Sygn. Akt I OSK 125/13, LEX nr 133606

<sup>4</sup> Opublikowany na stronie internetowej: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

<sup>5</sup> Sygn. akt I OSK 115/13, LEX nr 1336304. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 15 marca 2012 r., sygn. Akt. II SA / LU / 74 / 12.

<sup>6</sup> M. Szewczyk, *Interes prawny jako kryterium wyłączenia radnego od udziału w głosowaniu*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” Rok LXXVII, z 3, Warszawa 2015, s. 229.

<sup>7</sup> A. Jochymczyk, *Komentarz do art. 25a ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 478.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm.

<sup>9</sup> Zob. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1999 r. III RN 5/ 99 (OSNAPIUS 2000, nr 9, poz 337) i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2002r., III RN 218/0 (OSNP-wkt. 2003, nr 9, poz. 5; OSNP 2004, nr 2, poz.23 ;LEX nr 77183

- 2) przejawia się jako obiektywna, czyli rzeczywiście istniejąca i dająca się obiektywnie stwierdzić, potrzeba ochrony prawnej;
- 3) jest interesem osobistym, indywidualnym, własnym, konkretnym i aktualnym, a nie ewentualnym (potencjalnym)<sup>10</sup>.

Natomiast pojęcie interesu prawnego radnego, jest pojęciem, w którego skład wchodzi pojęcie interesu prawnego, jako takiego a ponadto; przez interes prawny, w rozumieniu art. 25a ustawy o samorządzie gminnym, należy rozumieć interes wyływający z przepisów ustrojowych, przepisów prawa materialnego i przepisów prawa procesowego. Każdy z tych przepisów może kształtować uprawnienia i obowiązki jednostki<sup>11</sup>.

Interes prawny radnego istnieje wówczas, gdy istnieje związek o charakterze materialnoprawnym pomiędzy obowiązującą normą prawa administracyjnego, a sytuacją prawną konkretnego podmiotu prawa, polegającą na tym, że akt stosowania tej normy może mieć wpływ na sytuację tego podmiotu na gruncie administracyjnoprawnym.

Pod pojęciem interesu prawnego (jak to możemy zauważyć w wielu orzeczeniach sądów administracyjnych) rozumie się osobisty, konkretny i aktualny prawnie chroniony interes, który może być realizowany na podstawie konkretnego przepisu, bezpośrednio wiążący się z indywidualnie i prawnie chronioną sytuacją strony<sup>12</sup>. Nie można zatem zawęzić interesu prawnego jednostki tylko do przepisów prawa materialnego. Może on wyływać również z przepisów prawa ustrojowego, do których należą przepisy, z których wynika np. prawo radnego do ubiegania się o funkcję przewodniczącego rady gminy<sup>13</sup>.

3. W przedmiotowej sprawie niezbędna jest analiza nie tylko przepisu, który stał się podstawą rozstrzygnięcia ale i normy konstytucyjnej a konkretnie art. 7 Konstytucji RP<sup>14</sup>. Jeżeli chodzi o ustawę o samorządzie gminnym to interesującą nas normą jest art. 25a. Sąd wydając wyrok zastanawiał się również czy udział radnego miał czy nie miał wpływu na ostateczny wynik i podjęcie uchwały i czy w konsekwencji doszło do istotnego czy też nieistotnego naruszenia prawa. Jednakże konkluzja w tej kwestii była jednoznaczna a mianowicie, że analiza tego typu zagadnienia nie jest konieczna głównie z tego powodu, że przepis art. 25a ustawy o samorządzie gminnym posługuje się kategorią stwierdzeniem, co uzasadnia obiektywne rozumienie ujętego w nim interesu prawnego.

Wracając do analizy najistotniejszego dla nas przepisu a mianowicie art. 25a ustawy o samorządzie gminnym to posługując się dyrektywami wykładni językowej oraz wykładni funkcjonalnej i systemowej należy w pełni zgodzić się z Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Olsztynie, który powołując się na orzecznictwo, nie tylko bezpośrednio ale i pośrednio potwierdził, że pojęcie interesu prawnego radnego powinno być interpretowane szeroko<sup>15</sup>. Elementy składowe tego jakże szeroko rozumianego pojęcia zostały już przeze mnie scharakteryzowane w drugim punkcie glosy.

Moim zdaniem szerokie pojmowanie pojęcia interesu prawnego w pełni koresponduje z art. 7 Konstytucji RP, który określa jakże istotną zasadę legalizmu a mianowicie stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Uważam, że ustawodawca w gminnej ustawie ustrojowej celowo nie podał definicji interesującego nas pojęcia a tym samym nakazał nam szerokie ujmowanie zakazu głosowania radnego w sytuacji gdy sprawa będąca przedmiotem uchwały dotyczy jego interesu prawnego. Gdyby miało być inaczej ustawodawca wyraźnie wskazałby sytuacje, do których artykuł 25a nie miałby zastosowania.

Dlatego też w głosowanym wyroku, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie słusznie wyszedł z założenia, że nie jest istotne, czy udział radnego miał czy nie miał wpływu na ostateczny wynik i podjęcie uchwały i czy w konsekwencji doszło do istotnego czy też nieistotnego naruszenia prawa. Przepis zdaniem sądu (z czym się zgadzam), jest tak jednoznacznie i kategorię sformułowany, że zarówno prawodawca lokalny jak i organ nadzoru muszą go jednolicie interpretować i stosować.

4. Konkludując wyrażam pogląd, iż w przedmiotowej sprawie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w sposób prawidłowy i niepozostawiający jakichkolwiek wątpliwości dokonał analizy zarówno przepisów prawnych będących podstawą rozstrzygnięcia, jak i uwzględnił bardzo bogate orzecznictwo sądowe<sup>16</sup>. Zauważył również, iż poglądy

<sup>10</sup> A. Szewc, interes prawny radnego, „Wspólnota”, 2009 [online] < [www.wpolnota.org.pl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=6247/](http://www.wpolnota.org.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=6247/)>, dostęp: 2.04.2017 r.

<sup>11</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu z 10 września 2002 r. (II SA/ Wr. 1498/02) LEX, nr 438725

<sup>12</sup> Zob. m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 kwietnia 2013r. o sygn. Akt I OSK 115/13 i wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 15 marca 2012r., sygn. Akt II SA/Lu 74/12 - opublikowane na stronie internetowej: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>), podobnie M. Szewczyk, op. cit., s.235.

<sup>13</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 29 lipca 2009r. (II SA. Rz444/09), Lex, nr 560818.

<sup>14</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r. nr 78 poz. 483 z późn. zm.

<sup>15</sup> Por. R. Szarek, *Interes prawny a wyłączenie radnego gminy z udziału w głosowaniu*, „Gazeta Samorządu i Administracji”, 2002, nr 18, s. 10.

<sup>16</sup> Poza jakimkolwiek sporem pozostaje natomiast kwestia zaliczenia badanej uchwały do kategorii aktów prawa miejscowego, co do tego sąd nie miał (i słusznie) jakichkolwiek wątpliwości.

doktryny w kwestii ustalenie znaczenia pojęcia interesu prawnego radnego są bardzo liczne a tym samym zgodził się pośrednio, że w doktrynie występują rozbieżności, co do zakresu tego pojęcia<sup>17</sup>.

Uważam, że należy w pełni zgodzić się z argumentacją sądu, co do tego, co kryje się pod pojęciem interesu prawnego radnego. Sąd badając legalność uchwały rady gminy prawidłowo przyjął, że 25a ustawy o samorządzie gminnym posługuje się kategorią stwierdzeniem, co uzasadnia obiektywne rozumienie ujętego w nim interesu prawnego. Przepis ten został wprowadzony w celu antykorupcyjnym, zapobiegającym sytuacjom, kiedy mandat radnego może być wykorzystywany dla prywatnych celów, niekoniecznie majątkowych. W związku z powyższym niekonieczna jest analiza wyników głosowania i rozważania czy udział radnego miał czy nie miał wpływu na ostateczny wynik i podjęcie uchwały. Skoro więc w podejmowaniu uchwały brała udział (a także głosowała) radna będąca pedagogiem szkolnym, zatrudniona w Zespole Szkolno-Przedszkolnym to w konsekwencji należy uznać, że uchwała, określająca obowiązkowy tygodniowy wymiar godzin także radnej, jako pedagoga szkolnego, dotyczyła jej interesu prawnego. Tym samym uchwała, jako podjęta z istotnym naruszeniem prawa, prawidłowo została uznana przez sąd za nielegalny akt prawa miejscowego.

\*\*\*

#### Approving commentary to the verdict of the Provincial Administrative Court in Olsztyn dated 26 November 2015, file no.II SA/OI 1091/15

This commentary refers to a verdict of the Provincial Administrative Court in Olsztyn dated 26 November 2015, file no. II SA.) OI 1091/15. In this verdict, the court assessed a situation where a resolution was adopted by a commune council with the involvement of a councilor who was directly interested in its adoption. The law on commune-level local government prohibits voting by such persons. The court had no doubts that the participation of the councilor in the vote, in a situation where the vote concerned his legal interests, constituted an absolute basis for finding the resolution to be illegal, regardless of whether the councilor's vote affected the final result and the adoption of the resolution.

**Keywords:** councilor's legal interest, resolution, legality, supervisory body, administrative court.

---

<sup>17</sup> Przykładowo M. Kulesza, przedstawia bardzo wąskie rozumienie tego pojęcia (z którym ja się nie zgadzam) i wskazuje, że art. 25a ustawy o samorządzie gminnym dotyczy wyłącznie głosowań w sprawach, w których przedmiotem jest stosunek prawny między gminą a radnym a więc stosunek „zewnątrzny”, w którym stroną jest dla radnego gmina (jako podmiot prawa) reprezentowana przez swoje organy - M.Kulesza, *Interes prawny*, „Wspólnota” 2002, nr 7. s. 44. Podobne stanowisko prezentowane było także przez Sąd Najwyższy, który w jednym ze swoich orzeczeń z dnia 7 marca 1996 r. (III ARN 56/95) OSNP 1996, nr 18, poz. 257, stwierdził, że interes prawny radnego w głosowaniu przeprowadzonym przez radę gminy, od udziału, w którym radny powinien się wyłączyć, może wynikać tylko ze stosunku prawnego „zewnątrznego”, nigdy zaś ze stosunku prawnego „wewnętrznego”, w którym pozostaje każdy radny, jako członek kolegialnego organu administracji publicznej, jakim jest rada gminy, dysponującego władztwem administracyjnym. W podobnym tonie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 30 czerwca 2012, II SA/ Wa 486/11, w którym wskazał, że wzięcie przez radnego udziału w głosowaniu nad własną kandydaturą na przewodniczącego rady dzielnicy nie narusza art. 25a ustawy o samorządzie gminnym. Podejmowanie uchwały o wyborze przewodniczącego rady dzielnicy nie jest bowiem związane ze sprawami majątkowymi radnego kandydującego na to stanowisko, a uczestniczenie w głosowaniu osoby zainteresowanej wynikiem głosowania nie powoduje zjawisk korupcyjnych, któremu przepis ten powinien służyć.



Jakub Grygutis

## CZY POTRZEBNA JEST PRAWNOKARNA OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH

### Wprowadzenie

Na wstępie rozważań nad potrzebą stanowienia w przepisów karnych w regulacji dotyczącej ochrony danych osobowych, konieczne jest postawienie pytania, czy ochrona prawnokarna w jakikolwiek sposób wzmacnia tę ochronę? Podstawowym problem stanowienia takich przepisów jako podstaw sankcji, w postaci kar kryminalnych za naruszenie norm prawnych jest stwierdzenie zaistnienia potrzeby zwiększenia dolegliwości ponad miarę wynikającą z przepisów administracyjnoprawnych lub cywilnoprawnych. Ocena ta zawsze powinna pozostawać w zgodzie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 39 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej, przepisy te powinny być stanowione w zgodzie z zasadą *in dubio pro libertate*

<sup>1</sup>. Zasada ta oznacza, że przepisy prawa karnego powinny być wprowadzane do systemu tylko wtedy, kiedy sankcja o mniejszym stopniu dolegliwości nie pozwala na dostateczną ochronę dobra prawnego. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest przeprowadzenie analizy, czy potrzebna jest prawnokarna ochrona danych osobowych w przewidzianym zakresie przez przepisy Ustawy o ochronie danych osobowych<sup>2</sup>. Dodatkowo w niniejszym artykule autor postanowił dokonać analizy opartej o metodę dogmatycznoprawną przepisów karnych. Problem ten zostanie poruszony w dalszej części opracowania.

### Prawo do ochrony danych osobowych jako publiczne prawo podmiotowe

Ochrona danych osobowych jest przedmiotem art. 51 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym, nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. Ochrona danych osobowych ma swoje źródło w prawie do prywatności rozumianym jako prawo bycia pozostawionym w spokoju” (the right to be alone)<sup>3</sup>. Ponadto, przepis art. 8 Karty Praw Podstawowych wzmocnił standard ochrony danych osobowych w prawie europejskim. W systematyce Karty przepis ten został umieszczony w 1 rozdziale pt. „Godność”, obok prawa do życia czy zakazu tortur. Co pokazuje dodatkową doniosłość tego prawa.

Z powyższych przepisów wynika, że zakres podmiotowy prawa do ochrony danych osobowych jest nieograniczony podmiotowo dotyczy każdego człowieka. Z przepisów tych wynika także pozytywny obowiązek ciążyący na państwie, którego treścią jest stworzenie efektywnego systemu ochrony danych. Przepisy potwierdzają, że prawo ochrony danych osobowych jest publicznym prawem podmiotowym, podobnie jak inne prawa podmiotowe opisane w przepisach tego rozdziału. Stąd ustawowa prawnokarna ochrona danych osobowych stanowi ograniczenie wolności innej osoby pod groźbą kary kryminalnej w imię skutecznej realizacji prawa podmiotowego przez inne osoby, a także w celu ochrony porządku publicznego.

### Akty regulujące obecnie ochronę danych osobowych

Problematyka ochrony danych osobowych stanowiła przedmiot harmonizacji. Obecnie obowiązującym aktem w tej materii jest Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych. Od 25.05.2018r. w życie wejdzie Rozporządzenie Parlamentu i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych<sup>4</sup> Uchyli ono dyrektywę 95/46/WE. Rozporządzenie inaczej niż Dyrektywa, jest aktem prawnym wywołującym bezpośrednie skutki w systemach prawnych państw członkowskich UE. Zawiera ono całość przepisów prawa materialnego o ochronie danych osobowych, za wyjątkiem pewnych zagadnień, co do których państwa członkowskie nie doszły do porozumienia lub celowo pozostawiono regulacji poszczególnym państwom członkowskim<sup>5</sup>. Przykładem takiego przepisu jest art. 87 ust. 1 RODO umożliwiający ustanowienie dodatkowo innych sankcji niż te przewidziane w RODO według uznania państw członkowskich. W Polsce aktem prawnym regulującym kompleksowo zasady ochrony danych osobowych jest ustawa

<sup>1</sup> L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2005, s. 28-29.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U.2016.922 j.t.) zwana dalej Ustawą.

<sup>3</sup> M. Krzysztófek, Komentarz do Rozporządzenia o ochronie danych osobowych w Unii Europejskiej po reformie, Komentarz do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Europy 2016/679, Warszawa 2016, s. 16.

<sup>4</sup> Zwane dalej RODO.

<sup>5</sup> K. Kazimierczak, P. Litwiński, Elementarz z zakresu ochrony danych osobowych, (w:) Ochrona danych osobowych pracowników w świetle rozporządzenia Parlamentu i Rady (UE) 2016/679 (red. D. Doree-Kolasa), Warszawa 2017, s. 3.

z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych oraz rozporządzenia wydane na podstawie tej ustawy.

### **Kara administracyjna jako podstawa odpowiedzialności za naruszenie prawa ochrony danych osobowych**

W wielu państwach system sankcji za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych oparty jest o kary administracyjne. Jest ona sankcją przewidzianą w przepisach prawa administracyjnego i jest nakładana przez organ administracji publicznej w formie decyzji administracyjnej. Podstawę faktyczną do nałożenia kary stanowi czyn, w doktrynie nazywany deliktem administracyjnym. Instytucja ta jest oparta o odpowiedzialność obiektywną, czyli można ją nałożyć niezależnie od winy sprawcy, stąd zasady jej wymiary są o wiele mniej rygorystyczne niż w przypadku kary kryminalnej, a ponadto jej zaletą funkcjonalną jest możliwość nałożenia jej nie tylko na osobę fizyczną, ale również na osobę prawną czy organizację nie posiadającą osobowości prawnej. Z perspektywy sprawcy czynu sankcje administracyjne są mniej dolegliwe pod względem skutków społecznych, bowiem inaczej niż skazanie na karę kryminalną, ukaranie karą administracyjną nie jest odnotowywane w publicznym rejestrze do którego взгляд mogą mieć np. pracodawcy. Stąd taka kara nie stygmatyzuje nikogo.

System kar administracyjnych został ustanowiony w większości prawodawstw państw UE, natomiast system sankcji prawno-karnych należy do rzadkości. Dla przykładu można podać czeską ustawę o ochronie danych osobowych z dnia 04.04.2000r.; słowacką Ustawę 428/2002 o ochronie danych osobowych; fińską ustawę 523/1999 o ochronie danych osobowych. Ochrona prawno-karna występuje natomiast w prawodawstwie Holandii, w ustawie o ochronie danych osobowych z dnia 3.07.2000r. oraz w Portugalii w ustawie z 26.10.1998r.<sup>6</sup> Wynika to z uznania prawodawców tych państwa kar administracyjnych za bardziej efektywne, jeśli chodzi o cele samej kary.

Kara administracyjna na gruncie RODO będzie stanowiła sankcję do egzekwowania, której zostały zobowiązane wszystkie państwa członkowskie wprost na mocy przepisów tego aktu. Na gruncie art. 84 ust. 2 RODO, administracyjne kary pieniężne nakłada się, zależnie od okoliczności każdego indywidualnego przypadku, oprócz lub zamiast środków, o których mowa w art. 58 ust. 2 RODO, jak na przykład wydanie decyzji nakazującej zaprzestanie naruszeń prawa ochrony danych osobowych. Decydując, czy nałożyć administracyjną karę pieniężną, oraz ustalając jej wysokość, zwraca się w każdym indywidualnym przypadku należyta uwagę na min. na: charakter, wagę i czas trwania naruszenia przy uwzględnieniu charakteru, zakresu lub celu danego przetwarzania, liczby poszkodowanych osób, których dane dotyczą, oraz rozmiaru poniesionej przez nie szkody; umyślny lub nieumyślny charakter naruszenia; działania podjęte przez administratora lub podmiot przetwarzający w celu zminimalizowania szkody poniesionej przez osoby, których dane dotyczą. Należy zaznaczyć, że dyrektywy te tyczą się tylko odpowiedzialności administracyjnoprawnej, a nie karnoprawnej czy cywilnoprawnej. Wysokość kar finansowych została określona w przepisach RODO. Sięga ona nawet do 20 000 000 EUR, a w przypadku przedsiębiorstwa – w wysokości do 4 % jego całkowitego rocznego światowego obrotu z poprzedniego roku obrotowego. Taka sankcja ma czynić nieopłacalnym nieprzestrzeganie przepisów o ochronie danych osobowych, w obecnym stanie prawnym, kiedy wysokość maksymalnej sankcji przewidzianej dla osoby prawnej wynosiła jednorazowo do 50 tys. a maksymalnie do 200 tys., gdzie sankcja taka ma charakter następczy celem wykonania uprzednio wydanej decyzji GIODO. Przedsiębiorcy podejmowali ryzyko nieprzestrzegania tychże przepisów w związku z ewentualnymi korzyściami, jakie mogło im to przynieść<sup>7</sup>. Ustanowienie obligatoryjnego systemu tak wysokich kar finansowych opartych o zasadę odpowiedzialność niezależnej od winy pozostawia pod znakiem zapytania tworzenia dodatkowych sankcji karnych opartych o przepisy prawa karnego. Organem uprawnionym do nakładania takich kar będzie organ nadzorczy, de lege lata jest to Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych.

Dodatkowo ustawodawca europejski w art. 87 ust. 1. RODO, ustanowił przepis pozwalający państwo członkowskim na wprowadzenie innych sankcji niż kary administracyjne wprost ustanowione przepisami RODO, w szczególności za naruszenia niepodlegające administracyjnym karom pieniężnym na mocy art. 83, oraz podejmując wszelkie środki niezbędne do ich wykonania. Sankcje te muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstrasające. Przepis ten pozwala na wprowadzenie sankcji administracyjnych, karnych lub cywilnych, bowiem lege non est distiquente.

Sankcje te mogą być nakładane kumulatywnie ustawodawca posługując się określeniem „w szczególności”, nie wykluczył możliwość obłożenia innymi sankcjami tych samych naruszeń, które podlegają karą administracyjnym. RODO pominęło w swej treści zupełnie przepisy o zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw, co prowadzi do wniosku że możliwe jest orzekanie nie dość, że w zakresie wymierzenia kary pieniężnej to dodatkowo, za każde naruszenie mogą być wymierzone osobne kary kryminalne, jeśli w danym prawodawstwie zostałaby przyjęty np. model idealnego zbiegu przestępstw. Inaczej sytuacja wygląda w przypadku kar finansowych, gdzie zgodnie z art. 83 ust. 4 RODO, za naruszenia pozostające w ramach tych samych lub powiązanych operacji przetwarzania danych osobowych nie może przekroczyć wysokości

<sup>6</sup> Por. Barta P., Litwiński P., Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa, 2016, s. 535.

<sup>7</sup> A. Dmochowska, M. Zadrozny, Unijna reforma danych osobowych-analiza zmian, Warszawa 2016, s. 164.

kary za najpoważniejsze z naruszeń<sup>8</sup>. To oznacza, że dopuszczalna jest kumulacji odpowiedzialności, której określenie należy do ustawodawcy krajowego. Stąd cała regulacja, która będzie przedmiotem moich dalszych rozważań wpisuje się w tę kompetencję państw członkowskich i usunięcie przepisów prawno-karnych z systemu ochrony danych osobowych nie tylko byłoby zabiegiem zbędnym, ale dodatkowo mogłoby *prima facie* zmniejszyć jego efektywność, choć nie koniecznie tak się stanie.

Zbieg odpowiedzialności powinien być jednak oceniany także z perspektywy proporcjonalności, o czym wprost przepis stanowi. Dyrektywa proporcjonalności w moim przekonaniu nie tylko powinna być odnoszona do kary albo innej sankcji ustanowionej na podstawie art. 87 ust. 1 RODO, ale do zbiegu podstaw aktualizujących różną rodzajowo odpowiedzialność. Za takim stanowiskiem przemawia nie tylko wykładnia literalna, ale kontekst systemowy. Proporcjonalność ma zastosowanie zarówno do wprowadzenia do systemu prawnego danej sankcji, jak również jej stosowania przez organy władzy publicznej<sup>9</sup>. Skoro całość przepisów Rozporządzenia wprowadza już na tyle dotkliwe finansowo sankcje to ustawodawca krajowy powinien „dwa razy zastanowić się” nad wprowadzaniem dodatkowych sankcji albo utrzymaniem już istniejących.

Przy pozostawieniu sankcji karnych w dotychczasowym kształcie po wejściu w życie Rozporządzenia wszystkie czyny podlegające karze kryminalnej, z wyjątkiem przeszkodzenia w czynnościach kontrolnych organu ds. ochrony danych osobowych, o którym mowa w art. 54a Ustawy, będą podlegały karze finansowej na podstawie Rozporządzenia. Oznacza to faktyczną kumulację sankcji karnych, która wywołuje pytanie o zasadność penalizacji tych czynów, skoro kary finansowe są dość dotkliwe.

W moim przekonaniu wprowadzenie lub pozostawienie już istniejących wcześniej sankcji karnych byłoby zasadne, ponieważ tam gdzie karę finansową ponosi inny podmiot niż osoba fizyczna, która jest rzeczywistym sprawcą naruszenia. Tak będzie w przypadku osób prawnych albo innych organizacji, posiadających podmiotowość prawną. Zróżnicowanie odpowiedzialności prawnej takich sprawców naruszeń od osób fizycznych, które prowadzą np. jednoosobową działalność gospodarczą może być trudne do uzasadnienia aksjologicznego i konstytucyjnego. Jednakże przesłanką relewantną faktyczny brak odpowiedzialności własnym majątkiem za takie naruszenie może być podstawą uzasadnienie *de lege ferenda* takiego zróżnicowania sytuacji prawnej.

### **Systematyka przepisów prawno-karnych zawartych w Ustawie o ochronie danych osobowych**

Przechodząc do omówienia poszczególnych przepisów prawno-karnych na wstępie należy określić ich przedmiot ochrony, czyli w potocznym rozumieniu cel regulacji. Celem przepisów jest ochronę prawa do prywatności osób, których dane osobowe są przetwarzane lub będą przetwarzane w przyszłości. Drugim zasadniczym przedmiotem ochrony jest wolność człowieka, której emanacją jest prawo do samostanowienia w zakresie przekazu informacji, zawierających dane osobowe w rozumieniu przepisów ustawy. W przekonaniu autora, ponadto przepisy mają nie tylko chronić interes prywatny związany z przetwarzanymi danymi, ale służyć też szeroko pojętej ochronie interesu publicznego. Skoro przepisy prawa ochrony danych osobowych mają publicznoprawny charakter to prawidłowość przetwarzania danych osobowych stanowi jedną z zasadniczych form ingerencji w prawa i wolności jednostki, jak również chroni rzetelność przetwarzania danych w zakresie wykonywania zadań publicznych przez podmioty zarówno posiadające osobowość prawną, jak inne jednostki nie posiadające takiej zdolności. Jest to najbardziej dostrzegalne w przypadku, braku przekazania zbioru danych wrażliwych do Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, przez co administrator danych *de facto* uniemożliwia poddaniu kontroli administracji publicznej procesu przetwarzania danych osobowych.

Warto zaznaczyć, że w Rozporządzeniu została wyznaczona dyrektywa interpretacyjna odnosząca się do wszelkich przepisów Rozporządzenia, zgodnie z którą przepisy RODO należy wyklądać w taki sposób, aby najpełniej chroniły one podstawowe prawa i wolności osób fizycznych, w szczególności ich prawo do ochrony danych osobowych. Ustawodawca europejski wprost wskazał w powyższym przepisie, że celem Rozporządzenia jest ograniczenie wolności wszelkich podmiotów prowadzących operację na danych osobowych na rzecz ochrony indywidualnych prawa osób fizycznych.

Przepisy karne zawarte w ustawie o ochronie danych osobowych można usystematyzować pod względem celu i przedmiotu ochrony. Po pierwsze, występuje przestępstwo przetwarzania danych osobowych z naruszeniem przepisów ustawy (art. 49 Ustawy). Typ czynu zabronionego ma chronić dobra osobiste w postaci danych osobowych wszelkich osób fizycznych przed ich naruszeniem przez bezprawne przetwarzanie. Występuje tutaj prawno-karna ochrona osób fizycznych. Po drugie, występują typy chroniące bezpieczeństwo danych osobowych jest są to typy opisane w art. 51 i art. 52 Ustawy, bezpośrednio dotyczy to interesów osób, których dane są przetwarzane. Po trzecie, typy czynów zabronionych zawarte w art. 53 i 54a Ustawy chronią uprawnienia kontrolne organów państwowych, w zakresie kontroli spełnienia obowiązków administracyjnych.

<sup>8</sup> A. Szutkiewicz, Środki ochrony prawnej, (w:) Opc. Cit. (red. D. Doree-Kolasa), s. 268.

<sup>9</sup> Tamże, s. 255.

### Przestępstwo przetwarzania danych osobowych z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych

Celem przepisu jest ochrona prawa do prywatności osób, których dane osobowe są przetwarzane. Zgodnie z art. 4 pkt. 2 RODO, „przetwarzanie” oznacza operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie. Podobna definicja znajduje się w obecnym brzmieniu art. 7 pkt. 2 Ustawy, „przez przetwarzanie danych rozumie się przez to jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych”. Porównując obie definicje należy uznać, że są one w swej istocie tożsame różniąc je tylko redakcją.

Przed właściwą analizą przepisu warto zaznaczyć, że na podstawie art. 49 ust.1 Ustawy w latach 2001-2014r. doszło do 45 skazań, natomiast za czyn opisany w ust. 2 Ustawy do 7, stąd przepis ten był rzadko stosowany przez sądy<sup>10</sup>.

Przestępstwo opisane w art. 49 Ustawy jest przestępstwem wieloodmianowym. Typ czynu zabronionego po pierwsze, może być dokonane przez nieprawidłowe przetwarzanie danych osobowych w sposób niezgodny z przepisami prawa. Po drugie, znamiona czynu zabronionego zostaną zrealizowane również w sytuacji, gdy podmiot faktycznie przetwarzający dane osobowe nie będzie posiadał legitymacji do dokonywania operacji na tych danych. Odpowiedzialność taka obejmuje taki podmiot niezależnie od tego czy sam proces przetwarzania był zgodny z przepisami ustawy, czy też nie. Zarówno w pierwszej, jak i drugiej sytuacji dochodzi do naruszenia prawa do dysponowania informacją o danych osobowych. Do desygnatów wymienionych czynności czasownikowych należy wiele różnorodnych zachowań. Z uwagi na wcześniejsze opracowania, w innych rozdziałach monografii, dotyczące prawidłowości przetwarzania danych osobowych w świetle Rozporządzenia, zostaną wskazane tylko przykładowe przepisy, których naruszenie może podlegać także prawokarnemu wartościowaniu z perspektywy art. 49 Ustawy. Do takich przepisów, w szczególności należy zaliczyć przepisy: pozwalające na przetwarzanie danych osobowych, mowa o tym w art. 6 RODO oraz warunki wyrażenia zgody zawarte w art.7 RODO. Za naruszeniem tego przepisu także należy uznać uniemożliwienie wykonania prawa do bycia zapomnianym.

Znamieniem przedmiotu czynności wykonawczej, czyli tego na co sprawdza swoim zachowaniem oddziałuje może być tylko i wyłącznie zbiór danych osobowych, czyli posiadający strukturę zestaw danych osobowych dostępny według określonych kryteriów bez względu na to, czy jest rozproszony czy podzielony funkcjonalnie, co wynika z art. 7 Ustawy. Na gruncie art. 4 pkt. 6 RODO występuje definicja legalna zbioru danych „zbiór danych” oznacza uporządkowany zestaw danych osobowych dostępnych według określonych kryteriów, niezależnie od tego, czy zestaw ten jest scentralizowany, zdecentralizowany czy rozproszony funkcjonalnie lub geograficznie.

W art. 49 ust. 2 Ustawy został przewidziany typ kwalifikowany w stosunku do art. 49 ust.1 Ustawy poprzez znamię statyczne w postaci przetwarzania danych sensorywnych, czyli danych odnoszących się do: pochodzenia rasowego lub etnicznego, poglądów politycznych, przekonań religijnych lub filozoficznych, przynależności wyznaniowej, partyjnej lub związkowej, danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym. W art. 8 ust. RODO jest także mowa o danych biometrycznych umożliwiającym jednoznaczne zidentyfikowanie osoby fizycznej. Do danych takich będą należały np. odciski palców. Przetwarzanie danych wrażliwych na gruncie art. 8 ust. 1 RODO jest zabronione chyba, że zachodzi jeden z wyjątków przewidzianych w art. 8 ust. 2 RODO np. wyrażenie zgody albo ochrona żywotnych interesów osoby, której one dotyczą. Warto wskazać, że brzmienie ustawy de lege lata pomija dane biometryczne w związku, z tym ich przetwarzanie niezgodnie z przepisami ustawy i Rozporządzenia będzie traktowane jako przestępstwo opisane w art. 49 ust. 1 Ustawy, ze względu na obowiązek ścisłej wykładni przepisów karnych i poszanowanie zasady nullum crimen sine lege.

Strona podmiotowa tego przestępstwa polega na umyślności, w zamiarze bezpośrednim lub wynikowym. Taki wniosek wynika z obecnego brzmienia art. 8 KK, zgodnie z którym, występki mogą być popełnione umyślnie, a nieumyślnie tylko, wtedy kiedy ustawa tak stanowi.

Karą grozącą za niniejsze przestępstwo opisane w art. 49 ust.1 Ustawy jest kara grzywny, kara ograniczenia wolności i kara pozbawienia wolności do lat 2, natomiast za czyn opisany w art. 49 ust.2 jest zagrożony karą od miesiąca do 3 lat pozbawienia wolności. Ponadto, na podstawie art. 37b KK, sąd może jako karę orzec karę pozbawienia wolności oraz ograniczenia wolności w sekwencji wykonywania kar. Sąd może ponadto zastosować także środek probacyjny w postaci

<sup>10</sup> Dane Ministerstwa Sprawiedliwości udostępnione na wniosek P. Barty i P. Litwińskiego na potrzeby wydania komentarza.

warunkowego umorzenia postępowania karnego, na podstawie art. 66 KK oraz warunkowe zawieszenie kary pozbawienia wolności, na podstawie art. 69 KK, pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek przewidzianych przez ustawę.

### **Naruszenia obowiązku zabezpieczenia danych osobowych**

Celem tego przepisu jest zabezpieczenie interesów osób, których dane zostały przekazane administratorowi danych lub innej osobie działającej z jego upoważnienia. Penalizacji podlega zaniechanie obowiązku w zakresie zabezpieczenia przed zabraniem, uszkodzeniem lub zniszczeniem przez osobę nieuprawnioną. Liczba skazań w latach 2001-2014r. wynosi 73<sup>11</sup>.

Obowiązek zabezpieczenia wynika zarówno z przepisów jak art. 32 i następnych RODO, o których była mowa wyżej, jak również art. 36 Ustawy. Jest to przestępstwo formalne, bowiem nie jest konieczne wystąpienie skutku, chociażby w postaci utraty danych wystarczy samo niewykonanie obowiązku<sup>12</sup>.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 RODO, administrator stale powinien kontrolować bezpieczeństwo danych osobowych. Wydaje się zasadne wprowadzenie odpowiedniej regulacji do prawa polskiego, która zawierałaby podobne środki ochrony danych osobowych jak w Rozporządzeniu a są nimi:

- a) pseudonimizację i szyfrowanie danych osobowych;
- b) zdolność do ciągłego zapewnienia poufności, integralności, dostępności i odporności systemów i usług przetwarzania;
- c) zdolność do szybkiego przywrócenia dostępności danych osobowych i dostępu do nich w razie incydentu fizycznego lub technicznego;
- d) regularne testowanie, mierzenie i ocenianie skuteczności środków technicznych i organizacyjnych mających zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania.

Wspomniany przepis wskazuje tylko i wyłącznie metody zabezpieczenia, nie wskazuje on środków prowadzących do osiągnięcia tego rezultatu. Prawodawca europejski w ust. 3 wskazuje, że osiągnięcie powyższych celów jest możliwe przez wprowadzenie kodeksu postępowania, stanowiącego akt prawny prawa krajowego, który regulowałby precyzyjnie problematykę środków zabezpieczenia danych osobowych lub zatwierdzonego mechanizmu certyfikacji, państwowej kontroli przetwarzania danych osobowych. Mechanizmy te państwa członkowskie, jak i Instytucje Unii Europejskiej mogą ustanowić fakultatywnie.

Należy zaznaczyć, że przepis prawno-karny odsyła do krajowego porządku prawnego, stąd przywołane przepisy RODO nie będą miały zastosowania dopóki nie zostaną transponowane do prawa krajowego. Ponadto, przepis ten nie nakłada obowiązku na państwo członkowskie, ustanowieniu któregośkolwiek z wyżej wymienionych środków bezpieczeństwa.

Strona podmiotowa czynu zabronionego z art. 52 Ustawy polega zarówno na umyślności, jak i nieumyślności, co wynika wprost z przepisu poprzez użycie określenia „co najmniej nieumyślnie”.

Karą grożącą za niniejsze przestępstwo jest kara grzywny, kara ograniczenia wolności i kara pozbawienia wolności do roku. Sąd może zastosować także środek probacyjny w postaci warunkowego umorzenia postępowania karnego, co wynika z art. 66 KK oraz warunkowe zawieszenie kary pozbawienia wolności, o którym mowa w art. 69 KK, pod warunkiem spełnienia pozostałych warunków przewidzianych przez ustawę.

### **Przestępstwo udostępnienia lub ujawnienia danych osobowych**

Za czyn określony w art. 51 ust. 1 Ustawy w okresie 2001-2014 doszło do 115 skazań, zaś za przestępstwo opisane w art. 51 ust. 2 Ustawy skazań było 29. Dobrem prawnym chronionym przez ten przepis karny art. 51 Ustawy jest prawo do prywatności i bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych. Wyżej opisany typ czynu zabronionego stanowi przestępstwo indywidualne właściwe jego podmiotem może być tylko i wyłącznie osoba administrująca zbiorem danych osobowych lub będąca zobowiązana do ochrony tych danych. Zgodnie z poglądem SN, wyrażonym w uzasadnieniu postanowienia z dnia 11 grudnia 2000 r. Sąd Najwyższy dokonał trafnej interpretacji terminu "administrujący zbiorem danych", uznając, że "na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych administratorem danych osobowych jest jedynie ten podmiot, który decyduje o celach i środkach przetwarzania tych danych, czyli art. 7 pkt 4 Ustawy, natomiast "administrującym" - także taki podmiot, który zarządza, zawiaduje zbiorem danych, mowa o nim w art. 50, 51, 54 Ustawy lub danymi dotyczy go art. 52 Ustawy w procesie ich przetwarzania, w tym i powierzonego mu w trybie wskazanym w art. 31 tej Ustawy, przy czym odpowiedzialność karna administrującego nie będącego administratorem danych wchodzi

<sup>11</sup> Dane Ministerstwa Sprawiedliwości udostępnione na wniosek P. Barty i P. Litwińskiego na potrzeby wydania komentarza.

<sup>12</sup> Kurzępa B., Przestępstwa z ustawy o ochronie danych osobowych, Prokuratura i Prawo, 6, 1999, s. 51.

rachubę wówczas, gdy jego zachowanie - uznane za karalne przez ustawę - wynika z powierzonych mu czynności przetwarzania danych<sup>13</sup>. Zdaniem Barty, Litwińskiego osobami, które mogą być podmiotami tego czynu zabronionego to wszelkie osoby fizyczne przetwarzające dane osobowe na podstawie upoważnienia administratora danych osobowych, co wynika z art. 37 Ustawy, względnie zawartej z nim umowy, na podstawie art. 31 Ustawy, o ile zostały one zobowiązane do ochrony takich danych<sup>14</sup>.

Strona przedmiotowa polega na udostępnianiu danych osobowych lub umożliwieniu uzyskania dostępu do nich osobom nieupoważnionym, są to dwie różne czynności sprawcze. Jest to przestępstwo wieloodmianowe. Pierwsze znamię czasownikowe, zdaniem P. Liwińskiego odnosi tylko do czynności przekazania danych pomiędzy jednym podmiotem posiadającym status administratora danych osobowych, a innym podmiotem posiadającym tożsamy status<sup>15</sup>. Natomiast drugie znamię jako stworzenie możliwości zapoznania się przez osoby trzecie z danymi osobowymi.

Na gruncie tego przepisu Sąd Najwyższy rozważał użycie przez ustawodawcę pojęcia „osób”. SN w swoim orzeczeniu z dnia 21.11.2007r., stwierdził, że udostępnienie danych jednej osobie nie wyczerpuje znamion przestępstwa opisanego w art. 51 Ustawy. Takie stanowisko należy ocenić krytycznie. SN swoje stanowisko oparł na argumentach językowych. Skoro ustawodawca posłużył się użycie w liczbie mnogiej słowem „osób”. Oznacza to, że wyłączyć należy wszelkie przypadki ujawnienia danych względem jednej osoby. Pogląd ten nie znalazł aprobaty w piśmiennictwie prawniczym. A. Herzog w głosie krytycznej wskazuje, że SN nie jest konsekwentny w dokonywanej wykładni, czego wyrazem jest przedstawienie zupełnie innego poglądu w kwestii wykładni przepisu karnego niż w przedstawionej dalej uchwale<sup>16</sup>. W uchwale z dnia 21 listopada 2001r. SN uznał, iż samo użycie liczby mnogiej dla określenia przedmiotu bezpośredniej ochrony, przedmiotu czynności sprawczej lub środka służącego do popełnienia przestępstwa nie oznacza, nie oznacza, że ustawodawca używa go w znaczeniu „co najmniej dwa”<sup>17</sup>.

Przepis ten odnosi się do zabezpieczenia danych znajdujących się w zbiorze danych osobowych. Sąd Najwyższy zaprezentował zgodnie, z którym, dane osobowe korzystają z ochrony przewidzianej ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych już wówczas, jeżeli tylko mogą znaleźć się w zbiorze danych osobowych, bez względu na to, czy się w nim ostatecznie znalazły, a ustawa w odniesieniu do różnych etapów i rodzajów przetwarzania danych, określa jeszcze dodatkowe uprawnienia osób, których dane te dotyczą (rozdz. 4 ustawy). Rzecz bowiem w tym, że każdy ma prawo do ochrony dotyczących go danych osobowych (art. 1 ust. 1 ustawy), a nie jedynie ten, czyje dane znalazły się już w zbiorze. Zaniechanie obowiązku informacyjnego należy uznać powyższą tezę, za trafną ze względu na ochronną funkcję prawa karnego<sup>18</sup>.

W przepisie strona przedmiotowa polega na umyślności w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym, o którym mowa w art. 51 ust. 2 Ustawy, także, ustawodawca w art. 51 ust. 2 Ustawy przewidział odpowiedzialność karną za typ nieumyślny.

Czyn określony w art. 51 ust. 1 Ustawy jest zagrożony karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, natomiast czyn opisany w art. 51 ust. 2 Ustawy karą grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Ponadto sąd może warunkowo umorzyć postępowania karne na podstawie art. 66 KK. lub warunkowo zawiesić wykonanie kary pozbawienia wolności na czas nie dłuższy niż roku.

### **Przestępstwo niedopełnienia obowiązku rejestracji zbioru danych osobowych**

Przestępstwo opisane w art. 53 Ustawy, stanowi przestępstwo indywidualne właściwe jego podmiotem może być tylko osoba zobowiązana na mocy przepisów ustawy do zgłoszenia zbioru danych osobowych do GIODO. Zgodnie z brzmieniem art. 40 Ustawy, który określa, że obowiązek zgłoszenia ciąży tylko na administratorze danych osobowych lub osobie upoważnionej do zgłoszenia przez administratora (w przypadku osoby prawnej). Zdaniem, P. Barty i P. Litwińskiego, podmiotem przestępstwa może być jednak tylko i wyłącznie osoba na której ciążył obowiązek na mocy przepisów ustawy. Jego podstawą nie może być czynność prawna<sup>19</sup>. Liczba skazań za ten czyn w okresie 2001-2014 r. wynosiła 7 przypadków<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2000 r., II KKN 438/00, OSNKW 2001, nr 3-4, poz. 33

<sup>14</sup> Barta P. Litwiński P., Op. Cit., s. 542-543.

<sup>15</sup> Tamże, s. 545.

<sup>16</sup> A. Herzog, Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007r., sygn. IV KK 376/07, Prokuratura i Prawo, 2008, 11, s. 164.

<sup>17</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007r., sygn. akt IV KK 376/07, LEX nr 351219

<sup>18</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2000 r., sygn. akt II KKN 438/00, OSNKW 2001/3-4/33, Biul.SN 2001/2/16.

<sup>19</sup> Barta P. Litwiński P., Ustawa o ochronie danych osobowych, komentarz, Warszawa 2015, s. 549.

<sup>20</sup> Dane Ministerstwa Sprawiedliwości udostępnione na wniosek P. Barty i P. Litwińskiego na potrzeby wydania komentarza.

Zgłoszenia zbioru do rejestracji należy dokonać przed rozpoczęciem przetwarzania danych, czyli przed pierwszą czynnością, jaką administrator może wykonać na danych, tj. przed pozyskaniem pierwszych danych do zbioru. Czynność sprawcza przestępstwa polega na zaniechaniu zgłoszenia danych osobowych od rejestracji do Generalnego Inspektora Danych Osobowych. Zgodnie z art. 30 RODO, każdy administrator oraz – gdy ma to zastosowanie – przedstawiciel administratora prowadzą rejestr czynności przetwarzania danych osobowych, za które odpowiadają. W rejestrze tym zamieszcza się wszystkie następujące informacje: imię i nazwisko lub nazwę oraz dane kontaktowe administratora oraz wszelkich współadministratorów, a także gdy ma to zastosowanie – przedstawiciela administratora oraz inspektora ochrony danych; cele przetwarzania; opis kategorii osób, których dane dotyczą, oraz kategorii danych osobowych; kategorie odbiorców, którym dane osobowe zostały lub zostaną ujawnione, w tym odbiorców w państwach trzecich lub w organizacjach międzynarodowych; gdy ma to zastosowanie, przekazania danych osobowych do państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, w tym nazwa tego państwa trzeciego lub organizacji międzynarodowej, a w przypadku przekazania, o których mowa w art. 49 ust. 1 Ustawy akapit drugi, dokumentacja odpowiednich zabezpieczeń; jeżeli jest to możliwe, planowane terminy usunięcia poszczególnych kategorii danych; jeżeli jest to możliwe, ogólny opis technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa, o których mowa w art. 32 ust. 1 Ustawy.

Przestępstwo to jest typem umyślnym, ze względu na brak klauzuli nieumyślności, która dla ustanowienia typu czynu nieumyślnego zgodnie z brzmieniem art. 8 KK jest obligatoryjna, podobnie jak wcześniej opisywane przez mnie typy. Można jednak spotkać odmienne poglądy na ten temat, R. Zakrzewski i M. Organiściak<sup>21</sup> uważają, że typ ten może zostać popełniony także nieumyślnie, ale stoi to w sprzeczności z treścią art. 8 KK, który nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Inny problem dotyczy relacji przestępstwa przetwarzania danych osobowych z naruszeniem przepisów ustawy z przestępstwem z art. 53 Ustawy, należy uznać że przestępstwo z art. 53 KK stanowi przetwarzanie danych osobowych niezgodnie z przepisami Ustawy to należy przyjąć pomijalny zbieg przepisów ustawy, ze względu na istnienie stosunku „podrzędności” art. 53 Ustawy w stosunku do art. 51 Ustawy. Stąd czyn taki zawsze powinien być kwalifikowany z art. 53 Ustawy, chyba, że sprawca naruszy jeszcze inne przepisy o Ustawy to wtedy dopuszczalna jest kumulatywna kwalifikacja prawna.

Karą grożącą za przestępstwo grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Sąd może zastosować także środek probacyjny w postaci warunkowego umorzenia postępowania karnego, na podstawie art. 66 KK, oraz warunkowe zawieszenie kary pozbawienia wolności, w oparciu o art. 69 KK, pod warunkiem spełnienia pozostałych warunków przewidzianych przez ustawę.

### **Zaniechanie wypełnienia obowiązku informacyjnego (art. 54 Ustawy)**

Celem tego przepisu jest zapewnienie sankcji karnej na wypadek, zaniechania obowiązku informacyjnego przez administratora danych osobowych. Stąd, przedmiotem ochrony jest prawo konkretnej osoby fizycznej do informacji o metodach i celu przetwarzania danych osobowych. Za czyn opisany w art. 54 Ustawy doszło do 4 skazań w okresie od 2001 do 2014 roku<sup>22</sup>.

Z redakcji przepisu, wynika że jest to przestępstwo indywidualne właściwe. Jego podmiotem może być tylko osoba administrująca zbiorem danych osobowych. Strona przedmiotowa przestępstwa polega na zaniechaniu wypełnienia obowiązków opisanych w ustawie w art. 24 i 25 Ustawy. Z uwagi na uprzednie opracowanie problematyki w poprzednim rozdziale zakres opisu strony podmiotowej zostanie ograniczony do wskazania przepisów Ustawy, których naruszenie będzie prowadziło do odpowiedzialności karnej są to: art. 24, 25 Ustawy. Przepisy te wskazują kiedy z urzędu administrator danych osobowych jest zobowiązany do podania informacji. Odpowiedzialność karna dotyczy także sytuacji, kiedy osoba, której dane są przetwarzane zwraca się o informację w trybie art. 31 Ustawy<sup>23</sup>.

Odwołując się do RODO obowiązek informacyjny został uregulowany w przepisach od art. 13 do art. 18 RODO. Należy zaznaczyć, że rozszerzenie obowiązku informacyjnego musi zostać przeniesione do tekstu polskiej ustawy wraz rozszerzeniem zakresu uprawnień mających podstawę w Rozporządzeniu, bowiem z redakcji przepisu wynika, że obowiązek ten dotyczy praw przyznanych „w niniejszej ustawie”, a nie Rozporządzeniu, czy ogólnie we właściwych przepisach.

Ostatni problem dotyczy określenia momentu aktualizacji obowiązku informacyjnego. Zgodnie z poglądami wyrażonymi przez B. Kurzepę, udzielenie stosownej informacji według art. 25 ust. 1 Ustawy powinno nastąpić bezpośrednio

<sup>21</sup> Organiściak K., Ochrona danych osobowych - przepisy karne, PUG 2002, nr 8, s. 22

<sup>22</sup> Dane Ministerstwa Sprawiedliwości udostępnione na wniosek P. Barty i P. Litwińskiego na potrzeby wydania komentarza.

<sup>23</sup> Barta P., Litwiński P., Op. Cit., s. 552-551.

po utrwaleniu zebranych danych. Określenie "bezpośrednio po" ma charakter nieostry. W komentarzu do art. 25 Ustawy autorzy stwierdzili, pomiędzy tymi zdarzeniami (utrwalenie danych i udzielenie informacji) nie może upłynąć okres dłuższy niż z obiektywnych względów konieczny i zwyczajowo przyjęty. Gdy obowiązek informacyjny ma swoją podstawę we wniosku osoby, której dane dotyczą, wówczas administrator powinien przekazać informacje w terminie 30 dni od daty otrzymania wniosku, co wynika wprost z art. 33 ust. 1 Ustawy<sup>24</sup>.

Strona podmiotowa przestępstwa polega tylko i wyłącznie na umyślności w zamiarze bezpośrednim lub wynikowym. Wniosek taki wynika z braku wyraźnego wskazania, że przestępstwo to może zostać popełnione także nieumyślnie. Brak klauzuli nieumyślności nakazuje przyjęcie domniemania umyślności zgodnie z art. 8 KK.

Kara przewidziana za ten czyn to grzywna, ograniczenie wolności lub pozbawienie wolności do lat 2. Ponadto sąd może warunkowo zawiesić postępowania karne na podstawie art. 66 KK. Także wymierzyć karę ograniczenia wolności obok kary pozbawienia wolności w sekwencji wykonania kar na podstawie art. 37 b KK.

### Utrudnianie czynności kontrolnych

Ostatnim przepisem karnym zawartym w Ustawie, jest art. 54a., kto inspektorowi udaremnia lub utrudnia wykonanie czynności kontrolnej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Typ ten ma chronić przed podejmowaniem czynności, które uniemożliwiają skuteczną ochronę danych poprzez prewencyjną kontrolę. Przepis ten jest analogiczny do art. 225 KK, penalizującego identyczne rodzajowo czynności tylko, że w stosunku do Inspektora Państwowej Inspekcji Pracy (§1) i Państwowego Inspektora Ochrony Środowiska (§2). Czyn obecnie w świetle przepisów RODO jako jedyny z czynów penalizowanych przepisami karnymi nie stanowi przesłanki do nałożenia kary pieniężnej.

Podmiotem tego przestępstwa może być każda osoba fizyczna, niezależnie od tego, czy administruje danymi osobowymi, czy też nie. Za takim stanowiskiem przemawia wykładnia językowa i użycie zaimka „kto”, który nie wskazuje na szczególną cechę indywidualizującą sprawcę przestępstwa w przeciwieństwie do poprzednich typów, w których był oznaczony za pomocą nazw indywidualnych, jak osoba administrująca danymi osobowymi.

Znamiona czynności sprawczej polegają na „utrudnianiu” lub „udaremnianiu”, zostały wyjaśnione w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 marca 2014 r., II AKa 10/14 odnoszącym analogicznie do tego przepisu. Wyrok został wydany w odniesieniu do przestępstwa z art. 225 KK. Okoliczność jednokrotnego niestawiennictwa na wezwanie inspektora pracy nie ma znaczenia dla wypełniania znamion tego przestępstwa, albowiem ilość czynności sprawczych nie jest przedmiotem normowania przepisu art. 225 § 2 k.k. Czynność sprawcza została określona przez odwołanie się do spowodowania określonego skutku, bez sprecyzowania sposobu, w jaki do tego skutku ma dojść, może to być zarówno działanie (np. wprowadzenie w błąd osoby uprawnionej do przeprowadzenia kontroli) albo zaniechanie (np. niewydanie na żądanie osoby uprawnionej stosownej dokumentacji). Rozwiązanie takie oznacza, iż zakresem penalizacji został objęty nawet także tzw. bierny opór<sup>25</sup>. W praktyce realizacja czynności sprawczej może polegać na: nieudostępnieniu dokumentów przez pracownika odpowiadającego za przetwarzanie danych albo przedstawianie fałszywych dokumentów ten drugi czyn należy zakwalifikować w kumulatywnej kwalifikacji prawnej z przestępstwem fałszu materialnego opartego o art. 270 §1 KK w zw. z art. 54 a Ustawy w zw. 11 §2 KK. Możliwe jest także wyobrażenie sobie stanu faktycznego polegającego na fizycznym ataku na funkcjonariusza wtedy, zostaną zrealizowane też znamiona czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego, na podstawie art. 224 kk w zw. 54a Ustawy w zw. z art. 11 §2 KK.

Warto zwrócić uwagę na konsekwencję przyjęcia przez doktrynę i orzecznictwo poglądu, że jest to przestępstwo skutkowe. Zgodnie z art. 2 KK, przestępstwo skutkowe z zaniechania może popełnić tylko osoba, na której ciążył prawny szczególny obowiązek. Taka sytuacja będzie miała miejsce, kiedy osoba administrująca danymi osobowymi nie wyda potrzebnych dokumentów do przeprowadzenia kontroli w ręce Inspektora.

Czyn zabroniony opisany w art. 54 a Ustawy może zostać popełniony tylko i wyłącznie umyślnie z zamiarem bezpośrednim. O zamiarze bezpośrednim przesądza cel, jakim jest udaremnienie lub przeszkodzenie w czynnościach. Stąd czyn polegający na niewpuszczeniu na teren zakładu pracy Inspektora z uwagi na strajk w zamkniętym zakładzie pracy, do którego nie zostają wpuszczani inni ludzie nie stanowi czynu zabronionego opisanego w tym przepisie.

Zagrożenie karne w tym przypadku, to kara grzywny, ograniczenia wolności oraz kara pozbawienia wolności do lat dwóch. Ponadto, sąd może zastosować warunkowe umorzenie postępowania albo warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności do roku.

### Podsumowanie

<sup>24</sup> Kurzępa B., Op. Cit., s. 54.

<sup>25</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 marca 2014 r., II AKa 10/14, LEX nr 1463783.



Podsumowując, ochrona danych osobowych jest na tyle doniosłą materią z perspektywy ochrony życia prywatnego osoby fizycznej i ochrony jej bezpieczeństwa związanego z użyciem w celach mogących wyrządzić szkodę dla jej interesu, ochrona prawno karna jest całkowicie uzasadniona aksjologicznie. Problem polega, jednak na braku efektywności w stosowaniu tych przepisów, czego wyrazem były prezentowane przez mnie statystyki do każdego opisu czynu. Problemy ze stosowaniem przepisów wiążą się często z brakiem inicjatywy organów ścigania i trudnościami dowodowymi, zwłaszcza w zakresie udowodnienia często umyślności i znalezienie osoby odpowiedzialnej za dane naruszenie. Brak realnego stosowania takich przepisów bez wątpienia nie będzie pełnik funkcji ochronnej i oddziaływał prewencyjnie na potencjalnych sprawców przestępstw.

Wejście w życie nowego Rozporządzenia nie spowoduje nałożenia nowych obowiązków na państwa członkowskie w zakresie ustanowienia norm prawa karnego materialnego, takie środki mogą być fakultatywnie stosowane. Z uwagi na ustanowienie wysokich kar finansowych efektywność przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych może ulec poprawie. Jednakże sankcją która będzie wymuszała takie postępowanie będzie dolegliwa kara finansowa, a nie kara kryminalna. Obecne regulacje odsyłające do innych przepisów należy uznać za właściwe ze względu na „ekonomikę legislacyjną” i ograniczenie tworzenia zbyt kazuistycznych przepisów. Możliwe jest formułowanie postulatów de lege ferenda pod adresem prawodawcy w zakresie zwiększenia dolegliwości w przypadku naruszenia niektórych przepisów Rozporządzenia.

\*\*\*

#### Wether there is need of protection of personal data by criminal law

The paper discusses the impact of the Entering Regulation (EU) 2016/679 OF the European Parliament on Polish criminal law. Firstly, author consideres if regulations of current Polish criminal law concerning the protection of personal data are neccesery and if their enforcement is effective. The second part of the paper is devoted to analisis of each criminal provision in the polish personal data protection act, stressing the main legal problems concerning their application.

**Keywords:** criminal law, personal date, EU Regulation, effectivennes

Magdalena Zglińska

## EWOLUCJA KARY OGRANICZENIA WOLNOŚCI

## 1. Wstęp

Kara ograniczenia wolności jest karą o długiej historii. Istnieje ona w polskim ustawodawstwie od wieków. Jej genezy można dopatrywać już w XVI wieku. Przez ten czas, do dnia dzisiejszego, była ona nowelizowana mnóstwo razy. Z każdą nowelizacją ustawodawca „ulepszał” karę ograniczenia wolności. To pokazuje jak bardzo kara oparta na pracy społecznie użytecznej jest potrzebna w polskim ustawodawstwie. Stanowi ona realną alternatywę dla majątkowej kary grzywny oraz krótkoterminowej kary pozbawienia wolności. Ma niesłychanie ważną cechę, która wyróżnia ją wśród innych kar – jest to kara wychowawcza. Dlatego kara ograniczenia wolności jest obecna w polskim systemie prawnym od lat, choć wielokrotnie była zmieniana jej treść i forma.

## 2. Geneza kary ograniczenia wolności

Kara ograniczenia wolności, w swojej obecnej nazwie pojawiła się w polskim systemie karnym po raz pierwszy dopiero w Kodeksie Karnym z 1969 roku<sup>1</sup>. Nie oznacza to jednak, iż kara ta nie była znana we wcześniejszych porządkach prawnych. Jej genezy można dopatrywać już w XVI wieku, kiedy to sprawców czynów bezprawnych, najczęściej poddanych, zbiegłych czy wałęsających się chłopów, kierowano do pracy przymusowej, polegającej na robotach przy szańcach lub rowach w mieście bądź na wsi<sup>2</sup>. Można stwierdzić, iż była to swego rodzaju praca na cele społeczne - wykonywana przez nieposłusznych chłopów wykorzystywana była dla celów publicznych. Kara w postaci budowania dróg, mostów czy innych budynków przyczyniała się wprost dla dobra wspólnego wszystkich mieszkańców danej społeczności lokalnej.

Przedstawiciele doktryny<sup>3</sup>, zajmujący się tematyką kary ograniczenia wolności, uważają, iż kara ta została przejęta z ustawodawstwa radzieckiego i funkcjonującej tam ówczesnie kary pracy poprawczej. Kara ta od chwili powstania kładła ogromny nacisk na zmianę dotychczasowej polityki kryminalnej poprzez zastępowanie krótkoterminowej kary pozbawienia wolności środkami wolnościowymi. Ponadto kara pracy poprawczej, jak wskazuje na to sama jej nazwa, miała wywierać wychowawcze oddziaływanie na sprawców<sup>4</sup>. Stanowiła ona substytut dla kary pozbawienia wolności, szczególnie krótkoterminowej, która okazała się wysoce nieskuteczna<sup>5</sup>. Warto wspomnieć, iż za drugie źródło kary ograniczenia wolności, obok pracy poprawczej, niekiedy uważa się dawną karę aresztu domowego wprowadzoną po raz pierwszy do ustawodawstwa polskiego przez Kodeks Karzący Królestwa Polskiego z 1818 roku. Areszt domowy był niejako środkiem zastępczym dla kary aresztu policyjnego i pozwalał na jej odbycie w domu<sup>6</sup>. Jednakże co do tego poglądu istnieje spór w doktrynie, szczególnie między Jerzym Śliwowskim, uważającym areszt domowy za formę ograniczenia wolności, a Janem Skupińskim uznającym, że niedopuszczalne jest łączenie kar różnorodnych<sup>7</sup>. Podniesiono w związku z tym, iż areszt domowy był karą w połowie izolacyjną, nie opierał się na obowiązku wykonywania pracy, a jedynie ograniczał wolność człowieka i jego swobodę, podczas gdy kara ograniczenia wolności w swej istocie i kształcie przyjętym w polskim porządku prawnym opiera się w znacznym stopniu na obowiązku wykonywania pracy. Stwierdzić zatem można, iż owe spory zależą od punktu spojrzenia właśnie na istotę kary ograniczenia wolności jako całości, której dolegliwość polega przecież na świadczeniu pracy, bądź jej poszczególnych istotnych, elementach, takich jak ograniczenie wolności, polegające na zakazie opuszczania miejsca stałego pobytu (obecny art. 34 § 2 pkt 1 kk). Inaczej sytuacja wyglądała jeżeli chodziło o areszt domowy wprowadzony przez Kodeks Karny z 1932 roku<sup>8</sup>. Była to szczególna forma samoistnej kary więzienia

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks Karny, (Dz.U. 1969 nr 13 poz. 94).

<sup>2</sup> M. Szewczyk, *Kara ograniczenia wolności*, [w:] A. Marek, M. Malezeni (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6 Kary i środki karne poddanie sprawcy próbie*, Warszawa 2010, s. 235.

<sup>3</sup> R. Giętkowski, *Kara ograniczenia wolności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2007, s.15, A. Ornowska, *Kara ograniczenia wolności w świetle nowelizacji kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego*, Opole 2013, s. 49, J. Śliwowski, *Kara ograniczenia wolności. Studium penalistyczne*, Warszawa 1973, s. 10, M. Szewczyk, *Kara ograniczenia...*,s.236, A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s.257.

<sup>4</sup> R. Giętkowski, *Kara ograniczenia wolności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2007, s.16.

<sup>5</sup> J. Śliwowski, *Kara ograniczenia wolności. Studium penalistyczne*, Warszawa 1973, s. 8.

<sup>6</sup> J. Śliwowski, *Kara...*, s. 11-12.

<sup>7</sup> A. Ornowska, *Kara ograniczenia wolności w świetle nowelizacji kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego*, Opole 2013, s. 50.

<sup>8</sup> Rozporządzenie Prezydenta RP z 11 lipca 1932 roku – Kodeks karny (Dz.U. 1932, nr 60 poz. 571).

bądź aresztu, której szczególnie ważnym elementem był obowiązek wykonywania pracy<sup>9</sup>. Art. 39 Kodeksu Karnego z 1932 roku wskazywał, że więzień miał obowiązek pracy według wskazań zakładu karnego, natomiast art. 40 odnosił się analogicznie do aresztanta, z tą tylko różnicą, iż - w przeciwieństwie do więźnia - miał on prawo wyboru pracy. Jeżeli wybrana praca naruszała jednak wewnętrzny porządek zakładu bądź gdy aresztant nie chciał podjąć żadnej pracy, wówczas to zarząd zakładu wyznaczał odpowiednią dla niego pracę. Ta forma bardziej przypominała w swej postaci istotę kary ograniczenia wolności ukształtowaną współcześnie.

### 3. Kara sądowa i kara pracy poprawczej jako pierwowzór kary ograniczenia wolności

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż różne są koncepcje dotyczące genezy kary ograniczenia wolności. Nie budzi jednak w doktrynie sporu, że kara ta w znaczeniu jakie dziś jej przypisujemy<sup>10</sup>, pojawiła się po raz pierwszy w polskim ustawodawstwie w latach 1950-1951 jako, wcześniej wspomniana, kara pracy poprawczej, recypowana z ustawodawstwa radzieckiego zarówno do systemu polskiego jak i wielu innych systemów państw socjalistycznych<sup>11</sup>. Funkcjonowała z początku pod nazwą kary sądowej, następnie pod właściwą już nazwą – kary pracy poprawczej. Kara sądowa została wprowadzona w Polsce ustawą o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy z dnia 19 kwietnia 1950 roku<sup>12</sup>. Art. 7 tejże ustawy przewidywał, obok kar porządkowych (art. 5), karę sądową orzeczaną w przypadkach złośliwego i uporczywego naruszania dyscypliny pracy, w razie opuszczenia bez usprawiedliwienia i mimo kar porządkowych w ciągu roku czterech lub więcej dni pracy albo opuszczenia jednorazowo bez usprawiedliwienia czterech lub więcej dni pracy. Polegała ona na obowiązku pozostawania przez określony czas przy pracy dotychczas wykonywanej, z jednoczesnym potrąceniem od 10 do 25% wynagrodzenia<sup>13</sup>. Kara sądowa mogła być wymierzana na krótki okres czasu, bowiem tylko do 3 miesięcy. Okres ten związany był ze specyfiką przewinień, za jakie kara ta była orzekana. Mianowicie jej głównym celem było zabezpieczenie prawidłowości wykonywania obowiązków pracowniczych<sup>14</sup>, jak również wzbudzenie poczucia obowiązku świadczenia pracy „sumiennie i z zapałem dla wzmocnienia sił ludowej Ojczyzny”<sup>15</sup>. Kara sądowa mimo swego krótkiego obowiązywania, uchylono ją bowiem w 1956 roku<sup>16</sup>, jak i celu jej orzekania, który był bezpośrednio związany z ówczesnymi warunkami ustrojowymi, stanowiła pierwowzór dla późniejszej kary ograniczenia wolności. Zdecydowanie większe znaczenie miała, wprowadzona ustawą o orzecznictwie karno-administracyjnym z dnia 15 grudnia 1951 roku<sup>17</sup>, kara pracy poprawczej. Była ona znacznie bardziej rozbudowaną wersją kary sądowej, dającą bez porównania większy arsenał możliwości jej stosowania. Kara pracy poprawczej miała stanowić karę podstawową, o czym świadczy całkowite wyeliminowanie izolacyjnej kary aresztu, a pozostawienie w katalogu kar zasadniczych tylko kary grzywny oraz kary pracy poprawczej. Kara ta, w odniesieniu do osoby pracującej, polegała na obowiązku pozostawania w miejscu stałego zatrudnienia i potrącaniu 20% wynagrodzenia za rzecz Państwa. Osoby dotychczas nie pracujące mogły natomiast zostać skierowane do odpowiedniego zakładu pracy przez prezydium rady narodowej<sup>18</sup>. Art. 8 powołanej ustawy stanowił, iż kara pracy poprawczej mogła trwać najkrócej 1 dzień, najdłużej zaś 3 miesiące. Kara ta eksponowała przede wszystkim aspekty wychowawcze oraz ekonomiczne, miała działać z korzyścią i pożytkiem dla społeczeństwa. W praktyce okazała się jednak fiaskiem, a stawiane jej cele nie zostały osiągnięte. Pokładane w niej nadzieje okazały się płonne, głównie z uwagi na napotkane trudności w sferze wykonawstwa. Rezygnacja z aresztu spowodowała, iż organ orzekający niejako był „zmuszony” orzekać albo karę grzywny albo karę pracy poprawczej. Dodatkowo w sytuacji gdy kara grzywny okazała się nieściągalna, przewodniczący kolegium zamieniał ją na karę pracy poprawczej. To z kolei spowodowało, iż na rynku zaczęło brakować miejsc pracy w zakładach. Z tego też względu niejednokrotnie kara ta nie była w ogóle wprowadzona do wykonania<sup>19</sup>. Te wielorakie problemy, świadczące o ewidentnej nieskuteczności kary pracy poprawczej, doprowadziły do rezygnacji z niej i całkowitego usunięcia z polskiego systemu kar<sup>20</sup>. Dodać należy, iż karę pracy poprawczej

<sup>9</sup> Elżbieta Żywucka-Kozłowska, Renata Włodarczyk, *Kara ograniczenia wolności po zmianach ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego: alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 144.

<sup>10</sup> A. Ornowska, *Kara ograniczenia wolności...*, s. 51.

<sup>11</sup> M. Szewczyk, *Kara ograniczenia wolności*, [w:] A. Marek, M. Malezeni (red.), *System Prawa Karnego...*, Warszawa 2010, s. 236.

<sup>12</sup> Ustawa o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy z dnia 19 kwietnia 1950 roku (Dz.U. 1950 nr 20 poz. 168).

<sup>13</sup> J. Śliwowski, *Kara...*, s. 14.

<sup>14</sup> A. Ornowska, *Kara ograniczenia...*, s. 52.

<sup>15</sup> Preambuła do ustawy o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy z dnia 19 kwietnia 1950 roku (Dz.U. 1950 nr 20 poz. 168).

<sup>16</sup> Karę sądową uchylono na podstawie ustawy z dnia 10 września 1956 r. w sprawie uchylecia przepisów o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy (Dz.U. 1956 nr 41 poz. 187).

<sup>17</sup> Ustawa o orzecznictwie karno-administracyjnym z dnia 15 grudnia 1951 r. (Dz.U. 1951 nr 66 poz. 454).

<sup>18</sup> J. Śliwowski, *Kara...*, s. 15.

<sup>19</sup> A. Ornowska, *Kara ograniczenia...*, s. 56-57.

<sup>20</sup> Karę pracy poprawczej uchylono na podstawie ustawy z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym (Dz.U. 1958 nr 77 poz. 396).

przewidywały tylko trzy pierwsze projekty nowego Kodeksu Karnego z roku 1951, 1954-1955 i 1956<sup>21</sup>. Kolejne projekty z roku 1959 i 1963, a więc już po oczywistej klęsce idei kary pracy poprawczej i jej wyeliminowaniu z porządku prawnego, nie wspominały o tego rodzaju sankcji. Było to związane z ogólną krytyką omawianej kary. Pojawiły się liczne głosy, że jeżeli ma to być praca wykonywana w dotychczasowym zakładzie pracy skazanego to zmienia się ona w grzywnę rozłożoną na raty, natomiast wykonywanie jej poza zakładem pracy skazanego natrafiałoby na zbyt wielkie trudności praktyczne<sup>22</sup>. Jednak wykluczenie kary związanej z pracą nie rozwiązało problemów ówczesnej polityki karnej, nadal bowiem dostrzegano potrzebę wprowadzenia instrumentu, który można by usytuować pomiędzy majątkową karą grzywny a izolacyjną karą pozbawienia wolności. Toteż, niespełna 10 lat od niepowodzenia związanego z wprowadzeniem kary pracy poprawczej, powrócono do pomysłu jej wykorzystania w zmienionych warunkach i przy zapewnieniu sprawniejszego mechanizmu jej wykonywania. Niewątpliwie był to bowiem najślabszy aspekt związany z karą pracy poprawczej, prowadzący w głównej mierze do jej negatywnej oceny. Przedstawione poglądy zostały zmaterializowane w projekcie nowego kodeksu karnego z roku 1966, który stał się podstawą ostatecznej redakcji projektu z 1968 roku. Ten z kolei został przedstawiony Sejmowi i uchwalony, po dokonaniu pewnych zmian, w dniu 19 kwietnia 1969 roku jako Kodeks Karny Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej<sup>23</sup>.

#### 4. Kara ograniczenia wolności w Kodeksie Karnym z 1969 roku

Kodeks karny z 1969 roku wprowadza po raz pierwszy w polskim systemie prawnym nazwę kary funkcjonującą do dnia dzisiejszego – karę ograniczenia wolności.

Zgodnie z art. 34 kodeksu karnego z 1969 roku<sup>24</sup> kara ograniczenia wolności mogła przybrać trojaki postać:

- wykonywania przez skazanego nieodpłatnej dozorowanej pracy na cele publiczne w odpowiednim społecznie zakładzie pracy lub instytucji użyteczności publicznej w wymiarze od 20 do 50 godzin w stosunku miesięcznym,
- w stosunku do osoby zatrudnionej w społecznie zakładzie pracy sąd zamiast obowiązku pracy mógł orzec potrącenie od 10 do 25% wynagrodzenia za pracę na rzecz Skarbu Państwa albo na cel społeczny wskazany przez siebie, przy czym w okresie odbywania kary skazany nie mógł bez zgody sądu rozwiązać stosunku pracy, ani też nie mógł awansować na wyższe stanowisko,
- w stosunku do osoby nie zatrudnionej sąd zamiast obowiązku pracy, jeżeli przemawiały za tym względy wychowawcze, mógł skierować skazanego do odpowiedniego społecznie zakładu pracy w celu wykonywania tam pracy z zastosowaniem rygorów, opisanego wyżej, potrącenia, z tym, że mogło być ono orzeczone na rzecz tego zakładu na potrzeby związane z wykonywaniem kary albo na cel społeczny wskazany przez sąd.

Art. 33 kodeksu przewidywał również zasadniczą zmianę jeśli chodzi o okres trwania kary. Mogła być ona orzeczona najkrócej na 3 miesiące, a najdłużej na 2 lata. Co ważne, na karę ograniczenia wolności składał się szereg elementów związanych z ograniczeniem swobody skazanego. I tak, skazany nie mógł przede wszystkim w okresie kary zmienić miejsca stałego pobytu, był zobowiązany do odbywania pracy wskazanej przez sąd (z możliwością określenia wariantów wskazanych powyżej), był pozbawiony prawa sprawowania funkcji w organizacjach społecznych. Ciążył na nim ponadto obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących odbywania kary. Sąd dysponował dodatkowo dwoma fakultatywnymi środkami, które mógł wymierzyć obok kary ograniczenia wolności, a mianowicie – zobowiązać skazanego do naprawienia w całości lub w części szkody wyrządzonej przestępstwem oraz do przeproszenia pokrzywdzonego. Taka koncepcja kary ograniczenia wolności budziła niekiedy wątpliwości co do jej zgodności z art. 14 pkt 1 Konstytucji PRL z 1952 roku<sup>25</sup>, który stanowił, że praca jest „prawem, obowiązkiem i sprawą honoru każdego obywatela”. Zatem traktowanie pracy jako kary mogłoby uchodzić za niezgodne z takimi założeniami. Hipoteza taka nie jest jednak trafna, gdyż na karę ograniczenia wolności składa się szereg istotnych ograniczeń, które dopiero w połączeniu z pracą przymusową tworzą pełną dolegliwość właściwą dla tej sankcji<sup>26</sup>. Niemniej jednak efektywność kary ograniczenia wolności w dalszym ciągu pozostawiała wiele do życzenia. Kodeks karny z 1969 roku nie stwarzał niestety zbyt szerokich ram jej stosowania – w części szczególnej przewidywał ją w odniesieniu do zaledwie 46 występów i to w zasadzie zawsze alternatywnie z karą grzywny i karą pozbawienia wolności do 1 roku lub 2 lat<sup>27</sup>. Fakt ten stanowił jeden z powodów jej rzadkiego stosowania. Innym powodem była zapewne wieloletnia, utarta praktyka sądów do stosowania „bezpiecznych” znanych już wcześniej kar, zwłaszcza, że z nową wiązało się stosunkowo skomplikowane, problematyczne w swych rozwiązaniach wykonawstwo. Ponadto również zakłady pracy, do których mieli być kierowani skazani, nie były zbyt entuzjastycznie

<sup>21</sup> R. Giętkowski, *Kara ograniczenia...*, s. 17.

<sup>22</sup> M. Szerer, *Po wstępnych pracach nad kodeksem karnym*, Nowe Prawo 1957, nr 7-8, s. 96.

<sup>23</sup> J. Śliwowski, *Kara ograniczenia...*, s. 21-23.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku – Kodeks karny (Dz.U. 1969 nr 13 poz. 94).

<sup>25</sup> Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 roku (Dz.U. 1952 nr 33 poz. 232).

<sup>26</sup> I. Andrejew, *Polskie prawo karnego w zarysie*, Warszawa 1989, s. 277.

<sup>27</sup> R. Giętkowski, *Kara ograniczenia...*, s. 21.

do tego nastawione<sup>28</sup>. Reasumując, kara ograniczenia wolności w kodeksie karnym z 1969 nie do końca zdała egzamin, ale wciąż charakteryzowała się swoimi wolnościowymi i wychowawczymi walorami, dlatego wprowadzona została również do kodeksu karnego z 1997 roku, tyle, że po gruntownych zmianach.

### 5. Kara ograniczenia wolności w Kodeksie Karnym z 1997 roku

Kodeks karny z 1997 roku<sup>29</sup>, obowiązujący do dnia dzisiejszego, radykalnie przeobraził treść kary ograniczenia wolności występującej w kodeksie karnym z 1969 roku. Zmiany te podyktowane były przede wszystkim funkcją jaką ma ona spełniać, a mianowicie – środka alternatywnego dla krótkoterminowej kary pozbawienia wolności oraz dla niedopuszczalnej lub niecelowej grzywny. W zamiarze ustawodawcy nowe uregulowania miały zbliżyć karę ograniczenia wolności do funkcjonującej w państwach zachodnich kary pracy społecznie użytecznej, recypowanej z angielskiego pierwowzoru *community service*<sup>30</sup>. Jedną z najistotniejszych zmian jest zredukowanie wcześniejszych możliwych trzech form kary ograniczenia wolności do dwóch:

- obowiązku wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne wskazanej przez sąd w odpowiednim zakładzie pracy, placówce służby zdrowia, opieki społecznej, organizacji lub instytucji niosącej pomoc charytatywną lub na rzecz społeczności lokalnej, w wymiarze od 20 do 40 godzin w stosunku miesięcznym, albo
- w odniesieniu do osoby zatrudnionej – potrącenia od 10 do 25% wynagrodzenia za pracę na rzecz Skarbu Państwa albo na cel społeczny wskazany przez sąd, z tym rygorem, iż skazany w okresie kary nie może bez zgody sądu rozwiązać stosunku pracy.

Nie bez znaczenia jest zmiana sformułowania „dozorowana” na „kontrolowana”. Różnica w tym wypadku jest zasadnicza – dozorowanie polega bowiem na „pilnowaniu i doглядaniu kogoś lub czegoś” natomiast kontrola rozumiana jest jako „porównywanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym”<sup>31</sup>. Art. 34 i 35 kodeksu karnego z 1997 wprowadził zmiany nie tylko jeśli chodzi o jej formy, ale także w zakresie wymiaru godzin pracy (z wcześniejszej regulacji 20-50 godzin w stosunku miesięcznym na 20-40 godzin), a także w kwestii okresu trwania kary ograniczenia wolności. Pierwotne brzmienie art. 34 § 1 kk z 1997 roku wskazywało wszak, iż jeżeli ustawa nie stanowi inaczej trwa ona najkrócej miesiąc, a najdłużej 12 miesięcy. Wyeliminowany został także zakaz sprawowania funkcji w organizacjach społecznych, zaś reszta elementów ograniczenia wolności, tj. zakaz zmiany miejsca stałego pobytu czy obowiązek udzielania wyjaśnień – pozostały bez zmian. *Novum* natomiast bez wątpienia stanowi możliwość orzeczenia środków probacyjnych, do których należy:

- obowiązek przeproszenia pokrzywdzonego,
- wykonywane ciężące na skazanym obowiązku łożenia na utrzymanie innej osoby,
- obowiązek powstrzymywania się od nadużywania alkoholu lub używania innych środków odurzających,
- obowiązek naprawienia szkody w całości lub w części,
- nałożenie świadczenia pieniężnego.

Kolejne nowe rozwiązanie zawarto w art. 36 kodeksu, który stanowił, iż sąd wymierzając karę ograniczenia wolności może oddać skazanego pod dozór kuratora lub osoby godnej zaufania, stowarzyszenia, instytucji albo organizacji społecznej, do której działalności należy troska o wychowanie, zapobieganie demoralizacji lub pomoc skazanym. W pierwotnym brzmieniu Kodeksu Karnego z 1997 roku to sąd był zobligowany do wyznaczenia miejsca, czasu, rodzaju lub sposobu wykonywania obowiązku pracy. Zmieniło się to wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku<sup>32</sup>, która zmieniała m.in. kodeks karny, w tym regulację dotyczącą kary ograniczenia wolności. Nowela ta zmodyfikowała model wykonywania kary ograniczenia wolności. Po pierwsze, to kurator sądowy stał się w znacznej mierze organem sprawującym nadzór nad wykonaniem kary. Przejął kompetencje sądu jeśli chodzi o określenie miejsca, rodzaju i terminu rozpoczęcia pracy w przypadku orzeczenia kary ograniczenia wolności polegającej na wykonywaniu nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne. Po drugie, w odniesieniu do potrąceń został zmieniony cel – od tej chwili mogły być one dokonywane tylko na cele społeczne wskazane przez sąd, nie zaś już na rzecz Skarbu Państwa. W związku z przejściem zadań związanych z wykonawstwem przez kuratora sądowego, zniesiono również możliwość oddawania skazanego

<sup>28</sup> M. Szewczyk, *Kara ograniczenia wolności*, [w:] A. Marek, M. Malezeni (red.), *System Prawa Karnego...*, Warszawa 2010, s. 239.

<sup>29</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553).

<sup>30</sup> M. Soboń, *Kara ograniczenia wolności i problemy związane z wykonywaniem obowiązku nieodpłatnej kontrolowanej pracy*, *Studia Prawnoustrojowe* nr 10, s.176 [za:] E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 854-855.

<sup>31</sup> E. Żywucka-Kozłowska, R. Włodarczyk, *Kara ograniczenia wolności po zmianach ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość i polskiego prawa karnego...*, Olsztyn 2015, s. 146, [za:] L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2008, s. 157.

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2009 nr 206 poz. 1589).

na tę karę pod dozór. Rozszerzona została także możliwość orzeczenia środków probacyjnych na wszystkie obowiązki wymienione w art. 72 kodeksu karnego<sup>33</sup>. Można zatem stwierdzić, iż kara ograniczenia wolności ewoluowała.

## 6. Kara ograniczenia wolności po 1 lipca 2015 roku oraz 15 kwietnia 2016 roku

Przedstawiony powyżej model orzekania i wykonywania kary ograniczenia wolności obowiązywał do 30 czerwca 2015 roku. 1 lipca 2015 roku weszła bowiem w życie ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku<sup>34</sup>, która zmieniła szereg uregulowań w omawianej kwestii. Niestety, zmiany dokonane ustawą lutową z 2015 roku w przeważającej mierze można dziś przedstawić i ocenić już tylko z perspektywy historycznej. Kolejne nowelizacje kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego dokonane na podstawie ustaw z 11 marca 2016 roku<sup>35</sup> stanowiły odwrót od wręcz rewolucyjnych zmian w tej materii. Jednak z uwagi na fakt, iż była to największa nowelizacja dotyczących kary ograniczenia wolności, wymaga ona omówienia. Zakres zmian dokonanych ustawą lutową z 2015 roku i ich doniosłość wymaga skrótowego choćby sięgnięcia do uzasadnienia projektu tej ustawy. Wskazuje ono w pierwszej kolejności na wadliwą strukturę orzekanych kar przez sądy w relacji do poziomu i charakterystyki przestępczości. Rozwijając postawioną tezę, projektodawca przedstawił dane statystyczne jednoznacznie wskazujące na nadużywanie w praktyce sądowej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby. Według powołanych danych wyroki z takim rozstrzygnięciem o karze stanowiły ponad 60% konkluzji procesowych<sup>36</sup>. W założeniu ustawa lutowa z 2015 roku miała odwrócić tę niekorzystną i nieefektywną tendencję poprzez wprowadzenie nowych rozwiązań odnoszących się zarówno do treści, jak i funkcji kary ograniczenia wolności<sup>37</sup>. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy, projektowane zmiany art. 34 i 35 kk miały na celu zintensyfikowanie dolegliwości związanych z karą ograniczenia wolności oraz redukcję atrakcyjności reżimu probacyjnego związanego z orzekaniem kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Co niezmiernie istotne, kara ograniczenia wolności miała się stać, obok kary grzywny, podstawową karą orzecaną za występki, których społeczna szkodliwość nie jest szczególnie wysoka. Ustawodawca baczył przy tym, aby kara ograniczenia wolności, stając się rzeczywistą alternatywą dla krótkoterminowej kary pozbawienia wolności, nie była odbierana jako element liberalizacji represji wobec sprawców średnich przestępstw<sup>38</sup>. Temu też służyło jej rozbudowanie o nowe warianty i wydłużenie okresu, na jaki mogła być orzekana. Zgodnie z tym należy wskazać, iż w myśl ustawy lutowej z 2015 roku wprowadzono wariant polegający na obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego (art. 34 § 1a pkt 2 kk) oraz wariant polegający na obowiązku, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt 4-7a kk (art. 34 § 1a pkt 3 kk). W drugim ze wskazanych wariantów ustawodawca wprost odwołał się do obowiązków o charakterze probacyjnym stanowiących dotychczas element wyroku, w którym orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Na podstawie powołanej ustawy ustawodawca uczynił je (choć nie wszystkie z katalogu zawartego w art. 72 kk) składnikami kary ograniczenia wolności. Miało to swoje doniosłe konsekwencje na gruncie wykonawstwa, gdzie zgodnie z treścią znowelizowanego art. 65 § 1 kkw uchylanie się od odbycia kary ograniczenia wolności (a zatem również we wskazanym wariantcie) skutkowało obligatoryjnym zarządzeniem wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności. Z punktu widzenia istoty kary ograniczenia wolności oraz jej dolegliwości niewątpliwie większą nadzieję pokładano w wariantcie z zastosowaniem dozoru elektronicznego. Dodać trzeba, iż rozwiązaniu temu towarzyszyło odejście od możliwości odbycia w tym systemie kary pozbawienia wolności. Niewątpliwie przyjęte rozwiązanie na gruncie kary ograniczenia wolności zwiększało jej dolegliwość, a tym samym zabezpieczało przed zarzutami liberalizacji karania. O dolegliwości kary ograniczenia wolności w przyjętym wariantcie świadczyły szczegółowe rozwiązania przyjęte w art. 35 § 3 kk w brzmieniu przyjętym ustawą lutową z 2015 roku. Według powołanego przepisu sąd określał czas wykonywania obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu uwzględniając warunki pracy skazanego oraz wymiar innych nałożonych obowiązków, przy czym nie mógł być on dłuższy niż 12 miesięcy oraz dłuższy niż 70 godzin w stosunku tygodniowym i 12 godzin w stosunku dziennym. Przedstawione wskazania czasowe pozwalały na elastyczne dostosowanie wymiaru kary w tym wariantcie do pozostałych obowiązków skazanego wynikających z wyroku skazującego, umożliwiając zarazem praktycznie ciągłą i skuteczną jego kontrolę. Obowiązek pozostawania w miejscu pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego istotnie ograniczał wolność skazanego, wykluczając np. jego

<sup>33</sup> J. Lachowski, *Kilka uwag o nowym modelu kary ograniczenia wolności na gruncie kodeksu karnego z 1997 roku*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Tom I. Księga jubileuszowa profesora Mariana Filara*, Toruń 2012, s. 224-225.

<sup>34</sup> Ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 poz. 396).

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. 2016, poz. 428), Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 437).

<sup>36</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks Karny oraz innych ustaw z dnia 20 lutego 2015 roku (Druk nr 2393), s. 2.

<sup>37</sup> A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 32*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 278.

<sup>38</sup> A. Zoll, *Wstęp (Nowelizacja Kodeksu karnego z 1997 r.)*, *Kwartalnik KSiP Zeszyt specjalny* 2014, nr 13, 7-8.

obecność w wyznaczonym czasie w środowiskach kryminogennych. Jak już wskazano, przyjęte rozwiązanie limitowało okres kary w tym wariantcie do 12 miesięcy. Było to rozwiązanie odmienne od ogólnie przyjętego ustawą lutową z 2015 roku, na gruncie której wydłużono maksymalny okres, na który można było orzec karę ograniczenia wolności do 2 lat. Rozwiązanie to stanowiło element zwiększający dolegliwość kary ograniczenia wolności, co miało w założeniu ustawodawcy skłonić do częstszego sięgania po ten rodzaj kary w przypadku występów o średniej społecznej szkodliwości. Istotnym novum wpływającym na dolegliwość kary ograniczenia wolności było przyjęcie rozwiązania zawartego w art. 34 § 1b kk, według którego obowiązki i potrącenie, o których mowa w § 1a, orzeka się łącznie lub osobno. Tym samym umożliwiono „kumulowanie” wariantów kary ograniczenia wolności w jednym orzeczeniu, co ze względu na dotychczasowe brzmienie art. 35 § 2 kk było wykluczone. Cztery formy kary ograniczenia wolności zostały ponadto uzupełnione o możliwość orzeczenia świadczenia pieniężnego wymienionego w art. 39 pkt 7 kk lub obowiązków, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 2 i 3 kk (art. 34 § 3 kk). Zmiany na gruncie kodeksu karnego pociągnęły zarazem konieczność nowych rozwiązań również na gruncie kodeksu karnego wykonawczego. W znacznej mierze miały one zatem charakter dostosowawczy. Stąd też na nowo uregulowano kwestię celów kary ograniczenia wolności (art. 53 § 2 kkw), poszerzono katalog podmiotów, w których można wykonywać pracę na cele społeczne (art. 56 § 4 kkw), dodano przepisy dotyczące momentu rozpoczęcia odbywania kary (art. 57a kkw), zmieniono regulacje dotyczące modyfikacji kary na gruncie postępowania wykonawczego (art. 61 kkw), czy zarządzenia kary zastępczej (art. 65 kkw). Ustawodawca powrócił także do zarzuconej wcześniej<sup>39</sup> instytucji wstrzymania wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 65a kkw). Instrumentem służącym uelastycznieniu kary ograniczenia wolności na etapie wykonawstwa było wprowadzenie możliwości rozliczenia godzin pracy na cele społeczne w okresach innych niż miesięczne (dodany art. 63b kkw). Ustawa lutowa z 2015 roku uregulowała na nowo cały kompleks zagadnień związanych z systemem dozoru elektronicznego, a zatem również dotyczących kary ograniczenia wolności orzeczonej z zastosowaniem tego systemu (rozdział VIIa KK).

Jak już zasygnalizowano, rozwiązania przyjęte ustawą lutową z 2015 r., którą projektodawca niebezzasadnie określił jako największą nowelizację przepisów materialnych prawa karnego od czasów uchwalenia kodeksu karnego w 1997 roku<sup>40</sup>, zostały w znacznej mierze przekreślone w drodze kolejnych zmian dokonanych na mocy ustaw z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy i o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Wspomnieć w tym miejscu trzeba przede wszystkim o rezygnacji z wariantów kary ograniczenia wolności określonych w art. 34 § 1a pkt 2 i 3 kk, tj. wariantu z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego oraz wariantu polegającego na obowiązku, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt 4-7a kk. Ustawodawca powrócił przy tym do wcześniej obowiązującej regulacji, w której system dozoru elektronicznego stanowił formę odbywania kary pozbawienia wolności. Towarzysząca temu argumentacja o diametralnym spadku liczby osób objętych tym systemem absolutnie nie przekonuje. Warto w związku z tym podkreślić, iż rozwiązanie przyjęte ustawą lutową obowiązywało zaledwie 9 miesięcy. Jest to okres zbyt krótki by wyciągać tak daleko idące wnioski i rezygnować z rozwiązania, które stwarzało szansę na rzeczywistą zmianę polityki karania w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości. Na problem ten zwrócił uwagę Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w swych opiniach do projektu ustaw z dnia 17 lutego 2016 roku (Druk sejmowy nr 218) oraz z dnia 29 lutego 2016 roku (Druk sejmowy nr 207). Stanowisko to nie zostało uwzględnione, co w praktyce w znacznej mierze oznaczało powrót do stanu prawnego sprzed nowelizacji przeprowadzonej ustawą lutową w 2015 roku.

## 7. Podsumowanie

Kara ograniczenia wolności jest obecna w polskim ustawodawstwie od lat. Mimo licznych nowelizacji i zmian jest karą bardzo pożądaną w katalogu kar. Największa i najbardziej radykalna zmiana w zakresie kary ograniczenia wolności została dokonana nowelizacją wchodzącą w życie 1 lipca 2015 roku. Wówczas kara ograniczenia wolności przeżywała swój renesans. Dodanie nowych wariantów kary oraz zdecydowane rozszerzenie możliwości jej orzekania sprawiły, iż kara ograniczenia wolności miała ogromny potencjał i stanowiła realną alternatywę zarówno dla grzywny jak i krótkoterminowej kary pozbawienia wolności, również tej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Niestety kolejna nowelizacja wchodząca w życie 15 kwietnia 2016 roku cofnęła prawie wszystkie zmiany. Niemniej jednak kara ograniczenia wolności nadal jest karą niezwykle atrakcyjną i potrzebną w polskim systemie prawnym, dlatego sądy powinny sięgać po nią zdecydowanie częściej.

\*\*\*

<sup>39</sup> Por. pierwotne brzmienie art. 65§5 ustawy kodeks karny wykonawczy z dnia 6 czerwca 1997 roku (Dz.U. 1997 nr 90, poz. 557), zniesiony przez art. 1 ust. 30 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011 nr 240, poz. 1431).

<sup>40</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks Karny oraz innych ustaw z dnia 20 lutego 2015 roku (Druk nr 2393), s. 1.

### The evolution of the penalty of restriction of liberty

The article presents the evolution of the penalty of restriction of liberty. This penalty has a long history. Its origins should be sought in the sixteenth century. While amendments to legal acts penalty of restriction of liberty has been amended several times. The biggest change has been made by the Act of 20 February 2015, entering into force on 1 July 2015. Then the penalty of restriction of liberty survived renaissance. It has been expanded by adding two new variants of its rule. It didn't take long however, because another amendment by the Act of 11 March 2016, entering into force on 15 April 2016, withdrew almost all the major changes. The penalty of restriction of liberty returned to almost the same form as before the amendment.

**Key words:** the penalty of restriction of liberty, the evolution of the penalty of restriction of liberty, the history of the penalty of restriction of liberty



Karolina Kosiorek, Adrian Jarzynka

## ODNAWIALNE ŹRÓDŁA ENERGII W UJĘCIU PRAWNYM

### I. Wstęp

Polska to kraj bogaty w węgiel, dlatego jest on głównym paliwem wykorzystywanym w krajowej energetyce. Niestety złoża węgla kamiennego i brunatnego nieuchronnie się wyczerpują, a spalanie go niesie ze sobą duże konsekwencje dla środowiska naturalnego. Co więcej, Unia Europejska nakłada na państwa członkowskie coraz to nowe wymogi w zakresie ograniczenia emisji szkodliwych substancji uwalnianych w procesie spalania paliw konwencjonalnych, co tym samym przyczynia się do wzrostu świadomości społeczeństwa oraz konieczności wykorzystywania odnawialnych źródeł energii (OZE) w produkcji energii w coraz większym wymiarze. Ustawodawstwo europejskie wypracowało szereg aktów prawnych mających na celu kontrolowanie zużycia energii w Europie<sup>1</sup> oraz zwiększenie zastosowania energii ze źródeł odnawialnych, co wpłynęło zaś na kształt ustawodawstwa krajowego w zakresie odnawialnych źródeł energii. Niniejsze opracowanie ma na celu ukazanie procesu ewolucji europejskich regulacji prawnych oraz krajowego ustawodawstwa w zakresie odnawialnych źródeł energii na przestrzeni ostatnich 20 lat. Przedstawiony został pokrótce zarys aktów prawnych normujących omawianą materię, opisano wybrane zagadnienia z ustawy o OZE, która uważana jest przez niektórych przedstawicieli doktryny za nowatorski akt prawny<sup>2</sup>. Autorzy przedstawili również pokrótce systemy wsparcia, które ustawodawca przewidział w celu zwiększenia procesu pozyskiwania energii z odnawialnych źródeł.

### II. Kształtowanie się regulacji prawnych w zakresie odnawialnych źródeł energii w Europie.

Jedne z pierwszych unijnych regulacji w obszarze odnawialnych źródeł energii sięgają 1997 r., kiedy to Komisja Europejska przyjęła tzw. Białą Księgę Komisji Europejskiej Energia dla przyszłości - odnawialne źródła energii<sup>3</sup>. Księga ta została stworzona po to by zwrócić uwagę na niewykorzystywany potencjał OZE oraz eliminować przeszkody w rozwoju tego sektora energetyki. Biała księga zakładała, że do 2010 r. udział energii pochodzącej z OZE osiągnie poziom 12% ogólnej konsumpcji paliw oraz energii w krajach członkowskich UE<sup>4</sup>. Kolejnym ważnym aktem prawnym była Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 001/77/EC z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych<sup>5</sup>, która określała poziom energii pozyskiwanej z odnawialnych źródeł w całkowitym zużyciu energii elektrycznej do roku 2010. Impulsem do podjęcia prac nad dalszymi regulacjami prawnymi w zakresie odnawialnych źródeł energii okazała się sytuacja z 2006 r., kiedy Ukraina została pozbawiona dostaw gazu, co uświadomiło Europie jak niestabilne jest bezpieczeństwo energetyczne Unii i jak ważna jest niezależność, którą umożliwiają odnawialne źródła energii oraz zróżnicowanie dostaw surowców<sup>6</sup>. Zdarzenie to przyczyniło się do powstania w 2006 r. Zielonej Księgi - Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii<sup>7</sup>, która wyznaczyła sześć strategicznych dziedzin mających stanowić podstawę nowej europejskiej polityki energetycznej: zjednoczenie państw członkowskich, sfinalizowanie europejskiej gospodarki wewnętrznej energii elektrycznej i gazu, stabilność i konkurencyjność dostawców energii, przeobrażenie klimatu, innowacje energetyczne oraz jednolitą politykę zewnętrzną<sup>8</sup>.

Jednym z najważniejszych aktów prawnych mających wpływ na regulacje prawne w obszarze OZE w Unii Europejskiej była Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE<sup>9</sup> - tzw.

<sup>1</sup> F. Elżanowski, *Polityka energetyczna prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s.12-15.

<sup>2</sup> *Ustawa o odnawialnych źródłach energii – Komentarz*, red. naukowa J. Baehr, P. Lissoń i inni, Warszawa 2016, s. 13.

<sup>3</sup> [online:] <http://gepsa.pl/3-regulacje-prawne-dotyczace-oze-w-ue-i-w-polsce/>, (dostęp 17.02.2017 r.).

<sup>4</sup> [online:] <http://zb.eco.pl/zb/112/energia.htm>, (dostęp 17.02.2017 r.)

<sup>5</sup> Dz. U. L 283 z 27.10.2001.

<sup>6</sup> [online:] <http://gepsa.pl/3-regulacje-prawne-dotyczace-oze-w-ue-i-w-polsce/>, (dostęp 17.02.2017 r.)

<sup>7</sup> *ZIELONA KSIĘGA Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii*, Kom 92006)105 wersja ostateczna SEK(2006)317, [online:] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0105>.

<sup>8</sup> [online:], <http://gepsa.pl/3-regulacje-prawne-dotyczace-oze-w-ue-i-w-polsce/>, (dostęp 17.02.2017 r.).

<sup>9</sup> Dz. U. UE L 09.140.16.

Dyrektywa OZE. Uchylone dyrektywy dotyczyły wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych<sup>10</sup> oraz wspierania użycia w transporcie biopaliw lub innych paliw odnawialnych<sup>11</sup>. Dyrektywa 2009/28/WE miała realizować jeden z trzech głównych celów pakietu energetyczno - klimatycznego przyjętego 12 grudnia 2008 r., który zakładał: redukcję emisji CO<sub>2</sub> o 20%, oszczędność energii również o 20% oraz zwiększenie udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych do 20%, tzw. pakiet 3 x 20<sup>12</sup>. Dyrektywa OZE miała na celu zwiększenie wykorzystywania odnawialnych źródeł energii. Priorytetowym zamierzeniem było osiągnięcie udziału końcowego brutto zużycia energii odnawialnej w Unii Europejskiej na poziomie 20% do 2020 roku, a także udział energii ze źródeł odnawialnych we wszystkich rodzajach transportu w 2020 r. na poziomie co najmniej 10% końcowego zużycia energii w transporcie w tym państwie<sup>13</sup>. Niemniej jednak Dyrektywa OZE prognozowała dla każdego państwa członkowskiego indywidualny poziom udziału odnawialnych źródeł energii w produkcji energii elektrycznej. Dla Polski dyrektywa przewidywała na 2020 r. docelowy udział energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto na poziomie 15%, dla Dani 30%, Estonii 25%<sup>14</sup>. Dyrektywa OZE w art. 27 zobowiązała państwa członkowskie do wprowadzenia w życie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania wskazanej dyrektywy najpóźniej do dnia 5 grudnia 2010 r<sup>15</sup>. Wiąże ona państwa członkowskie co do rezultatu, natomiast pozostawiła im swobodę wyboru formy i środków, które pozwolą na realizację jej celów. Zgodnie z art. 3 ust. 3 Dyrektywy OZE państwa członkowskie mogą wykorzystywać m. in. takie środki jak systemy wsparcia (np. pomoc inwestycyjna, ulgi podatkowe, zwolnienia, zielone certyfikaty), a także środki współpracy pomiędzy państwami członkowskimi i z państwami trzecimi (np. poprzez transfery statyczne, wspólne projekty dotyczące wytwarzania energii elektrycznej z OZE)<sup>16</sup>. Proces implementacji Dyrektywy OZE do polskiego porządku prawnego był bardzo długi i zakończył się 20 lutego 2015 r. uchwaleniem ustawy o odnawialnych źródłach energii<sup>17</sup>.

### III. Kształtowanie się krajowego porządku prawnego w dziedzinie odnawialnych źródeł energii.

Na kształtowanie się krajowego porządku prawnego w dziedzinie energetyki znaczący wpływ miało uchwalenie w dniu 10 kwietnia 1997 r. ustawy Prawo energetyczne<sup>18</sup>. Ustawa ta wdrożyła do polskiego porządku prawnego standardy przewidziane w omówionych powyżej regulacjach europejskich. Przez niektórych przedstawicieli doktryny ustawa Prawo energetyczne uznana została za regulację nowoczesną, wprowadzającą nowatorskie rozwiązania systemowe do sektora energetycznego<sup>19</sup>. Zdaniem Z. Ginalskiego „*najważniejszym krajowym aktem prawnym w zakresie rozwoju OZE jest ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zmianami). Prawo energetyczne reguluje cały sektor energetyczny, jednak zawiera także specjalne przepisy mające zastosowanie do OZE*”<sup>20</sup>. Wiodącymi celami ustawy Prawo energetyczne są: tworzenie 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<sup>21</sup>. W związku z opóźnieniem w implementacji do polskiego porządku prawnego Dyrektywy OZE (2009/28/WE), polski ustawodawca w celu uniknięcia kar finansowych dokonał częściowej transpozycji ww. dyrektywy

<sup>10</sup> Dyrektywa 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, Dz. U. L 283 z 27.10.2001.

<sup>11</sup> Dyrektywa 2003/30/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 maja 2003 roku w sprawie wspierania użycia w transporcie biopaliw lub innych paliw odnawialnych, Dz. U. WE L 123, 17/5/2003.

<sup>12</sup> [online:] <https://www.ure.gov.pl/pl/urząd/wspolpraca-miedzynarod/2829,Parlament-Europejski-zatwierdzil-pakiet-klimatyczny.html?search=94219352>, (dostęp: 17.02.2017 r.).

<sup>13</sup> art. 3 ust. 2 i 2 Dyrektywy OZE.

<sup>14</sup> *Krajowe cele ogólne w zakresie udziału energii ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto w 2020 r.* - Załącznik nr 1 do Dyrektywy OZE, Dz. U. UE L 09.140.16.

<sup>15</sup> Dz. U. UE L 09.140.16.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> *Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii*, Dz. U. z 2015 r. poz. 478 – dalej Ustawa o OZE.

<sup>18</sup> Prawo energetyczne z dnia 10 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 54, poz. 348 ze zm. – dalej ustawa Prawo energetyczne.

<sup>19</sup> F. Elżanowski, *op. cit.*, s. 23.

<sup>20</sup> Z. Ginalski, *Ramy prawne oze w Polsce*, [online] [http://www.cdr.gov.pl/pol/projekty/AZE/ramy\\_prawne.pdf](http://www.cdr.gov.pl/pol/projekty/AZE/ramy_prawne.pdf), (dostęp: 17.02.2017 r.)

<sup>21</sup> Art. 1 ust. 2. ustawy Prawo energetyczne.

ustawą z dnia 26 lipca 2013 r. o zmianie ustawy prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 984). Skutkiem nowelizacji było m.in. wprowadzenie do art. 3 (słowniczka) pkt 20, który zawierał definicję odnawialnych źródeł energii, czy też nowego rozdziału 2a, który dotyczy gwarancji pochodzenia energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnym źródle energii<sup>22</sup>.

Od momentu uchwalenia przez Sejm RP w lutym 2015 roku Ustawy o odnawialnych źródłach energii – Ustawa o OZE jest podstawowym dokumentem normującym udział odnawialnych źródeł energii w krajowym bilansie energetycznym. Przyjęte w polskiej Ustawie o OZE rozwiązania prawne są zbliżone do standardów prawodawczych systemu energii odnawialnej obowiązujących w innych państwach członkowskich UE<sup>23</sup>. Ustawa o OZE pierwotnie obowiązywała w ograniczonym zakresie. Rozdział 4 ustawy dotyczący mechanizmów i instrumentów wspierających wytwarzanie energii elektrycznej z odnawialnych źródeł (określający m. in. warunki sprzedaży energii, system wsparcia) na mocy przepisu art. 233 pkt 1 zaczął obowiązywać dopiero od lipca 2016 r.<sup>24</sup>. Odmienne niż w przypadku ustawy Prawo energetyczne, Ustawa o OZE nie określa swoich celów. Zasadnicze cele Ustawy o OZE określone zostały w Rządowym projekcie ustawy o odnawialnych źródłach energii (druk nr 2604 Sejm IV kadencji)<sup>25</sup>. W tym miejscu należy również wspomnieć o tym, że Ustawa OZE mimo krótkiego okresu obowiązywania doczekała się już kilku nowelizacji.

Ustawa o OZE stanowi podstawę wydania szeregu przepisów wykonawczych – rozporządzeń w szczególności dla ministra właściwego do spraw energii. Rozporządzenia te stanowią źródło powszechnie obowiązującego prawa szczegółowo regulującego rynek odnawialnych źródeł energii w Polsce. Do najważniejszych rozporządzeń zaliczane jest m.in. *Rozporządzenie Ministra Energii w sprawie ceny referencyjnej energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii w 2016 r. oraz okresów obowiązujących wytwórców, którzy wygrali aukcje w 2016 r.* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1765), które określa maksymalną cenę w złotych za 1 MWh, za jaką może zostać w danym roku kalendarzowym sprzedana przez wytwórców w drodze aukcji energia elektryczna z odnawialnych źródeł energii<sup>26</sup>. Inne to np. *Rozporządzenie Ministra Energii w sprawie sposobu obliczania współczynnika intensywności zużycia energii elektrycznej przez odbiorcę przemysłowego* (Dz. U. z 2016 r. poz. 2054), które określa sposób obliczania współczynnika intensywności zużycia energii elektrycznej, biorąc pod uwagę zasady rachunkowości stosowane przez odbiorcę przemysłowego oraz koszty energii elektrycznej ponoszone przez tego odbiorcę<sup>27</sup>.

Istotną rolę w kształtowaniu się rynku odnawialnych źródeł energii odgrywają tzw. państwowe dokumenty strategiczne<sup>28</sup>. Najistotniejszymi z nich są: Krajowy Plan Działania przygotowany przez Ministra Gospodarki w 2010 r. oraz Polityka Energetyczna Polski do 2030 r. Oba programy opisują kierunki rozwoju rynku odnawialnych źródeł energii. Krajowy Plan Działania stanowi realizację założeń dyrektywy 2009/28/WE i został opracowany na podstawie schematu przygotowanego przez Komisję Europejską<sup>29</sup>. Plan ten zakładał przede wszystkim wsparcie dla producentów energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych. Obecnie Ustawa o OZE w art. 126 precyzuje jakie regulacje w szczególności powinny znaleźć się w krajowym planie<sup>30</sup>. Polityka Energetyczna Polski do 2030 r.<sup>31</sup> uchwalona w dniu 21 grudnia 2009 r. to „strategia państwa, która zawiera rozwiązania wychodzące naprzeciw najważniejszym wyzwaniom polskiej energetyki zarówno w perspektywie krótkoterminowej, jak i do 2030 r.”<sup>32</sup>. Jej główne założenia to: 1) poprawa efektywności energetycznej, 2) wzrost bezpieczeństwa dostaw paliw i energii, 3) dywersyfikacja struktury wytwarzania energii elektrycznej poprzez wprowadzenie energetyki jądrowej, 4) rozwój wykorzystywania odnawialnych źródeł energii w tym biopaliw,

<sup>22</sup> Art. 1 pkt 1 lit. e i pkt 20 ustawy o zmianie ustawy prawo energetyczne i innych ustaw z dnia 26 lipca 2013 r. Dz. U. z 2013 r. poz. 984.

<sup>23</sup> A. Bohdan, M. Przybylska, *Podstawy prawne odnawialnych źródeł energii gospodarki odpadami w Polsce*, Warszawa 2015, s. 38.

<sup>24</sup> Dz. U. z 2015 r. poz. 478.

<sup>25</sup> *Ustawa o odnawialnych źródłach energii – Komentarz, op. cit.*, s. 18.

<sup>26</sup> Art. 77 ust. 1 pkt 1 Ustawy OZE.

<sup>27</sup> Art. 53 ust. 4 Ustawy OZE.

<sup>28</sup> A. Bohdan, M. Przybylska, *op. cit.*, s. 40.

<sup>29</sup> Minister Gospodarki, *Krajowy Plan Działania w zakresie energii ze źródeł odnawialnych*, Warszawa 2010, [online:] <http://www.pigeor.pl/media/js/kfinder/upload/files/Krajowy-Plan-Dzia%C5%82ania-w-zakresie-energii-ze-zrodel-odnawialnych.pdf>, (dostęp: 17.02.2017 r.)

<sup>30</sup> Dz. U. z 2015 r. poz. 478.

<sup>31</sup> Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” 2 z 2010 r. poz. 11 s. 28.

<sup>32</sup> *Podsumowanie prognozy zawartej w Polityce Energetycznej Polski do 2030 roku*, [w:] *Krajowy Plan Działania w zakresie energii ze źródeł odnawialnych*, *op. cit.*, s. 6.

5) rozwój konkurencyjnych rynków paliw i energii, 6) ograniczenie oddziaływania energetyki na środowisko<sup>33</sup>. Obowiązek przyjęcia polityki energetycznej państwa został nałożony na Radę Ministrów przepisem art. 13 i następane ustawy Prawo energetyczne<sup>34</sup>. Na stronie Ministerstwa Energii pojawił się komunikat, że trwają prace nad dokumentem Polityka Energetyczna Polski do 2050 roku, który w sierpniu 2015 r. został skierowany do konsultacji społecznych i międzyresortowych<sup>35</sup>, jednakże do dnia sporządzenia niniejszego opracowania nie udostępniono ostatecznej wersji tego dokumentu.

#### IV. OZE w ujęciu normatywnym.

W art. 2 pkt 22 Ustawy o OZE znajduje się normatywna definicja odnawialnych źródeł energii. Odnawialne źródła energii zdefiniowano jako odnawialne, niekopalne źródła energii obejmujące energię wiatru, energię promieniowania słonecznego, energię aerotermalną, energię geotermalną, energię hydrotermalną, hydroenergię, energię fal, prądów i pływów morskich, energię otrzymywaną z biomasy, biogazu, biogazu rolniczego oraz z biopłynów<sup>36</sup>. Przed uchwaleniem Ustawy o OZE analogiczna definicja znajdowała się w art. 3 pkt 20 ustawy Prawo energetyczne<sup>37</sup>. Odnawialne źródło energii zostało określone poprzez enumeratywnie wymienione jego typy. W doktrynie zwrócono uwagę na to, że niektóre z wymienionych rodzajów odnawialnych źródeł zostały wprost zdefiniowane w Ustawie o OZE, a część z nich nie<sup>38</sup>. Swoją własną definicję w Ustawie o OZE posiada: biogaz i biogaz rolniczy, biopłyny, biomasa, energia aerotermalna, hydrotermalna, geotermalna oraz hydroenergia. Energia promieniowania słonecznego, wiatru oraz fal, prądów i pływów morskich nie zostały ustawowo zdefiniowane. Opisów tych źródeł energii należy szukać w opracowaniach poświęconych alternatywnym źródłom energii. Należy zaznaczyć, że przyjęta przez polskiego ustawodawcę definicja OZE różni się w pewnym zakresie od definicji zawartej w Dyrektywie OZE (2009/28/WE) - ta z dyrektywy nie traktuje energii z biopłynów jako odnawialnego źródła<sup>39</sup>.

#### V. Podjęcie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania OZE.

Ustawa o OZE zgodnie z art.1 określa warunki oraz zasady wykonywania działalności w przedmiocie wytwarzania energii z odnawialnych źródeł w instalacjach, natomiast nie zawiera regulacji dotyczących warunków jakie trzeba spełnić, by podjąć działalność gospodarczą. W tym przedmiocie właściwe są przepisy ustawy Prawo energetyczne. Przepis art. 3 Ustawy o OZE stanowi jedynie, że podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wymaga uzyskania koncesji na zasadach i warunkach określonych w ustawie - Prawo energetyczne, z wyłączeniem wytwarzania energii elektrycznej: 1) w mikroinstalacji; 2) w małej instalacji; 3) z biogazu rolniczego; 4) wyłącznie z biopłynów. W celu prowadzenia takiej działalności należy co do zasady posiadać koncesję, która wydawana jest przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki<sup>40</sup>. Zdaniem M. Czarneckiej i T. Ogłódek „*koncesjonowanie działalności jest jednym z podstawowych środków prawnych, które służą, zgodnie z art. 1 PrEnerg, zapewnieniu bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom monopoli naturalnych, uwzględniania wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii*”<sup>41</sup>. Art. 32 ustawy Prawo energetyczne enumeratywnie wskazuje jakie kategorie działalności wymagają uzyskania koncesji oraz tym samym jakie jej nie wymagają. Podjęcie oraz prowadzenie działalności gospodarczej bez wymaganej koncesji jest wykroczeniem zagrożonym karą grzywny albo ograniczenia wolności<sup>42</sup>. Udzielenie koncesji obarczone jest opłatą skarbową, ponad to przedsiębiorca jest zobligowany do uiszczania opłat rocznych Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki. Podkreślić należy, że koncesja wymagana jest w sytuacji, gdy dany podmiot będzie wykonywał

<sup>33</sup> Ibidem, s. 31-32.

<sup>34</sup> Dz. U. nr 54 poz. 348.

<sup>35</sup> [online:] <http://www.me.gov.pl/Energetyka/Polityka+energetyczna.>, (dostęp: 17.02.2017 r.).

<sup>36</sup> Art. 2 pkt 22 Ustawy OZE.

<sup>37</sup> Art. 3 pkt 20 Ustawy Prawo energetyczne w brzmieniu sprzed 04.05.2015 r.

<sup>38</sup> *Ustawa o odnawialnych źródłach energii – Komentarz, op. cit.s.47.*

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Art. 33 ustawy Prawo energetyczne.

<sup>41</sup> M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo Energetyczne – Komentarz*, Warszawa 2012 r. s. 550.

<sup>42</sup> *Kodeks wykroczeń z dnia 20 maja 1979 r.* Dz. U. Nr 12, poz. 114 ze zm.

działalność gospodarczą, zatem wytworzenie energii elektrycznej czy ciepła dla zaspokojenia własnych potrzeb nie wymaga koncesji<sup>43</sup>. Nie jest też działalnością gospodarczą sprzedaż energii wytworzonej w mikroinstalacjach, a przyłączenie do sieci takiej instalacji jest zwolnione z opłaty skarbowej<sup>44</sup> – co stanowi wsparcie rozwoju energetyki prosumenckiej.

Co więcej koncesję otrzyma tylko taki przedsiębiorca, który spełnia konkretne wymogi. Zgodnie z art. 33 ustawy Prawo energetyczne Prezes URE udziela koncesji wnioskodawcy, który: 1) ma siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej, państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Turcji; 2) dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania; 3) ma możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności; 4) zapewni zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych, o których mowa w art. 54; 5) uzyskał decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu albo decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej, o której mowa w ustawie z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących; 6) nie zalega z zapłatą podatków stanowiących dochód budżetu państwa, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległości podatkowych albo podatku lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu podatkowego lub organu kontroli skarbowej<sup>45</sup>. Spełnienie przez przedsiębiorcę powyższych przesłanek obliguje organ koncesyjny do wydania koncesji<sup>46</sup>. Przedsiębiorstwa, które przesyłają lub zaopatrują klientów w paliwa gazowe lub energię mają obowiązek zawrzeć umowę o przyłączenie do sieci ze starającymi się o to nabywcami. Instalacje wykorzystujące odnawialne źródła energii są przyłączane w pierwszej kolejności jeżeli spełniają określone warunki<sup>47</sup>. W razie odmówienia zawarcia umowy przez zakład energetyczny jest on zobowiązany powiadomić Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz ubiegającego się o przyłączenie wraz z podaniem przyczyny takiej decyzji. W tej umowie powinny być zawarte m.in. takie postanowienia jak: termin przyłączenia, cena za przyłączenie, miejsce oddzielające własności sieci firmy przyłączającej i instalacji klienta, czy zakres prac potrzebnych do wykonania przyłączenia. Jeżeli mowa o przyłączaniu do sieci instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii obowiązują dla nich dodatkowe postanowienia<sup>48</sup>.

## VI. Instrumenty prawne wpływające na rozwój OZE – system wsparcia.

Zasadniczą rolę w rozwoju sektora OZE odgrywają tzw. systemy wsparcia, czyli regulacje prawne, wpływające na podmioty działu energetycznego w taki sposób, że udział energii wytwarzanej z odnawialnych źródeł ma wzrastać<sup>49</sup>. Dyrektywa OZE w art. 2 lit. k definiuje system wsparcia jako każdy instrument, system lub mechanizm stosowany przez państwo członkowskie lub grupę państw członkowskich, który promuje wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych dzięki zmniejszeniu kosztów tej energii, zwiększeniu ceny, za którą można ją sprzedać, lub zwiększeniu — poprzez nałożenie obowiązku stosowania energii odnawialnej lub w inny sposób — jej nabywanej ilości. Obejmuje ono pomoc inwestycyjną, zwolnienia z podatków lub ulgi podatkowej, zwrot podatków, systemy wsparcia polegające na nałożeniu obowiązku wykorzystywania energii ze źródeł odnawialnych, w tym również systemy posługujące się zielonymi certyfikatami, oraz systemy bezpośredniego wsparcia cen, w tym gwarantowane ceny zakupu oraz premie opcyjne, lecz nie jest ograniczone do wymienionych środków<sup>50</sup>. Dyrektywa OZE pozostawiła zatem państwom członkowskim swobodę w wyborze środków wsparcia. W Ustawie o OZE cały rozdział 4 został poświęcony mechanizmom wspierającym wytwarzanie energii z odnawialnych źródeł. Ustawodawca przewidział dwa systemy wsparcia bezpośredniego: na gruncie ustawy Prawo energetyczne tzw. system zielonych certyfikatów (świadczeń pochodzenia – system kwotowy, obecnie regulacja znajduje się w Ustawie o OZE, poprzednio regulacja zawarta w ustawie prawo energetyczne), drugi na gruncie Ustawy o OZE tzw. system aukcyjny – system cenowy.

<sup>43</sup> *Prawo energetyczne. Tom II. Komentarz do art. 12/72*, red. Z. Muras, M. Swora, Warszawa 2016, s.437.

<sup>44</sup> A. Bohdan, M. Przybylska, *op. cit.*, s. 66.

<sup>45</sup> Art. 33 ust 1 ustawy Prawo energetyczne.

<sup>46</sup> *Prawo energetyczne. Tom II. Komentarz*, *op. cit.*, s.437.

<sup>47</sup> Art. 7 ustawy Prawo energetyczne.

<sup>48</sup>[online:] <https://www.arslege.pl/umowa-o-przylaczenie-do-sieci/k257/a23813/> (dostęp: 17.02.2017)

<sup>49</sup> A. Bohdan, M. Przybylska, *op. cit.*, s. 42.

<sup>50</sup> Dz. U. UE L 09.140.16.

Wprowadzony przez Prawo energetyczne handel świadectwami pochodzenia ma propagować korzystanie z OZE. Przepis art. 52 Ustawy o OZE nakłada obowiązek uzyskania i przedstawienia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki do umorzenia, świadectwa pochodzenia. Świadectwa pochodzenia potwierdzają wyprodukowanie energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, niezależnie od sprzedaży energii elektrycznej. Świadectwa te wydawane są na wniosek. Zgodnie z treścią przepisu art. 44 Ustawy o OZE z zielonych certyfikatów mogą skorzystać wytwórcy energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 2, oraz wytwórcy energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii w instalacji odnawialnego źródła energii innej niż mikroinstalacja, w której energia elektryczna została wytworzona po raz pierwszy przed dniem wejścia w życie rozdziału 4, zmodernizowanej po dniu wejścia w życie rozdziału 4<sup>51</sup>. Świadectwa pochodzenia stanowią zbywalne prawa majątkowe – mogą być przedmiotem transakcji, a nadzór nad obrotem świadectwami pochodzenia prowadzi Towarowa Giełda Energii. Jeżeli podmioty wymienione w przepisie art. 52 nie przedstawiają Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki do umorzenia świadectw, są zobligowane do uiszczenia opłaty zastępczej w terminie do dnia 30 czerwca danego roku<sup>52</sup>.

Drugą formą wsparcia bezpośredniego jest aukcja na wytwarzanie energii z OZE przeprowadzana przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki co najmniej raz w roku<sup>53</sup>. Z tej formy wsparcia zobligowani są korzystać producenci energii z OZE, którzy zaczęli ją wytwarzać po 1 lipca 2016 r<sup>54</sup>. Przedmiotem aukcji zgodnie z przepisem art. 73 ust. 2 Ustawy o OZE jest wytworzenie energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych. A. Frąckowiak wyjaśnił, że „uczestnicy aukcji konkurują o uzyskanie wsparcia (pomocy publicznej) w związku z wytwarzaniem i sprzedażą energii elektrycznej z OZE. Wsparcie to jest realizowane albo w formie zakupu energii przez sprzedawcę zobowiązanego po określonej cenie (...) albo pokrycia ujemnego salda, o którym mowa w art. 93 ust. 2 pkt 3 ustawy o OZE”<sup>55</sup>. Przesłanką korzystania z systemu aukcyjnego jest przedłożenie Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki oświadczenia złożonego przez producenta energii o wypełnieniu warunku nieprzekroczenia pomocy publicznej, jeżeli okaże się, że oświadczenie to jest niezgodne ze stanem faktycznym to oferta takiego producenta zostaje odrzucona<sup>56</sup>.

Poza wyżej wymienionymi formami wsparcia występują również inne tzw. pośrednie systemy wsparcia. Do tych form zalicza się m.in. pomoc w postaci dofinansowania inwestycji z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Wojewódzkich Funduszy Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, czy też programów unijnych<sup>57</sup>.

## VII. Podsumowanie.

Z powyższych rozważań wynika, że niebagatelny wpływ na kształt polskich regulacji prawnych w zakresie energii odnawialnej wywarło ustawodawstwo unijne, natomiast przystosowanie krajowego porządku prawnego do standardów europejskich trwało stosunkowo długo (około 20 lat). Najważniejszym aktem prawnym normującym omawiane zagadnienie jest Ustawa o OZE, która w wyniku kilkuletnich prac legislacyjnych została uchwalona dopiero w 2015 r. Przez zaniebdania ustawodawcy Ustawa o OZE została wprowadzona ze znacznym opóźnieniem. Część jej przepisów, które wymagały nowelizacji zaczęła obowiązywać dopiero od lipca 2016 r. Niewątpliwie przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązania prawne, w szczególności opisane pokrótce systemy wsparcia, przyczynią się do wzrostu energii elektrycznej pochodzącej z odnawialnych źródeł w krajowym bilansie energetycznym. Należy mieć na uwadze nie tylko korzyści gospodarcze wynikające z wykorzystywania odnawialnych źródeł energii, ale również ochronę środowiska naturalnego – energetyka odnawialna umożliwi dużo mniej inwazyjną dla środowiska produkcję energii w porównaniu z konwencjonalną.

\*\*\*

<sup>51</sup> Dz. U. z 2015 r. poz. 478.

<sup>52</sup> Art. 68 Ustawy OZE.

<sup>53</sup> Art. 73 Ustawy OZE.

<sup>54</sup> M. Przybylska - Cząstkiewicz, *Systemy wsparcia odnawialnych źródeł energii po wejściu w życie ustawy o odnawialnych źródłach energii* [w:] *Zeszyty Naukowe UNIwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w SIEDLCAC*, 2016 nr 108, s. 178.

<sup>55</sup> J. Pokrzywniak, *Ustawa o odnawialnych źródłach energii...*, *op. cit.*, s. 207.

<sup>56</sup> M. Przybylska-Cząstkiewicz, *op. cit.*, s. 108.

<sup>57</sup> Więcej na ten temat w: M. Przybylska-Cząstkiewicz w: *Systemy wsparcia odnawialnych źródeł energii po wejściu w życie ustawy o odnawialnych źródłach energii* s. 181.

### RENEWABLE ENERGY SOURCES IN LEGAL TERMS

Coal is the main energy resource in Poland so its deposits are increasingly depleted. It is necessary therefore to increase the share of renewable energy in the national energy sector. The combustion process also produces a lot of environmentally harmful compounds, and European legislation to restrict the emission of harmful substances and ensure the energy security of the member states, has developed a series of legal acts. This article shows how developed European regulations and national legislation in the field of renewable energy sources. The authors present basic legal acts regulating the issues of renewable energy sources and the conditions which must be taken in order to undertake business related to the energy department. In the final part of the paper the authors briefly present the basic support systems for energy production from renewable sources.

**Keywords:** renewable energy sources, support system, tradeable green certificates, law on Renewable Energy Sources, Law on Renewable Energy Sources, energy law

Daniel Lubowiecki

## REALIZACJA PRZEZ POLSKĘ ZOBOWIĄZAŃ POZYTYWNYCH PAŃSTWA POLEGAJĄCYCH NA ZAPEWNIENIU MOŻLIWOŚCI WYKONYWANIA PRZEZ RODZICÓW OPIEKI I KONTAKTU Z DZIECKIEM – ANALIZA WYBRANEGO ORZECZNICTWA ETPC

### Wprowadzenie

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał) wielokrotnie orzekał w sprawach dotyczących realizacji przez Polskę zobowiązań pozytywnych państwa polegających na zapewnieniu możliwości wykonywania przez rodziców opieki i kontaktu z dzieckiem<sup>1</sup>. Analiza orzecznictwa ETPC pozwoli ukazać praktyczny wymiar realizacji przez Polskę zobowiązań pozytywnych w tym zakresie.

Rozważania teoretyczne dotyczące koncepcji zobowiązań pozytywnych państwa, pozytywnych obowiązków wynikających z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz przybliżenie postanowień Konwencji Haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę zostały opisane przez autora w odrębnym opracowaniu<sup>2</sup>.

Z racji bogatej literatury dotyczącej wskazanej problematyki w niniejszym artykule przedstawione zostanie jedynie najnowsze orzecznictwo ETPC w sprawach polskich<sup>3</sup>.

### Sprawa G. N. przeciwko Polsce

Dnia 19 lipca 2016 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka wydał wyrok w sprawie *G. N. przeciwko Polsce*<sup>4</sup>. Skarżący (G. N.) urodził się i mieszkał w Kanadzie. Tam też zawarł związek małżeński z Panią E. N., będącą obywatelką polską. We wrześniu 2010 r. na świat przyszedł ich syn. Z uwagi na miejsce urodzenia dziecka otrzymało ono obywatelstwo kanadyjskie. Rodzina państwa N. wspólnie mieszkała w mieszkaniu skarżącego. W kwietniu 2011 r. rodzina udała się na wcześniej zaplanowane wakacje do Polski. Małżonkowie ustalili, że wrócą do Kanady w lipcu 2011 r. – w tym celu wykupili również bilety lotnicze. Państwo N. rozstali się jednak w maju 2011 r. i E. N. odmówiła powrotu z dzieckiem do Kanady. W związku z tym, skarżący wrócił do domu sam.

W dniu 27 października 2011 r. Sąd Okręgowy prowincji Ontario w Kanadzie orzekł, że zatrzymanie dziecka w Polsce było bezprawne i wydał tymczasowy nakaz przyznający pełną opiekę nad dzieckiem skarżącemu, upoważniając go do żądania od E. N. bezzwłocznego wydania dziecka.

W dniu 31 października 2011 r. skarżący złożył wniosek o powrót jego dziecka do Kanady na podstawie Konwencji Haskiej<sup>5</sup>. Wniosek ten wpłynął do Sądu Rejonowego w Kielcach. W dniu 27 listopada 2012 r. Sąd Rejonowy w Kielcach postanowił dopuścić dowód z opinii biegłych z Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego (dalej: RODK) aby zbadać, czy istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka za granicę może narazić je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawić je w niekorzystnej sytuacji. Biegli z RODK ustalili, że z racji tego, iż dziecko przez ostatnie półtora roku żyło z dala od ojca i niemal nie utrzymywało z nim kontaktu oraz ma silną więź emocjonalną z matką, oddzielenie dziecka od matki mogłoby zakłócić jego poczucie bezpieczeństwa, przynależności i stabilności. W konsekwencji biegli uznali, że w najlepszym interesie dziecka jest pozostawienie go z matką.

W dniu 2 stycznia 2013 r. SR w Kielcach oddalił wniosek skarżącego, wniesiony na podstawie Konwencji Haskiej, pomimo iż stwierdził, że dziecko zostało bezprawnie zatrzymane w Polsce przez matkę. Sąd ten oparł swoją decyzję w szczególności na opinii sporządzonej przez biegłych z RODK oraz na ustaleniu, że skarżący sprzedał swoje mieszkanie w Kanadzie i zdaniem sądu istniała obawa, iż obecne warunki mieszkaniowe mogą być nieadekwatne do zamieszkania z dwuletnim dzieckiem.

<sup>1</sup> Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Zawadka przeciwko Polsce* z dnia 23 czerwca 2005, skarga nr 48542/99; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Siemianowski przeciwko Polsce* z dnia 6 września 2005, skarga nr 45972/99; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie H. N. przeciwko Polsce z dnia 13 września 2005 r., skarga nr 77710/01; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Pawlik przeciwko Polsce* z dnia 19 czerwca 2007 r., skarga nr 11638/02; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *P. P. przeciwko Polsce* z dnia 8 stycznia 2008 r., skarga nr 8677/03; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Stasik przeciwko Polsce* z dnia 6 października 2015 r., skarga nr 21823/12 i inne.

<sup>2</sup> D. Lubowiecki, Realizacja przez Polskę zobowiązań pozytywnych państwa polegających na zapewnieniu możliwości wykonywania przez rodziców opieki i kontaktu z dzieckiem - rozważania teoretyczne, „Kortowski Przegląd Prawniczy”, nr 3, s. 49 – 53.

<sup>3</sup> Stan na dzień 01.01.2017 r.

<sup>4</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *G. N. przeciwko Polsce* z dnia 19 lipca 2016 r., skarga nr 2171/14.

<sup>5</sup> Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r., Dz.U.1995 nr 108 poz. 528.



Skarżący złożył apelację twierdząc, że sąd pierwszej instancji zastosował zbyt szeroką interpretację art. 13 lit. b Konwencji Haskiej, co skutkowało oddaleniem jego wniosku, mimo że nie ustalono, iż powrót dziecka do Kanady wiąże się z ryzykiem szkody fizycznej lub psychicznej dla dziecka.

Sąd odwoławczy dostrzegł błędną interpretację art. 13 lit. b Konwencji Haskiej, polegającą na zbyt szerokim rozumieniu „poważnego ryzyka” narażenia dziecka na szkodę fizyczną lub psychiczną. Przypomniał również, że cel tej Konwencji zostanie osiągnięty dopiero, jeżeli rodzic, który uprowadził dziecko powróci do miejsca stałego pobytu. Sąd odwoławczy uznał jednak, że stosowanie w/w zasad jest bardziej skomplikowane w przypadkach dotyczących bardzo małych dzieci. Doszedł on do wniosku, że oddzielenie takiego dziecka od rodzica, który miał dominującą rolę w jego życiu naraziłoby je na niekorzystną sytuację. W konsekwencji sąd odwoławczy oddalił apelację skarżącego.

Pan G. N. wystąpił ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zarzucając naruszenie jego prawa do poszanowania życia rodzinnego na podstawie art. 8 EKPC<sup>6</sup> z powodu oddalenia jego wniosku na podstawie Konwencji Haskiej. Skarżący twierdził w szczególności, że sądy krajowe nie stosując Konwencji Haskiej pozwoliły, aby skarżący stał się dla dziecka osobą obcą z powodu braku szybkiego rozstrzygnięcia sprawy. Pan G. N. podnosił również, że naruszenie art. 8 EKPC wynikało z decyzji sądu krajowego o rozpoznanie sprawy o rozwód z E. N. oraz o wydanie zarządzeń tymczasowych w przedmiocie zamieszkania i utrzymywania dziecka, w okresie gdy postępowanie na mocy Konwencji Haskiej było w toku.

Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrując sprawę podkreślił, że ingerencja w prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego nie wynikała z działania lub zaniechania ze strony pozwanego państwa, lecz z działań jego żony. Trybunał wskazał jednak, że na państwie ciążył obowiązek zapewnienia skarżącemu prawa do poszanowania życia rodzinnego, na podstawie środków gwarantowanych przez Konwencje Haską.

ETPC stwierdził w omawianej sprawie, że doszło do ingerencji w prawo skarżącego do poszanowania jego życia rodzinnego. W takiej sytuacji należy zatem zbadać, czy ingerencja ta była „uzasadniona w demokratycznym społeczeństwie” w rozumieniu artykułu 8 ust. 2 EKPC oraz, czy przy zachowaniu równowagi między sprzecznością interesów zwrócono uwagę przede wszystkim na najlepszy interes dziecka. Trybunał przypomniał stanowisko wyrażone wcześniej w sprawie *X przeciwko Łotwie*, że „szkoda, o której mowa w artykule 13 lit. b Konwencji Haskiej nie może powstać wyłącznie z powodu rozłąki z rodzicem, który był odpowiedzialny za bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie. To odseparowanie, jakkolwiek trudne dla dziecka, nie będzie automatycznie spełniało testu poważnego ryzyka”<sup>7</sup>. Trybunał zauważył, że sąd rodzinny bezpodstawnie przyjął, iż w przypadku powrotu dziecka do Kanady, byłoby ono oddzielone od matki. Nic nie wykluczało bowiem powrotu matki wraz z dzieckiem.

ETPC wskazał również, iż ustalenia sądu rodzinnego, że dziecko nie ma żadnych wspomnień z życia w Kanadzie oraz że jego kontakt z matką jest dla dziecka najważniejszym elementem w życiu, dalekie są od wymogów stawianych przez art. 13 lit. b Konwencji Haskiej. Trybunał zaznacza, że w uzasadnieniu sądów rodzinnych w niniejszej sprawie brakuje elementów niezbędnych do właściwej oceny najlepszych interesów dziecka w kontekście procedury haskiej.

Nie bez znaczenia dla sprawy pozostaje również długość postępowania krajowego w badanej sprawie. Trybunał uznał, że pomimo iż sześćtygodniowy termin na podjęcie decyzji wynikający z art. 11 Konwencji Haskiej nie jest obligatoryjny, to przekroczenie go o sześćdziesiąt cztery tygodnie nie licuje z powagą sytuacji i jest sprzeczne z pozytywnym obowiązkiem działania bez zbędnej zwłoki w postępowaniu o powrót dziecka.

Mając na uwadze powyższe, Europejski Trybunał Praw Człowieka doszedł do konkluzji, że państwo nie wywiązało się ze swoich pozytywnych zobowiązań wynikających z art. 8 EKPC.

### Sprawa K. J. przeciwko Polsce

Analogiczny stan faktyczny Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał również w sprawie *K. J. przeciwko Polsce*<sup>8</sup>. Podobnie jak w poprzednim omawianym wyroku, sprawa dotyczyła uprowadzenia dziecka za granicę i odmowy wydania przez sąd krajowy nakazu powrotu dziecka w trybie Konwencji Haskiej. Sąd rejonowy rozstrzygający tę sprawę powołał się na opinię biegłych psychologów z RODK, którzy uznali, że istnieje poważne ryzyko wystąpienia ujemnych skutków w psychice dziecka, w przypadku jego powrotu do miejsca stałego pobytu bez matki. W tym przypadku jednak, biegli podkreślali również, że dziecko jest emocjonalnie przywiązane do obojga rodziców i postrzega zarówno Polskę jak i Wielką Brytanię w jednakowy sposób. Sąd rejonowy uznał jednak, że powrót dziecka do Wielkiej Brytanii bez matki będzie stanowił dla niego sytuację nie do zniesienia w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji Haskiej. Mając to na uwadze, SR w Grudziądzu postanowił oddalić wniosek skarżącego o powrót dziecka.

<sup>6</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2, Dz. U. z dnia 10 lipca 1993 r.

<sup>7</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *X przeciwko Łotwie* z dnia 26 listopada 2013 r., skarga nr 27853/09, pkt 116.

<sup>8</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *K. J. przeciwko Polsce* z dnia 1 marca 2016 r., skarga nr 30813/14.

Skarżący wniósł odwołanie od orzeczenia sądu pierwszej instancji wskazując, że naruszył on art. 13 lit b Konwencji Haskiej. Skarżący podnosił, że Sąd Rejonowy bezpodstawnie doszedł do wniosku, iż powrót dziecka do Wielkiej Brytanii naraziłby je na trudny do zniesienia uraz psychiczny i postawiłby je w niekorzystnej sytuacji. Zarzucił on ponadto błędne założenie Sądu Rejonowego, jakoby dziecko musiałoby być oddzielone od matki. Zdaniem pana K. J. nie występowały żadne obiektywne przeszkody uniemożliwiające jej powrót do Wielkiej Brytanii. Sąd Okręgowy w Toruniu oddalił odwołanie skarżącego, opierając się w całości na ustaleniach faktycznych dokonanych przez sąd pierwszej instancji.

Podobnie jak w sprawie *G. N. przeciwko Polsce* skarżący wystąpił ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zarzucając naruszenie jego prawa do poszanowania życia rodzinnego z powodu oddalenia jego wniosku na podstawie Konwencji Haskiej. Pan K. J. zarzucał w szczególności, że polski sąd rodzinny dopuścił się nieprawidłowości w zastosowaniu art. 13 Konwencji Haskiej. Zdaniem skarżącego pytanie skierowane do biegłych RODK zostało błędnie sformułowane, bowiem wniosek skarżącego o powrót dziecka nie miał na celu przeniesienia dziecka pod opiekę ojca, lecz jego powrót do swojego stałego miejsca zamieszkania niezależnie od tego, kto był odpowiedzialny za opiekę nad nim. Skarżący podkreślił ponadto, że w postępowaniu rozwodowym toczącym się w Wielkiej Brytanii zwrócił się o wspólną a nie wyłączną opiekę nad córką. Pan K. J. zarzucił także, że polskie sądy nie dopełniły obowiązku niezwłocznego działania wynikającego z art. 11 Konwencji Haskiej.

Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrując sprawę uznał, że doszło do ingerencji w prawo skarżącego do poszanowania jego życia rodzinnego. Przypomnił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w takich sytuacjach należy ustalić, czy rzeczona ingerencja była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” w rozumieniu art. 8 ust. 2 EKPC oraz czy został wzięty pod uwagę najlepszy interes dziecka. Trybunał dostrzegł w badaniu tych kwestii nieprawidłowości ze strony sądów polskich. Przede wszystkim ETPC zauważył, że sąd pierwszej instancji dokonał oceny ryzyka psychofizycznej szkody dla dziecka w przypadku jego powrotu do miejsca stałego pobytu bez matki, nie uwzględniając przy tym alternatywnej możliwości powrotu dziecka wraz z matką.

Trybunał nie zgadza się ze stanowiskiem sądu odwoławczego, jakoby konflikt między skarżącym a panią M. J. oraz jej rzekomy brak możliwości przystosowania się do życia za granicą były wystarczającymi przesłankami, aby stwierdzić, iż powrót dziecka do Wielkiej Brytanii stawiałby je w sytuacji nie do zniesienia w rozumieniu art. 13 lit. b Konwencji Haskiej. Trybunał przypomina bowiem, że wyjątki, dla powrotu na podstawie Konwencji Haskiej zawsze należy interpretować zawężająco.

Rozpatrując zarzut skarżącego dotyczący długości rzeczonego postępowania krajowego Trybunał stwierdził, że przekroczenie 6 tygodniowego terminu na wydanie decyzji w przedmiocie powrotu dziecka o czterdzieści pięć tygodni, jest sprzeczny z pozytywnym obowiązkiem działania bez zbędnej zwłoki w postępowaniu o powrót dziecka.

Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonując analizy całokształtu okoliczności omawianej sprawy doszedł do wniosku, że państwo nie wywiązało się ze swoich pozytywnych obowiązków wynikających z prawa do poszanowania życia rodzinnego. Doszło zatem, zdaniem Trybunału do naruszenia art. 8 EKPC<sup>9</sup>.

### Sprawa Malec przeciwko Polsce

Kolejny raz Europejski Trybunał Praw Człowieka badał kwestie realizacji przez Polskę zobowiązań pozytywnych polegających na zapewnienia możliwości wykonywania przez rodziców opieki i kontaktu z dzieckiem w sprawie *Malec przeciwko Polsce* z dnia 28 czerwca 2016 r.<sup>10</sup>. Skarżący i jego żona (E.) mieszkali wspólnie w miejscowości Bibice. W 2004 r. urodziła się ich córka. Cztery lata później doszło do rozpadu związku skarżącego z panią E. W maju 2008 r. pan Malec wyprowadził się z domu rodzinnego i uzgodnił z panią E. zasady dotyczące kontaktów z dzieckiem.

W dniu 16 stycznia 2009 r. skarżący wniósł pozew rozwodowy do Sądu Okręgowego w Krakowie wraz z wnioskiem o tymczasowe zabezpieczenie kontaktów z dzieckiem. W toku sprawy Sąd Okręgowy nakazał przeprowadzenie przez kuratora wywiadu środowiskowego w celu ustalenia relacji pomiędzy córką skarżącego (N.) i jej rodzicami oraz ich zdolności wychowawczych. Ustalenia te wykazały, że N. kocha oboje rodziców, chociaż bardziej przywiązana jest do matki. Kurator stwierdził również, że dziecko powinno zostać z matką a ojciec powinien być uprawniony do częstych odwiedzin. W dniu 22 listopada 2010 r. Sąd Okręgowy w Krakowie wydał postanowienie o zabezpieczeniu kontaktów a 21 stycznia 2011 r. nakaz egzekucji w odniesieniu do tej decyzji. Narastające napięcie pomiędzy rodzicami N. wywoływało ciągłe spory co do sposobu kontaktu z dzieckiem. Skutkowało to brakiem możliwości widywania się przez skarżącego z córką w sposób zgodny z postanowieniem o zabezpieczeniu kontaktów.

<sup>9</sup> Podobne okoliczności do spraw *N. G. przeciwko Polsce* oraz *K. J. przeciwko Polsce* Europejski Trybunał Praw Człowieka rozważał również w wyroku z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie *R. S. przeciwko Polsce*, skarga nr 63777/09.

<sup>10</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 28 czerwca 2016 r. w sprawie *Malec przeciwko Polsce*, skarga nr 28623/12.

W marcu 2011 r. skarżący złożył dwa wnioski do sądu o nałożenie grzywny na matkę w związku z niezastosowaniem się do postanowienia o zabezpieczeniu kontaktów z dzieckiem. Skarżący sukcesywnie składał kolejne wnioski o zabezpieczenie kontaktów z dzieckiem oraz o nałożenie grzywny na panią E. Sąd Rejonowy Kraków-Krowodrza nakazał 28 października 2011 r. matce dostosowanie się do tego postanowienia pod groźbą grzywny w wysokości 1000 zł. Pomimo nałożenia dwóch grzywien na panią E. 15 marca i 18 sierpnia 2012 r. matka nadal niestosowała się do postanowień sądu.

Od maja 2010 r. skarżący widywał się z córką tylko przez kilka minut przy okolicznościowych spotkaniach. Aby wyegzekwować swoje prawo do kontaktów z dzieckiem skarżący złożył liczne wnioski o przymusowe odebranie N. przez kuratora. Pomimo wydania takich nakazów pan Malec nie uzyskał kontaktu z dzieckiem. Podkreślenia wymaga fakt, że relacje między dzieckiem a skarżącym uległy w tym okresie znacznemu pogorszeniu. Przejawiało się to m. in. tym, że N. nie chciała już spotykać się z ojcem.

Pan Malec postanowił wystąpić ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zarzucając, że polskie władze nie podjęły skutecznych kroków w celu wyegzekwowania jego prawa do kontaktów z dzieckiem. Zdaniem skarżącego, naruszone zostało jego prawo do poszanowania życia rodzinnego gwarantowane przez art. 8 EKPC.

Skarżący podkreślał, że pomimo tego iż według zaleceń kuratora konieczna była szybka regulacja jego kontaktów z dzieckiem, sądowi krajowemu zajęło dwa lata wydanie postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia prawa do kontaktów z dzieckiem. Zarzucał on również bierność wymiaru sprawiedliwości w zakresie egzekwowania jego prawa do kontaktów z córką. Skarżący podtrzymuje, że powyższe okoliczności uniemożliwiły mu nawiązanie prawidłowych więzi rodzinnych ze swoim dzieckiem.

Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrując sprawę przypomniał, że art. 8 EKPC oprócz zobowiązań negatywnych, nakłada na Państwa-Strony Konwencji również zobowiązania pozytywne, których realizacja umożliwia rzeczywiste poszanowanie życia rodzinnego. Z przepisu tego wynika więc m. in. zobowiązanie władz krajowych do podjęcia działań umożliwiających połączenie się rodziców ze swoimi dziećmi. Dotyczy to także sytuacji, w których pomiędzy rodzicami zaistnieją spory dotyczące kontaktu i miejsca zamieszkania dzieci. Trybunał zaznacza jednak, że w takich przypadkach obowiązki władz krajowych nie mają charakteru bezwzględnego. Istotne jest, aby organy te podjęły wszelkie właściwe działania mające na celu ułatwienie takiego kontaktu, jakiego można racjonalnie wymagać w szczególnych okolicznościach sprawy.

ETPC podkreślił również, że w sprawach dotyczących dzieci doniosłe znaczenie odgrywa szybkość postępowania. Upływ czasu może bowiem pociągnąć nieodwracalne skutki w relacjach między dzieckiem a rodzicem z którym ono nie przebywa. W każdej sprawie przyświecać musi przede wszystkim najlepszy interes dziecka, który jest wartością nadrzędną nad interesami rodziców czy społeczeństwa.

Trybunał stwierdził, że w badanej sprawie władze polskie nie dokonały odpowiednich i skutecznych wysiłków na rzecz egzekwowania praw rodzicielskich skarżącego i jego prawa do kontaktów z dzieckiem. ETPC wskazał w szczególności, że przedłużające się czynności proceduralne wywarły znaczny wpływ na pogorszenie się więzi emocjonalnej ojca z córką. Zdaniem Trybunału doszło w badanej sprawie do naruszenia art. 8 Konwencji.

### Podsumowanie

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie rozpatrywał sprawy dotyczące realizacji zobowiązań pozytywnych państwa, polegających na zapewnieniu możliwości wykonywania przez rodziców opieki i kontaktu z dzieckiem również w sprawach polskich. Analiza najnowszego orzecznictwa ETPC w tym zakresie prowadzi do wniosku, że jednym z głównych zarzutów stawianych Polsce jest przewlekłość postępowania sądowego, która w wielu przypadkach prowadzi do nieodwracalnych konsekwencji. Trybunał wielokrotnie wskazywał w swoich rozstrzygnięciach, że adekwatność środka musi być oceniana przez pryzmat szybkości jego realizacji. W sytuacji zatem, gdy procedury krajowe ulegają nadmiernemu wydłużeniu a nie ma żadnych obiektywnych uzasadnień dla przedłużającego się postępowania, nie można mówić o efektywnym zapewnieniu poszanowania praw gwarantowanych przez Europejską Konwencję Praw Człowieka.

\*\*\*

### Realization of positive commitment by Polish government, regarding assurance of parent being able to care and have contact with their child – analysis of ECHR jurisdiction in polish cases

This article presents consideration of Poland implementing its positive commitments in sphere of respecting private life. Author focuses first of all on duty regarding assurance of parents being able to care of and have contact with their child. In this article author focuses on analysis of jurisdiction of European Court of Human Rights concerning Poland.

Author's considerations conclude, that main charge against polish court is chronicity during lawsuit, which in many cases leads to unreversible consequences.

Keywords: positive commitments, care, contact, child, privacy, family life, ECHR, ECHR, chronicity

Marek Salamonowicz

SPRAWOZDANIE Z 35-TEGO KONGRESU MIĘDZYNARODOWEGO STOWARZYSZENIA WYKŁADOWCÓW I BADACZY PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ (ATRIP) PT. „WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA JAKO FUNKCJONALNY PLURALIZM: PARAMETRY, WYZWANIA I SZANSE ZMIANY”

*(Intellectual Property as Functional Pluralism: The Parameters. Challenges and Opportunities of Variation)*. 26-29 czerwca 2016 r. – Kraków, Polska

(Niniejsza publikacja powstała w ramach projektu pt. Prawne aspekty ochrony i komercjalizacji własności intelektualnej publicznych szkół wyższych. „Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC – 2012/07/D/HS5/01864”)

W dniach 26-29 czerwca 2016 roku odbył się w Krakowie jubileuszowy 35-ty Kongres Stowarzyszenia ATRIP. Organizatorem wydarzenia był obok wymienionego stowarzyszenia, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie. Do spektakularnego sukcesu przedsięwzięcia przyczynili się przede wszystkim pracownicy Katedry Prawa Własności Intelektualnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. W sposób szczególny uczestnicy wyrażali wdzięczność dr Annie Tischner Katedry Prawa Własności Intelektualnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz przewodniczącej ATRIP prof. Susy Frankel z Nowej Zelandii. W sposób szczególny uhonorowano obecnego na Kongresie prof. dr hab. Janusza Szwałę jednego z założycieli Stowarzyszenia ATRIP. Oprócz znakomitych prezentacji, uroczysty i jubileuszowy charakter został podkreślony poprzez zorganizowanie przyjęcia powitalnego w Collegium Maius UJ oraz uroczystej kolacji w Sukiennicach.

W kongresie uczestniczyło prawie 200 uczestników ze wszystkich kontynentów, w tym ponad 60 prelegentów zaprezentowało swoje referaty. W trakcie zjazdu miały też miejsce zgromadzenie członków Stowarzyszenia ATRIP oraz debata na temat: Przyszłości nauczania oraz badań w zakresie prawa własności intelektualnej. Referaty i wystąpienia zostały pogrupowane tematycznie w panele, które odpowiadały poszczególnym sferom i płaszczyznom badawczym i zagadnień praktyki.

Pierwszy z nich dotyczył „Pluralizmu lokalnego oraz globalnego w sferze własności intelektualnej, szczególnie w kontekście skutków integrujących oraz separujących”. Kolejny podejmował problematykę wpływu regulacji prawnych na funkcje społeczne praw własności intelektualnej. Kilka paneli obejmowało problematykę prawa autorskiego. W szczególności były to panele zatytułowane: „Perspektywy prawa autorskiego”, czy „Burzliwa ewolucja prawa autorskiego oraz działalności twórczej”, a także „Regionalna harmonizacja oraz zróżnicowanie w ramach prawa autorskiego Unii Europejskiej”. Odrębny panel został poświęcony „Cyfrowym ograniczeniom” w sferze praw na dobrach niematerialnych. Szereg referatów zostało zaprezentowanych w ramach panelu poświęconego znakom towarowym, w szczególności w ujęciu prawa międzynarodowego i komparatystycznym. Wielość referatów skłoniła organizatorów do wyodrębnienia w godzinach porannych tzw. sesji śniadaniowych. Poniżej przedstawiono bliżej trzy niewymienione wyżej grupy wystąpień. Oficjalny program Kongresu oraz organizatorzy nie posługiwali się stopniami i tytułami naukowymi prelegentów. Stąd zrezygnowano z ich podawania w niniejszym sprawozdaniu.

Panelowi pt. Ramy innowacji oraz zarządzanie badaniami przewodniczył Peter Yu z Texas A & M Law School, USA. Przedstawiono pięć referatów. Wystąpienie otwierające zaprezentował Jeremy de Beer z Uniwersytetu w Ottawie (Kanada). Jego tematem była „Analityczna metoda interdyscyplinarnego badania literatury, w kontekście określenia wpływu własności intelektualnej”. Problematykę Pluralizmu własności intelektualnej w afrykańskich programach rozwoju przedstawiła Susan Isiko Štrba z Uniwersytetu w Witwatersrand (Republika Południowej Afryki). Prelegentka posłużyła się szeregiem danych statystycznych dla zobrazowania aktywności w sferze ochrony własności intelektualnej w Afryce. Zagadnienie własności intelektualnej w umowach o prace badawczo-rozwojowe z perspektywy prawa konkurencji zaprezentował Marek Salamonowicz z Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie (Polska). W prezentacji referent wyeksponował ewolucje w podejściu do klauzuli zakazującej podważania ważności praw własności intelektualnej kooperanta oraz zobowiązania do nieudzielania licencji osobom trzecim. W szczególności różnice pomiędzy podejściem ustawodawcy w Stanach Zjednoczonych oraz Unii Europejskiej. Problematyki współpracy nauki z biznesem dotyczyło wystąpienie Luz Sanchez Garcia, z UCAM (Hiszpania). Jego tematem był „Pluralizm własności intelektualnej oraz patentowanie rozwiązań uzyskanych w ramach Uniwersytetów w Europie”. Prelegentka przedstawiła wyniki badań aktywności patentowej w szczególności uniwersytetów w Hiszpanii. Ożywioną dyskusję poprzedziło wystąpienie Helen Yu z

Uniwersytetu w Kopenhadze, (Dania), w którym Autorka podniosła problem osiągnięcia wymiernych wyników badań oraz innowacji, jako pożądanego efektu prac badawczych finansowanych ze środków publicznych.

Fundamentalnej roli stosowania i wykonywania praw własności intelektualnej był poświęcony panel prowadzony przez Tanę Pistorius z Uniwersytetu Południowej Afryki (RPA) W jego ramach został zaprezentowany referat nt. Rodzajów naruszeń praw własności intelektualnej od tych kwalifikowanych jako czyny niedozwolone, aż po czyny zabronione, pod groźbą sankcji karnych. Autorami wystąpienia byli Rochelle Dreyfuss z NYU Law School, (USA) oraz Susy Frankel – Przewodnicząca ATRIP (Nowa Zelandia). Zagadnieniom zróżnicowania w zakresie międzynarodowego arbitrażu w sprawach z zakresu praw własności intelektualnej był poświęcony referat Barbary Lauriat z King's College London, (Zjednoczone Królestwo). Z kolei Amandine Leonard, z Leuven University, (Belgia), zaprezentowała instytucję naduzycia prawa z patentu na wynalazek w świetle belgijskiego i francuskiego systemu prawnego, jako czynnik powodujący zróżnicowanie interpretacji. Środkom zabezpieczającym roszczenia w prawie patentowym w kontekście poszukiwania ich elastyczności, poświęcone było wystąpienie Rafała Sikorskiego z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (Polska). Panel zamykało wystąpienie Markety Trimble z Uniwersytetu w Newadzie, (USA), nt. Stosowania międzynarodowego prawa własności intelektualnej przez podmioty prywatne.

Nieco poetycki tytuł nosił panel „Wiele twarzy patentów”, który był prowadzony przez Reto Hilty z Instytutu Maxa Plancka w Monachium (Niemcy). Otwierał go referat Geertrui Van Overwalle, z Uniwersytetu w Leuven (Belgia) na temat funkcjonalnego pluralizmu oraz licencji otwartej. Z kolei zagadnienie zarodkowych komórek macierzystych, w kontekście moralności oraz ponadnarodowych ram w europejskim systemie patentowym, przedstawiła Aisling McMahon, Newcastle Law School, (Zjednoczone Królestwo). Analizę komparatystyczną pomiędzy prawem Stanów Zjednoczonych a prawem Korei Południowej przedstawił Mikyung Kim z Seoul National University College of Medicine, (Korea Południowa). Podstawą rozważań w tym wystąpieniu była sprawa Amgen v. Sandoz dotycząca podobieństwa produktów farmaceutycznych. O patentach jako funkcjonalnym pluralizmie w Afryce traktował referat Tumelo Mashabela z Uniwersytetu Południowej Afryki (RPA). Wystąpienie zamykające panel dotyczyło „Pakietu aktów prawnych dotyczących patentu jednolitego w ramach Unii Europejskiej”. Prelegent, Duncan Matthews, Instytutu Queen Mary, Uniwersytetu w Londynie, (Zjednoczone Królestwo) ukazał kontrowersje związane z tym zagadnieniem poprzez konwergencję, ale również realne ryzyko dywergencji.

Jubileuszowy Kongres Stowarzyszenia ATRIP zorganizowany w Krakowie podkreślił wkład polskiej nauki prawa własności intelektualnej w rozwój badań i doskonalenie procesu dydaktycznego. Stał się miejscem międzynarodowego dyskursu na temat dalszego rozwoju, problemów oraz nowych zagadnień w zakresie szeroko pojmowanego prawa własności intelektualnej.

Maciej Duda, Klaudia Łukta

## SPRAWOZDANIE Z OGÓLNOPOLSKIEJ KONFERENCJI NAUKOWEJ „PRZECIWDZIAŁANIE PATOLOGIOM NA RYNKU NIERUCHOMOŚCI”, OLSZTYN, 16 PAŹDZIERNIKA 2015 R.

W ostatnich latach zauważyć można tendencja wzrostu przestępczości na rynku nieruchomości. Jest to jeden z przejawów ogólnego trendu co raz większego zainteresowania sprawców przestępczością gospodarczą, w szczególności tą rozwijającą się w nowych obszarach, a jednocześnie zmniejszania się liczby tradycyjnych przestępstw kryminalnych. Przestępczość na rynku nieruchomości jest jedną z nowych form przestępczych dającą sprawcom możliwość zdobycia znacznie większych pieniędzy niż w przypadku przestępstw kryminalnych przy niższych zagrożeniach karnych grożących za tego typu przestępstwa. Definicji nieruchomości w polskim systemie prawnym jest wiele, jednakże odnieść należy się przede wszystkim do art. 46 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej, które stanowią odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków. Przedmiotem rozważań uczestników konferencji były zarówno przestępstwa na rynku nieruchomości *sensu stricto* jak i zachowania, których jednoznaczna kwalifikacja prawna często trudna jest do uchwycenia lecz niewątpliwie określić można je jako nieprawidłowości, nadużycia i patologie.

Konferencja odbyła się 16 października w budynku Biblioteki Uniwersyteckiej Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Zorganizowana została z inicjatywy Katedry Kryminologii i Polityki Kryminalnej Wydziału Prawa i Administracji UWM, Katedry Zasobów Nieruchomości oraz Katedry Gospodarki Nieruchomościami i Rozwoju Regionalnego Wydziału Geodezji, Inżynierii Przestrzennej i Budownictwa UWM. Współorganizatorami konferencji było Studenckie Koło Naukowe Kryminologii „Vestigium” WPiA UWM oraz Studenckie Koło Naukowe Gospodarki Nieruchomościami WGIPiB UWM. Spotkanie naukowe zostało otwarte przez Kierownika Katedry Kryminologii i Polityki Kryminalnej dr. hab. Wiesława Pływaczewskiego, prof. UWM. Podkreślił on wagę podjęcia naukowej dyskusji w przedmiotowym obszarze ze względu na możliwość wymiany doświadczeń między przedstawicielami środowiska naukowego oraz praktykami. Z uwagi na szeroką tematykę oraz dużą liczbę prelegentów obrady zostały podzielone na V sesji. Przewodniczącym I sesji był dr hab. Wiesław Pływaczewski, prof. UWM. Jako pierwszy w tej sesji wystąpił dr Piotr Ochman z referatem „Odpowiedzialność karna rzeczoznawcy majątkowego w świetle polskiego prawa i orzecznictwa sądowego”. Następnie dr Elżbieta Zębek omówiła jak kształtuje się „Ochrona środowiska i ochrona konserwatorska zabytków w planowaniu przestrzennym”. Tematem kolejnego wystąpienia, którego autorem byli dr Michał Pietkiewicz i dr inż. Marek Walacik była „Komisja odpowiedzialności zawodowej jako narzędzie przeciwdziałania nieprawidłowościom na rynku nieruchomości”. Problem „Patologii na rynku nieruchomości na przykładzie sektora energii wiatrowej” podjął natomiast dr hab. Wiesław Pływaczewski, prof. UWM. Następnie mł. insp. Piotr Zabuski wraz z kom. Rafałem Kot zaprezentowali referat poświęcony „Przykłodom patologii na rynku nieruchomości w praktyce policyjnej”. Kolejnymi prelegentami byli mgr inż. Katarzyna Kobylińska i dr hab. inż. Radosław Cellmer z referatem „Modelowanie i symulacje jako realizacja funkcji prognostycznej na rynku nieruchomości”. Obrady tej sesji zostały zakończone referatem dr. hab. Denisa Solodova i mgr Ilii Sołodova pt. „Rozwiązania prawne zapewniające bezpieczeństwo na rynku nieruchomości w Federacji Rosyjskiej”.

Sesja II pod przewodnictwem dr. Piotra Chlebowicza rozpoczęła się referatem dr. Michała Mariańskiego zatytułowanym „Spekulacja na rynku nieruchomości jako jedna z przyczyn kryzysu na rynkach finansowych”. Kolejne zagadnienie „Naruszenia zbiorowych interesów konsumentów na rynku nieruchomości w świetle wybranych decyzji Prezesa UOKiK” omówiła dr Beata Pachuca-Smulska. Trzecią prelegentką była dr Kamila Naumowicz, która przeanalizowała kwestię „Dostępu do informacji publicznej jako formy zapobiegania patologiom w obrocie nieruchomościami przez organy władzy publicznej”. Następnie mgr Sylwia Łazarewicz omówiła „Dzisiejsze problemy z dawnym dekretem – cywilnoprawne aspekty rewindykacji gruntów warszawskich”. Jako ostatnia w tej sesji plenarnej wystąpiła mgr Maria Jasińska referując temat „Grunty warszawskie – nowi właściciele i nowe reguły gry”.

Moderatorem sesji III był dr hab. Radosław Cellmer. Jako pierwszy dr Jerzy Akińcza omówił temat „Kolejne zawezwanie do próby ugodowej jako nadużycie uprawnienia procesowego. Problem realizacji umowy przyrzeczonej przeniesienia prawa własności do nieruchomości”. Następnie dr inż. Marek Ogryzek zaprezentował istotę „Rolnego Systemu Informacji Przestrzennej jako szansy zapobiegania patologiom na rynku nieruchomości rolnych”. Z kolei dr inż. Krystyna Kurowska i dr inż. Hubert Kryszk przedstawili rozważania dotyczące „Identyfikacji zasobu nieruchomości nabytych przez cudzoziemców w Polsce w latach 2010-2014”. „Wybrane problemy zarządzania wspólnotami mieszkani-

wymi powstałymi z zasobów spółdzielni mieszkaniowej” przeanalizował natomiast dr inż. Zbigniew Sujkowski. O „Zasadach oceny operatorów szacunkowych przez Komisję Odpowiedzialności Zawodowej (K.O.Z.)” mówił prof. dr hab. Ryszard Żróbek. Tematem ostatniego w tej części wystąpienia dr inż. Ady Wolny była „Problematyka nabycia udziału w nieruchomości”.

Kolejna, IV sesja plenarna, składająca się z referatów doktoranckich, odbyła się pod przewodnictwem dr. hab. Adama Bieranowskiego. Temat „Estetyki publicznej, a tzw. ustawy krajobrazowej” poruszyła mgr Malwina Treder. Drugi prelegent – mgr Bartosz Pawlak omówił zagadnienie „Ochrony krajobrazu wokół nielegalnego zbiornika wodnego a ochrona praw właściciela nieruchomości gruntowej do jej zabudowy”. Mgr Łukasz Szumkowski wspólnie z dr. Michałem Kurzyńskim zreferowali temat „Wielkie inwestycje budowlane a ochrona łągowisk ptasich”. Zagadnienie „Wpływu zmian w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego na wolny obrót nieruchomościami rolnymi” przedstawiła mgr Anna Klimach. Następnie mgr Monika Lachowicz omówiła „Patologie w systemie sprzedaży nieruchomości”. Kolejna prelegentka – mgr Joanna Wiśniewska zaprezentowała „Szczególną rolę notariusza w zapewnieniu bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami”. Z kolei mgr Paulina Siejka-Wieczerycka poddała analizie problem „Prowadzenia bez uprawnień zawodowych działalności zawodowej w zakresie rzeczoznawstwa majątkowego w świetle przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami”. Przedostatnim prelegentem był mgr Michał Wdowiak z referatem „Zakres przedmiotowy ustawy deweloperskiej – refleksje nad głosami praktyki, nauki i orzecznictwa”. Tą część konferencji zakończył referat mgr Joanna Rybicka-Ziarko pt. „Propozycja wprowadzenia wyłącznego prawa do korzystania z zamkniętych rachunków powierniczych – ocena zasadności zmian”.

Sesja V moderowana była przez dr Jerzego Akińczę. Podczas tej sesji swoje wystąpienia zaprezentowali studenci. Karolina Reczkowska przedstawiła temat „Ograniczenia sprzedaży zabytku”. Paweł Banul poruszył zagadnienie „Praktyki obrotu nieruchomościami zabytkowymi na przykładzie miasta Łodzi”. Następnie Agnieszka Moczulska zaprezentowała wystąpienie „Czy obszary chronione są przeszkodą inwestycyjną? Utrudnienia dotyczące inwestycji na wybranych rodzajach obszarów chronionych i procedury umożliwiające rozwój przemysłu bez szkody dla przyrody”. Kolejna referentka – Julita Przeradzka omówiła „Problem procedury uzyskania zezwolenia na nabycie przez cudzoziemca prawa własności nieruchomości oraz okoliczności warunkujące uzyskanie takiego pozwolenia”. W następnym wystąpieniu Sylwia Matura przedstawiła „Obowiązki właściciela względem najemcy i posiadacza w kontekście wydania nieruchomości”. Następnymi prelegentami byli Mikołaj Duś z tematem „Działalność deweloperska a ochrona nabywców lokali” oraz Mateusz Kryzba, który zaprezentował referat „Wnioski *de lege ferenda* w świetle funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych”. Analizę „Problematyki budowy w świetle podatku od nieruchomości” podjął Mateusz Lewandowski, zaś Dariusz Mańka omówił aspekty „Wystąpienia o warunki zabudowy jako instrumentu spekulacyjnego podniesienia wartości nieruchomości”. Maciej Ratajczak przedstawił zaś referat „Nieprawidłowości w zarządzaniu nieruchomościami”. Ostatnie wystąpienie w tej części konferencji należało do mgr Adrianny Tymienieckiej, która scharakteryzowała „Wybrane patologie gospodarcze na tle funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych”.

Należy nadmienić, że organizatorom udało się spełnić cele konferencji jakimi było: wymiana poglądów na temat efektywnych metod zapobiegania patologiom na rynku nieruchomości, networking środowiska naukowego z praktykami w zakresie zarządzania oraz obrotu nieruchomościami, zaprezentowanie wyników badań przedstawicieli środowiska naukowego w zakresie analiz rynku nieruchomości, ukazanie przyczyn możliwych patologii na rynku nieruchomości oraz przestawienie dobrych praktyk w zakresie wyceny, zarządzania i obrotu nieruchomościami.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że ogromnym sukcesem konferencji była bardzo wysoka frekwencja oraz duża aktywność zgromadzonej publiczności podczas każdej z pięciu dyskusji panelowych kończących poszczególne sesje. Dowodziło to zasadności podjęcia tematyki przeciwdziałania patologiom na rynku nieruchomości jest niezwykle istotnego i aktualnego. Uczestnicy konferencji zgodnie uznali, iż zachodzi konieczność kontynuowania tego wątku badawczego. Podkreślić również należy, iż zgodnie z tradycją Katedry Kryminologii i Polityki Kryminalnej wygłoszone podczas konferencji referaty opublikowane zostaną w postaci monografii naukowej, która ukaże się w 2016 roku.



Łukasz Brózda

## RECENZJA MARCIN MAZUR: PENALIZACJA PRANIA PIENIĘDZY, WARSZAWA: BIURO RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH 2014.

Recenzowana pozycja stanowi wycinek rozprawy doktorskiej M. Mazura o nieznanym tytule (s. 5). We wstępie autor zgrabnie przytacza definicję „prania pieniędzy” na gruncie dokumentów Parlamentu Europejskiego oraz ustawodawstwa polskiego (s. 6-7). Popęłił przy tym błąd dydaktyzmu, tłumacząc znaczeniową różnicę pomiędzy penalizacją a kryminalizacją. Z jej istnienia powinien sobie bowiem zdawać sprawę przeciętny student prawa. Autor trafnie zauważa, że podejmując problem przedstawienia najważniejszych zagadnień dotyczących penalizacji prania pieniędzy należy odnieść się zarówno do dorobku doktryny, jak i orzecznictwa w tym zakresie. Jednak dobór najważniejszej literatury jest arbitralny i nie zawiera kryterium takiej, a nie innej decyzji (s. 10). Wprawdzie autor opisuje strukturę pracy (s. 15-18), to jednak nie stawia wyraźnej tezy, wokół której oscylują prowadzone przez niego rozważania. Nie wystarczy bowiem wspomnieć, iż obecna regulacja art. 299 k.k. wymaga zmiany (s. 14).

W rozdziale pierwszym (s. 19-64) w pierwszej kolejności podjęto zagadnienie etymologii i definicji prania pieniędzy. Następnie skupiono się na uwarunkowaniach ekonomiczno-prawnych kraju, w którym dokonuje się prania pieniędzy (s. 22-26). Niestety autor nie zadał sobie trudu analizy tych czynników, a jedynie przez wyliczenie omówił najbardziej atrakcyjne kraje pod kątem prania pieniędzy. Podobnie niedokładny jest *passus* dotyczący celów i skutków prania pieniędzy oraz skali tego zjawiska w Polsce i na świecie. W pierwszym przypadku niezrozumienie budzi wyróżnienie sektora bankowego jako podmiotu rynku finansowego najbardziej narażonego na pranie pieniędzy (s. 27). W drugim natomiast brakuje omówienia liczbowych szacunków, które autor zaczerpnął z różnych źródeł (s. 33-34). W tym kontekście pobieżna jest analiza podmiotów dokonujących prania pieniędzy i źródeł pochodzenia pranych pieniędzy (s. 36-50). Nie jest tak, iż proceder prania pieniędzy zawsze wiąże się z przestępczością zorganizowaną (s. 37). Oprócz tego nie potrzebne było omówienie możliwych, skutecznych reakcji na przestępczość zorganizowaną (s. 41). Wątek ten należało ściśle powiązać z zagadnieniem prania pieniędzy. W aspekcie źródeł prania pieniędzy autor słusznie zwraca uwagę na coraz większe znaczenie rozwoju sieci internetowych w związku z tym przestępstwem (s. 48). Po raz kolejny nie wyprowadza jednak wniosków o ogólnym charakterze. Natomiast kwestia etapów i metod prania pieniędzy (s. 50-64) jest omówiona poprawnie. Autor rzetelnie przytacza wiedzę ze znanych opracowań w tym zakresie.

Rozdział drugi dotyczy przestępstwa prania pieniędzy (s. 65-140). Rozważania rozpoczynają się od analizy dobra chronionego przez art. 299 k.k. Autor wykorzystuje przy tym rozważania poczynione przez Marka Prengela. Czyni to jednak w sposób bezkrytyczny i niemal zupełnie nie odwołuje się do podejść konkurencyjnych. Omawiając zaś przestępstwo określone w art. 299 § 1 k.k. autor wyróżnia podmiot, przedmiot i znamiona określające czynność sprawczą. W aspekcie podmiotowym stwierdza on, iż przestępstwo prania pieniędzy jest przestępstwem powszechnym. W odniesieniu do przedmiotu M. Mazur wkiła się w spór pomiędzy definicjami legalnymi i definicjami abstrahującymi od definicji legalnych w odniesieniu do pojęcia środków płatniczych (s. 73-74). Sporu tego jednak nie rozwiązuje. Natomiast sposób prowadzenia wywodu powoduje, że tok rozumowania autora staje się zupełnie niejasny. Godnym podkreślenia jest przy tym, iż wskazane wątpliwości doktryny dotyczące przestępstwa prania pieniędzy autor stara się rozstrzygnąć odwołując się do orzecznictwa (s. 88-90). Analizując zaś znamiona czynu zabronionego z art. 299 § 1 k.k. M. Mazur postuluje szczegółową analizę określającą czynność sprawczą. Odwołując się do doktryny (s. 101-103) uważa on, że wszystkie czynności sprawcze są karalne pod warunkiem, iż mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie lub orzeczenie przepadku (s. 104). Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do podmiotowej strony czynu zabronionego, który może działać z zamiarem bezpośrednim, jak i z zamiarem ewentualnym (s. 108). Warto przy tym zaznaczyć, iż nadzwyczaj myląca jest strategia autora przy omawianiu przestępstwa określonego w art. 299 § 5-7 k.k. (s. 109-140), ponieważ dwóm pierwszym paragrafom autor poświęca zaledwie kilka stron, niemal całkowicie skupiając się na problematyce przepadku określonego w trzecim z wymienionych paragrafów. Uwikłanie się w analizy doktrynalne wydaje się zacierać ideę tego środka karnego.

W rozdziale trzecim (s. 141-226) skupiono się na badaniu akt sądowych dotyczących prania pieniędzy. Badania te zostały przeprowadzone w oparciu o akta prawomocnie zakończonych postępowań karnych, w których zapadły wyroki skazujące na mocy art. 299 § 1 k.k. Badaniem objęto 44 sprawy prowadzone w latach 2003-2007 z dziesięciu sądów z terenu całej Polski. Celem któremu przyświecały te badania było zbadanie: jak w praktyce następuje realizacja znamion czynu zabronionego, jak czyn zabroniony jest opisywany oraz jak przebiega postępowanie wykonawcze zapadłego orzeczenia. Jak traktuje tytuł tego rozdziału autor bazuje na studiach przypadków, które mają stanowić podstawę dla posta-

wionych przez niego problemów. Trzeba z przykrością przyznać, iż na postawie ich analizy autor nie wyprowadza żadnych wniosków o charakterze ogólnym. Wprawdzie podejmuje on wysiłek wyróżnienia wspólnych aspektów dla tych spraw (s. 144-155), to czyni to w taki sposób, że perspektywa ta ucieka czytelnikowi. A dzieje się tak, dlatego, iż M. Mazur bez potrzeby epatuje orzecznictwem. O wiele bardziej korzystne byłoby raczej zrezygnowanie z wymieniania tak wielkiej liczby spraw, a skupienie się na faktycznie założonych celach.

Rozdział czwarty (s. 227-258) dotyczy regulacji międzynarodowych w zakresie prania pieniędzy. Tekst ten mógłby zostać pominięty bez uszczerbku dla merytorycznej zawartości pracy. Autor omawia bowiem 40 zaleceń FATF, zalecenia Rady Europy oraz akty ONZ i dyrektywy UE, które są powszechnie znane. Większość ustaleń autora ma charakter wyliczenia, któremu brakuje oryginalnego komentarza, a taki może być przecież dokonany, o czym świadczy chociażby praca M. Prengela (s. 250). Z kolei w zakończeniu (s. 259-270) autor dokonuje rekapitulacji uzyskanych przez siebie wyników. Słusznie widzi on ograniczenia swoich badań, stwierdzając że celem jego publikacji nie było analizowanie całego systemu przeciwdziałania praniu pieniędzy, lecz tylko niektórych wybranych jego aspektów. Można stwierdzić, że mimo dostrzeżonych wyżej usterek formalnych i merytorycznych zamierzenie M. Mazura zasadniczo zakończyło się powodzeniem. Uwagi tej nie można niestety odnieść do edycyjnej warstwy pracy. Brakuje w niej bowiem wykazu skrótów, indeksu rzeczowego, wykazu literatury i streszczenia w języku polskim. Przed kolejnym wydaniem uzupełnienia te powinny być poczynione po to, aby ułatwić czytelnikowi lekturę tej pożytecznej publikacji.

Karolina Rzeczkowska, Przemysław Grzeško

## POSTĘPOWANIE DYSCYPLINARNE WOBEC FUNKCJONARIUSZA SŁUŻBY WIĘZIENNEJ

### 1. Stan faktyczny

Funkcjonariusz Służby Więziennej Jan Kowalski doprowadził do śmiertelnego wypadku drogowego, prowadząc samochód pod wpływem znacznej ilości alkoholu. Wskutek tego zdarzenia postanowiono o tymczasowym aresztowaniu sprawcy. Pod znakiem zapytania staje się odbywanie przez Jana Kowalskiego służby w Zakładzie Karnym w Brzózkach, który z zamiarem wszczęcia postępowania dyscyplinarnego poszukuje podstawy prawnej umożliwiającej zwolnienie pracownika z uwagi na narażenie na uszczerbek opinii Zakładu Karnego i Służby Więziennej. Rozważenia wymaga kwestia, czy jedynie prawomocny wyrok skazujący może przesądzić o zwolnieniu pracownika, czy też może on być zwolniony jeszcze przed zakończeniem postępowania karnego.

### 2. Stan prawny

Uprawnienie do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego posiada przełożony dyscyplinarny (tj. odpowiedni kierownik jednostki organizacyjnej). Wyjątkowo do wszczęcia postępowania uprawniony jest wyższy przełożony dyscyplinarny (np. Dyrektor Generalny Służby Więziennej) i jego uprawnienie jest znacznie szersze, ponieważ może wszcząć postępowanie, jeżeli w jego ocenie jest to konieczne z uwagi na charakter sprawy. Posługując się formułą „w jego ocenie”, ustawodawca pozostawił mu szeroki zakres swobodnego uznania.

Zgodnie z zapisami ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. 2010 nr 79 poz. 523 z późn. zm.) postępowanie dyscyplinarne jest wszczynane, jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie popełnienia przez funkcjonariusza przewinienia dyscyplinarnego. Funkcjonariusz odpowiada dyscyplinarnie za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego polegającego na naruszeniu dyscypliny służbowej lub za czyny sprzeczne ze złożonym ślubowaniem. Naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn funkcjonariusza popełniony umyślnie lub nieumyślnie polegający na naruszeniu dobrego imienia służby lub na przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych. Z zapisów ustawowych można zatem wnioskować, że przekroczenie obowiązków jest związane *stricte* ze sprawowaniem obowiązków służbowych, tym bardziej, że ustawodawca sporządził otwarty katalog przykładów naruszenia dyscypliny służbowej, stanowiąc, że są to w szczególności:

- 1) odmowa wykonania albo niewykonanie polecenia lub rozkazu przełożonego bądź organu uprawnionego na podstawie ustawy do wydawania poleceń funkcjonariuszom;
- 2) zaniechanie czynności służbowej albo wykonanie jej w sposób nieprawidłowy;
- 3) niehumanitarne traktowanie, uwłaczające godności osób pozbawionych wolności;
- 4) niedopełnienie obowiązków służbowych albo przekroczenie uprawnień określonych w przepisach prawa;
- 5) wprowadzenie w błąd przełożonego lub innego funkcjonariusza, jeżeli wyrządziło to lub mogło wyrządzić szkodę służbie lub innej osobie;
- 6) postępowanie przełożonego przyczyniające się do rozluźnienia dyscypliny służbowej;
- 7) stawienie się do służby w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka oraz spożywanie alkoholu lub podobnie działającego środka w czasie służby;
- 8) utrata służbowej broni palnej, amunicji lub legitymacji służbowej;
- 9) utrata przedmiotu stanowiącego wyposażenie służbowe, którego wykorzystanie przez osoby nieuprawnione wyrządziło szkodę obywatelowi lub stworzyło zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa powszechnego;
- 10) utrata dokumentu zawierającego informacje stanowiące tajemnicę państwową lub służbową;
- 11) nadużycie zajmowanego stanowiska służbowego lub służby dla osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej;
- 12) samowolne oddalenie się funkcjonariusza z rejonu zakwaterowania, jeśli pełni służbę w systemie skoszarowanym, a także nieusprawiedliwione opuszczenie lub niestawienie się w miejscu pełnienia służby.

Żadna z powyższych przesłanek nie ma zastosowania do niniejszego stanu faktycznego. Ustawodawca jednak, biorąc pod uwagę zróżnicowany charakter czynów mogących ewentualnie godzić w wykonywanie obowiązków wynikających z odbywania służby w zakładach karnych i aresztach śledczych, ustanowił drugą przesłankę, tj. naruszenie dobrego imienia służby.

Nie bez przyczyny ustawodawca wyposażył za pomocą art. 115 § 13 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.) pracownika Służby Więziennej w status funkcjonariusza publicznego,

który z jednej strony przewiduje wzmożoną odpowiedzialność karną osób dopuszczających się zamachu na funkcjonariuszach pełniących obowiązki, ustanawiając karę wobec takiego sprawcy jako surowszą wobec analogicznego zachowania się sprawcy wobec innych podmiotów, a jednocześnie z drugiej strony wobec tak szczególnej ochrony, funkcjonariusze winni sprawować powierzone im zadania w niezakłócony sposób, pozbawiony jakichkolwiek wypaczeń nie tylko w zakresie obowiązków służbowych, ale również natury moralnej i etycznej.

Analiza zapisów ustawowych nie wskazuje tego w sposób precyzyjny, jednakże jak wynika z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 czerwca 2006 r. sygn. akt II SA/Wa 249/2006, podstawę do zwolnienia funkcjonariusza Służby Więziennej obejmują nie tylko zachowania popełnione podczas służby, ale także czyny poza służbą, które powodują nie tylko wszczęcie wobec funkcjonariusza postępowania karnego pod zarzutem popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z urzędu, co utratę jednego z przymiotów funkcjonariusza Służby Więziennej w postaci nieposzlakowanej opinii. I choć wyrok niniejszy oparty jest na poprzednim stanie prawnym, tj. ustawie z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. 1996 nr 61 poz. 283), która jako przesłankę do zwolnienia dyscyplinarnego wymieniała „ważny interes służby”, to jednak słusznym wydaje się utożsamianie aktualnego zapisu o „dobrym imieniu służby” z poprzednim.

Zgodnie z zapisami wskazanego wyroku, na funkcjonariuszu państwowym ciąży szczególny obowiązek przestrzegania prawa, a status funkcjonariusza Służby Więziennej wiąże się z nieskazitelnym charakterem i nieposzlakowaną opinią. Stosunek służbowy funkcjonariuszy Służby Więziennej nie jest zwykłym stosunkiem pracy i wymagania stawiane funkcjonariuszom z natury muszą być wyższe. Niezależnie od wyroku jaki zapadnie w sprawie, zaistniałe fakty powodują utratę zaufania i narażenie przez funkcjonariusza dobrego imienia służby, co może stanowić wystarczającą przesłankę do zwolnienia ze służby. Można zatem wnioskować, iż niezależnie od prawnokarnej oceny popełnionego przez funkcjonariusza Służby Więziennej czynu, zasadnym jest rozważenie jego zwolnienia jeszcze przed wydaniem prawomocnego wyroku skazującego.

Podkreślenia wymaga, że dla zastosowania ustawy o Służbie Więziennej nie ma znaczenia wynik postępowania karnego, a tym samym ustalenie, czy skarżący istotnie popełnił zrzucany mu czyn. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzając do ustawy o Służbie Więziennej tę szczególną regulację prawną dotyczącą zwolnienia ze Służby Więziennej ustawodawca umożliwił eliminowanie ze struktur tej formacji funkcjonariuszy, w stosunku do których pojawił się choćby cień podejrzenia o popełnienie czynu nielicującego z pełnioną funkcją i to niekoniecznie podlegającego odpowiedzialności karnej, jednakże powodującego ujemne skutki w postaci utraty dotychczasowego wizerunku Służby Więziennej w społeczeństwie.

Podstawa prawna:

1. Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. 2010 nr 79 poz. 523 z późn. zm.).
2. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.).
3. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w wyroku z dnia 9 czerwca 2006 r. sygn. akt II SA/Wa 249/2006.
4. Ustawa z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. 1996 nr 61 poz. 283).

## INFORMACJE O AUTORACH

**Paweł Aptowicz** - student V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego w Olsztynie. Wielokrotny prelegent na konferencjach ogólnopolskich, członek Rady Wydziału Prawa i Administracji UWM, członek Rady Wydziałowej Samorządu Studenckiego WPiA, przewodniczący Studenckiego Koła Naukowego Praw Człowieka Ius Homini, przewodniczący Studenckiego Koła Naukowego Prawa Podatkowego.

**Weronika Baran** - studentka III roku Prawa i I roku Bezpieczeństwa wewnętrznego na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu. Interesuje się szeroko rozumianym prawem karnym. Za osiągnięcia naukowe otrzymuje liczne stypendia – Stypendium rektora dla najlepszych studentów oraz Stypendium starosty powiatu kartuskiego. Angażuje się w działalność na Wydziale Prawa i Administracji UMK – prezes Studenckiego Koła Naukowego Prawa Karnego działającego przy Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, organizuje liczne konferencje, spotkania z pracownikami i praktykami.

**Paulina Belowska** – studentka IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko - Mazurskiego w Olsztynie.

**Łukasz Brózda** - ukończył jednolite studia prawnicze w Wydziale Prawa i Administracji UR, gdzie też jest doktorantem. Obecnie jest on także Kierownikiem Działu Prawnego RAWECO z Rudnej Małej koło Rzeszowa.

**Łukasz Chyla** - autor jest studentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

**Paulina Czemieli** - I rok studiów doktoranckich na Uniwersytecie w Białymstoku, Wydział Prawa, Katedra Prawa Cywilnego, Zakład Prawa Handlowego.

**Agnieszka Czyżewska-Skalska** - Uniwersytet Gdański Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki Doktorantka – poza systemem studiów doktoranckich.

**Maciej Duda** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Kryminologii i Polityki Kryminalnej na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie.

**Andrzej Dzikowski** - student V roku medycyny weterynaryjnej i V roku prawa w Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie, vice-przewodniczący Studenckiego Koła Naukowego „Romanitas”.

**Bartłomiej Gadecki** – doktor nauk prawnych. Absolwent prawa Uniwersytetu Gdańskiego. Ukończył Podyplomowe Studia Prawa Handlowego na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu i Podyplomowe Studia Problematyki Zorganizowanej Przestępczości i Terroryzmu na Uniwersytecie Warszawskim. Odbył aplikację prokuratorską zakończoną zdaniem egzaminu prokuratorskiego. Prokurator Rejonowy Olsztyn-Północ w Olsztynie

**Justyna Gałędek** - magister, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

**Jakub Grygutis** - Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Pracy i Polityki Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego. W zakresie działalności naukowej prowadzi badania nad projektem pt. „Ku lepszemu ochronie praw pracowniczych na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej. Implementacja dyrektyw o ochronie pracowników delegowanych w różnych państwach członkowskich” w ramach programu „Diamentowy Grant”. Jest autorem ok. 10 publikacji naukowych. Do jego zainteresowań należy: prawo pracy, prawo europejskie, prawo ochrony danych osobowych oraz prawo zabezpieczenia społecznego

**Przemysław Grzeško** - student V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

**Piotr Herman** - absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, doktorant w katedrze prawa finansowego Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.

**Kinga Jankowska** - absolwentka Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, a obecnie doktorantka w Katedrze Procesu Karnego na Wydziale Prawa i Administracji tegoż Uniwersytetu.

**Adrian Jarzynka** - student III roku Energetyki na Wydziale Nauk Technicznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Zainteresowania autora skupiają się głównie na odnawialnych źródłach energii.

**Paweł Kardasz** - aplikant radcowski, doktorant w Katedrze Postępowania Administracyjnego i Sadowo-administracyjnego UWM w Olsztynie.

**Natalia Kociak** - Studentka ostatniego roku doradztwa podatkowego na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu. Uczestniczka licznych ogólnopolskich i międzynarodowych konferencji z zakresu prawa podatkowego. Laureatka konkursu na głosę organizowanego przez Centrum Dokumentacji i Studiów Podatkowych Uniwersytetu Łódzkiego.

**Katarzyna Kochel** – doktorantka II roku studiów doktoranckich na Uniwersytecie Łódzkim na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Postępowania Karnego i Kryminalistyki

**Aleksandra Kojadyńska** - studentka III roku na kierunku Prawo na wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, członek koła Nauk Penalnych „NEMEZIS” oraz Koła Naukowego Psychiatrii Sądowej, członek redakcji czasopisma naukowego „Kortowski Przegląd Prawniczy”.

**Karolina Kosiorek** - studentka III roku Energetyki na Wydziale Nauk Technicznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, ambasador firmy Michelin na UWM oraz członek Rady Wydziałowej Samorządu Studenckiego.

**Małgorzata Kozłowska** - studentka III roku stacjonarnych studiów doktoranckich na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Instytutu Nauk Administracyjnych w Zakładzie Prawa Administracyjnego. Jej zainteresowania naukowe dotyczą funkcjonowania i organizacji domów pomocy społecznej jako zakładów administracyjnych oraz korupcji w sektorze publicznym, a w szczególności w administracji publicznej i metod jej zwalczania. Na co dzień wykonuje zawód adwokata w ramach Kancelarii Prawnej Leader Lawyers we Wrocławiu (wpisana na listę adwokatów prowadzoną przez Okręgową Radę Adwokacką we Wrocławiu). Sprawuje funkcję Wiceprzewodniczącej Sądu Arbitrażowego przy Stowarzyszeniu Brokerów Ubezpieczeniowych w Polsce. Jest ekspertem krajowy w ramach Legal Expert Advisory Panel oraz członkiem organizacji międzynarodowej Fair Trials International.

**Małgorzata Lubowiecka** - studentka I roku Administracji Niestacjonarnej na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, lat 37, zainteresowania : działalność administracji publicznej, polityka

**Daniel Lubowiecki** - student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Prezes Studenckiego Koła Naukowego Europejskiej Tradycji Prawnej oraz członek Studenckiego Koła Naukowego Praw Człowieka „IUS HOMINI”.

**Klaudia Łukta** – absolwentka Bezpieczeństwa Wewnętrznego na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, była prezes Studenckiego Koła Naukowego Kryminologii „Vestigum”.

**Piotr Olechowski** - autor jest studentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

**Paulina Paleń** - obecnie studentka IV roku prawa na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie. Autorka wielu publikacji naukowych z zakresu prawa i procesu karnego, jak również prawa cywilnego, głównie w aspekcie spraw rodzinno – opiekuńczych.

**Monika Piekarska** - studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego w Olsztynie. Wielokrotna prelegentka na konferencjach ogólnopolskich, członek Rady Wydziałowej Samorządu Studenckiego WPiA, Przewodnicząca Studenckiego Koła Naukowego Prawa Rzymskiego ROMANITAS, członek SKN Praw Człowieka Ius Homini oraz SKN Prawa Podatkowego.

**Tomasz Polanowski** - aplikant adwokacki Pomorskiej Izby Adwokackiej w Gdańsku.

**Joanna Radziszewska** - absolwentka Wydziału Prawa i Administracji na Uniwersytecie Gdańskim. W kwietniu 2001 r. obroniła pracę magisterską z zakresu pracowniczej partycypacji w zarządzaniu przedsiębiorstwem. Od 2005 r. wykonuje zawód radcy prawnego. Bardzo aktywna zawodowo - była pełnomocnikiem w wielu prestiżowych procesach pracowniczych, a także prowadziła szkolenia z zakresu prawa pracy dla pracowników spółek Skarbu Państwa. Specjalizuje się w prawie mediów, prawie reklamy, a także prawie autorskim i prawie pracy. W roku 2016 podjęła Studia Doktoranckie w Zakresie Prawa na Uniwersytecie Gdańskim. Obecne zainteresowania naukowe koncentrują się na zagadnieniach z pogranicza prawa mediów, prawa nowych technologii i prawa reklamy.

**Karolina Rzeczkowska** - studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

**Roksana Sadzuga** – doktorantka I roku studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie w Katedrze Procesu Karnego.

**Marek Salamonowicz** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie.

**Katarzyna Siemion** - doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego – Zakład Prawa Handlowego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

**Magdalena Suska** - studentka II roku Administracji, studiów magisterskich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, członek Studenckiego Koła Naukowego Administratywistów WPiA UŁ.

**Dajana Śmigiel** - studentka drugiego roku prawa, studiów stacjonarnych jednolitych magisterskich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

**Viviana Wylonk** – studentka V roku studiów magisterskich na kierunku prawo na Wydziale prawa i Administracji UWM w Olsztynie.

**Magdalena Zglińska** - urodzona 22 kwietnia 1993 roku w Golubiu-Dobrzyniu; ukończyła gimnazjum i liceum o profilu humanistycznym w Zespole Szkół nr 1 im. Anny Wazówny w Golubiu-Dobrzyniu w 2012 roku; obecnie studentka V roku Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie; napisała pracę magisterską pt. Kara ograniczenia wolności w polskim systemie prawnym, aspekty prawnokarne i wykonawcze; otrzymała certyfikat za wygłoszenie referatu pt. Problematyka indywidualizacji kary ograniczenia wolności na etapie postępowania wykonawczego podczas konferencji naukowej na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu

