The European Law Students' Association

POLAND

Przegląd Prawniczy Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA Poland

ELSA Poland
Law Review

Zeszyt IV

Warszawa 2016

Redakcja:

Aleksandra Rudnicka – redaktor naczelny
Magdalena Nowak – zastępca redaktora naczelnego
Rafał Sokół, Marta Musiałkiewicz

Rada Naukowa:

prof. zw. dr hab. Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
prof. zw. dr hab. Tadeusz Ereciński
prof. zw. dr hab. Roman Hauser
prof. zw. dr hab. Jerzy Małecki
prof. zw. dr hab. Jerzy Poczobut
prof. UW dr hab. Aleksandra Wiktorowska
prof. US dr hab. Zbigniew Kuniewicz
prof. UAM dr hab. Adam Olejniczak

ISSN 2299–8055

ZESZYT IV

Adres redakcji:

al. Stanów Zjednoczonych 72/30
04-036 Warszawa

Wydawca:

Europejskie Stowarzyszenie Studentów Prawa ELSA Poland

al. Stanów Zjednoczonych 72/30, 04-036 Warszawa
www.elsa.org.pl

Nakład: 300 egzemplarzy

Druk:
Totem.com.pl

ul. Jacewska 89

88-100 Inowrocław

Korekta językowa: Kinga Szewczyk

Korekta: Magdalena Korczyńska

PARTNERZY GŁÓWNI PUBLIKACJI

PARTNER PUBLIKACJI

PATRONI HONOROWI PRZEGLĄDU PRAWNICZEGO

ELSA POLAND:

Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej

Przewodniczący Krajowej Izby Doradców Podatkowych

PATRONI HONOROWI ELSA POLAND:

Prezes Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego

Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego

Prof. Ewa Łętowska

Prof. Marek Safjan

Spis treści

Mateusz Oleksy
Wspólnotowy system ochrony oznaczeń geograficznych produktów rolnych i spożywczych. Analiza efektywności ochrony zapewnianej przez regulacje europejskie w odniesieniu do obowiązujących przepisów krajowych 9

Barbara Odrobińska
Klauzula sumienia w prawie medycznym i farmaceutycznym 29

Magdalena Nazimek
Stosowanie klauzuli sumienia na tle konfliktu wartości najwyższych 49

Karolina Krzeszowska
Timeshare w prawie unijnym i regulacji krajowej 69

Katarzyna Doroszewska
Pozbawienie wolności w polskim systemie prawnym po 2015 roku 89

Dagmara Dragan, Tomasz Marzec
Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące służebności przesyłu jako naruszenie prawa człowieka do własności 101

Teresa Michalska
Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez organ władzy publicznej 121

Ewelina Kita
Umowa o pracę na czas określony w świetle nowelizacji Kodeksu pracy z dnia 25 czerwca 2015 r. 135

Łukasz Buczek
Zmiany naprawcze w instytucji kary łącznej (w art. 85 § 3 k.k.) w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 2016 r. – próba oceny 151

Klaudia Mokrzewska
Kilka uwag o postępowaniu dowodowym przed sądem odwoławczym po zmianach Kodeksu postępowania karnego 169

Zuzanna Witek
Bezstronność sędziowska oraz jej naruszanie przez sędziów trybunałów międzynarodowych 183

Magdalena Fitzner
Ograniczenia ochrony prawa do wizerunku na przykładzie działalności medialnej 207

Aleksandra Młoczkowska
Europejski standard ochrony prawa do wolności słowa a przestępstwo zniesławienia w polskim Kodeksie karnym 229

Katarzyna Smyk
Prawno-międzynarodowe aspekty dzieci-żołnierzy w konfliktach zbrojnych 251

Janusz Tomczak
Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt III CZP 11/15 .. 263

Contents

Mateusz Oleksy
European Community system of protection of geographical indications for agricultural products and foodstuff. Analysis of the effectiveness of the protection provided by the EU regulations compared to national legislatio....9

Barbara Odrobińska
Conscience clause in medical and pharmaceutical clause 29

Magdalena Nazimek
The use of conscience clause and the highest values conflict....49

Karolina Krzeszowska
Timeshare in European and national legislation 69

Katarzyna Doroszewska
Imprisonment in Polish legal system after 2015 89

Dagmara Dragan, Tomasz Marzec
Supreme Court's jurisprudence regarding transmission easement's cases as a violation of human right to ownership 101

Teresa Michalska
Responsibility for damage inflicted by public authority.... 121

Ewelina Kita
Employment contract for definite period in light of amendment to the Labour Code of 25 June 2015 135

Łukasz Buczek
Corrective changes in the mechanism of aggregate sentence (Article 85 § 3 of the Criminal Code) in the light of amendment of the Criminal Code of 2016 – an assessment effort. 151

Klaudia Mokrzewska
A few remarks about evidentiary hearing in courts of appeals following amendments to the Code of Criminal Procedure.... 169

Zuzanna Witek
Judicial impartiality and its violations by judges in international tribunals 183

Magdalena Fitzner
Limitation on protection of image on the example of media activity....207

Aleksandra Młoczkowska
The European standard of protection of freedom of expression and criminal defamation in the Polish Criminal Code.... 229

Katarzyna Smyk
International legal aspects of child soldiers in armed conflicts.... 251

Janusz Tomczak
Gloss to Supreme Court's resolution from 17th April 2015, case ID III CZP 11/15.... 263

SŁOWO WSTĘPNE

Z prawdziwą przyjemnością przedstawiam Państwu najnowsze, czwarte już wydanie „Przeglądu Prawniczego". Ta wyjątkowa pozycja zbiera najlepsze, wyróżnione na ogólnopolskich konkursach teksty studentów i doktorantów prawa, recenzowane przez pracowników naukowych czołowych uczelni wyższych z całej Polski.

Zainteresowania autorów obejmują wszelkie dziedziny prawa, takie jak prawo pracy, karne czy gospodarcze, co wyraźnie widać w doborze tematów rozpraw. Tegoroczne prace poruszają tak ważne i aktualne kwestie, jak nowelizacja Kodeksu karnego z 2015 roku, klauzula sumienia lekarzy i farmaceutów, ochrona własności intelektualnej na arenie międzynarodowej czy inne współczesne wyzwania stojące przed prawem międzynarodowym.

Poszukiwanie i opracowywanie tak poważnych tematów ukazuje zaangażowanie młodych ludzi, ich potrzebę intelektualnego rozwoju, stawiania sobie wyzwań, a także zadaje kłam powszechnemu przekonaniu o lenistwie i braku ambicji studentów. Naczelna Rada Adwokacka od lat z niesłabnącą radością oraz satysfakcją śledzi i wspiera poczynania Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA Poland. Zachęcam jego członków – i nie tylko – do włączania się w podobne inicjatywy, które rozwijają umiejętności, poszerzają horyzonty i pomagają przygotować się do wykonywania w przyszłości wymagającego zawodu adwokata.

Wydaje się, że zwłaszcza w obecnych czasach gruntowne kształcenie wysoko wykwalifikowanej kadry prawniczej ma ogromne znaczenie. Adwokatura pokłada nadzieje w młodym pokoleniu prawników, którzy już niedługo staną się jej twarzą. Nie ustawajcie zatem Państwo w swojej ciężkiej pracy na studiach, zdobywaniu specjalistycznej wiedzy, poszukiwaniu nowych pól zainteresowań, poszerzaniu horyzontów. Możecie być pewni, że taka postawa zaprocentuje w bliskiej przyszłości.

Z życzeniami ciekawych dyskusji po lekturze
Adw. Andrzej Zwara
Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej

Mateusz Oleksy
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

WSPÓLNOTOWY SYSTEM OCHRONY OZNACZEŃ GEOGRAFICZNYCH PRODUKTÓW ROLNYCH I SPOŻYWCZYCH. ANALIZA EFEKTYWNOŚCI OCHRONY ZAPEWNIANEJ PRZEZ REGULACJE EUROPEJSKIE W ODNIESIENIU DO OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISÓW KRAJOWYCH

Problematyka ochrony prawnej oznaczeń geograficznych na szczeblu krajowym oraz wspólnotowym stała się w ostatnim czasie tematem dość popularnym. Powodem tego było podjęcie przez Komisję Europejską prac dotyczących rozszerzenia zakresu regulacji wspólnotowych w przedmiotowej dziedzinie. Aktualnie obowiązujące bowiem rozporządzenie nr 1151/2012 z dnia 21 listopada 2012 r. (dalej: Rozporządzenie)[1] nie dotyczy wszelkich rodzajów oznaczeń geograficznych i nazw pochodzenia, ograniczając zakres swojej ochrony wyłącznie do produktów rolnych i spożywczych. Pomimo faktu, iż większość podlegających ochronie oznaczeń związana jest z towarami pochodzenia rolniczego[2], warto pamiętać także o rynku wąskiej grupy regionalnych produktów „nierolnych", których oznaczenia podlegają ochronie zapewnianej przez instytucje prawne poszczególnych państw członkowskich. Potrzeba objęcia ochroną wspólnotową oznaczeń geograficznych również w tym zakresie wyrażona została m.in. w zielonej księdze zatytułowanej: „Wykorzystanie tradycyjnej wiedzy fachowej Europy: możliwe rozszerzenie unijnej

[1] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1151/2012 z dnia 21.11.2012 r. w sprawie systemów jakości produktów rolnych i środków spożywczych (Dz.U.UE.L.2012 nr 343 poz. 1 z późn. zm.).

[2] Procedury krajowe mogą obecnie być wykorzystywane zasadniczo wyłącznie w odniesieniu do ochrony oznaczeń produktów rzemiosła artystycznego, por. P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2014, s. 438.

ochrony oznaczeń geograficznych na produkty nierolne"[3]. Organy unijne zwracają uwagę na rolę, jaką odgrywają produkty lokalne w kreowaniu rozwoju poszczególnych regionów Europy, zaznaczając przy tym konieczność podjęcia skutecznej walki z nieuczciwym wykorzystywaniem ich regionalnych oznaczeń[4]. Ze względu na ogromne znaczenie lokalnego wytwórstwa dla gospodarek państw Unii, postuluje się również rozszerzenie dotychczasowego zakresu pojęcia oznaczeń geograficznych[5]. Zainteresowanie objęciem unijną ochroną również oznaczeń produktów nierolnych wykazują także producenci spoza Unii Europejskiej, z krajów takich, jak Indie, Brazylia czy Tajlandia[6].

Rozbudowany unijny mechanizm ochrony oznaczeń i nazw produktów rolnych i spożywczych nie stanowi typowej regulacji z zakresu prawa własności intelektualnej – w piśmiennictwie zauważa się bowiem, iż wskazany system główny nacisk kładzie na ochronę tradycji oraz lokalnych producentów produktów spożywczych, która przyczynić się ma do rozwoju obszarów wiejskich poszczególnych państw wspólnoty. Regulacje prawa własności intelektualnej stanowią natomiast dla unijnego prawodawcy jedynie narzędzie służące do realizacji tych celów[7]. Należy zatem spodziewać się, iż dla uzyskania podobnych do wskazanych powyżej rezultatów w stosunku do branży produktów nierolnych zunifikowany system wspólnotowy zapewniał będzie oznaczeniom geograficznym i nazwom pochodzenia ochronę o podobnym zakresie (choć cel ten niewątpliwie zostanie osiągnięty z uwzględnieniem charakterystycznych dla branży produktów nierolnych odmienności).

---

[3] Por. *Sprawozdanie z dnia 22.09.2015 r. w sprawie możliwego rozszerzenia ochrony oznaczeń geograficznych Unii Europejskiej na produkty nierolne*, PE <NoPE>554.895</NoPE><Version>v03-00, A8-0259/2015, oficjalna strona Parlamentu Europejskiego www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0259+0+DOC+XML+V0//PL [dostęp: 19.03.2016], s. 3 i nn.

[4] Por. tamże, s. 4–5.

[5] Nowe regulacje mają obejmować ochroną nie tylko tzw. oznaczenia słowne, ale również znaki i symbole nietekstowe, wskazujące na powiązanie produktu z określonym regionem; postuluje się także objęcie ochroną również nazw niegeograficznych, które są „jednoznacznie kojarzone z danym miejscem". Por. tamże, s. 11.

[6] M. Blakeney, *The Protection of Geographical Indications*: *Law and Practice,* Cheltenham 2014, s. 3.

[7] M.A. Echols, *Geographical Indications for Food Products: International Legal and Regulatory Perspectives*, Alphen aan den Rijn 2008, s. 115.

Ze względu na powyższe okoliczności warto dokonać zatem analizy efektywności funkcjonujących aktualnie regulacji, odnoszących się do produktów rolnych i spożywczych. W perspektywie pełnego uregulowania przedmiotowego systemu ochrony na szczeblu unijnym należy zastanowić się, czy wyeliminowanie możliwości wykorzystywania przez regionalnych wytwórców procedur przewidzianych w systemach prawnych państw członkowskich wpłynęło pozytywnie na wzrost poziomu efektywności ochrony funkcjonujących w obrocie oznaczeń geograficznych produktów spożywczych. Płynące z tego wnioski będą mogły stanowić podstawę dla dokonania oceny zasadności planowanego przez organy europejskie ujednolicenia przepisów w zakresie ochrony oznaczeń produktów nierolnych. Powyższe zagadnienie poddane zostanie analizie na płaszczyźnie przepisów Rozporządzenia oraz polskiej ustawy – Prawo własności przemysłowej[8] (dalej: PWP). Aby zachować przejrzystość niniejszego opracowania, poniższe rozważania dotyczące problematyki ochrony oznaczeń geograficznych i nazw pochodzenia dotyczyć będą wyłącznie produktów rolnych i spożywczych.

I

Wątpliwości dotyczące możliwości stosowania krajowych procedur ochrony oznaczeń geograficznych, przy jednoczesnym obowiązywaniu unijnych przepisów odnoszących się do tej materii, pojawiły się wraz z pierwszą próbą uregulowania na szczeblu wspólnotowym kwestii ochrony nazw i oznaczeń regionalnych produktów rolnych. Spór w niniejszej sprawie zapoczątkowała Komisja Europejska, która w trakcie uchwalania rozporządzenia nr 2081/92 w sprawie ochrony oznaczeń geograficznych i oznaczeń pochodzenia produktów rolnych i artykułów żywnościowych z dnia 14 lipca 1992 r.[9] uznała, iż powyższy akt całkowicie wyłącza możliwość stosowania przepisów krajowych do ochrony oznaczeń geograficznych[10]. Odmienne stanowisko w tej kwestii zajęli przedstawiciele niemieckiej doktryny prawa własności intelektualnej, prezentując teorię tzw. ograniczonego współist-

[8] Ustawa z dnia 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. 2001 Nr 49 poz. 508 z późn. zm.).

[9] Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2081/92 z dnia 14.07.1992 r. w sprawie ochrony oznaczeń geograficznych i nazw pochodzenia produktów rolnych i środków spożywczych (Dz.U.UE.L.1992 nr 208 poz. 1).

[10] E. Całka [w:] R. Skubiusz (red.), *Prawo własności przemysłowej. System Prawa Prywatnego. Tom 14B*, Warszawa 2012, s. 1331.

nienia, według której przepisy krajowe państw członkowskich powinny znajdować zastosowanie do oznaczeń niezarejestrowanych według procedury wspólnotowej[11]. Doktryna francuska wypracowała natomiast inny pogląd, zakładający, iż to państwo członkowskie może wybrać, który system ochrony będzie funkcjonował na jego terytorium (tzw. teoria współzależności systemów ochrony)[12]. W piśmiennictwie rozważano również możliwość stosowania koncepcji tzw. wolnej konkurencji, zgodnie z którą obie formy ochrony, krajowa i wspólnotowa, są w stanie funkcjonować obok siebie[13]. Przedmiotowe wątpliwości finalnie rozstrzygnięte zostały przez TSUE. Zgodnie z przyjętą przez Trybunał linią orzeczniczą, przepisy prawa unijnego wyłączają krajową ochronę kwalifikowanych oznaczeń geograficznych produktów rolnych i spożywczych[14]. W polskim porządku prawnym powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w treści art. 174 ust. 3 PWP.

2

Aby w sposób pełny odpowiedzieć na postawione we wstępie pytanie, w pierwszej kolejności należy zastanowić się, na czym polegać może efektywność ochrony prawnej oznaczeń geograficznych. Wymaga to jednak ustalenia, czym właściwie jest oznaczenie geograficzne i jaką rolę pełni ono w obrocie gospodarczym.

Oznaczenie geograficzne zdefiniować można jako oznaczenie lub symbol, które utożsamiać należy z określonym miejscem[15]. Zawiera ono w sobie określoną

[11] Taż, *Geograficzne oznaczenia pochodzenia. Studium z prawa wspólnotowego i prawa polskiego*, Warszawa 2008, s. 235.

[12] Taż [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 1332; por. E. Obergfell, *Qualitätsneutrale geographische Herkunftsangaben als Schutzdomäne des nationalen Rechts – Zur Entscheidung des EuGH vom* 7.11.2000 – Rs. C-312/98 (*Warsteiner*), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 2001 nr 4, s. 313.

[13] E. Całka [w:] *System Prawa Prywatnego...*, dz. cyt., s. 1332.

[14] Odmiennie wygląda natomiast sytuacja tzw. zwykłych oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych, których ochrona na płaszczyźnie regulacji krajowych i zawartych przez państwa umów międzynarodowych nie została wyłączona przez postanowienia rozporządzenia, por. tamże, s. 1333, 1336; wyrok ETS z 8.09.2009 r. w sprawie BUD II, sygn. C-478/07, Dz.U.UE.C.2009 Nr 267 poz. 21.

[15] E. Całka [w:] *System Prawa Prywatnego...*, dz. cyt., s. 1247.

informację o pochodzeniu towaru, jego zadaniem jest jednak również kształtowanie pewnego wyobrażenia klienta o związku konkretnych cech jakościowych produktu z miejscem jego wytworzenia. Warto zauważyć także, iż regulacje związane z problematyką oznaczeń geograficznych formułują definicję owego pojęcia w odmienny sposób. W międzynarodowym systemie prawa własności intelektualnej funkcjonuje bowiem znaczna różnorodność pojęć związanych ze wskazaną tematyką[16]. Wśród przedstawicieli piśmiennictwa spotkać można stanowiska, wedle których owe rozbieżności terminologiczne wynikają z odmienności koncepcji, z którymi na płaszczyźnie konkretnych aktów prawnych wiążą się pojęcia oznaczeń geograficznych[17]. Ze względu na zakres przedmiotowego opracowania, analiza definicji normatywnych pojęcia oznaczenia geograficznego ograniczona zostanie jednak jedynie do przepisów PWP oraz Rozporządzenia.

Na płaszczyźnie PWP poprzez oznaczenia geograficzne rozumie się „oznaczenia słowne odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do nazwy miejsca, miejscowości, regionu lub kraju (teren), które identyfikują towar jako pochodzący z tego terenu, jeżeli określona jakość, dobra opinia lub inne cechy towaru są przypisywane przede wszystkim pochodzeniu geograficznemu tego towaru"[18]. W myśl postanowień krajowej regulacji zbiór oznaczeń geograficznych podlega podziałowi na dwie kategorie. Pierwszą z nich stanowią tzw. nazwy regionalne, służące oznaczaniu produktów, które pochodzą z określonego terenu oraz posiadają szczególne właściwości, będące wyłącznie lub w przeważającej mierze efektem oddziaływania środowiska geograficznego, przez co rozumie się wpływ zarówno czynników naturalnych, jak i ludzkich. Oznaczony nazwą regionalną może zostać jedynie produkt, którego wytworzenie lub przetworzenie następuje na terenie powiązanym z tą konkretną nazwą. Kolejną kategorią są tzw. oznaczenia pochodzenia, odnoszące się do towarów, których szczególne właściwości lub inne cechy wiązać należy wyłącznie z ich pochodzeniem z określonego terytorium, na którym zostały one wytworzone lub przetworzone[19].

[16] Problem różnorodności terminologicznej w zakresie prawa oznaczeń geograficznych z mnogością międzynarodowych regulacji w tym zakresie łączyli m.in. Norma Dawson oraz Albrecht Conrad, por. M. Blakeney, *The Protection...*, dz. cyt., s. 6–7.
[17] D. Gangjee, *Relocating the Law of Geographical Indications*, Cambridge 2012, s. 2–18.
[18] Art. 174 PWP.
[19] Art. 175 ust. 1 PWP.

W myśl art. 5 ust. 2 Rozporządzenia, poprzez oznaczenie geograficzne rozumie się nazwę określającą produkt, który pochodzi z określonego miejsca, regionu lub kraju, posiada pewną jakość, renomę lub inną cechę charakterystyczną, która w znacznym stopniu wiąże się z jego pochodzeniem, przy czym przynajmniej jeden etap jego produkcji musi odbyć się na owym obszarze. W przedstawionym powyżej kontekście „etap produkcji" powinien być rozumiany jako produkcja, przetwarzanie lub przygotowanie określonego produktu podlegającego oznaczeniu[20]. W zakresie wskazanego pojęcia mieści się również przetwórstwo (np. tarcie czy krojenie w plasterki) oraz pakowanie artykułów spożywczych[21]. Odrębnie od oznaczeń geograficznych na gruncie Rozporządzenia funkcjonują tzw. nazwy pochodzenia, które odnosić należy do produktów pochodzących z określonego miejsca, regionu lub – w wyjątkowych przypadkach – kraju, których jakość lub cechy charakterystyczne w istotnej lub wyłącznej mierze wynikają z oddziaływania szczególnego środowiska geograficznego, w tym czynników naturalnych i ludzkich. W przypadku nazwy pochodzenia wszystkie etapy produkcji towaru, do którego ma być ona zastosowana, muszą zostać przeprowadzone na terytorium, z którym owa nazwa jest związana[22]. Za jej podstawową rolę uznać zatem można przekazanie nabywcy informacji, iż oznaczony nią produkt powstał w określonym miejscu, regionie lub kraju[23]. Wskazane pojęcie wiązać należy więc nie tyle z ochroną jednostkowych produktów, co z mechanizmem zachowującym tożsamość oraz indywidualność konkretnego obszaru geograficznego, na którym tradycyjnie wytwarzane są określone wyroby żywnościowe[24].

Na kanwie przeprowadzonych powyżej rozważań należy podjąć próbę wskazania podstawowej roli, jaką oznaczenia geograficzne pełnią w szeroko rozumianym obrocie gospodarczym. Prócz zasadniczej ich funkcji, jaką jest wskazanie źródła

[20] Art. 3 pkt 7 Rozporządzenia.
[21] Por. M. Blakeney, *The Protection...*, dz. cyt., s. 82–87; wyrok ETS z 9.06.1992 r., sygn. C-47/90, ECR.1992 nr 6 poz. I-3669; wyrok ETS z 20.05.2003 r., sygn. C-469/00, ECR.2003 nr 5B poz. I-5053; wyrok ETS z 20.05.2003 r., sygn. C-108/01, ECR.2003 nr 5B poz. I-5121.
[22] Art. 5 ust. 1 Rozporządzenia.
[23] Por. wyrok TS (ETS) z 10.11.1992 r. w sprawie Exportur SA v. LOR SA and Confiserie du Tech, sygn. C-3/91, ECR.1992 poz. I-05529; M. A. Echols, *Geographical Indications...*, dz. cyt., s. 120.
[24] Por. N. Caddick QC, B. Longstaff, *A User's Guide to Trade Marks and Passing Off. Third Edition,* Haywards Heath 2012, s. 33.

pochodzenia określonego produktu[25], warto zwrócić w tym miejscu uwagę również na tzw. funkcję jakościową oznaczeń (w relacji producent–konsument oznaczenie ma informować nabywcę, iż oferowany przez przedsiębiorcę towar posiada pewne pożądane cechy)[26], jak również na ich funkcję reklamową (odpowiednie oznaczenie produktu wpływa na wzrost zainteresowania nim potencjalnych nabywców – relacja konsument–producent)[27]. Efektywność ochrony oznaczeń geograficznych można zatem rozpatrywać na dwóch płaszczyznach – na płaszczyźnie ochrony interesów przedsiębiorców wytwarzających produkty pozwalające na wykorzystanie przy ich dystrybucji określonego oznaczenia (ocena z perspektywy przedsiębiorcy) oraz na płaszczyźnie ewentualnej możliwości stosowania oznaczeń dla produktów nieposiadających cech powiązanych z danym oznaczeniem (ocena z perspektywy konsumenta).

3

W pierwszej kolejności warto pochylić się nad drugim ze wskazanych powyżej kryteriów. Analiza przepisów Rozporządzenia, dokonywana w odniesieniu do regulacji PWP, prowadzi do wniosku, iż unijny prawodawca zdaje się przykładać większą wagę do interesów konsumenta niż ustawodawca krajowy. Przykładowo można w tym miejscu poruszyć kwestię regulacji dotyczących problemu przyznawania ochrony nazwom homonimicznym w stosunku do oznaczeń figurujących już w rejestrze. Art. 6 ust. 3 Rozporządzenia dopuszcza możliwość rejestracji tego typu oznaczeń jedynie w przypadku, gdy w sferze lokalnej, tradycyjnej praktyki dotyczącej warunków ich stosowania i prezentacji w sposób wystarczający odróżniają się one od nazw już zarejestrowanych, przy czym poziom właściwości tego rozróżnienia powinien być oceniany również z perspektywy interesów konsumenta. Rozporządzenie przewiduje także bezwzględny zakaz rejestrowania oznaczeń homonimicznych, które mogłyby wprowadzić w błąd potencjalnego nabywcę

[25] Por. J.M. Plazas [w:] P.L. Conde i in., *Prawo własności intelektualnej w Unii Europejskiej,* przeł. M. Bystrzyńska, M. Chudzikiewicz, K. Jankowska, Warszawa 2003, s. 170.

[26] Por. wyrok ETS z dnia 4.05.1999 r. w sprawie Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) v. Boots- und Segelzubehör Walter Huber i Franz Attenberger, sygn. C-108/97, ECR.1999 nr 5 poz. I-2779.

[27] Por. P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, dz. cyt., s. 419–422; w piśmiennictwie wskazuje się również na funkcję informacyjną i gwarancyjną oznaczenia, por. J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2015.

produktu. W PWP rzeczona kwestia uregulowana jest dużo bardziej lakonicznie. Art. 178 ust. 1 ustawy wskazuje bowiem, iż oznaczenie homonimiczne może zostać zarejestrowane jedynie pod warunkiem dokonania przez zgłaszającego odpowiednich zmian, pozwalających na odróżnienie nazwy od oznaczenia zarejestrowanego lub wcześniej zgłoszonego.

Podobne wnioski wynikają ze sposobu uregulowania kwestii dotyczących możliwości rejestrowania oznaczeń geograficznych o formie tożsamej z funkcjonującymi już w obrocie znakami towarowymi. Art. 6 ust. 4 Rozporządzenia przewiduje bowiem bezwzględny zakaz rejestracji określonej nazwy jako oznaczenia geograficznego w przypadku, gdy nazwa ta funkcjonowała już w obrocie jako znak towarowy, wiążąc się przy tym z określonym poziomem rozpoznawalności i renomy[28]. W myśl wskazanego przepisu nie można wykorzystać takiej nazwy w przypadku, gdy istnieje potencjalne niebezpieczeństwo wprowadzenia konsumenta w błąd co do prawdziwej tożsamości produktu. Przy ocenie powyższej przesłanki pod uwagę łącznie powinno się brać takie czynniki, jak: renoma danego znaku, powszechność jego znajomości oraz okres, przez jaki jest on używany. Z treści omawianego przepisu nie wynika jednak bezpośrednio, czy istnieje możliwość rejestracji tego typu nazwy jako oznaczenia w przypadku, gdy prawa do konkretnego znaku wygasły (np. w sytuacji, gdy beneficjent takiego uprawnienia zrzeknie się prawa do znaku). Mając na uwadze cel omawianej normy, jakim jest ochrona interesów potencjalnego nabywcy, należy uznać, iż wygaśnięcie prawa do określonego znaku towarowego nie powinno wpływać na możliwość jego rejestracji jako oznaczenia geograficznego w przypadku wypełnienia przesłanek wyrażonych w art. 6 ust. 4 Rozporządzenia. Zaznaczenia wymaga również, iż ocena zaistnienia przesłanek zawartych w omawianym przepisie nie może opierać się na czynnikach subiektywnych, takich jak np. dobra wiara producenta produktu[29]. W odniesieniu do regulacji Rozporządzenia przepisy PWP dotyczące omawianej kwestii zdają się być dużo bardziej liberalne. Art. 177 PWP odnosi się bowiem jedynie do problemu ewentualnego naruszenia prawa do znaku towarowego przez podmiot występujący o rejestrację oznaczenia geograficznego. W myśl wskazanego przepisu, udzielenie prawa z rejestracji na oznaczenie geograficzne, którego używanie naruszałoby prawo ochronne na znak towarowy, może nastąpić, jeżeli uprawniony z prawa

[28] Por. M. Blakeney, *The Protection...*, dz. cyt., s. 99.
[29] Por. Wyrok ETS z dnia 10.09.2009 r., sygn. C-446/07, Dz.U.UE.C.2009 Nr 267 poz. 19.

ochronnego zrzeknie się swojego prawa. Zrzeczenie się prawa do znaku nie będzie natomiast konieczne, gdy beneficjent uprawnienia wskazany zostanie również jako uprawniony do korzystania z oznaczenia, jeżeli jednocześnie nie utrudni to nadmiernie możliwości korzystania z oznaczenia przez innych uprawnionych. Brak odwołania się we wskazanym przepisie bezpośrednio do interesu konsumenta sprawia, iż na skutek umowy pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego wystąpić może realne ryzyko wprowadzenia nabywcy w błąd (np. na skutek objęcia „renomą" znaku towarowego produktów producentów innych niż beneficjent uprawnienia ze znaku, którzy spełnili wymogi pozwalające im na wykorzystanie oznaczenia)[30]. Zauważyć w tym miejscu należy, iż na gruncie regulacji wspólnotowej taka sytuacja nie może mieć miejsca.

4

Ocena efektywności ochrony oznaczeń geograficznych, dokonywana z perspektywy przedsiębiorcy, powinna odnosić się w pierwszej kolejności do samej procedury rejestracyjnej oznaczeń. System rejestracyjny określony przepisami Rozporządzenia przewiduje dwa etapy postępowania: pierwszy, tzw. krajowy (który *de facto* porównać można z procedurą rejestracyjną określoną w PWP), oraz etap kolejny, obejmujący ocenę wniosku przez Komisję Europejską. Krajowy etap rejestracyjny opiera się na uregulowaniach zawartych w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r.[31] Organem uprawnionym do oceny wniosku o rejestrację oznaczenia jest minister właściwy ds. rynków rolnych (art. 4 pkt 1 NazwProdRolU), który odpowiednie decyzje podejmuje w oparciu o opinię Rady ds. Tradycyjnych i Regionalnych Nazw Produktów Rolnych i Środków Spożywczych. Podkreślenia wymaga, iż regulacja ustawy różni się od założeń przewidzianych w PWP, gdzie organem właściwym do oceny wniosku o rejestrację oznaczenia jest Urząd Patentowy (art. 180 PWP).

Warto w tym miejscu odnieść się także pokrótce do zakresu podmiotów uprawnionych do wystąpienia z wnioskiem o rejestrację oznaczenia. W myśl przepisów Rozporządzenia, o ochronę oznaczenia geograficznego zabiegać mogą jedy-

[30] Por. M. Du Vall, E.E. Nowińska, U. Promińska, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2008, s. 302; G. Tylec [w:] T. Demendecki i in., *Prawo własności przemysłowej*, LEX 2015, komentarz do art. 177, teza 3.

[31] Ustawa z dnia 17.12.2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych (Dz.U. 2005 Nr 10 poz. 68 z późn. zm.).

nie grupy podmiotów pracujących z produktami, których nazwa ma być zarejestrowana. Prawodawca unijny przewiduje jednak od powyższej reguły jeden wyjątek – z wnioskiem wystąpić może pojedyncza osoba fizyczna lub prawna, która jako jedyna chce zabiegać o zarejestrowanie danej nazwy, przy spełnieniu dodatkowych przesłanek wyrażonych w art. 49 ust. 1 Rozporządzenia. Możliwości takiej nie przewiduje natomiast PWP – w myśl przepisów ustawy krajowej, z wnioskiem o rejestrację wystąpić może jedynie organizacja upoważniona do reprezentacji interesów producentów oraz organ administracji rządowej lub samorządu terytorialnego właściwy dla danego terenu.

Informacje, jakie powinien zawierać wniosek o rejestrację oznaczenia, opisane zostały w art. 7 i 8 Rozporządzenia[32]. Porównanie wymogów wniosku o rejestrację oznaczenia w procedurze wspólnotowej z wymogami określonymi przez PWP (art. 176 PWP wraz z przepisami rozporządzenia wykonawczego[33] wydanego na podstawie art. 183 PWP) prowadzi do wniosku, iż podmiot starający się o uzyskanie ochrony na poziomie unijnym zobowiązany jest do zgromadzenia bardziej skomplikowanych informacji dotyczących produktu i związku jego cech charakterystycznych z określonym terytorium (przywołać należy w tym miejscu regulację zawartą w art. 183 PWP, w myśl której wymogi dla zgłoszenia wniosku o rejestrację nie mogą prowadzić do tworzenia nadmiernych utrudnień dla zgłaszającego).

Swoisty nadmierny formalizm regulacji wspólnotowych w kontekście efektywności ochrony oznaczeń można oceniać dwojako. Z jednej strony zawarcie we wniosku pełnego wachlarza informacji dotyczących produktu, sposobu jego wytwarzania oraz cech charakterystycznych pozwala w konkretnym przypadku lepiej ocenić, czy określona nazwa spełnia przesłanki definicyjne oznaczenia geograficznego – duży formalizm procedury z założenia powinien więc wykluczać przypadki uzyskiwania ochrony przez nazwy, które obiektywnie ochronie podlegać nie powinny. Z drugiej jednak strony, nadmierne wymogi stawiane wnioskodawcy w procedurze rejestracyjnej mogą przyczynić się do zawężenia kręgu oznaczeń,

[32] Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę na treść rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 668/2014 z dnia 13.06.2014 r., ustanawiającego zasady stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1151/2012 w sprawie systemów jakości produktów rolnych i środków spożywczych (Dz.U.UE.L.2014 nr 179 poz. 36 z późn. zm.).

[33] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25.04.2002 r. w sprawie dokonywania i rozpatrywania zgłoszeń oznaczeń geograficznych (Dz.U. 2002 Nr 63 poz. 570 z późn. zm.).

które uzyskają ochronę – niewątpliwie bowiem pewne nazwy, które pozytywnie przeszłyby mniej skomplikowaną procedurę określoną w PWP, nie zostaną objęte ochroną według przepisów unijnych. Okoliczność ta ma ogromne znaczenie dla przedsiębiorców krajowych – stosowane przez nich oznaczenia niepodlegające ochronie unijnej nie mogą bowiem zostać zarejestrowane według krajowego reżimu prawnego[34].

Kolejnym elementem, na który warto zwrócić uwagę, jest treść ochrony oznaczeń, jaką zapewniają przepisy Rozporządzenia oraz regulacje PWP. Analiza art. 13 Rozporządzenia, przeprowadzana w odniesieniu do odpowiednich przepisów PWP, prowadzi do wniosku, iż przepisy wspólnotowe w sposób pełniejszy zapewniają ochronę oznaczeniom geograficznym. Należy odnieść się w tym miejscu do zjawiska tzw. degeneracji oznaczenia geograficznego w nazwę rodzajową. Zjawisko to polega na swoistym przekształceniu, w wyniku funkcjonowania w obrocie gospodarczym, oznaczenia geograficznego w nazwę rodzajową, która nie zawiera w sobie już informacji o pochodzeniu produktu, lecz jest jedynie „nośnikiem informacji o produkcie jako takim"[35]. Przepisy Rozporządzenia przewidują ochronę oznaczenia geograficznego przed degeneracją – w myśl art. 13 ust. 2, zarejestrowane oznaczenia geograficzne i nazwy pochodzenia nie mogą stać się nazwami rodzajowymi. Nie można również domniemywać rodzajowego charakteru nazwy w okresie od złożenia wniosku o przyznanie ochrony do momentu jego rozpatrzenia przez Komisję[36]. Warto zauważyć, iż przepisy PWP stosują tego typu rozwiązanie jedynie do nazw regionalnych (art. 192 ust. 4 PWP) – przekształcenie oznaczenia geograficznego w nazwę rodzajową stanowić więc będzie przesłankę do unieważnienia prawa z rejestracji (art. 191 PWP)[37].

[34] Wspomnieć można w tym miejscu o poglądzie E. Całki, zgodnie z którym kwalifikowane oznaczenia geograficzne niezarejestrowane według systemu wspólnotowego mogłyby podlegać ochronie krajowej jako oznaczenia zwykłe, por. E. Całka [w:] *System Prawa Prywatnego…*, dz. cyt., s. 1336.

[35] Taż, *Geograficzne oznaczenia…*, dz. cyt., s. 115; P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, dz. cyt., s. 434.

[36] Por. wyrok ETS z 10.09.2009 r. w sprawie Alberto Severi v. Regione Emilia-Romagna, sygn. C-446/07, ECR 2009 nr 8 poz. I-8041-8090; M. Blakeney, *The Protection…*, dz. cyt., s. 91–92.

[37] K. Jasińska [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 961; J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności intelektualnej*, dz. cyt., s. 582–583.

Sam sposób podejścia do problematyki nazw rodzajowych w kontekście ochrony oznaczeń geograficznych również stanowi punkt różniący oba mechanizmy ochrony. Możliwość wykorzystywania tego typu nazewnictwa w procedurze rejestracji oznaczeń geograficznych nierozłącznie wiąże się z niebezpieczeństwem wystąpienia utrudnień w obrocie gospodarczym. Jak zostało wykazane powyżej, nazwy rodzajowe odnoszą się do konkretnego rodzaju produktu, nie zawierając w sobie jednocześnie żadnych informacji świadczących o powiązaniu cech produktu z daną miejscowością czy regionem. W efekcie zapewnienie ochrony tego typu nazwie *de facto* doprowadziłoby do przyznania monopolu na produkcję lub zbyt danego towaru grupie producentów z określonego regionu[38]. Sytuację taką wyklucza regulacja unijna, wprowadzając całkowite wyłączenie spod ochrony nazw rodzajowych (art. 6 ust. 1 Rozporządzenia). Nazwa rodzajowa nie podlega ochronie również jako element oznaczenia geograficznego lub nazwy pochodzenia (art. 41 ust. 1 Rozporządzenia). Przepisy krajowego systemu ochrony nie przewidują aż tak restrykcyjnych rozwiązań kwestii nazw rodzajowych. W myśl przepisów PWP dozwolona jest bowiem rejestracja nazwy rodzajowej jako oznaczenia geograficznego w przypadku, gdy przemawia za tym interes publiczny bądź ochrona oznaczenia wynika z umowy międzynarodowej (art. 179 PWP). W rozwiązaniu tym doszukiwać się można próby rozwiązania problemu degeneracji oznaczeń geograficznych na płaszczyźnie regulacji PWP, jak również swoistej metody pozwalającej na zażegnywanie międzynarodowych konfliktów interesów, jakie wiążą się z odmiennym postrzeganiem określonej nazwy w różnych państwach; nazwa funkcjonująca jako oznaczenie geograficzne w kraju A może być bowiem traktowana jako nazwa rodzajowa w kraju B. Przyznać należy jednak, iż taka forma przepisu wskazuje na potencjalne ryzyko „monopolizacji nazwy rodzajowej" w ramach mechanizmu ochrony oznaczeń geograficznych.

Zarówno mechanizm krajowej ochrony oznaczeń geograficznych, jak i regulacja unijna nie zawierają odrębnego unormowania, formułującego środki ochrony przed dokonywanymi naruszeniami uprawnień z rejestracji. W przypadku krajowego mechanizmu ochrony, naruszenie przepisów przewidzianych w PWP wiązać należy z czynem nieuczciwej konkurencji[39]. Podmiotowi uprawnionemu w takim wypadku przysługiwałyby zatem roszczenia przewidziane w art. 18 ustawy z dnia

[38] E. Całka, *Geograficzne oznaczenia*..., dz. cyt., s. 115.
[39] B. Nowińska [w:] *System Prawa Prywatnego*..., dz. cyt., s. 1383–1386.

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zauważyć należy również, iż pojawiają się w piśmiennictwie stanowiska, zgodnie z którymi podstawę ochrony cywilnoprawnej praw z rejestracji wynikających z regulacji unijnych także stanowią przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ze względu bowiem na brak w Rozporządzeniu autonomicznej regulacji w tej materii, w przypadku naruszenia prawa z rejestracji podmiot uprawniony powinien stosować środki prawne dostępne w systemie prawnym państwa, w którym szuka on ochrony. Naruszenie prawa do chronionej nazwy pochodzenia lub oznaczenia geograficznego można natomiast uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ZNKU[40]. Prawa z rejestracji, przyznawane zarówno w procedurze krajowej, jak i wspólnotowej, podlegają ochronie również na gruncie prawa karnego. Zarówno przepisy PWP (art. 307), jak i ustawy o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych (art. 57 NazwProdRolU), przewidują sankcje karne za nadużywanie ochrony prawnej. Podkreślić należy, iż ochrona wynikająca z przepisów ustawy o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń w tym zakresie sięga głębiej – art. 57 penalizuje bowiem nie tylko sprawstwo, ale również przygotowanie do popełnienia przestępstwa. Przepis przewiduje także typ kwalifikowany, odnoszący się do sytuacji, w której sprawca uczynił sobie z popełniania penalizowanego czynu stałe źródło dochodu, lub też przestępstwo zostało popełnione w stosunku do produktów o znacznej wartości. Wymaga zauważenia także, iż przewidziany w Rozporządzeniu rozbudowany system kontroli przedsiębiorców wykorzystujących podlegające ochronie oznaczenia (art. 38–40 Rozporządzenia) sprawia, iż interes ekonomiczny beneficjentów praw z rejestracji chroniony jest również niejako przez regulacje administracyjnoprawne[41].

Zasadne jest podkreślenie, iż powyższa analiza nie wyczerpuje wszystkich różnic pomiędzy omawianymi procedurami ochrony. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę m.in. na przewidzianą w regulacji unijnej instytucję tymczasowej ochrony krajowej, która przysługuje oznaczeniu przez okres rozpatrywania wniosku o rejestrację przez Komisję Europejską w ramach drugiego etapu procedury (art. 9 Rozporządzenia), czy też dopuszczalny przez Rozporządzenie dłuższy okres nie-

[40] Por. J.M. Plazas [w:] P.L. Conde i in., *Prawo własności intelektualnej*..., dz. cyt., s. 170; P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, dz. cyt., s. 434–435.
[41] Tamże, s. 435.

wykorzystywania oznaczenia, którego upływ skutkować będzie cofnięciem prawa z rejestracji (w procedurze unijnej okres ten wynosi 7 lat, podczas gdy przepisy PWP przewidują wygaśnięcie prawa już po 5 latach). Zauważenia wymaga również, iż przepisy Rozporządzenia przewidują dłuższy okres wykorzystywania oznaczenia przez tzw. używacza uprzedniego – podmiotu wykorzystującego oznaczenie jeszcze przed jego rejestracją[42] (w regulacji unijnej przewidziano pięcio-, dziesięcio- oraz piętnastoletnie okresy „przejściowe" dla podmiotu uprzednio wykorzystującego oznaczenie, podczas gdy przepisy PWP uprzedniemu używaczowi przyznają jedynie rok na odpowiednie przystosowanie produkcji do wymogów rejestracyjnych).

5

Przeprowadzona powyżej analiza prowadzi do wniosku, iż ujednolicenie mechanizmu ochrony geograficznych oznaczeń produktów rolnych poprzez zastąpienie regulacji krajowej systemem unijnym wpłynęło na wzrost efektywności tej ochrony, zarówno na płaszczyźnie konsumenckiej, jak i na gruncie zachowania interesów przedsiębiorców.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż regulacja przewidziana w Rozporządzeniu w dużym stopniu uwzględnia interes potencjalnego nabywcy produktu przy formułowaniu zasad ochrony oznaczeń geograficznych. Tendencję tę zauważyć można m.in. w sposobie formułowania tzw. reguł wyłączających, dotyczących sposobu rozwiązywania problemów wykorzystywania homonimów, nazw rodzajowych czy funkcjonujących w obrocie znaków towarowych jako oznaczeń geograficznych. Troska unijnego prawodawcy o dobro konsumenta przejawia się także w art. 6 ust. 2 w zw. z art. 42 Rozporządzenia, które to przepisy regulują sposób uwzględniania w chronionych nazwach pochodzenia i oznaczeniach geograficznych nazw odmian roślin i ras zwierząt – problemu możliwości wprowadzenia nabywcy w błąd poprzez stosowanie w oznaczeniach tego typu nazewnictwa nie zauważył natomiast polski ustawodawca. Podkreślenia wymaga, iż przepisy PWP nie odnoszą się w sposób tak drobiazgowy do zagadnienia interesu konsumenta związanego z prawidłowym uregulowaniem sposobu ochrony oznaczenia geograficznego, zawierając jednocześnie uregulowania mogące zwiększyć w konkretnych przypadkach ryzyko wprowadzenia nabywcy w błąd poprzez przyznanie ochrony

[42] Por. K. Jasińska [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej...*, dz. cyt., s. 949.

określonej nazwie (np. w przypadku stosowania słownych znaków towarowych jako oznaczeń geograficznych). Położenie odpowiedniego akcentu na interes konsumenta przez prawodawcę unijnego skutkuje więc zwiększeniem ochrony oznaczeń geograficznych, które przez to w sposób pełniejszy mogą realizować związane z nimi funkcje.

Stwierdzić należy, iż zastąpienie systemu krajowego jednolitą procedurą wspólnotową wpłynęło pozytywnie na sytuację przedsiębiorców, będących niejako beneficjentami praw z rejestracji. Szczegółowa regulacja unijnego rozporządzenia oraz rozbudowany mechanizm kontroli przestrzegania jego postanowień skutkuje zachowaniem swoistego elitarnego charakteru oznaczeń geograficznych. Przedsiębiorcy wytwarzający produkty wypełniające przesłanki uprawniające do stosowania oznaczenia uzyskują w tej sposób pewnego rodzaju wynagrodzenie za zainwestowane w produkcję środki – gratyfikacją tą jest pewność, iż podmiot nieuprawniony nie będzie wykorzystywał chronionego oznaczenia. Efektywność ochrony systemu wspólnotowego w tym zakresie przejawia się nie tylko w szczegółowych regulacjach odnoszących się do kontroli beneficjentów prawa, ale również w przepisach przewidujących sankcje karne dla podmiotów naruszających prawo z rejestracji – jak zostało wskazane, odpowiednie regulacje związane z systemem unijnym przewidują penalizację czynów popełnionych już na głębokim przedpolu czynu zabronionego (przygotowanie do nadużycia uprawnienia).

Pozytywną ocenę ujednolicenia mechanizmów ochronnych obniża wysoki poziom formalizmu procedury unijnej oraz swoista „bezkompromisowość" w wyłączaniu pewnej kategorii nazw spod ochrony. Czynniki te mogą w wielu przypadkach skutkować pogorszeniem sytuacji prawnej producentów, wykorzystujących oznaczenia niespełniające warunków umożliwiających objęcie ich ochroną wspólnotową, które mogłyby podlegać ochronie według procedur krajowych. Powyższa okoliczność wiąże się z koniecznością rozważenia zasadności nieprzyjęcia we wspólnotowym porządku prawnym koncepcji tzw. wolnej konkurencji. Przyjęcie przez prawodawcę unijnego możliwości wyboru systemu ochrony oznaczeń geograficznych przez podmioty funkcjonujące w obrocie prawnym byłoby rozwiązaniem niewłaściwym. Pogląd powyższy znajduje uzasadnienie w samej strukturze zaprezentowanych modeli ochrony. Wspólnotowy system, co wykazano powyżej, w przeciwieństwie do mechanizmu uformowanego przez przepisy PWP, akcentuje w dużej mierze interes potencjalnych nabywców towarów, którzy, jako uczestnicy

obrotu gospodarczego, również mają prawo do korzystania z możliwości, jakie stwarza im system oznaczeń geograficznych. Pozostawienie przedsiębiorcom krajowym furtki, pozwalającej na wykorzystywanie przepisów systemu prawa krajowego dla ochrony oznaczeń, mogłoby stanowić znaczący wyłom w opisanej powyżej koncepcji. Funkcjonowanie kilkudziesięciu niezależnych systemów ochrony we wspólnotowym porządku prawnym mogłoby skutkować znaczącym obniżeniem poziomu ochrony konsumenta. O negatywnym wymiarze koncepcji wolnej konkurencji w kontekście systemu ochrony oznaczeń geograficznych świadczyć może również jeden z podstawowych celów, jakie przyświecały unijnemu prawodawcy przy formułowaniu wspólnotowego systemu ochrony, a mianowicie ujednolicenie prawodawstwa państw unijnych w zakresie ochrony kwalifikowanych oznaczeń geograficznych produktów rolnych. Podkreślenia wymaga jednak, iż charakter regulacji unijnej nie wymusza równie jednoznacznego odrzucenia niemieckiej koncepcji tzw. ograniczonego współistnienia. Trudno bowiem sformułować racjonalne argumenty potwierdzające konieczność całkowitej odmowy ochrony oznaczeniom produktów regionalnych, które na poziomie krajowym posiadają przymiot oznaczenia geograficznego, nie mając jednocześnie takiego charakteru w przestrzeni europejskiej. Za koniecznością objęcia ochroną również tego typu przypadków przemawia także sposób postrzegania oznaczeń geograficznych przez organy Unii Europejskiej, które traktują je jako „wspólne dobro o charakterze niematerialnym"[43], które podlegać powinno szczególnej protekcji. W tym ujęciu wykorzystywanie danego oznaczenia geograficznego bez wyraźnych ograniczeń może przyczynić się do spadku wartości określonego produktu lokalnego, a nawet do zaprzestania jego wytwarzania w niepowtarzalnej, regionalnej formie[44]. Powyższe niewątpliwie przemawia za koniecznością uregulowania sytuacji prawnej oznaczeń tego typu poprzez wprowadzenie do Rozporządzenia swego rodzaju wyjątków, umożliwiających stosowanie w takich przypadkach procedur krajowych, lub też zawarcie w prawie unijnym swoistej klauzuli, pozwalającej objąć wskazane oznaczenia ochroną wspólnotową ze względu na szczególny interes publiczny[45]. W przeciwnym wypadku poszczególni producenci często zmuszeni będą do walki

[43] Por. M.A. Echols, *Geographical...*, dz. cyt., s. 55.
[44] Por. *Sprawozdanie...*, dz. cyt., s. 4.
[45] Klauzulę taką polski ustawodawca zawarł w art. 179 PWP. Jak wskazane zostało powyżej, regulacja tego typu potencjalnie może jednak wiązać się z pewnym niebezpieczeństwem „monopolizacji" niewypełniającej wymogów rejestracyjnych nazwy na terenie określonego regionu konkretnego państwa członkowskiego, co z kolei w przedstawionym kontekście mogłoby przełożyć się na

o ochronę dla oznaczeń swoich produktów na drodze długotrwałego procesu przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej[46].

pogorszenie sytuacji producentów pozostałych regionów tego kraju w porównaniu z sytuacją przedsiębiorców innych państw, w których dane oznaczenie nie podlegałoby ochronie.

[46] Warto wspomnieć w tym kontekście o słynnej sprawie toczącej się przed ETS, która dotyczyła prawa do ochrony dla nazwy sera „Feta". Por. M. Sieradzka [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz,* Warszawa 2011, s. 236–237.

EUROPEAN COMMUNITY SYSTEM OF PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR AGRICULTURAL PRODUCTS AND FOODSTUFF. ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF THE PROTECTION PROVIDED BY THE EU REGULATIONS COMPARED TO NATIONAL LEGISLATIO

Summary

The author analyses the effectiveness of EU system of protection of geographical indications for agricultural products and foodstuff, by comparing uniform EU regulations to polish system of protection, included in Industrial property law Act. It has been proven that uniforming of protection of the geographical indications had a positive influence to the situation of consumers. In addition to this, the EU system brought some benefits to producers of the regional food products, by providing protection of the uniqueness and quality thereof all over the European Union. But there are also drawbacks of the uniform EU system of protection - the formalism of EU procedure and its "intransigence" in turning off certain category of signs from the protection. It may result in deterioration in the situation of food producers who use geographical indications which cannot be protected by EU procedure, while they could be protected by national procedures. This circumstance implicate the merits of rejection of the German concept of a restricted coexistence of two systems of protection (the uniform EU system and the procedures provided by Member States).

Key words: EU system, protection, geographical indications.

Bibliografia

- Blakeney M., *The Protection of Geographical Indications: Law and Practice,* Cheltenham 2014.
- Caddick QC N., Longstaff B., *A User's Guide to Trade Marks and Passing Off. Third Edition,* Haywards Heath 2012.
- Całka E., *Geograficzne oznaczenia pochodzenia. Studium z prawa wspólnotowego i prawa polskiego*, Warszawa 2008.
- Conde P.L. i in., *Prawo własności intelektualnej w Unii Europejskiej,* przeł. M. Bystrzyńska, M. Chudzikiewicz, K. Jankowska, Warszawa 2003.
- Demendecki T. i in., *Prawo własności przemysłowej*, LEX 2015.
- Du Vall M., Nowińska E.E., Promińska U., *Prawo własności przemysłowej,* Warszawa 2008.
- Echols M. A., *Geographical Indications for Food Products: International Legal and Regulatory Perspectives,* Alphen aan den Rijn 2008.
- Gangjee D., *Relocating the Law of Geographical Indications,* Cambridge 2012.
- Kostański P. (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Kostański P., Żelechowski Ł., *Prawo własności przemysłowej,* Warszawa 2014.
- Obergfell E., *Qualitätsneutrale geographische Herkunftsangaben als Schutzdomäne des nationalen Rechts – Zur Entscheidung des EuGH vom 7.11.2000 – Rs. C-312/98 (Warsteiner),* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 2001, nr 4.
- Sieńczyło-Chlabicz J. (red.), *Prawo własności intelektualnej,* Warszawa 2015.
- Skubisz R. (red.), *Prawo własności przemysłowej. System Prawa Prywatnego. Tom 14B*, Warszawa 2012.

- Zdyb M., Sieradzka M. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz,* Warszawa 2011.

Wykaz skrótów:

- „PWP" – ustawa z dnia 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej z dnia (Dz.U. 2001 Nr 49 poz. 508 z późn. zm.);
- „Rozporządzenie" – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1151/2012 z dnia 21.11.2012 r. w sprawie systemów jakości produktów rolnych i środków spożywczych (Dz.U.UE.L.2012 Nr 343 poz. 1 z późn. zm.);
- „NazwProdRolU" – Ustawa z dnia 17.12.2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych (Dz.U. 2005 Nr 10 poz. 68 z późn. zm.);
- „ZNKU" – Ustawa z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47 poz. 211 z późn. zm.);
- „ETS" – Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu (aktualnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej).

Barbara Odrobińska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

KLAUZULA SUMIENIA W PRAWIE MEDYCZNYM I FARMACEUTYCZNYM

1. Wprowadzenie

Prawo do wolności sumienia jest zagwarantowane każdemu człowiekowi na mocy art. 53 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[1] i wynika z jego przyrodzonej godności. Dla pewnej grupy społeczno-zawodowej postępowanie w zgodzie z własnym sumieniem i normami etycznymi ma jednak znaczenie szczególne. Grupę tę tworzą lekarze, pielęgniarki i położne. Z uwagi na fakt, że osoby te podejmują i wykonują decyzje dotyczące bezpośrednio ludzkiego zdrowia i życia, ustawodawca przyznał im prawo osobiste do korzystania z tzw. klauzuli sumienia[2]. Instytucja ta umożliwia odmowę wykonania obowiązku nałożonego zgodnie z prawem poprzez powołanie się na przekonania religijne lub moralne[3]. Należy podkreślić, że nie jest to *novum* w dziedzinie prawa medycznego, gdyż już tekst przysięgi Hipokratesa nawiązuje do idei omawianej klauzuli; współcześnie jej problematyka wydaje się po prostu bardziej aktualna ze względu na ogromny rozwój medycyny i wdrażanie nowych technologii medycznych, takich jak sztuczna prokreacja czy inżynieria genetyczna, które mogą budzić wątpliwości co do ich godziwości. Jednocześnie pojawiają się postulaty dotyczące rozszerzenia prawa powoływania się na klauzulę sumienia na farmaceutów, którzy w chwili obecnej są tego prawa pozbawieni. Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie prawnych aspektów klau-

[1] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., Dz.U. Nr 78 poz. 483.

[2] Charakter prawa lekarza do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem jako prawa osobistego akcentuje L. Bosek w artykule *Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem – na przykładzie lekarza*, Forum Prawnicze 2014, s. 14.

[3] P. Stanisz, *Klauzula sumienia* [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008, s. 104.

zuli sumienia[4] i próba oceny jej funkcjonowania w praktyce, a także scharakteryzowanie uprawnień farmaceutów w zakresie działania zgodnego z własną moralnością.

2. Miejsce uregulowania klauzuli sumienia w prawie polskim

Klauzula sumienia została uregulowana w art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (dalej: u.z.l.)[5] oraz w art. 12 ust. 2 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej[6]. Do dnia 16 października 2015 r. artykuł 39 u.z.l. brzmiał następująco: lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego. Na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) z dnia 7 października 2015 r. zdanie pierwsze utraciło moc w odpowiednim zakresie, co będzie przedmiotem późniejszych rozważań[7].

Przedstawienie pełnego unormowania klauzuli sumienia wymaga nawiązania do art. 30 u.z.l., który określa negatywną przesłankę skorzystania z tej instytucji. Przepis stanowi, że lekarz ma obowiązek zrezygnowania z prawa do klauzuli sumienia i udzielenia pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Ustawodawca, dostrzegając dwie równie doniosłe wartości – prawo do ochrony życia i zdrowia oraz prawo do wolności sumienia – jasno przyznaje pierwszeństwo prawu do życia[8]. Od dnia 16 października 2015 r. obowiązek udzielenia pomocy nie może jednak wynikać z wystąpienia

[4] Problematyka klauzuli sumienia zostanie przedstawiona na przykładzie regulacji obowiązującej lekarzy, gdyż ma ona większe znaczenie praktyczne; dodatkowo konstrukcja klauzuli sumienia dla pielęgniarek i położnych jest zbliżona do konstrukcji klauzuli lekarskiej.

[5] Ustawa z dnia 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 1997 r. Nr 28 poz. 152 z późn. zm.

[6] Ustawa z dnia 15.07.2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej, Dz.U. z 2011 r. Nr 174 poz. 1039.

[7] Wyrok TK z dnia 7.10.2015 r., sygn. akt K 12/14, Dz.U. poz. 1633 pkt 1-2 sentencji.

[8] M. Żelichowski, *Przypadek niecierpiący zwłoki a klauzula sumienia*, Medycyna Praktyczna. Ginekologia i Położnictwo 2007, nr 4, s. 16.

innych przypadków niecierpiących zwłoki, o czym również zdecydował TK we wspomnianym wcześniej wyroku.

Ponadto pośrednią regulację w zakresie klauzuli sumienia zawiera Kodeks etyki lekarskiej (dalej: KEL)[9]. Zgodnie z jego art. 7 lekarz może w szczególnie uzasadnionych wypadkach nie podjąć się lub odstąpić od leczenia chorego, z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki. Nie podejmując się albo odstępując od leczenia, lekarz winien wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej. Przepis ten nie wspomina wprost o możliwości powołania się przez lekarza na własne sumienie; w konsekwencji jego dopełnieniem jest art. 4 KEL, stanowiący, że przy wypełnianiu swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych oraz postępować w zgodzie z własnym sumieniem i współczesną wiedzą medyczną. Jedynie łączne odczytywanie art. 7 i art. 4 KEL tworzy jednolitą podstawę prawną dla lekarzy odmawiających wykonania czynności godzących w ich moralność.

3. Zróżnicowanie regulacji klauzuli sumienia w u.z.l. i KEL

Wybór podstawy prawnej, na jaką powoła się lekarz w sytuacji zagrażającej jego sumieniu, nie jest w pełni dowolny. Art. 39 u.z.l. oraz art. 7 KEL różnią się od siebie zakresem przedmiotowym – art. 39 umożliwia powstrzymanie się od wykonania świadczeń zdrowotnych, podczas gdy art. 7 sankcjonuje odstąpienie lekarza od leczenia. Należy wskazać, że udzielanie świadczeń zdrowotnych nie jest tożsame z czynnością leczenia.

W ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty brak jest definicji legalnej świadczenia zdrowotnego; można ją odnaleźć w ustawie o działalności leczniczej[10]. Według art. 1 pkt 10, świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Nie budzi wątpliwości, że zakres świadczeń zdrowotnych obejmuje leczenie, które jednak samo w sobie stanowi pojęcie wąskie, jest tylko jednym z niektórych

[9] Kodeks etyki lekarskiej z dnia 2.01.2004 r., zawierający zmiany uchwalone w dniu 20.09.2003 r. przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy, Warszawa, NRL, 2004.
[10] Ustawa z dnia 15.04.2011 r. o działalności leczniczej, Dz.U. z 2013 poz. 217.

świadczeń zdrowotnych. Umiejętność rozróżnienia tych czynności ma istotne znaczenie praktyczne, gdyż warunkuje podstawę prawną, na jaką może powołać się lekarz, gdy chce odmówić wykonania czynności ze względów etycznych.

4. Przesłanki powoływania się na klauzulę sumienia z art. 39 u.z.l.

4.1 Zakres podmiotowy prawa korzystania z klauzuli sumienia

Nie ulega wątpliwości, że sumienie jest kategorią indywidualną i przysługuje wyłącznie konkretnej osobie. Prawo do odmowy wykonania świadczenia ze względu na głos sumienia posiadają zatem jedynie osoby fizyczne – indywidualni lekarze, pielęgniarki i położne. Wynika to z faktu, że ustawodawca miał na celu stworzenie prawa do swobodnego – czyli wolnego od jakichkolwiek nacisków – samookreślenia w sprawach światopoglądowych. Takiego warunku nie spełnia natomiast deklaracja mająca charakter zbiorowy. Powoływanie się na klauzulę sumienia przez placówki ochrony zdrowia – podmioty lecznicze w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej – należy uznać za nadużycie, gdyż zakłada się wówczas istnienie zjawiska „zbiorowego sumienia" wszystkich zatrudnionych w danym miejscu lekarzy, co jest ideą sprzeczną z istotą klauzuli sumienia[11].

Prawo powoływania się na klauzulę sumienia przysługuje wszystkim lekarzom, niezależnie od formy organizacyjno-prawnej udzielania przez nich świadczeń zdrowotnych. Posiadają je zatem zarówno lekarze wykonujący zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby, jak i wykonujący prywatną praktykę lekarską lub zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych[12].

Moim zdaniem można w tym miejscu zastanowić się nad istnieniem swoistego odwróconego kryterium podmiotowego, wyznaczającego osoby, wobec których lekarz może powołać się klauzulę sumienia. W takiej sytuacji samo świadczenie pozostaje w zgodzie z moralnością lekarza, ale mimo to w jego przekonaniu nie godzi się udzielić go pewnej szczególnej jednostce, na przykład mordercy, wielokrotnemu gwałcicielowi, osobie skazanej za pedofilię lub za inne przestęp-

[11] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39* [w:] Taż (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 699.
[12] J. Zajdel, *Prawa lekarza 2012*, Łódź 2012, s. 72.

stwo o charakterze seksualnym. Należy jednak ściśle interpretować art. 39 u.z.l., w którym nie wprowadzono kryterium podmiotowego, a odwołano się jedynie do sprzeczności samego działania – a ściślej jego przedmiotu – z zasadami etycznymi lekarza. Ponadto niezbędne jest wskazanie podstawowego założenia etycznego KEL, który w art. 3 stanowi, że lekarz winien wypełniać swe obowiązki z poszanowaniem człowieka bez względu na wiek, płeć, rasę, narodowość, wyznanie, przynależność społeczną, sytuację materialną, poglądy polityczne czy inne uwarunkowania.

4.2 Obowiązki nałożone na lekarzy chcących powołać się na klauzulę sumienia

Instytucja klauzuli sumienia jest w rzeczywistości korelatem prawa do działania w zgodzie ze swoim sumieniem i obowiązków, jakie muszą być spełnione dla skutecznego korzystania z tego uprawnienia. Ustawodawca w art. 39 u.z.l. nałożył na lekarzy dwa zasadnicze obowiązki. Pierwszym z nich jest uzasadnienie decyzji o powołaniu się na klauzulę sumienia oraz odnotowanie jej w dokumentacji medycznej. Treść i elementy tego uzasadnienia są przedmiotem sporu w doktrynie. Komitet Bioetyki przy Prezydium Polskiej Akademii Nauk (dalej: PAN) stoi na stanowisku, że lekarz zobligowany jest do wskazania w uzasadnieniu konkretnej zasady lub normy o charakterze moralnym, która znajduje się w kolizji z rodzajem zabiegu, który miałby być wykonany przez lekarza[13]. Większość przedstawicieli doktryny przyjmuje jednak, że nie jest wymagane wskazanie jednostkowej normy etycznej, z którą utożsamia się lekarz, i przekonywanie o jej słuszności, gdyż sumienie ma charakter suwerenny i subiektywny. Ocenie prawnej powinno podlegać zaistnienie negatywnej przesłanki skorzystania z klauzuli sumienia, przedstawionej w art. 30 u.z.l[14]. Oznacza to, że uzasadnienie ma na celu wykazanie, że lekarz przed podjęciem decyzji o skorzystaniu z klauzuli rozważył przypadek danego pacjenta pod tym kątem[15]. Wynika to z faktu, że instytucja klauzuli sumienia jest podporządkowana bezwzględnemu nakazowi ratowania życia i zdrowia chorego[16].

[13] Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z 12.11.2013 r. w sprawie tzw. klauzuli sumienia, s. 6.
[14] Zob. L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna 1999, nr 5, s. 8.
[15] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...*, dz. cyt., s. 700.
[16] L. Kubicki, *Sumienie lekarza...*, dz. cyt., s. 6.

W przypadku pozostawania przez lekarza w stosunku pracy, warunkiem dopuszczalności powołania się przez niego na klauzulę jest uprzednie poinformowanie przełożonego. Przez uprzedniość należy rozumieć złożenie pisemnego oświadczenia na początku zatrudnienia, o charakterze prospektywnym, nie zaś tuż przed udzieleniem świadczenia zdrowotnego godzącego w moralność lekarza. Taka forma obowiązku podyktowana jest z jednej strony koniecznością zapewnienia przez jednostkę służby zdrowia, w której zatrudniony jest lekarz korzystający z klauzuli, kompleksowości i ciągłości świadczeń zakontraktowanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia (dalej: NFZ), a z drugiej strony ma stwarzać warunki do prowadzenia racjonalnej polityki zatrudnienia i odpowiedniego rozplanowania pracy lekarzy. Aby cele te zostały zrealizowane, powiadomienie przełożonego powinno w miarę precyzyjnie określać typy świadczeń zdrowotnych, których lekarz nie będzie wykonywał z uwagi na ich kolizję z jego sumieniem[17].

Warto zastanowić się nad charakterem prawnym powyższych obowiązków. Właściwy wydaje się pogląd, że obowiązki te nie mają charakteru warunków, których spełnienie uprawnia lekarza do skorzystania z klauzuli sumienia. Są to jedynie dodatkowe zadania, obciążające lekarza w przypadku zastosowania klauzuli. W konsekwencji lekarz, który nie ma fizycznej możliwości ich wykonania, nie traci prawa do powołania się na omawianą klauzulę. Za brakiem warunkowego charakteru tych obowiązków przemawia też bezsporny fakt, że nie powstałyby one, gdyby lekarz nie powołał się najpierw na klauzulę sumienia[18].

4.3 Charakter czynności zgłaszanych jako niezgodne z sumieniem

Trafne wydaje się stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN, że lekarz ma prawo odmówić wykonania świadczenia zdrowotnego jedynie wówczas, gdy czynność ta w sposób bezpośredni narusza bądź stwarza realne i bezpośrednie zagrożenie dla dobra, które wedle jego zasad etycznych powinno podlegać bezwzględnej ochronie. W rezultacie lekarz nie może odmówić udzielenia pacjentowi informacji lub innych niezbędnych środków do podjęcia przez niego świadomej decyzji dotyczącej dalszego postępowania medycznego, które jest legalne, zgodne z aktualną wiedzą medyczną i odpowiednie do sytuacji zdrowotnej pacjenta. Udzie-

[17] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...*, dz. cyt., s. 698.
[18] M. Żelichowski, *Przypadek niecierpiący zwłoki...*, dz. cyt., s. 16.

lenie pacjentowi informacji potrzebnych do powzięcia autonomicznej decyzji o stanie swojego zdrowia w żadnym wypadku nie narusza ani nie stwarza bezpośredniego zagrożenia dla dobra, które lekarz traktuje jako szczególnie ważne[19].

Konstrukcja art. 39 u.z.l., odwołująca się do prawa lekarza do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego, może sugerować, że ustawodawca miał na myśli takie świadczenia, które lekarz przeprowadza osobiście. Nie budzi wątpliwości, że osobistego zaangażowania wymaga przeprowadzenie zabiegu operacyjnego lub dokonanie badań diagnostycznych. Z kolei przyjmując rozumienie wąskie, sam akt „mechanicznego" skierowania na badania czy wystawienia recepty nie tylko nie musi być dokonany osobiście, ale nie będzie nawet należał do kategorii świadczeń zdrowotnych[20].

Wreszcie należy podkreślić, że lekarz ma prawo powstrzymać się od rozpoczęcia wykonania świadczenia zdrowotnego, jak i od jego kontynuacji w dowolnym stadium[21].

5. Nowa konstrukcja obowiązków z art. 39 u.z.l. jako następstwo wejścia w życie orzeczenia TK

5.1 Brak konieczności wskazywania realnej możliwości uzyskania świadczenia w innym miejscu

Dnia 7 października 2015 r. TK wydał wyrok, w którym zdanie pierwsze art. 39 u.z.l. utraciło moc w zakresie, w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym. Obowiązek ten od dawna budził wiele kontrowersji. Z jednej strony stanowił on mechanizm pozwalający na pogodzenie prawa lekarzy do korzystania z klauzuli sumienia z interesami pacjentów, z drugiej jednak obligował do wskazania pacjentowi sprawdzonych informacji na temat miejsca, w którym pacjent uzyska konkretne świadczenie, co stanowiło obowiązek

[19] Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN..., dz. cyt., s. 7.
[20] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...*, dz. cyt., s. 693.
[21] J. Zajdel, *Prawa lekarza...*, dz. cyt., s. 71.

dość nierealistyczny z uwagi na fakt, że – przykładowo – lekarz pracujący prywatnie mógł nie mieć dostępu do tego rodzaju danych[22]. Ponadto przedmiotem dyskusji był etyczny aspekt udostępniania przez lekarzy takich informacji. Polegało ono bowiem na tym, że lekarz, który własnym działaniem nie chciał dokonać czynności godzącej w jego moralność, był zobligowany do wskazania pacjentowi osoby, która tej czynności dokona. Słuszne wydaje się stanowisko doktryny, traktujące takie działanie w istocie jako pomocnictwo. Lekarz musiał postępować wbrew wyznawanym przez siebie wartościom, dochodziło *de facto* do „złamania" sprzeciwu sumienia lekarskiego poprzez ustawową konieczność pośredniego udziału w czynności naruszającej zasady etyczne lekarza[23].

TK uznał, że powyższy obowiązek jest niezgodny z konstytucją. Stwierdził, że wolność sumienia – w tym sprzeciw sumienia – musi być respektowana niezależnie od tego, czy istnieją przepisy ją ustanawiające. Ustawodawca nie może w sposób dowolny kształtować prawa do powoływania się na własne sumienie, musi szanować konstytucyjne warunki ustanawiania ograniczeń praw i wolności człowieka[24]. Według Trybunału lekarz nie ma dostatecznych podstaw i wiedzy do pozyskiwania informacji na temat innych lekarzy, mogących wykonać dane świadczenie, a pozyskiwanie takich danych mogłoby mieć charakter kryminogenny[25].

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO) zaalarmował jednak, że z dniem wejścia w życie wyroku TK brak będzie podmiotu odpowiedzialnego za wskazanie pacjentowi realnych możliwości uzyskania świadczenia godzącego w sumienie danego lekarza u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym. W konsekwencji powstaje zagrożenie braku możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego przez pacjenta, która stanowi gwarancję konstytucyjną z art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji RP[26]. Podobnie krytyczne stanowiska w sprawie orzeczenia zajęło wielu polskich konstytucjonalistów, uznając, że doszło do sytuacji, w której sumie-

[22] L. Kubicki, *Sumienie lekarza...*, dz. cyt., s. 6.

[23] J. Pawlikowska, *Prawo do wyrażania sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno-prawne*, Prawo i Medycyna 2009, nr 3, s. 37.

[24] http://www.rp.pl/Zdrowie/310169893-Przepisy-o-klauzuli-sumienia-lekarzy-traca-moc-po-opublikowaniu-wyroku-TK.html#ap-1 [dostęp: 21.02.2016].

[25] Wyrok TK z dnia 7.10.2015 r., uzasadnienie, część III, pkt 6.2.5.

[26] Wypowiedź RPO Adama Bodnara na stronie internetowej: http://www.rp.pl/Zdrowie/310169893-Przepisy-o-klauzuli-sumienia-lekarzy-traca-moc-po-opublikowaniu-wyroku-TK.html#ap-1 [dostęp: 21.02.2016].

nie lekarza jest w pewnych wypadkach ważniejsze niż prawo pacjenta do uzyskania pomocy medycznej. Pacjent nie może również oświadczyć, że świadomie decyduje się na obciążenie własnego sumienia, ale musi wziąć pod uwagę, że dla prawa istotniejsze jest otoczenie ochroną sumienia lekarskiego[27].

5.2 Stanowisko TK w sprawie „przypadków niecierpiących zwłoki" jako przesłanki obowiązku udzielenia pomocy

Trybunał zakwestionował także ograniczenie powoływania się na klauzulę sumienia z art. 30 u.z.l. w postaci wystąpienia „przypadków niecierpiących zwłoki". Uznał to sformułowanie za nieprecyzyjne i niedookreślone, w związku z czym art. 30 u.z.l. utracił moc w zakresie, w jakim wprowadzał obowiązek udzielenia pomocy z uwagi na wystąpienie takich przypadków. Warto podkreślić, że doktryna wielokrotnie podejmowała próby zdefiniowania omawianego określenia. Część jej przedstawicieli stała na stanowisku, że przypadki niecierpiące zwłoki obejmują tak poważny stan zdrowia chorego, że pomoc lekarska jest potrzebna niezwłocznie[28]. Inni dopuszczali także szerszą interpretację, zgodnie z którą przypadki te mają też aspekt społeczny, a zatem wiążą się z pilnym wyjazdem pacjenta czy z upływem terminu ubezpieczenia zdrowotnego[29]. Nie istniały natomiast jednolite wytyczne powoływania się na to określenie.

Według sędziów Trybunału wyrażenie „przypadki niecierpiące zwłoki" nie wskazywało żadnego konkurencyjnego dobra, z racji którego wolność sumienia lekarzy mogłaby być reglamentowana[30]. Granice korzystania z klauzuli sumienia są zatem obecnie jasno wyznaczone – lekarz nie ma prawa powoływać się na swoją moralność, gdy zwłoka w udzieleniu pomocy mogłaby doprowadzić do utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

[27] Zob. wypowiedź dr. Ryszarda Piotrowskiego na stronie internetowej: http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/rozne-opinie-konstytucjonalistow-o-orzeczeniu-tk-ws-klauzuli-sumienia [dostęp: 21.02.2016].

[28] L. Kubicki, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, Prawo i Medycyna 2003, nr 5, s. 9.

[29] E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 352.

[30] Wyrok TK z dnia 7.10.2015 r., uzasadnienie, część III, pkt 5.2.2.

6. Praktyczne zastosowanie klauzuli sumienia

Korzystanie z klauzuli sumienia w praktyce dotyczy dwóch typów świadczeń zdrowotnych. Po pierwsze, są to świadczenia, które nie mają w ogóle lub mają tylko częściowo charakter terapeutyczny i są kontrowersyjne z uwagi na fakt, że ich wykonanie sprowadza się często do poświęcenia jednego dobra chronionego prawem dla ochrony drugiego. Jako przykład można wskazać dokonywanie prawnie dopuszczalnego zabiegu przerwania ciąży czy też przeszczepu organu od żywego dawcy. Po drugie, instytucja klauzuli sumienia jest aktualna w przypadku świadczeń niepolegających na poświęceniu jednego dobra prawnie chronionego dla protekcji drugiego, ale mogących tylko pozostawać w sprzeczności z przekonaniami religijnymi i moralnymi danego lekarza. Do takich zabiegów należy zaliczyć przeprowadzenie transfuzji krwi, wykonanie zabiegu sztucznego zapłodnienia *in vitro* lub założenie kobiecie spirali domacicznej w celach antykoncepcyjnych[31].

Moim zdaniem trafny jest również jeden ogólny wniosek, podkreślający zastosowanie klauzuli sumienia w odniesieniu do świadczeń z zakresu szeroko rozumianej medycyny reprodukcyjnej[32]. Jej zakres obejmuje m.in. zabiegi aborcji, ordynowanie hormonalnych środków antykoncepcyjnych, w tym postkoitalnych, zapłodnienie *in vitro,* sztuczną inseminację, diagnostykę prenatalną czy sterylizację i kastrację dla celów antykoncepcyjnych. Wiele tych czynności cieszy się obecnie dużą popularnością ze względu na dążenie do sztucznego kontrolowania ludzkich urodzeń, ale specyfika i silny ładunek etyczny tych zabiegów wymagają zagwarantowania ich wykonawcom możliwości odmowy działania ze względów światopoglądowych.

Warto wnikliwiej zanalizować dopuszczalność powołania się na własne sumienie w przypadku świadczeń zdrowotnych, nazywanych niekiedy czynnościami o charakterze „diagnostyczno-administracyjnym". Świadczenia tego rodzaju obejmują przykładowo wydanie zaświadczenia o wskazaniach do aborcji bądź skierowania na badania prenatalne czy też wypisanie recepty na tabletki antykoncepcyjne. W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym prawo skorzystania z klauzuli sumienia powinno być ograniczone w odniesieniu do powyższych

[31] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...,* dz. cyt., s. 694–695.
[32] Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN..., dz. cyt., s. 10.

czynności, z uwagi na fakt, że nie mają one charakteru *stricte* terapeutycznego i nie rodzą szczególnie silnego konfliktu sumienia, który może mieć miejsce na przykład podczas fizycznego dokonywania aborcji[33]. Istnieją też opinie, zasygnalizowane przeze mnie wcześniej, według których samo wystawienie recepty nie należy w ogóle do zakresu przedmiotowego świadczenia zdrowotnego[34]. W świetle obowiązującego art. 39 u.z.l. brakuje jednak podstawy do wyłączenia jakiegokolwiek rodzaju świadczenia zdrowotnego spod jego ochrony, nawet „mechanicznego" wypisania recepty.

Należy jednak wskazać, że lekarz nie ma prawa – w przypadku braku indywidualnych przeciwwskazań zdrowotnych – odmówić zaordynowania środka antykoncepcyjnego pacjentce, gdyż jest to produkt, którego stosowanie pozostaje w gestii samej pacjentki. Jedynie ona może ocenić potencjalne ryzyko i korzyści związane z zażywaniem środka hormonalnego[35]. Z tej samej przyczyny lekarz nie jest uprawniony do odmowy wydania kobiecie w ciąży skierowania na badania prenatalne lub specjalistyczne, jeśli istnieje uzasadnione podejrzenie, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety, albo kobieta obawia się, że płód jest uszkodzony. Odmowa nie może być także umotywowana wiedzą lub przypuszczeniem, że w przypadku potwierdzenia tej negatywnej diagnozy kobieta będzie ubiegała się o przerwanie ciąży. Przyjęcie takiej postawy przez lekarza może bowiem wywołać nie tylko poważne konsekwencje w życiu kobiety, ale także niebagatelne skutki w płaszczyźnie odpowiedzialności prawnej[36].

7. Klauzula sumienia w orzecznictwie sądów

Zagadnienie klauzuli sumienia było wielokrotnie analizowane i interpretowane przez sądy oraz Trybunał Konstytucyjny. W nawiązaniu do wcześniejszego wywodu przytoczę treść orzeczenia Sądu Najwyższego z 12 czerwca 2008 r. (sygn. akt III CSK 16/08), dotyczącego odmowy wydania skierowania na badania prenatalne. Sędziowie przyjęli w tym zakresie zgoła inne stanowisko niż przedstawiciele

[33] Zob. E. Zatyka, *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, Warszawa 2011, s. 114.
[34] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...*, dz. cyt., s. 693.
[35] Dotyczy to środków przepisanych jedynie w celu uniknięcia niepożądanej ciąży, nie zaś jako lek eliminujący zaburzenia gospodarki hormonalnej w organizmie.
[36] E. Zatyka, *Lekarski obowiązek...*, dz. cyt. s. 116.

doktryny – uznali, że lekarz ma prawo powołać się na klauzulę sumienia i odmówić zarówno wykonania badań prenatalnych, jak również wypisania na nie skierowania. Odmowa może nastąpić z jakichkolwiek przyczyn, także światopoglądowych. Skuteczność tej deklaracji zależy natomiast jedynie od jej uzasadnienia i odnotowania w dokumentacji, obecnie już bez konieczności wskazywania realnej możliwości uzyskania skierowania u innego lekarza. W przeciwnym razie, czyli bez zachowania procedury z art. 39 u.z.l., dochodzi do naruszenia obowiązku lekarskiego i prawa pacjentki (rodziców) do planowania rodziny i podjęcia świadomej decyzji odnośnie do przerwania ciąży lub nie, co stanowi przesłankę zadośćuczynienia od leczącego podmiotu.

Powołując się na orzecznictwo Trybunału, najnowszy wyrok z 7 października 2015 r., który wprowadził przełomowe zmiany w konstrukcji klauzuli sumienia, nie jest jedynym o tak istotnym znaczeniu dla tej instytucji. Według mnie należy wskazać orzeczenie TK z 15 stycznia 1991 r. (sygn. U 8/90, OTK 1991, nr 1, poz. 8), mające za przedmiot wystawianie zaświadczeń o istnieniu okoliczności uzasadniających legalne przeprowadzenie aborcji. Trybunał opowiedział się na tle stanu prawnego sprzed wejścia w życie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[37] za dopuszczalnością skorzystania z klauzuli sumienia przez lekarza, który miałby takie zaświadczenie wydać. Skład orzekający stwierdził, że orzeczenie o istnieniu okoliczności uzasadniających przeprowadzenie aborcji „zawiera w sobie element wiedzy medycznej, oceny społecznej i deklaracji etycznej i że (...) musi być w kategoriach etycznych traktowane tak samo jak przeprowadzenie zabiegu". Wyrok ten spotkał się z niemałą krytyką; podnoszono, że przyjmując argumentację TK, lekarz mógłby się uchylić od wydania każdego orzeczenia medycznego, ponieważ żadna dyrektywa techniczna nie ma charakteru ściśle obiektywnego i zawiera element wartościujący. Dodatkowo wskazane trzy elementy – wiedza medyczna, ocena społeczna i deklaracja etyczna – powinny być rozpatrywane rozłącznie. Czym innym są bowiem fakty, oceniane na podstawie symptomów choroby; inną czynnością jest postawienie diagnozy, polegające na przyporządkowaniu faktów do rozpoznania medycznego, a jeszcze inaczej należy traktować zakwalifikowanie danego rozpoznania jako wskazania do przeprowadzenia aborcji. Dopiero ostatni element zawiera także ocenę

[37] Ustawa z dnia 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. 1993 Nr 17 poz. 78.

społeczną, nie może być natomiast oceniany pod względem etycznym. W konsekwencji odmowę wydania opinii o wpływie ciąży na stan zdrowia pacjentki lub o co najmniej dużym uszkodzeniu płodu w sytuacji, gdy przerwanie ciąży jest legalne, należy uznać za uchybienie w zakresie obowiązku informacyjnego należnego pacjentce[38].

8. Ocena funkcjonowania klauzuli sumienia w praktyce

Klauzula sumienia stanowi instytucję bardzo dyskusyjną. W istocie nie sposób stworzyć takiej jej regulacji, która nie nasuwałaby wątpliwości co do praktycznego wdrożenia w życie. Trudno nie zgodzić się z faktem, że klauzula powinna być tak sformułowana, aby sumienie lekarza nie kolidowało z interesem pacjenta. W konsekwencji ustawodawca przewidział szereg ograniczeń w powoływaniu się na klauzulę, co w mojej ocenie skłania do refleksji, że praktyczne jej znaczenie jest niewielkie. Mając na uwadze zabezpieczenia z art. 30 u.z.l., nakładające na lekarza obowiązek porzucenia etycznych rozterek i bezwzględnego niesienia pomocy w sytuacji niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia pacjenta, praktyczna możliwość powołania się na klauzulę wydaje się dotyczyć jedynie czynności pozbawionych celu leczniczego, np. kosmetycznych, lub też czynności mających co prawda cel leczniczy, lecz podejmowanych jedynie z tzw. względnych wskazań medycznych i mogących zaczekać z wykonaniem[39].

Jednocześnie należy podkreślić, że w sytuacjach innych niż wskazane w art. 30 u.z.l., lekarz w istocie w ogóle nie ma ustawowego obowiązku działania, bez względu na to, czy takie działanie godzi w jego sumienie, czy też nie. Taka konstatacja wynika zarówno z art. 30 u.z.l. odczytywanego *a contrario*[40], jak i z art. 38 u.z.l. odczytywanego wprost. Ten ostatni stanowi bowiem, że lekarz może nie podjąć lub odstąpić od leczenia pacjenta, o ile nie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 30 u.z.l. Jeśli lekarz wykonuje swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby, może nie podjąć lub odstąpić od leczenia, jeżeli istnieją poważne ku temu powody, po uzyskaniu zgody swojego przełożonego. W przypadku odstą-

[38] M. Boratyńska, *Wolny wybór. Granice i gwarancje prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 353–355.
[39] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 205.
[40] Treść art. 30 u.z.l. przytoczono na stronie nr 28.

pienia od leczenia, lekarz ma obowiązek dostatecznie wcześnie uprzedzić o tym pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego i wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym. W rezultacie można zaryzykować stwierdzenie, że klauzula sumienia dotyczy właściwie lekarzy, którzy wykonują zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby, a zatem będących osobami, które nie mogą – z powołaniem się na art. 38 u.z.l. – nie podjąć się czynności wchodzącej w zakres ich obowiązków pracowniczych czy służbowych. W innych przypadkach klauzula może być normą bez większego znaczenia[41].

Obecnie nie wprowadzono też jakiejkolwiek regulacji w zakresie zapewnienia pacjentom lekarzy, którzy zastąpiliby tych powołujących się na klauzulę, choć należy przyznać, że poprzedni obowiązek wskazywania przez lekarza korzystającego z klauzuli innego lekarza funkcjonował wysoce nieudolnie. Doktryna proponowała już szereg rozwiązań tego problemu. Jej przedstawiciele przywołują praktykę innych państw, w których wszyscy lekarze zamierzający skorzystać z klauzuli składają odpowiednie deklaracje np. przed organem, który decyduje o przyznaniu prawa wykonywania zawodu lub o wpisie na listę lekarzy praktykujących na danym terenie, dzięki czemu pacjent jest w stanie się zorientować, u kogo z pewnością nie uzyska pożądanego świadczenia. Tego rodzaju rejestr pozwala też na eliminowanie praktyk powoływania się na sumienie w szpitalu, a wykonywania zabiegów prywatnie. W Polsce za rejestr ten mogłyby być odpowiedzialne np. okręgowe izby lekarskie[42]. Wśród postulowanych środków znalazło się także zobligowanie zakładów opieki zdrowotnej oraz oddziałów NFZ do udzielania informacji na temat miejsca, w którym pacjent ma realną możliwość uzyskania danego świadczenia[43].

Wreszcie należy także podnieść, że u.z.l. nie reguluje niezwykle istotnej kwestii, jaką jest ponoszenie kosztów wizyty, na której lekarz odmówił wykonania zabiegu niezgodnego z jego moralnością. W piśmiennictwie wskazuje się, że gdy lekarz pozostaje w stosunku pracy i złożył przełożonemu stosowne powiadomie-

[41] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta...*, dz. cyt., s. 204.
[42] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...*, dz. cyt., s. 700.
[43] A. Wojciechowska-Nowak, *Etyczno-prawne aspekty korzystania przez lekarza z klauzuli sumienia*. Seminarium – Wydział Prawa i Administracji UW, Warszawa 13.03.2002, Państwo i Prawo 2002, nr 7, str. 98.

nie, do kompetencji przełożonego należy dopilnowanie, aby pacjent nie zgłosił się do tego lekarza, przykładowo poprzez udzielenie pacjentowi informacji, że dany lekarz korzysta z klauzuli. Jeśli przełożony tego nie uczyni, słuszne wydaje się rozwiązanie, w którym koszty powinny obciążyć podmiot leczniczy, bez możliwości ich refundacji przez NFZ. W przypadku lekarza przyjmującego prywatnie sytuacja jest nieco bardziej skomplikowana, ale zasadne wydaje się, aby opłata za zbędną wizytę nie obciążała pacjenta[44].

9. Uprawnienia farmaceutów w zakresie działania zgodnego z własnym sumieniem

W aktualnym stanie prawnym farmaceuci nie posiadają prawa podmiotowego do odmówienia wykonania czynności w oparciu o względy sumienia. W ich przypadku rozterki etyczne mogą natomiast pojawić się w sytuacji sprzedaży tabletek antykoncepcyjnych, w tym wczesnoporonnych. Najważniejsza dla farmaceutów ustawa – Prawo farmaceutyczne – nie posługuje się w ogóle terminem „sumienie". Można go odnaleźć tylko w art. 4 Kodeksu etyki aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: KEA)[45], stanowiącym, że aptekarz, wykonując swoje zadania, musi posiadać wolność postępowania zgodnego ze swym sumieniem oraz swobodę działań zawodowych stosowną do wskazań etycznych, aktualnego poziomu wiedzy i stanu prawnego. Należy jednak podkreślić, że przepis ten ma charakter jedynie deontologiczny i nie może stanowić podstawy prawnej do korzystania przez farmaceutów z klauzuli sumienia.

Od niedawna zgłaszane są jednak postulaty dotyczące wyposażenia farmaceutów w prawo sprzeciwu sumienia. Argumentacja opiera się na obalaniu utrwalonego stereotypu, zgodnie z którym lekarz leczy, a farmaceuta tylko wykonuje jego wolę i sprzedaje leki; podnosi się, że farmaceuci nie są biernymi realizatorami recept, tylko autonomicznymi jednostkami, których powołaniem jest współudział w ochronie życia i zdrowia i zapobieganie chorobom, w związku z czym mają

[44] E. Zielińska, *Komentarz do art. 39...*, dz. cyt., s. 701.
[45] Kodeks etyki aptekarza Rzeczpospolitej Polskiej przyjęty Uchwałą NR VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22.01.2012 r.

prawo do odmowy postępowania niezgodnego z ich moralnością[46]. Jednocześnie pojawiają się głosy przeciwne, które wskazują na konieczność rozważenia wszystkich potencjalnych przypadków – przykładowo możliwości powołania się na klauzulę przez farmaceutę pracującego w niewielkiej miejscowości, gdzie znajduje się tylko jedna apteka, albo pracującego na nocnym dyżurze i odmawiającego wydania środków antykoncepcyjnych, zwłaszcza postkoitalnych. Takie działanie może być traktowane jako utrudnianie pacjentom dostępu do farmaceutyków i naruszenie art. 95 ustawy – Prawo farmaceutyczne[47], który stanowi, że apteki ogólnodostępne są obowiązane do posiadania produktów leczniczych i wyrobów medycznych w ilości i asortymencie niezbędnym do zaspokojenia potrzeb zdrowotnych miejscowej ludności. Ponadto Naczelna Izba Aptekarska twierdzi, że aptekarz nie ma prawa odmówić sprzedaży środka, na który pacjent ma wystawioną receptę[48]. Moim zdaniem środowisko farmaceutyczne potrzebuje w tej kwestii spokojnej i merytorycznej dyskusji.

10. Wnioski

Pojęcie „sumienie lekarza" jest nie tylko wartością etyczną, lecz także kategorią prawną. Na taki stan rzeczy wskazuje treść norm prawnych regulujących wykonywanie zawodu lekarza, które traktują sumienie jako jedną z ogólnych przesłanek oceny legalności lekarskiego zachowania[49]. Z kolei „sumienie farmaceuty" ma znaczenie mniej doniosłe i na chwilę obecną polskie prawo farmaceutyczne nie przewiduje dla niego specjalnej ochrony.

Instytucja klauzuli sumienia została ukształtowana przez ustawodawcę w celu rozwiązania kolizji norm prawa stanowionego z normami światopoglądowymi. Prawo stanowione nakazuje lekarzowi udzielać pacjentom świadczeń zdrowotnych, natomiast normy światopoglądowe określają katalog wartości, którymi lekarz kieruje się podczas wykonywania swojej pracy. W istocie powoływanie się na

[46] K. Słomiak, *Problem klauzuli sumienia farmaceutów wciąż aktualny?*, 31.05.2013 r., http://biotechnologia.pl/farmacja/aktualnosci/problem-klauzuli-sumienia-farmaceutow-wciaz-aktualny,12501 [dostęp: 21.02.2016].

[47] Ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne, Dz.U. z 2008 r. Nr 45 poz. 271 z późn. zm.

[48] S. Molęda, *Prawo dla aptek i farmaceutów*, Medicine Today Poland, Warszawa 2008, s. 66.

[49] L. Kubicki, *Sumienie lekarza...*, dz. cyt., s. 5.

klauzulę nie prowadzi do całkowitego zażegnania omawianego konfliktu – zawsze bowiem pacjent nie uzyskuje oczekiwanego świadczenia lub możliwość jego uzyskania zostaje odsunięta w czasie. Takie ograniczenie jest jednak niezbędne, aby zagwarantować lekarzowi przynajmniej w jakimś stopniu ochronę jego interesu, przejawiającego się w zachowaniu integralności moralnej.

Żądania pacjentów coraz częściej dotyczą nie tyle leczenia, ile przeprowadzenia interwencji medycznej pozbawionej celu leczniczego. Od lekarza oczekuje się przedłużania życia na drodze heroicznych działań (np. przeszczepów narządów, wszczepiania protez), kiedy indziej skrócenia życia (eutanazja). Pacjent niejednokrotnie żąda zmniejszenia własnej płodności (na drodze antykoncepcji, sterylizacji, aborcji), kiedy indziej jej zwiększenia (np. przez zapłodnienie zewnętrzne ze wszystkimi rodzącymi się tu problemami). Pacjent może żądać określonej jakości własnego potomstwa (inżynieria genetyczna), zmiany swojego wyglądu i psychiki (operacje plastyczne, mózgowe, deformacje hormonalne, leczenie psychotropowe)[50]. Słuszne wydaje się stwierdzenie, że tego rodzaju wymagania muszą być stawiane lekarzom z szacunkiem do ich moralnych zasad. Jednakże coraz silniej akcentowaną wartością, należącą do kategorii praw człowieka, jest autonomia jednostki, czyli każdego indywidualnego pacjenta. Jej poszanowanie, jak również respektowanie wolności osobistej człowieka składają się bez wątpienia na dobro pacjenta. Zgodnie zaś z art. 2 KEL dobro chorego winno być dla lekarza najwyższym prawem – *salus aegroti suprema lex esto* – co stanowi najwyższy nakaz etyczny[51].

[50] M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*..., dz. cyt., s. 210.
[51] L. Kubicki, *Sumienie lekarza*..., dz. cyt., s. 12.

CONSCIENCE CLAUSE IN MEDICAL AND PHARMACEUTICAL CLAUSE

Summary

This article presents the institution of conscience clause in medical and pharmaceutical law. It is the right to refuse performing medical action on the grounds of someone's ethical beliefs. It has to be emphasized that currently Polish pharmaceutical law does not regulate this institution, so I focused on conscience clause for doctors. I pointed out the legal sources of it, the conditions for using it, as well as the limitations of this right. I depicted the very current changes, introduced after the judgment of Polish Constitutional Tribunal from 7th October 2015. Then I presented the practical application of the clause, the examples of activities, which might be contrary to morality and the judicature of Polish courts on this matter. There is also an attempt to evaluate the real functioning of conscience clause included.

Key words: conscience clause, ethical beliefs, medical law, pharmaceutical law, medical action, to be contrary to morality, abortion, prenatal diagnosis.

Bibliografia

- Boratyńska M., Konieczniak P., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.
- Boratyńska M., *Wolny wybór. Granice i gwarancje prawa pacjenta do samodecydowania,* Warszawa 2012.
- Kubicki L., *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna 1999, nr 5.
- Kubicki L., *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, Prawo i Medycyna 2003, nr 5.
- Molęda S., *Prawo dla aptek i farmaceutów*, Medicine Today Poland, Warszawa 2008.
- Pawlikowska J., *Prawo do wyrażania sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno-prawne*, Prawo i Medycyna 2009, nr 3.
- Słomiak K., *Problem klauzuli sumienia farmaceutów wciąż aktualny?*, http://biotechnologia.pl/farmacja/aktualnosci/problem-klauzuli-sumienia-farmaceutow-wciaz-aktualny,12501 [dostęp: 21.02.2016].
- Stanisz P., *Klauzula sumienia* [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008.
- Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z 12.11.2013 r. w sprawie tzw. klauzuli sumienia.
- Wojciechowska-Nowak A., *Etyczno-prawne aspekty korzystania przez lekarza z klauzuli sumienia.* Seminarium – Wydział Prawa i Administracji UW, Warszawa 13.03.2002, Państwo i Prawo 2002, nr 7.
- Zajdel J., *Prawa lekarza 2012,* Łódź 2012.
- Zatyka E., *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, Warszawa 2011.
- Zielińska E., *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001.
- Zielińska E., *Komentarz do art. 39* [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Żelichowski M., *Przypadek niecierpiący zwłoki a klauzula sumienia*, Medycyna Praktyczna. Ginekologia i Położnictwo 2007, nr 4.

Magdalena Nazimek
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

STOSOWANIE KLAUZULI SUMIENIA NA TLE KONFLIKTU WARTOŚCI NAJWYŻSZYCH

Problematyka związana z klauzulą sumienia jest skomplikowana i z pewnością dotyczy delikatnej materii, dlatego też, aby niniejsza praca miała charakter neutralny moralnie, jej treść skupia się głównie na formalnym charakterze problemu, jakim jest konflikt wartości wolności sumienia i religii oraz prawa do ochrony zdrowia wraz z prawem do decydowania o życiu osobistym. Nie będę w niej analizowała, a tym bardziej rozstrzygała problemów etycznych związanych z istnieniem takiego pojęcia prawnego i jego funkcjonowania w polskim systemie prawnym czy też aspektów moralnych konkretnych świadczeń medycznych, których odmawiają podmioty powołujące się na klauzulę sumienia, ponieważ wtrącenia moralistyczne mogą jedynie odwrócić uwagę od istoty aktualnego problemu zaistniałego w polskim ustawodawstwie. Artykuł przedstawia istotę wartości konstytucyjnych, jakie stoją do siebie w opozycji w momencie zastosowania klauzuli, teoretyczno-filozoficzną analizę problemu konfliktu wartości niewspółmiernych oraz ocenę obecnego, nieudolnego rozwiązania tego konfliktu.

1. Uwagi wstępne

Klauzulę sumienia w polskim prawie medycznym możemy odnaleźć w art. 39 ustawy o zawodach lekarza oraz lekarza dentysty (dalej u.z.l.)[1], a także w art. 7 Kodeksu etyki lekarskiej w związku z art. 4 tego Kodeksu, który brzmi: „dla wypełnienia swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedza medyczna"[2]. W przypadku prawa

[1] Ustawa z dnia 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 2016 r. poz. 65, art. 39.
[2] Kodeks etyki lekarskiej, wersja z 10.01.2016 r., http://www.nil.org.pl/_data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf, art. 4.

farmaceutycznego sytuacja jest bardziej skomplikowana, gdyż ustawa z 2001 roku Prawo farmaceutyczne nie daje możliwości odmówienia dokonania czynności z powodu przekonań, a więc w tym przypadku wydania danego leku, analogicznie do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego w przypadku lekarzy. Ustawa ta zawiera jednak sporny art. 94 pkt 4: „Farmaceuta i technik farmaceutyczny mogą odmówić wydania produktu leczniczego, jeżeli jego wydanie może zagrażać życiu lub zdrowiu pacjenta"[3], który jest rozbieżnie interpretowany. W środowisku aptekarskim pojawiła się opinia, iż na podstawie tego przepisu farmaceuta lub technik farmaceutyczny może odmówić wydania niektórych produktów w celu ochrony poczętej istoty ludzkiej[4]. Z kolei Kodeks etyki aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej w art. 3 pkt 2 wskazuje prawo farmaceutów do postępowania zgodnie ze swoim sumieniem, jednakże należy pamiętać, że aptekarz odpowiada za zobowiązania nałożone na niego przez Kodeks jedynie przed sądem aptekarskim, nie powszechnym, i tam również może domagać się realizacji praw w nim zawartych. Z tego właśnie powodu niniejsza praca skupiać się będzie w większej mierze na sytuacji lekarzy, czyli na prawie medycznym. Wynika to również ze zmian, jakie nastąpiły na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. o sygn. akt K 12/14, który w istotny sposób zmienił treść art. 39 u.z.l. Odnośnie do tego przepisu, który reguluje procedurę stosowania klauzuli sumienia przez lekarza, dnia 16 października 2015 r. Trybunał zniósł między innymi obowiązek lekarza do wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia, którego odmówiono, u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym oraz obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki", głównie ze względu na nieprecyzyjność tego sformułowania.

Warto również wspomnieć, iż problematyka klauzuli sumienia nie jest zagadnieniem wywołującym emocje jedynie w Polsce; chociażby w Stanach Zjednoczonych temat ten jest wciąż gorąco dyskutowany. Środowisko związane z poglądami *pro-choice,* a więc zaangażowane w walkę o prawo kobiet do wyboru między urodzeniem dziecka a dokonaniem aborcji, zwraca uwagę na to, iż w niektórych stanach lekarz może odmówić udzielenia informacji, gdzie możliwe będzie dokonanie

[3] Ustawa z dnia 6.09.2001 r. Prawo farmaceutyczne, Dz.U. z 2008 r. Nr 45 poz. 271, art. 94.

[4] J. Blumczyńska, *Klauzula sumienia farmaceuty*, wersja z 14.01.2015 r., http://oplodnosci.pl/index.php/antykoncepcja2/prawo/127-klauzula-sumienia-farmaceuty.

danego zabiegu, którego odmówiono ze względu na poglądy etyczne lub religię[5]. Jednakże w Stanach Zjednoczonych problem ten ma inny wymiar ze względu na znacznie bardziej liberalne podejście do dokonywania aborcji, a co za tym idzie, uzyskanie informacji nawet z innego źródła niż od lekarza prowadzącego jest znacznie bardziej prawdopodobne.

2. Klauzula sumienia, czyli ochrona wolności sumienia i religii

Klauzula sumienia jest to instytucja prawna, która ma za zadanie chronić wartości konstytucyjne, jakimi są wolność sumienia i religii, zawarte w art. 53 Konstytucji RP. Artykuł ten w pkt 1 mówi, iż „każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii"[6]. Kolejne przepisy odnoszą się do wolności wyznania, takiej jak prawo uprawiania kultu, udziału w obrzędach czy też praktykowania, prawo rodziców do wychowywania dzieci w duchu wybranego przez nich systemu moralnego czy też prawo do nauczania religii w szkole. Z punktu widzenia omawianego problemu skupię się na wolności sumienia, jednak często nie da się jej oddzielić od powyższych, dlatego istotne znaczenie ma również ust. 5, mówiący o możliwości ograniczenia uzewnętrzniania religii „jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób"[7]. Wolność sumienia nie została zbyt szczegółowo unormowana w konstytucji. Można ją uznać za jedną z dwóch form, obok wolności religii, przejawiania aktywności światopoglądowej człowieka, będącą wolnością wewnętrzną, która polega na kształtowaniu przekonań i myśli, ich uzewnętrznianiu w rozmaity sposób, a także na postępowaniu zgodnie z nakazami i zakazami moralnymi pojawiającymi się w związku z danym światopoglądem[8]. Główną ideą tego przepisu jest ochrona swobody światopoglądowej, co sprowadza się do prawa każdej jednostki do wyboru odpowiadających jej reguł i poglądów moralnych, społecznych oraz filozoficznych. Ta wolność opatrzona musi być oczywiście realną możliwością postępowania zgodnie z wybranymi regułami. Według L. Morawskiego wolność ta ma szczególne znaczenie dla ludzi niewie-

[5] *Refusal clauses,* wersja z 15.02.2016 r., http://www.prochoiceamerica.org/what-is-choice/abortion/abortion-refusal-clauses.html.
[6] Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 114 poz. 946, art 53.1.
[7] Konstytucja RP, art. 53.5.
[8] M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo prawne,* Warszawa 1999, s. 275.

rzących, a w przypadku ludzi wierzących odnosi się do tych wszystkich dziedzin, „które pozostają poza treściami wyznawanej religii”[9].

Wolność ta oczywiście nie jest absolutna i podlega ograniczeniom, z którymi spotkać możemy się w przypadku konfliktu z innymi wartościami konstytucyjnymi o takiej samej randze, czyli w przypadku ochrony wolności i praw innych osób czy też interesów społecznych lub państwowych, takich jak ochrona bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia i moralności innych osób. Oczywiście także w przypadku tej wartości zastosowanie ma art. 31 ust. 3 Konstytucji, mówiący o możliwości ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności.

Każdy obywatel ma obowiązek przestrzegania prawa oraz wykonywania obowiązków publicznych, a korzystanie z wolności nie może usprawiedliwiać próby uchylenia się od danego obowiązku, dlatego niezwykle istotne znaczenie dla problematyki związanej z klauzulą sumienia i jej stosowaniem, w mojej opinii, ma specjalny wyjątek od tej zasady, zastosowany w art. 85 ust. 3 Konstytucji, który pozwala spojrzeć nam na tę instytucję prawną z innej perspektywy. „Obywatel, któremu przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie pozwalają na odbywanie służby wojskowej, może być zobowiązany do służby zastępczej na zasadach określonych w ustawie”. Oznacza to, iż w przypadku zaistnienia przeszkody w odbyciu służby wojskowej, jaką są przekonania religijne lub moralne, ustawodawca pozwala na zmianę tego obowiązku, w tym przypadku na odbycie służby zastępczej, która polegać może wykonywaniu prac na rzecz np. ochrony środowiska, służby zdrowia, pomocy społecznej czy ochrony przeciwpożarowej[10]. W przypadku klauzuli sumienia w prawie medycznym można zaryzykować porównanie tej regulacji do wyjątku zastosowanego w art. 85 ust. 3 Konstytucji. Przykładowo w przypadku zaistnienia sytuacji zezwalających na legalne przerwanie ciąży, a więc spełnienia przesłanek zawartych w art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[11], lekarz korzystający z klauzuli sumienia, a więc z prawa zawartego w art. 39 u.z.l., *de facto* uchyla się od przestrzegania prawa, jako że przepis ustawy zezwala na dokonanie

[9] L. Morawski, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu,* Warszawa 2011, s.108.

[10] Ustawa z dnia 28.11.2003 r. o służbie zastępczej, Dz.U. z 2003 r. Nr 223 poz. 2217 z późn. zm., art. 2 pkt 2.

[11] Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. z 1993 r. Nr 17 poz. 78 z późn. zm., art. 4a ust. 1.

takiego zabiegu, a lekarz jest jedyną osobą, która ten zabieg może wykonać zgodnie z prawem, a także z zabezpieczeniem zdrowia i życia pacjenta. Zatem w obu tych przypadkach: obywatela, któremu przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie pozwalają na odbycie służby wojskowej, oraz lekarza, który może powstrzymać się od wykonywania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, ustawodawca tworzy swoisty wyjątek od ciążącego na podmiocie obowiązku. W przypadku obywatela, który odmawia odbycia służby wojskowej ustawodawca wprowadził obowiązek zastępczy, który również zastosował w przypadku lekarza odmawiającego wykonania zgodnego z prawem świadczenia zdrowotnego. Za taką powinność należałoby uznać obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym, który nałożony był na lekarza poprzez art. 39 u.z.l., jednakże z dniem 16 października 2015 roku, wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., (sygn. akt K 12/14) obowiązek ten utracił swą moc. W obecnym stanie prawnym lekarz może odmówić wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem i nie jest już do niczego zastępczo zobowiązany. Warto zatem zastanowić się, dlaczego w tym przypadku osoby wykonujące zawód lekarza są traktowane w pewien sposób ulgowo, szczególnie w okolicznościach, gdzie zawód lekarza jest zawodem zaufania publicznego, wobec którego stawia się bardziej wymagające zadania.

3. Prawo do ochrony zdrowia i decydowania o życiu osobistym jako prawo pacjenta

Klauzula sumienia chroni wolność sumienia i religii. Prawdopodobnie nie byłaby przedmiotem tak ożywionej dyskusji, gdyby procedura jej stosowania nie naruszała innych konstytucyjnych praw, takich jak ochrona zdrowia czy prawo do decydowania o życiu osobistym. Okazuje się, że w momencie realizacji prawa lekarza (farmaceuty) do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego, prawo pacjenta, a więc obywatela, któremu Konstytucja przyznaje dane prawa, nie jest respektowane. Art. 68 w ust. 1 mówi, iż „każdy ma prawo do ochrony zdrowia", w ust. 2 mowa jest o równym dostępie do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, natomiast w ust. 3 o szczególnej opiece przysługującej m.in kobiecie w ciąży[12]. Poprzez ustanowiony w ten sposób zakres przed-

[12] Konstytucja RP, art. 68.

miotowy, ustawodawca traktuje prawo do ochrony zdrowia jako prawo człowieka, które przysługuje wszystkim, niezależnie od spełnienia jakichkolwiek przesłanek. Natomiast sformułowanie „równego dostępu" niesie ze sobą pewne problemy interpretacyjne, szczególnie poprzez niejednoznaczność terminu „dostęp"[13]. Jednakże Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku z 7 stycznia 2004 r. (K 14/03) stwierdził, iż „nie chodzi o dostępność jedynie formalną, deklarowaną przez przepisy prawne o charakterze «programowym», ale o dostępność rzeczywistą"[14]. Warto zatem zastanowić się nad możliwą realizacją prawa równego dostępu do świadczeń medycznych w przypadku zastosowania przez lekarza klauzuli sumienia. Posłużmy się jeszcze raz przykładem kobiety, której prawo zezwala na przerwanie ciąży, a jej lekarz odmawia wykonania zabiegu, powołując się na klauzulę sumienia. W tym samym czasie inna kobieta w takim samym stanie faktycznym zgłasza się do innego lekarza, który zabieg ten wykonuje. Czy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej obu tych pacjentek, obywatelek RP chronionych tymi samymi konstytucyjnymi prawami i wolnościami, jest taki sam? Czy zastosowanie przez lekarza klauzuli sumienia ogranicza w sposób istotny omawiany dostęp? Rozwiązaniem kompromisowym wydawał się nałożony na lekarza obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, jednakże wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego obowiązek ten został zniesiony. Podobną opinię wyraża w swoim zdaniu odrębnym do wspomnianego wyroku Trybunału sędzia Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, stwierdzając, iż „obowiązek informacyjny trafnie wyważa wartość, jaką jest poszanowanie wolności sumienia lekarza manifestującą się w akcie odmowy wykonania określonego świadczenia zdrowotnego, z prawem pacjenta do informacji, która jest niezbędna, by o sobie zadecydował i podjętą decyzję zrealizował"[15]. W obecnym stanie prawnym żaden inny podmiot nie jest oficjalnie do tego zobowiązany. Zatem pacjentka, której odmówiono wykonania świadczenia zdrowotnego, które zgodnie z ustawą i konstytucyjną zasadą ochrony zdrowia i równego dostępu do świadczeń zdrowotnych jej przysługują, znalazła się w sytuacji, w której musi szukać innego lekarza, nie posiadając żadnych informacji odnośnie do tego, w jakim podmiocie leczniczym świadczenie, którego potrzebuje, zostanie wykonane. Taka sytuacja niewąt-

[13] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2009, s. 352.

[14] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7.01.2004 r. sygn. akt K 14/03, Dz.U. z 2004 r. Nr 5 poz. 37, s. 18.

[15] Zdanie odrębne Sławomiry Wronkowskiej-Jaśkiewicz do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7.02.2015 r. (K 12/14), Dz.U. z 2015 r. poz. 1633, s. 77.

pliwie wiąże się ze stresem, a także z upływem czasu, który w przypadku zabiegu legalnej aborcji stanowi istotną przesłankę zezwalającą na dokonanie tego zabiegu. Zatem pytaniem, jakie nasuwa się w tej sytuacji, jest: czy możliwe było inne rozwiązanie tego problemu, oczywiście zakładając, iż obowiązek informacyjny nałożony na lekarzy, zgodnie ze zdaniem Trybunału, naruszał wolność sumienia? Najprostszym i skutecznym rozwiązaniem byłoby odroczenie termin utraty obowiązującej mocy przepisu do czasu wskazania podmiotu odpowiedzialnego za wypełnienie tego obowiązku przez Narodowy Fundusz Zdrowia[16]. Jednak działania Trybunału odnoszące się do tej kwestii okazały się nieskuteczne, co zaowocowało skomplikowaną sytuacją pacjentów, którym odmówiono wykonania świadczenia zdrowotnego, powołując się na klauzulę sumienia, wprowadzając tym samym swoisty chaos w polskim ustawodawstwie.

Kolejną zagrożoną przez stosowanie klauzuli sumienia w obecnym kształcie wartością jest prawo „do decydowania o swoim życiu osobistym"[17], zapewnione w art. 47 Konstytucji, które nierozerwalnie związane jest z prawem do ochrony życia prywatnego i, jak wszystkie prawa i wolności konstytucyjne, wynika z wartości godności człowieka, na co powoływał się między innymi Prokurator Generalny w swoim stanowisku, przedstawionym w wyroku Trybunału[18]. Swoboda decydowania o swoim życiu prywatnym związana jest z faktem integralności fizycznej i psychicznej człowieka, a także z gwarancją istnienia strefy prywatnej oraz prawem człowieka do „układania" swojego życia według własnej woli, gdzie integracja zewnętrzna winna być sprowadzona do absolutnego i niezbędnego minimum[19], a władza zobowiązana jest do zapewnienia ochrony w przypadku jej naruszenia. Natomiast na pojęcie „życia prywatnego" składają się takie elementy jak wewnętrzne przeżycia człowieka, jego oceny, refleksje, a także wrażenia zmysłowe i, co najbardziej istotne ze względu na omawianą tematykę, stan zdrowia, co pociąga za sobą prawo z „korzystania albo nie z przewidzianych prawem świadczeń zdrowotnych, co z kolei znajduje uzasadnienie w poszanowaniu autonomii pacjenta"[20]. Oczywiście w kontrze do tych wartości można wskazać chociażby zasadę suwe-

[16] Tamże, s. 78.
[17] Konstytucja RP, art. 47.
[18] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7.02.2015 r., s. 10.
[19] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* 2. wydanie, Warszawa 2012, s. 296–297.
[20] Zdanie odrębne Sławomiry Wronkowskiej-Jaśkiewicz..., dz. cyt., s. 77.

renności lekarza, która jest niezwykle ważna w przypadku wykonywania zawodu zaufania publicznego, a także potrzebę ochrony jego autonomii. Jednakże fakt wykonywania zawodu zaufania publicznego stawia jednocześnie większe wymagania wobec osoby, która go wykonuje. Winna ona kierować się interesem publicznym, społecznym, który powinien być przedkładany nad interesy prywatne, co w tej sytuacji może oznaczać stawianie praw pacjenta przed własnymi.

4. Konflikt wartości niewspółmiernych oraz koncepcja moralnej neutralności prawa

Problem stosowania klauzuli sumienia polega w głównej mierze nie, jakby się mogło wydawać, na problemie etycznym i sprzecznych systemach moralnych, ale na konflikcie wartości, które chronione są przez prawa i wolności konstytucyjne. Klauzula sumienia chroni wolność sumienia i religii, ale jej zastosowanie ogranicza prawo do ochrony zdrowia i decydowania o życiu osobistym obywatela. Skąd zatem wiadomo, która z tych wartości jest wartością wyższej rangi? Jak zdecydować, które z wolności mogą być ograniczone i kosztem jakich praw? Znalezienie odpowiedzi na te pytania jest niesamowicie trudne, intuicyjnie nawet niemożliwe, ponieważ wymaga od nas ustalenia stosunku danych wartości względem siebie. Stąd racjonalna wydaje się koncepcja niewspółmiernych wartości[21]. Niewspółmierność może być rozumiana jako brak wspólnej miary, gdzie brak wspólnej jednostki nie pozwala na jakiekolwiek ich uporządkowania (w skali przedziałowej czy też stosunkowej), co w sferze aksjologicznej jest bardzo trudne do zastosowania, ponieważ zmusza między innymi do uznania totalnej niewspółmierności wszystkich wartości[22]. Kolejny pogląd przedstawia niewspółmierność właśnie jako niemożliwość uporządkowania, ale w sytuacji, kiedy nie da się ustalić, czy między danymi elementami zachodzi relacja porządkująca lub relacja równościowa[23]. Jednakże z perspektywy omawianego tematu najciekawsza wydaje się koncepcja niewspółmierności jako prostej nieporównywalności. Oznacza to, że pewne zjawiska nie mogą być ze sobą porównane. Termin „porównanie" to rzeczownik od „porównywać", co znaczy „zestawić ze sobą jakieś osoby lub rzeczy, znaleźć ich cechy wspólne

[21] Zob. S. Wojtczak, *O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa,* Łódź 2010.
[22] Tamże, s. 44.
[23] Tamże, s. 48.

i cechy różniące, przyrównać"[24]. Można również ten termin rozumieć jako próbę zestawienia, które „może służyć ocenie (np. lepsze – gorsze), wydobywać i ujawniać istotne informacje o zestawianych rzeczach; często uwypuklenie różnic prowadzi do ostrzejszego zarysowania ocen bądź podważania ocen wcześniejszych wynikających z rzekomego podobieństwa zjawisk"[25]. Bardzo ciekawa wydaje się również tzw. teza trychotomiczna, używana przez nas w życiu codziennym, która polega na ustaleniu, czy między porównywanymi zjawiskami zachodzi jedna z trzech relacji: bycia lepszym, bycia gorszym albo bycia równym, biorąc pod uwagę określone kryterium[26]. Niewspółmierność wartości w tym założeniu oznacza zatem, iż pewnych wartości nie da się zestawić, a co za tym idzie, nie można ich ocenić. Jeżeli zatem nie możemy stwierdzić, która z danych wartości jest ważniejsza, nie jesteśmy w stanie zdecydować, którą wartość możemy poświęć. W przypadku stosowania klauzuli sumienia, w aktualnym stanie prawnym, niezabezpieczającym prawa pacjenta w sposób skuteczny, chroniona przez klauzulę wolność sumienia i religii zostaje automatycznie postawiona wyżej w hierarchii wartości, czyli nad prawem do ochrony zdrowia i decydowania o życiu osobistym. Jednakże na jakiej podstawie dokonano takiego wartościowania? W mojej opinii wartości te są nieporównywalne, a co za tym idzie, niewspółmierne. Wszystkie wskazane prawa i wolności są wartościami konstytucyjnymi i nie jesteśmy w stanie stwierdzić, czy i jaka relacja między nimi zachodzi. Tyczy się to również relacji równości, gdyż tego, czy dane wartości są równe, również nie jesteśmy w stanie uargumentować. Moim zdaniem, tę sytuację w kontekście niewspółmierności wartości najlepiej zobrazować poprzez przykład próby zestawienia ze sobą okrągłego kształtu z kolorem żółtym. Na podstawie naszego doświadczenia życiowego, a także intuicji bezsprzecznie stwierdzamy, iż te dwie właściwości nie mogą być ze sobą porównane. Dany podmiot jest w stanie zdecydować, który z tych atrybutów jest dla niego ważniejszy, który ma istotniejszy wpływ na daną rzecz, zjawisko, ale będzie to jego subiektywna opinia, którą nie możemy kierować się w debatach odnoszących się do problemów dotykających całego społeczeństwa.

[24] M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 1999, s.792, cyt. za S. Wojtczak, *O niewspółmierności...*, dz. cyt., s. 40.

[25] K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny,* Warszawa 2004, s. 239, cyt. za S. Wojtczak, *O niewspółmierności...*, dz. cyt., s. 40.

[26] S. Wojtczak, *O niewspółmierności...*, dz. cyt., s. 42.

W sytuacji, w której zgodzimy się z argumentami przemawiającymi za teorią niewspółmierności wartości i zaakceptujemy fakt, iż nie jesteśmy w stanie stwierdzić, która z tych przedstawionych wartości zasługuje na skuteczniejszą ochronę prawną, pozostajemy w sytuacji, w której praktyczny problem związany z realizacją konstytucyjnych praw i wolności zostaje nierozwiązany. Powszechnie uznaje się, iż nie można dokonać usprawiedliwionego wyboru między wartościami, których nie jesteśmy w stanie porównać. Zgodnie jednak z innym stanowiskiem porównanie nie ma znaczenia dla tegoż wyboru albo nie ma mocy uzasadnienia dokonywanego wyboru[27]. Wówczas zastosować można między innymi zasadę optymalizacji. Jest to jednak strategia przydatna w przypadku indywidualnego podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości[28] czy w przypadku decyzji gospodarczych.

Zgoła inne sposoby zastosowane będą wtedy, gdy rozwiązać należy konflikt wartości w procesie podejmowania decyzji społecznych. Można wskazać co najmniej trzy sposoby, jakimi posługują się instytucje demokratyczne w przypadku konfliktu niewspółmiernych wartości, czyli unikanie, cykliczność i neutralność[29]. Unikanie to sytuacja, w której racjonalnym rozwiązaniem jest przesunięcie danego rozstrzygnięcia konfliktu w czasie lub na inny poziom instytucjonalny, dzieje się to na przykład w sytuacji, kiedy sąd uznaje się za niewłaściwy do rozpoznania danej sprawy lub kieruje pytanie prawne do innych wskazanych przez prawo organów[30]. Cykliczność z kolei polega na tym, że „różne wartości i opcje są kolejno uwzględniane, albo różne opcje (metody) są mieszane i w ten sposób zawiesza się niejako wydanie sądu co do relatywnej pozycji tych wartości czy opcji, uznając wartość każdej z nich z osobna. W sytuacji, kiedy wszystkie stanowiska nie mogą zostać uwzględnione, pozwala to na uniknięcie zanegowania pewnych wartości, uznanych za fundamentalne"[31]. Tu przykładem może być unikanie przez niektóre sądy jednolitości orzecznictwa w pewnych sprawach. Ostatnim ze sposobów jest natomiast neutralność, stosowana w sytuacjach, w których rozstrzygnięcie konfliktu w drodze głosowania większościowego mogłoby zostać uznane przez daną mniejszość za akt

[27] R. Chang, C*omparisons and the Justification of Choice,* University of Pennsylvania LA Review 1998, Vol. 146, s. 1569.
[28] S. Wojtczak, *O niewspółmierności…*, dz. cyt., s. 223.
[29] Tamże, s. 243.
[30] Tamże, s. 244.
[31] Tamże.

tyranii. Rozwiązanie to ma szczególne znaczenie w sytuacji konfliktu wartości fundamentalnych i szczególnie istotnych dla danej grupy społecznej.

W przypadku podejmowania decyzji w przedmiocie stosowania klauzuli sumienia, metoda unikania wydaje się niepraktyczna, mogłaby ona jedynie utrudnić realizację konstytucyjnych wartości, a przesunięcie rozstrzygnięcia konfliktu na jakiś inny poziom instytucjonalny, czyli na przykład powierzenie tego organowi niższego szczebla, mogłoby jedynie pogłębić nierówności w dostępie do świadczeń medycznych. Tego typu rozwiązanie zostało zastosowane w przypadku dekryminalizacji narkotyków miękkich w Holandii. Oficjalna ustawa zakazuje sprzedaży i użytku substancji odurzających, jednakże w praktyce pozostawiono możliwość decyzji w tym przedmiocie władzom lokalnym, czyli policji, prokuraturze i burmistrzowi miasta, co okazało się w tym przypadku skutecznym rozwiązaniem. Jednakże należy stwierdzić, iż tematyka wolności sumienia i wiążąca się z tym klauzula sumienia, która niejednokrotnie dotyka problematyki związanej z aborcją czy eutanazją, jest dużo bardziej skomplikowana i przede wszystkim delikatniejsza niż kwestia legalności narkotyków, dlatego też rozwiązanie to wydaje się niewłaściwe. Również cykliczność w tym przypadku nie może zostać zastosowana.

Zatem z wyżej przedstawionego podziału sposobów rozwiązywania konfliktów w przypadku zaistnienia niewspółmierności wartości najbardziej optymalna i odpowiednia do przedmiotowości sporu wydaje się neutralność, a więc bezstronność organów państwowych, czy też szeroko rozumiana neutralność prawa, dlatego przydatne może być zaprezentowanie koncepcji moralnej neutralności prawa W. Sadurskiego. Moralna neutralność prawa, oparta na ideale prawa liberalnego, zakłada, że współczesne społeczeństwa nie posiadają już jednolitych ideałów i wyobrażeń co do „dobrego życia"[32], co jest naturalną konsekwencją intelektualnej wolności, nazywanej rozumnym pluralizmem. Zatem prawo służyć ma pokojowej i sprawiedliwej koegzystencji różnych doktryn, a prawodawca nie powinien poprzez instrumenty prawne stawiać żadnej z nich na pozycji uprzywilejowanej. Źródłem tej koncepcji jest idea neutralności prawa wobec religii, a więc sytuacja, w której prawo w przypadku pluralizmu religijnego nie staje się stroną sporu,

[32] J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 75.

ale zachowuje rolę neutralnego arbitra[33]. Analogicznie do tego poglądu, koncepcja neutralności moralnej prawa przyjmuje, że „neutralność państwa jest warunkiem do tego, iżby ludzie mogli wybierać, uprawiać i zmieniać swoje przekonania moralne. Wszelka oficjalna ortodoksja w sprawach moralnych [...] faworyzuje pewne przekonania moralne i dyskryminuje inne"[34]. Uzasadnienia tej koncepcji należy szukać przede wszystkim w zasadzie tolerancji i wolności osobistej jako wartościach bezsprzecznych, jak również w podziale zachowań moralnych na te względem siebie i te względem innych, gdzie tylko ta druga grupa powinna być prawnie kontrolowana[35]. Dodatkowo zwrócić uwagę należy na intencje prawodawcy, który nie powinien kierować się motywacją paternalistyczną, a więc ze względu na dobro ludzi, którzy są adresatami danej normy, ani moralistyczną, czyli ze względu na swoje moralne przekonania i bez względu na szkodę wobec innych[36]. Wytyczną dla prawodawcy może być również zasada, wedle której prawo nie powinno być instrumentem służącym uprawnionemu do dominacji nad innymi ludźmi i stawianiu go na uprzywilejowanej pozycji. I tak na przykład zakaz kradzieży ma na celu ochronę ludzi przed dominacją tych, którzy nie respektują ich własności, tak samo odrzucenie zakazu eutanazji stanowi jedynie ochronę przed dominacją tych, którzy uznają ją za moralnie niewłaściwą.

Zatem w przypadku klauzuli sumienia należy zastanowić się, czy jej zastosowanie nie wprowadza pewnego rodzaju dominacji tej grupy, którą pierwotnie miała ona chronić, nad obywatelami, którym prawo daje możliwość skorzystania z konkretnych świadczeń medycznych. Tolerancja i wolność osobista, które są podstawą koncepcji neutralności prawa, zalecają unikanie przez prawodawcę działań paternalistycznych czy też moralistycznych. Ma on skupić na stworzeniu takiego prawa, które respektuje pluralizm moralny i zapewni praktyczną realizacje wspomnianej wolności osobistej, szczególnie w przypadkach współcześnie dyskusyjnych pod względem etycznym. Zarówno władza ustawodawcza, jak i sądownicza, powinna zatem dążyć do stworzenia takich mechanizmów prawnych, a zatem budowania takiej praktyki, która zabezpieczy prawa i wolności konstytucyjne grupom o sprzecznych systemach moralnych.

[33] W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (przyczynek do teorii prawa liberalnego),* Państwo i Prawo 1990, z. 7, s. 29.
[34] Tamże, s. 30.
[35] Tamże, s. 31.
[36] Tamże, s. 32.

5. Zasada proporcjonalności i chaos w polskim ustawodawstwie

Mimo skomplikowania sytuacji, w których zachodzi konflikt wartości chronionych przez Konstytucję, niezależnie, czy uznamy je za wartości niewspółmierne, czy też nie, uprawnienia i obowiązki obywatela powinny być jasno określone, a procedury zabezpieczające dane prawa i wolności przejrzyste oraz umożliwiające ich praktyczne wyegzekwowanie. Istnieją generalne zasady, które odnoszą się do każdej wartości chronionej Konstytucją i mają na celu ograniczenie ingerencji w strefę prywatną człowieka oraz chronienie jego autonomii[37]. Temu właśnie służyć ma art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej, który przedstawia generalne zasady ograniczania praw człowieka i z którego wywodzi się obowiązywanie zasady proporcjonalności w Polsce.

Zasada proporcjonalności znana jest w orzecznictwie i doktrynie również jako zasada miarkowania, adekwatności czy też zakaz nadmiernej ingerencji[38]. W klasycznym ujęciu nauki prawa niemieckiego wyróżniamy trzy elementy, których zasada ta wymaga: przydatność, konieczność i proporcjonalność *sensu stricto*[39]. Przydatność oznacza, że „przewidziany w ustawie środek działania musi nadawać się do osiągnięcia mieszczącego się w ramach obowiązującego systemu prawnego celu [...], dla którego został ustanowiony"[40], a więc dotyczy to relacji pomiędzy środkiem a celem. W przypadku omawianych przez nas wartości dane działanie legislacyjne, jakim w tym przypadku jest zapis o klauzuli sumienia, musi w sposób realny zabezpieczać wolność sumienia. Wymóg konieczności oznacza ingerencję w jak najmniejszym stopniu, a więc ustawodawca powinien wybrać spośród dostępnych możliwości taki środek, który ogranicza jednostkę tylko w niezbędnym zakresie, czyli jest najmniej uciążliwy[41]. Warto w tym miejscu zadać pytanie, czy interpretacja zapisów o klauzuli sumienia zastosowana przez Trybunał Konstytucyjny kreuje ten środek prawny w sposób najmniej ograniczający prawa jednostki, w tym wypadku prawo do ochrony zdrowia i decydowania o swojej prywatności, a więc czy nie jest możliwe zabezpieczenie wolności sumienia lekarzy

[37] R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2015, s. 69.
[38] J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego,* Warszawa 2008, s. 9.
[39] Tamże, s. 18.
[40] Tamże, s. 25.
[41] Tamże, s. 27.

w sposób mniej uciążliwy dla pacjentów. Natomiast zakaz nadmiernej ingerencji, czyli wymóg proporcjonalności *sensu stricto*, oznacza „konieczność zachowania proporcji pomiędzy ograniczeniem danego konstytutywnego prawa i wolności (nałożeniem na jednostkę obciążenia) a zamierzonym celem (pozytywnym efektem) danej regulacji prawnej"[42], zatem liczba negatywnych skutków danego rozwiązania powinna być mniejsza niż liczba jego zalet. W przypadku regulacji dotyczących klauzuli sumienia, ich celem jest ochrona wolności sumienia, natomiast obciążeniami jednostki stają się ograniczony dostęp do świadczeń zdrowotnych oraz ograniczone prawo do decydowania o życiu prywatnym.

Art 31 ust. 3 Konstytucji ma charakter *lex generalis*, który wyznacza zasady ograniczania korzystania z wszystkich konstytucyjnych wolności i praw. Stanowi on, iż „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie"[43] dla osiągnięcia określonych celów, jak na przykład bezpieczeństwo czy ochrona wolności i praw innych osób. Wynikają z niego trzy zasady: wyłączności ustawy (charakter formalny), proporcjonalności i zachowania istoty wolności i praw (charakter materialny)[44]. W tym miejscu należy zatem jeszcze raz podkreślić, iż kodeks lekarski czy też aptekarski nie może wpływać na ograniczanie praw i wolności konstytucyjnych, zatem o ile lekarze mają zapewnione stosowanie klauzuli sumienia w ustawie, tak farmaceuci nie posiadają tego przywileju. Przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z praw i wolności konstytucyjnych są następujące: 1) ustawowa forma ograniczenia, 2) istnienie konieczności wprowadzenia ograniczenia w demokratycznym państwie, 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w tym przepisie wartości[45]. W przypadku omawianego przez nas problemu będzie do ochrona praw i wolności innych osób. Oznacza to nic innego, jak kolizję tych wartości, która występuje wtedy, „gdy w tej samej sytuacji różne podmioty powołują się dla ochrony swoich interesów na różne przysługujące im prawa wolności"[46]. Znajdujemy się wówczas w sytuacji, kiedy oba prawa winny być realizowane, nie istnieją bowiem reguły, które określiłyby, która

[42] Tamże.
[43] Konstytucja RP, art. 31 ust. 3.
[44] J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie*..., dz. cyt., s. 111.
[45] Tamże, s. 115.
[46] Tamże, s. 134

z danych wartości stoi wyżej w hierarchii, zatem przy rozstrzyganiu takich kolizji ustawodawca dysponuje swoistym marginesem swobody.

Przedmiotem przywoływanego już wyroku Trybunału Konstytucyjnego nie jest istota klauzuli sumienia czy też jej zasadność, nie są to również ograniczenia praw pacjenta. Trybunał w tym orzeczeniu analizuje kilka kwestii, ale tu pragnę skupić się na problemie ograniczenia wolności sumienia lekarzy poprzez nałożenie na nich obowiązku wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym. Skład sędziowski uznał ten obowiązek za niekonstytucyjny, stwierdzając, iż „wynikające z art. 39 zdanie pierwsze u.z.l. ograniczenie swobody sumienia lekarza, przez zobowiązanie go do informowania pacjenta o możliwości uzyskania świadczenia pozostającego w sprzeczności z wyznawanymi przez niego zasadami moralnymi, nie przechodzi pozytywnie testu proporcjonalności. Nie tylko stanowi nieefektywne narzędzie do osiągnięcia celu założonego przez ustawodawcę, ale ponadto nie jest niezbędne do jego osiągnięcia”[47]. Jednakże jeszcze przed przeprowadzeniem testu proporcjonalności, w uzasadnieniu wyroku możemy przeczytać, iż „Trybunał – podobnie jak wnioskodawca i uczestnicy postępowania – stoi na stanowisku, że nałożenie na lekarza obowiązku wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia niezgodnego z jego sumieniem stanowi ograniczenie wolności sumienia”. Racjonalne zatem zdają się zarzuty sędziego Stanisława Biernata, sformułowane w jego zdaniu odrębnym do wyroku, który poprawnie zauważył, iż Trybunał skupił się na krytyce obecnego systemu informowania pacjentów o świadczeniach, ale także „nie wykazuje przeprowadzenia testu proporcjonalności, lecz prezentuje od razu jego wynik w treści sentencji”[48], nie uzasadniając w sposób wyczerpujący swojej decyzji.

W mojej opinii, przepisy zezwalające na powoływanie się na klauzulę sumienia przez lekarzy z jednoczesnym obowiązkiem informacyjnym stanowiły regulację kompromisową i w najmniejszym stopniu ograniczały prawa i wolności jednostki, w tym przypadku pacjenta, jednocześnie zapewniając realizację praw i wolności lekarzy. Dzięki temu zapisowi, który został przez Trybunał uznany za niekonstytucyjny, prawa obywateli do ochrony zdrowia, czyli do równego dostępu do

[47] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7.02.2015 r., s. 49.
[48] Zdanie odrębne Sławomira Biernata do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7.02.2015 r. (K 12/14), Dz.U. z 2015 r. poz. 1633, s. 69.

świadczeń zdrowotnych, wprawdzie w sposób utrudniony, ale mogły być w pełni realizowane, przy jednoczesnej możliwości rezygnacji lekarza z danej czynności, którą uznaje za niezgodną ze swoim sumieniem. Jest to rozwiązanie, dzięki któremu zachowana została zasada proporcjonalności poprzez realizację wymogu przydatności, ponieważ dzięki temu cel zostaje zachowany (lekarz może odmówić dokonania czynności), konieczności, gdzie środek jest skuteczny przy niskim stopniu uciążliwości dla obywatela (pacjent musi udać się do innego specjalisty), a także proporcjonalności poprzez równomierne ograniczenie praw i wolności stron (lekarz ma obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, a pacjent musi udać się do tego innego podmiotu, licząc się z możliwością powtórzenia tej sytuacji, gdyż ustawodawca wymaga wskazania „realnych możliwości uzyskania świadczenia", co nie jest równoznaczne z jego zapewnieniem). W sytuacji uznania tego obowiązku za niekonstytucyjny doszło do sytuacji, w której prawa pacjenta są nierespektowane i nierealizowane. Pacjent, któremu odmówiono świadczenia, musi udać się do innego, losowo wybranego, podmiotu leczniczego, gdzie kolejny raz można mu odmówić świadczenia. Powszechnie wiadomo jest, iż najczęściej sytuacja pacjenta jest bardzo delikatna, a dodatkowo, jak w przypadku aborcji, świadczenie musi zostać dokonane w odpowiednim czasie. Pacjent jest wówczas narażony na dodatkowy stres, często bardzo głębokie i negatywne przeżycia, a ostatecznie nawet na nieuzyskanie świadczenia w przewidzianym przepisami terminie, co niesie ze sobą daleko idące konsekwencje. Sytuację tę najlepiej obrazuje nagłośniona medialnie sprawa prof. Chazana. Pacjentce, u której stwierdzono liczne wady płodu (m.in. wodogłowie, nierozwijający się mózg, pozbawienie części kości twarzoczaszki[49]), odmówiono dokonania legalnej aborcji, początkowo w Instytucie Matki i Dziecka, następnie w Szpitalu św. Rodziny, gdzie prof. Chazan powołał się na konflikt sumienia, i ostatecznie w Szpitalu Bielańskim, gdzie stwierdzono, że termin 24 tygodni minął kilka dni wcześniej[50]. Taka sytuacja miała miejsce w 2014 roku, jeszcze przed wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego. Już wówczas system informowania pacjentów o podmiotach leczniczych, w których możliwe będzie dokonanie danego zabiegu, był wadliwy, jednak w obecnym stanie prawnym, w którym obo-

[49] M. Rigamonti, *Pacjentka prof. Chazana: Pierwszy widok jest trudny do przeżycia,* wersja z 4.02.2016 r., http://www.wprost.pl/ar/458746/Pacjentka-prof-Chazana-Pierwszy-widok-jest-trudny-doprzezycia/

[50] *Pacjentka prof. Chazana w szczerej rozmowie: nie odpuścimy*, wersja z 4.02.2016 r., http://wiadomosci.onet.pl/kraj/pacjentka-prof-chazana-w-szczerej-rozmowie-nie-odpuscimy/7l9jq

wiązek informacyjny został zdjęty z lekarzy i nie zaistniała żadna inna procedura, można stanowczo stwierdzić, że system ten nie istnieje. Pacjenci, którzy znajdują się w trudnej sytuacji życiowej, pozostają bez mechanizmów realizujących ich prawa i wolności, zagwarantowanych im przez Konstytucję RP.

6. Podsumowanie

Abstrahując od wszelkiej argumentacji odnoszącej się do systemów moralnych i etycznych, jedną z podstawowych zasad systemu prawa powinna być jego pewność. Ustawodawca i władza sądownicza powinni dokonywać wszelkich starań, aby sytuacja prawna obywatela była jasna, a realizacja jego praw i wolności winna być realna. Niewątpliwie problematyka związana z klauzulą sumienia, wraz z kwestią niewspółmierności wartości, a także ograniczeń w ich realizacji, wymaga głębokiej analizy i neutralnego podejścia ustawodawcy i sądownictwa.

THE USE OF CONSCIENCE CLAUSE AND THE HIGHEST VALUES CONFLICT

Summary

The article presents the essence of the constitutional values, which stand in opposition to each other whenever the conscience clause is being used. Those values are freedom of religion and right to health. It is also a theoretical and philosophical analysis of the conflict of incommensurable values, where legislator has to find a way to protect the constitutional rights and freedoms of citizens. This issue can be resolved by correct usage of the principle and the test of proportionality. The paper focuses also on an evaluation of the current, inefficient solution to this conflict, existing after the decision of the Constitutional Court, by which the obligation of doctors to provide information was abolished. The main idea is to stress the rule of legal certainty and moral neutrality of law.

Key words: conscience clause, the highest values conflict, incommensurable values, the principle of proportionality, obligation to provide information.

Bibliografia

Akty prawne:

- Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 114 poz. 946.
- Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. z 1993 r. Nr 17 poz. 78 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, Dz.U. z 2008 r. Nr 45 poz. 271.
- Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o służbie zastępczej, Dz.U. z 2003 r. Nr 223 poz. 2217 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 2016 r., poz. 65.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. sygn. akt K 14/03, Dz.U. z 2004 r. Nr 5 poz. 37.

Opracowania:

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2009.
- Blumczyńska J., *Klauzula sumienia farmaceuty,* wersja z 14 stycznia 2015 r., http://oplodnosci.pl/index.php/antykoncepcja2/prawo/127-klauzula-sumienia-farmaceuty.
- Chang R., *Comparisons and the Justification of Choice,* University of Pennsylvania LA Review 1998, Vol. 146.
- Kodeks etyki lekarskiej, wersja z 10 stycznia 2016 r., http://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf.
- Morawski L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu,* Warszawa 2011.

- *Pacjentka prof. Chazana w szczerej rozmowie: nie odpuścimy*, wersja z 4 lutego 2016 r., http://wiadomosci.onet.pl/kraj/pacjentka-prof-chazana-w-szczerej-rozmowie-nie-odpuscimy/7l9jq.
- Paprzycki R., *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2015.
- Pietrzak M., *Demokratyczne, świeckie państwo prawne,* Warszawa 1999.
- Rawls J., *Liberalizm polityczny,* Warszawa 1998.
- R*efusal clauses,* wersja z 15 lutego 2016 r., tłumaczenie własne.
- Rigamonti M., *Pacjentka prof. Chazana: Pierwszy widok jest trudny do przeżycia,* wersja z 4 lutego 2016 r., http://www.wprost.pl/ar/458746/Pacjentka-prof-Chazana-Pierwszy-widok-jest-trudny-doprzezycia/.
- Sadurski W., *Neutralność moralna prawa (przyczynek do teorii prawa liberalnego),* Państwo i Prawo 1990, z. 7.
- Szymanek K., *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny,* Warszawa 2004.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego PWN,* Warszawa 1999.
- Wojtczak S., *O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa,* Łódź 2010.
- Zakolska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego,* Warszawa 2008.

Karolina Krzeszowska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

TIMESHARE W PRAWIE UNIJNYM I REGULACJI KRAJOWEJ

Na przestrzeni ostatnich lat w polskim systemie gospodarczym coraz częściej możemy spotkać się z umowami, które określane są mianem *timeshare.* Sama próba zdefiniowania pojęcia *timeshare* nie jest łatwa z uwagi na różnorakie znaczenia w odniesieniu do znamiennych względem siebie konstrukcji prawnych. Nie jest ona identyfikowana z innymi figurami jurydycznymi, co nadaje jej swoisty charakter. Problem ten jest obecny nie tylko na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w praktyce występuje on również w państwach Europy Zachodniej. Szczególną uwagę trzeba zwrócić na ochronę konsumentów zawierających takie umowy w odniesieniu do regulacji Unii Europejskiej, jak również na polskie ustawodawstwo.

1. Wstęp

Timeshare wiąże się głównie z rynkiem usług turystycznych. Początki *timeshare* w naszym kraju sięgają lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku[1]. Mimo iż w prawie polskim nazwa *timeshare* w ogóle nie obowiązuje, nie należy spekulować, że taki typ umów nie istnieje w naszym kraju. Przez długi okres instytucja ta na polskim rynku była dla społeczeństwa zjawiskiem nowym, wręcz surrealistycznym, biorąc pod uwagę dystyngowany charakter *timeshare*. Spowodowało to, iż polski ustawodawca nie widział powodu, aby objąć *timeshare* unormowaniem prawnym. Jednakże po pewnym czasie zaistniała taka konieczność z powodu niekorzystnych umów, jakie zawierali konsumenci. Przedsiębiorcy narzucali często niekorzystne dla klientów zapisy umowne, jak na przykład konieczność zapłaty bardzo wysokiego odstępnego czy określające w sposób nieprecyzyjny koszty zwią-

[1] Por. J. Gospodarek, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2001, s. 267.

zane z tą usługą. Stosowali także nieuczciwe i nierzetelne praktyki marketingowe (oferty telefoniczne, w których mówiło się o rzekomych wygranych wycieczkach, czasowej własności, konieczności natychmiastowego podjęcia decyzji, oferowanie *timesharingu* na wycieczkach, gdzie klient nie spodziewa się tego typu ofert, stwarzanie dezorientującej atmosfery, odmowa odczytania oferty, umowy sporządzane w językach obcych, poddanie umowy obcym systemom prawnym i obcej jurysdykcji itp.)[2]. Powodowało to wiele nieporozumień pomiędzy przedsiębiorcami i konsumentami praw *timeshare*. Wymiar sprawiedliwości, mając do czynienia z nową instytucją, wykazywał zasadnicze rozbieżności interpretacyjne co do ich charakteru prawnego.

W niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz Ameryki Południowej model ten funkcjonuje od początku lat siedemdziesiątych. Największą popularność uzyskał on przez ostatnie dwadzieścia lat, dlatego coraz więcej państw jest zainteresowanych uregulowaniem tej instytucji prawnej we właściwych aktach. Układ Europejski, ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, spowodował obowiązek adaptacji prawa polskiego do norm panujących w Unii Europejskiej, mimo iż w chwili przyjęcia tej dyrektywy Polska nie była jeszcze członkiem UE. W Polsce nie było jednolitej regulacji odnośnie do ochrony praw konsumentów, projekt poselski nie zawierał wystarczających przepisów, które spełniłyby unijne wymagania w tym zakresie. Z wieloletniego doświadczenia usług turystycznych nasuwa się wniosek, że dla umów *timeshare* potrzebna jest szczególna regulacja ustawowa, która miałaby za zadanie chronić kupujących[3]. *Timeshare* jest obecny w polskim prawie od 9 grudnia 2000 roku, kiedy to w życie weszła ustawa z 13 grudnia 2000 roku o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw – Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece[4] (ustawa o *timesharing*). Wprowadziła ona dyrektywę 94/47/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 października 1994 roku w sprawie ochrony

[2] Por. np. E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 524–525; J. Gospodarek, *Prawo turystyczne*, dz. cyt., s. 267.

[3] Por. S. Sołtysiński, *Dostosowanie prawa polskiego do wymagań Układu Europejskiego*, PiP 1996, nr 4–5, także: R. Szostak, *O konieczności dostosowania polskich przepisów o ochronie konsumenta do europejskich rozwiązań prawnych*, PS 1995, nr 2.

[4] Dz.U. Nr 74 poz. 855 ze zm.

nabywców obejmujących prawo do korzystania z nieruchomości w określonym czasie. *Timeshare* to osobna figura jurydyczna, która wymagała regulacji, a implementowana dyrektywa określa jej szczególny charakter.

Pojęcie *timesharing* dosłownie oznacza „dzielenie czasu", „współdzielenie czasu", „podział czasu"[5], określenia te nie pozwalają na wyczerpujące wyjaśnienie charakteru prawnego tej instytucji. Warto podkreślić, iż w początkowej fazie funkcjonowania posługiwano się terminem *leisure timesharing*, który oznaczał czas wolny od pracy czy od codziennych zajęć (*leisure* – wolny czas, wolna chwila, czas wolny od pracy)[6]. W terminologii francuskiej obowiązują następujące znaczenia: *mulitpropriété a temps parta* i *time propriété*, w niemieckiej – *Teilzeitnutzungsrecht* oraz *Teilzeiteigentum*[7]. W doktrynie polskiej brak jest odpowiednika nazwy *timesharing*, używa się określenia obcojęzycznego[8].

Przedmiotem umowy mogą być nieruchomości, ale również rzeczy ruchome. Osoba, która ustanawia to prawo, określana jest powszechnie mianem sprzedawcy bądź wynajmującego. Posiadacz obiektu ustanawia bądź przenosi prawo używania rzeczy w określonym corocznie terminie na kupującego (na okres kilku lub kilkudziesięciu lat). W rzeczywistości zawierane są nie tylko umowy na trzydzieści lat, ale również dożywotnio. Jest to prawo okresowe, w którym możemy wyróżnić dwa terminy. Pierwszy to okres, w którym konsument ma prawo używania rzeczy z wyłączeniem innych osób, drugi to okres trwania umowy (oznaczony konkretną datą bądź numerem konkretnych tygodni w ciągu roku). Termin ten musi być skrupulatnie określony, aby nie budził żadnych kontrowersji co do wszelkich uprawnień kupującego. Termin ten ma również zastosowanie do innych kupujących, którzy wynajmują tę samą rzecz lub obiekt w różnych okresach czasowych. Konsument zobowiązuje się do zapłaty określonej kwoty oraz czynszu, który

[5] K. Zaradkiewicz, *Timesharing – szczególny stosunek prawa rzeczowego* [w:] red. E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe*, System Prawa Prywatnego, t. 4, Warszawa 2012, s. 167; K. Ludwichowska, *Dyrektywy UE o timesharingu a konieczności reformy prawa polskiego*, Państwo i Prawo 2010, nr 4, s. 65; P. Pogłódek, *Użytkowanie timesharingowe w prawie polskim*, Rejent 2002, nr 10, s. 83.

[6] Zob. L. Stecki, *Timesharing*, Toruń 2002, s. 86; oficjalna strona internetowa Słownik polsko-angielski http://ling.pl/leisure [dostęp 9.03.2016].

[7] Oficjalna strona internetowa Słownik angielsko-francuski http://pl.bab.la/slownik/angielski-francuski/timesharing [dostęp 9.03.2016]; oficjalna strona internetowa Słownik angielsko-niemiecki http://pl.bab.la/slownik/niemiecki-angielski/timesharing [dostęp 9.03.2016].

[8] Zob. B. Fuchs, *Timesharing*, Rejent 1997, nr 4, s. 34.

pokrywa koszty administracji obiektu (wywóz śmieci, korzystanie z basenu, sauny) w zamian za ustanowienie prawa do czasowego korzystania.

Timesharingu nie należy zaliczać do prawa własności, w doktrynie obrazuje się, że instytucja ta ma charakter kształtujący prawo, a więc jest skuteczna *erga omnes*. Prawnorzeczowy charakter odróżnia go od umów najmu, jak również od użytkowania-zbywalności. Stara geneza użytkowania ukazuje, iż praktyka bardzo się rozszerzała i było to błędne podejście. Zwłaszcza szczególny charakter preambuły wskazuje, że nie jest to najem. Doktryna *timeshare* jako dzierżawy bądź najmu (również w Niemczech), użytkowania czy współwłasności stanowi zdeformowanie charakteru stosunku prawnego.

Zastosowanie tej instytucji można odnaleźć w wielu dziedzinach, bardzo popularna stała się w turystyce. Przedmiotem *timeshare* jest możliwość korzystania z różnych form obiektów (hoteli, pensjonatów, apartamentów) wypoczynkowych położonych w atrakcyjnych miejscowościach w różnych częściach świata. Można ustanowić również prawo do użytkowania jachtów, samochodów, basenów, saun i innych urządzeń. Daje ono swobodę kupującemu oraz odczucie, że znajduje się on we „własnym" domu (oszczędzając czas na poszukiwanie wymarzonej wycieczki). Co roku konsumenci mogą spędzać urlop w innych atrakcyjnych miejscach bez dodatkowo naliczanych kosztów. Zapewnia to zbywcy istotny zysku z nieruchomości bez względu na liczbę turystów przybyłych do danej miejscowości. Zastosowanie tej instytucji spowodowało bardzo duże zainteresowanie nie tylko ze strony prywatnych właścicieli, ale również agencji nieruchomości. Z danych statystycznych z 2001 roku wynika, iż liczba nieruchomości stale wzrasta. Już w tamtym okresie w Europie działało ok. dwóch tysięcy obiektów *timesharingowych*. Z materiału źródłowego ewidentnie wynika, iż wdrożenie regulacji prawnej *timeshare* było koniecznością z uwagi na rozwój tego zjawiska. Jako przykład można podać Stany Zjednoczone, gdzie już w latach siedemdziesiątych liczba osób, które zawarły umowę *timeshare*, wynosiła kilka milionów. Należy podkreślić, że charakter prawny i możliwość zmiany praw i obowiązków przez obie strony są uzależnione od możliwości regulacji przez państwo oraz woli stron, które zawierają umowę.

W Wielkiej Brytanii w 2001 roku udział obywateli na rynku nieruchomości wynosił około trzydzieści dwa procent. Spowodowało to potrzebę wydania aktu normatywnego porządkującego to zagadnienie. Tak oto zdecydowano się w 1992

roku uregulować The Timeshare Order, dalej TA 92[9]. W umowie tej usystematyzowano ideę konsumenta, a dokładnie kwestie związane z jego ochroną, wyposażając go w uprawnienia do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w oznaczonym czasie. Według definicji zawartej w art. 1 ust. 1(b), osoba fizyczna, wykonująca prawa *timeshare*, jest użytkownikiem przez okres nie krótszy niż trzy lata. Ustawodawca brytyjski zabezpieczył interes prawny przedsiębiorcy. Może on w sposób skuteczny odwołać złożone osobiście oświadczenie woli w terminie do dnia wejścia w życie umowy. Konsument może wywołać identyczny skutek w postaci odwołania tego oświadczenia w terminie nie późniejszym niż czternaście dni od wejścia w życie przedmiotu umowy *timeshare*. Akt ten reguluje również odstąpienie od umów kredytowych, które zostały zawarte w związku z umową *timeshare* (*time share credit contracts*)[10].

We Francji ta figura jurydyczna została ugruntowana na podstawie prawa spółek (*time propriété*), choć swoje początki opiera na podstawie przepisów o współwłasności (*mulitpropriété*). Obejmuje spółki prawa cywilnego i handlowego, które wyjaśniają korzystanie z nieruchomości mieszkalnych w pewnych okresach czasowych przez wspólników. Nie są oni jednak podmiotem praw własności, a jedynie są zobowiązani do ponoszenia nakładów koniecznych, związanych z gospodarowaniem i remontem budynku i jego administracją. W zależności od rodzaju zastosowanej spółki, w zakresie nieobjętym przepisami spółek stosuje się *Code Civil*.

We Włoszech znalazła zastosowanie kompozycja oparta na części ułamkowej i współwłasności łącznej[11]. Na podobnych zasadach współwłasności opiera się prawo hiszpańskie, jednak gdy mówimy o wyłączeniu uprawnień do *timeshare*, wymaga to również wyłączenia współwłasności[12]. We Francji Kodeks Napoleona jasno określa okres wyłączenia takiego prawa, który wynosi nie dłużej niż pięć lat. W wielu państwach istnieje spór w doktrynie odnośnie do ujęcia tego stosunku prawnego. Od kilku lat podejmuje się wszelkie próby ujednolicenia tego prawa.

[9] Timeshare Act 1992, dostępny http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/35/contents.

[10] Pojęcie zaczerpnięte z oficjalnego słownika polsko-angielskiego LING http://ling.pl/.

[11] Charakter prawny tej konstrukcji we Włoszech omawia Rüdiger van Hülst w *Multiproprietà – Timesharing in Italien*, Frankfurt–New York 1992.

[12] Nieco więcej w ujęciu doktrynalnym w: P. Schöllhorn, W. Steuber, *Warnung for Timesharing*, Waldshut-Tiengen 1994.

Powstałe nowe regulacje prawne spowodowały narażenie kupujących na nieuczciwe mechanizmy, wręcz oszustwa, dokonywane na rzecz nabywców praw *timeshare*. Miejsca, które były brane pod uwagę ze względu na duże zainteresowanie, to m.in. podupadłe hoteliki, nieruchomości przeznaczane do rozbiórki czy porzucone obiekty. Pieniądze uzyskane przez sprzedawców były przeznaczane na zupełnie inny cel. Nie tylko indywidualni sprzedawcy narażali kupujących na niebezpieczeństwo. Z czasem ideę tę rozpowszechniły agencje turystyczne, które nagminnie namawiały rzekomych klientów do zawierania umów *timeshare*. Wystarczyło jedynie wypełnić formularz, w którym do wygrania była darmowa, egzotyczna wycieczka do wybranego miejsca. Dodatkowo kupujący musiał opłacić składkę, o czym wcześniej nie wiedział, a która połączona była z płatnym członkostwem w klubie. Nie wspominano o dodatkowych kosztach, które miał pokryć kupujący, tj. ubezpieczenie, wyżywienie, opłaty administracyjne czy korzystanie z urządzeń takich, jak basen czy korty tenisowe. Nie powiadamiano również o tym, iż jest to tylko i wyłącznie pozwolenie na używanie nieruchomości czy obiektu hotelowego. Przyjazna atmosfera i odpowiednio przygotowana umowa sprawiały, iż kupujący zawierał taką umowę, nie spodziewając się jej negatywnych skutków. Sprzedawcy, zabezpieczając swoje interesy, umieszczali stosowne klauzule, aby zniechęcić kupujących do dochodzenia roszczeń, które im przysługiwały z faktu zawarcia niekorzystnej dla nich umowy. W związku z dużym zasięgiem oszustw dokonywanych przez sprzedających, kwestia ta została dopuszczona do rozważań Rady Wspólnot Europejskich. Wszelkie wątpliwości zostały rozwiane z momentem wejścia w życie dyrektywy.

Dyrektywa 94/47/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 1994 roku o ochronie nabywców z uwzględnieniem pewnych aspektów umów związanych z nabywaniem prawa użytkowania nieruchomości na podstawie *timeshare* nie zawierała rozstrzygnięć w celu unormowania przepisów prawa analizowanej umowy w państwach członkowskich. Przy tworzeniu, jak wyróżniano w preambule, dyrektywy uwzględniano Traktat z Maastricht (art. 100), stanowiący, iż „Wspólnoty mają wydawać rozporządzenia, jeżeli jest to konieczne do prawidłowego funkcjonowania i tworzenia struktury rynku wewnętrznego". Trudności pojawiły się w związku z art. 3b Traktatu, w przedmiocie niepodporządkowanym wyłącznej kompetencji Wspólnoty, podejmują działania zgodne z zasadą subsydiarności. Potrzeba przyjęcia takiej regulacji stała się kontrowersyjna, ponieważ państwa członkowskie nie potrafiły suwerennie przyjąć regulacji, aby zapewnić dosta-

teczną ochronę konsumentów. Do jednakowości z zasadą subsydiarności odnosi się preambuła dyrektywy. We wstępie do opinii Komitetu Społeczno-Ekonomicznego (Sekcja Ochrony Środowiska, Zdrowia Publicznego i Spraw Konsumenckich) wspomniano, że *timeshare* stał się bardzo popularny na przestrzeni kilkudziesięciu lat, dlatego nie może być zlekceważony przez wspólnotowego ustawodawcę[13]. Etapy uchwalenia dyrektywy były nader skomplikowane. Uchwała Parlamentu Europejskiego z 14 listopada 1988 roku była początkiem jej uformowania[14]. Wielka Brytania była pierwszym państwem, które chciało określić instytucję istnienia *timeshare* (rozkwit w latach osiemdziesiątych), prace nad projektem trwały bardzo długo, niemniej udało się jednak uregulować kwestie związane z *timeshare*.

Celem dyrektywy było zatwierdzenie minimalnej podstawy dla wspólnych reguł w danej dziedzinie, które asygnują odpowiednie funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a także ochronę nabywców przed nieuczciwymi praktykami. Dyrektywa ta jest prawidłowym instrumentem do osiągnięcia tego celu. Przedmiot regulacji nie został natomiast usystematyzowany zbyt szeroko i Rada obawiała się dyferencji dyrektywy z zasadą subsydiarności, która obowiązuje w Unii Europejskiej[15].

Obligatoryjność przyznania ochrony nabywcom *timeshare* wobec osób nabywających produkty do niego zbliżone oraz zawiązujących z nimi umowy spowodowały konieczność podjęcia prac nad reformą obowiązującej regulacji prawnej. Działania te zakończyły się przyjęciem w dniu 14 stycznia 2009 roku dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady. Dyrektywa 94/47/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października została zastąpiona dyrektywą 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 roku w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży i wymiany. Nowa dyrektywa, która miała być wpro-

[13] Więcej na ten temat w *Opinion of Economic and Social Commitee* – O.J. 93/C 108/01.

[14] O.J. 88/C 290/148

[15] Inaczej zwana również zasadą pomocniczości. Funkcjonowanie Unii Europejskiej opiera się na założeniu, że członkowie UE dążą do równowagi gospodarczej wszystkich państw członkowskich. Dotyczy to przede wszystkim godziwego wynagrodzenia, odpowiedniego zatrudnienia, przyjaznych warunków, adekwatnego poziomu życia oraz szeroko rozumianej współpracy pomiędzy państwami wspólnot europejskich. Opisywane zagadnienia bardzo ściśle łączą się z zasadą pomocniczości, zwaną również zasadą subsydiarności, która jest jedną z głównych zasad funkcjonowania UE. Wszelkie decyzje powinny być podejmowane na szczeblu możliwie najbliższym obywatelowi.

wadzona przez państwa członkowskie do 23 lutego 2011 roku, uchylała dyrektywę 94/47/WE. Powstaje zatem konieczność uelastycznienia prawa polskiego do standardów określonych przez dyrektywę z 2011 roku poprzez obowiązek wprowadzenia wielu zmian do ustawy o *timeshare* (tekst został przyjęty w całości w polskiej ustawie, niemal literalnie). Nowe formy użytkowania nieruchomości oraz innowacje odnośnie do produktów wakacyjnych wymusiły konieczność uregulowania przepisów prawa. Nowe produkty i niektóre transakcje (odsprzedaż i wymiana) nie zostały objęte dyrektywą 94/47/WE. Pewne zagadnienia tej oto dyrektywy wymagają aktualizacji i wyjaśnienia, aby przeciwdziałać tworzeniu produktów, które prowadzą do pominięcia przepisów tej dyrektywy. To luki prawne są najczęstszą przyczyną rewolucyjnych problemów konsumentów, zakłócając w ten sposób pracę rynku wewnętrznego. Turystyka odgrywa znaczną rolę w funkcjonowaniu gospodarki państw członkowskich, należy przyczyniać się do wzrostu w branży *timeshare* i długoterminowych produktów wakacyjnych poprzez przyjęcie przepisów wspólnych.

3. Treść dyrektywy

Państwa członkowskie są kompetentne w sprawach będących przedmiotem umów regulowanych dyrektywami (art. 1 dyrektywy UE). Według dyrektywy, umowa *timeshare* oznacza umowę zawartą na ponad rok, na podstawie której „konsument odpłatnie nabywa prawo do korzystania z co najmniej jednego noclegowego miejsca zakwaterowania przez ponad jeden okres korzystania". Do celów omawianej dyrektywy pojęcie tej umowy nie powinno zawierać kilkakrotnych rezerwacji miejsca zakwaterowania (dotyczy również pokoi hotelowych). Umowy najmu również nie powinny wkraczać w zakres *timeshare*. Odnoszą się do jednego ciągłego okresu korzystania, a nie do wielokrotnych okresów. Definicja ta jasno i wyraźnie wskazuje praktykę zawieranej umowy, która została zmieniona z powodu obaw państw członkowskich. Warto podkreślić, iż nową dyrektywę (2008/122/EC) stosujemy również do umów o długoterminowe wakacje oraz umów odsprzedaży i wymiany.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2b umowy o długoterminowe, produkty wakacyjne to te, które są zawierane na ponad rok, na podstawie której to umowy konsument za pewną opłatą nabywa prawo do otrzymywania zniżek lub innych

korzyści związanych z zakwaterowaniem lub zakwaterowaniem z podróżą i innymi dodatkowymi usługami lub bez. Chodzi tutaj o wszelkiego rodzaju wycieczki, kluby wakacyjne lub turystyczne. Umowa odsprzedaży (art. 2c) została zdefiniowana jako ta, na podstawie której przedsiębiorca odpłatnie udziela pomocy konsumentowi w sprzedaży bądź kupnie prawa z umowy *timesharingu* albo długoterminowego produktu wakacyjnego. Umowa wymiany (art. 2d) wyraźnie definiuje, iż konsument rozpoczyna wymianę, która pozwoli mu na dostęp do noclegowego miejsca zakwaterowania lub innych usług w zamian za użyczenie innym osobom tymczasowego korzystania z praw, które wynikają z umowy *timeshare*.

Zbywcą, tj. osobą ustanawiającą uprawnienie do korzystania z obiektu mieszkalnego lub jego części, jest osoba fizyczna lub prawna, która działa w celu związanym z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wolnym zawodem oraz osoba działająca w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy.

W art. 4 dyrektywa nakłada obowiązek poinformowania osoby zainteresowanej w sposób jasny i zrozumiały o nieruchomości lub nieruchomościach będących przedmiotami umowy. Informacje te zawarte w punktach a–l i pkt 1 dyrektywy mają być zawarte w dokumencie umowy, przedsiębiorca dostarcza je nieodpłatnie, na papierze lub na innym trwałym nośniku łatwo dostępnym dla konsumenta. Konsument ma prawo żądania sporządzenia umowy w wybranym przez niego języku. W takiej sytuacji przedsiębiorca nie ma prawa odmowy, ponadto ma obowiązek udzielić mu wszelkich informacji przed zawarciem umowy. Państwa członkowskie zostały również zobowiązane do podjęcia kroków ustawodawczych, gwarantując konsumentom, iż wszelkie informacje określone w dokumencie będą stanowić integralną część umowy (w chwili jej zawarcia powinien on otrzymać jej egzemplarz). Wszelkie zmiany powinny być przedstawione konsumentowi przed zawarciem umowy, ewentualne modyfikacje powinny zostać wyraźnie zaznaczone w umowie. W postanowieniu umowy należy wskazać m.in. na:

a) nazwiska i adresy stron (dokładne określenie pozycji prawnej zbywcy, jak również określenie nazwiska i adresu właściciela nieruchomości);
b) dokładny i szczegółowy opis produktu (np. nieruchomości, jej położenia etc.);
c) warunki regulujące korzystanie z prawa będącego przedmiotem umowy na terytorium państw/a członkowskiego/ich, na którym znajduje się dana

nieruchomość/ci oraz informacja, czy te warunki zostały spełnione, a jeśli nie, to który z nich nie został spełniony;

d) dla nieruchomości będących jeszcze w stadium budowy musi być uwidoczniony stan budowy, termin zakończenia prac związanych z budową miejsca zakwaterowania (numer pozwolenia, nazwy i pełne adresy organów potwierdzających stan urządzeń) i udostępnienie usług, które pozwolą na pełne korzystanie z nieruchomości (instalacja gazowa, wodna, telefoniczna, elektryczna), gwarancja, że nieruchomość zostanie w ustalonym czasie zakończona; w innym wypadku zwrot wpłaconych kosztów. Zasady tych gwarancji muszą być odpowiednio oznaczone;

e) zapis odnośnie do utrzymania, napraw, administracji, zarządzania przedmiotem umowy;

f) dane odnośnie do wszelkich obciążeń na prawie (opłaty, hipoteki, zastaw);

g) dane o wspólnych urządzeniach (sauna, korty tenisowe etc.), warunki i zasady korzystania;

h) dokładne określenie czasu, w którym można korzystać z nabytego prawa;

i) klauzula, iż konsument nie ponosi żadnych dodatkowych opłat oprócz tych, które zostały wyszczególnione w umowie;

j) informacja o prawie odstąpienia lub wypowiedzenia umowy;

k) informacje dodatkowe (określenie języka komunikacji z przedsiębiorcą; możliwość pozasądowego rozwiązywania sporów);

l) dokładną datę i miejsce zawarcia umowy.

Umowa oraz dokument, o którym mowa w art. 4, powinny być zredagowane w języku lub w jednym z języków państwa członkowskiego, w którym konsument przebywa lub którego jest obywatelem, zgodnie z jego wyborem, o ile jest to język Wspólnoty. W przypadku umowy *timeshare* dotyczącej jednej konkretnej nieruchomości przedsiębiorca zapewnia konsumentowi uwierzytelnione tłumaczenie umowy w języku lub jednym z języków państwa członkowskiego, w którym położona jest nieruchomość, o ile również jest to język Wspólnoty.

Poza środkami ochrony prawnej jakie udostępnia konsumentowi prawo krajowe, możliwość odstąpienia od umowy zapewnia art. 6 dyrektywy. Prawo do odstąpienia w terminie czternastu dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy lub wiążącej umowy przedwstępnej, jak również od dnia, w której konsument otrzymał umowę lub wiążącą umowę przedwstępną, jeżeli dzień ten następuje po

dniu od dnia zawarcia umowy bez podania powodu). W przypadku, gdy dzień czternasty jest dniem świątecznym, termin ten ulega przedłużeniu do najbliższego dnia powszedniego. W przypadku, gdy formularz nie zostanie wypełniony przez przedsiębiorcę i dostarczony konsumentowi na piśmie, w formie papierowej lub na innym trwałym nośniku, termin do odstąpienia upływa po roku i czternastu dniach kalendarzowych od terminu, o którym mowa w ust. 2. W przypadku, gdy konsument dopełni obowiązku związanego z prawem do odstąpienia od umowy, skutkuje to ustaniem tego prawa. Zwolniony on jest także od wszelkich kosztów oraz odpowiedzialności za wartość usług, które mogły zostać dokonane przed odstąpieniem od umowy (art. 8 ust. 1, 2). W celu zapewnienia efektywnej ochrony konsumenta państwa członkowskie mają obowiązek wskazania skutecznych, restrykcyjnych sankcji za naruszenia niniejszej dyrektywy. Dotyczy to zwłaszcza przestrzegania przez przedsiębiorców wymogów informacyjnych. Przedsiębiorcy mają również zakaz pobierania wszelkich zaliczek, gwarancji czy blokad środków pieniężnych na rachunkach bankowych przed upływem terminu odstąpienia od umowy. Przepis ten był niejednokrotnie źle interpretowany przez poszczególnych ustawodawców niektórych państw członkowskich. Zakaz ten odnosił się do „normalnego" okresu odstąpienia, co oznaczało, iż w przypadku opóźnionego czasu odstąpienia z powodu przeoczenia przez stosującego *timesharing* pobieranie od konsumenta opłat było dopuszczalne. Obecna dyrektywa w art. 9 wyraźnie wskazuje zakaz odnoszący się do obydwu okresów[16].

Zapłata za produkt wakacyjny jest dokonywana w systemie ratalnym, jakakolwiek inna forma płatności nieujęta w umowie jest zakazana[17]. W przypadku umów dodatkowych konsument również nie ponosi żadnych kosztów[18]. Artykuł

[16] Zob. załącznik V dyrektywy 2008/122/WE (osobny standardowy formularz odstąpienia ułatwiający skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy). Ustawodawca wspólnotowy wyraźnie wskazuje w formularzu zakaz zapłaty zaliczek, nie tylko na rzecz przedsiębiorcy, ale także na rzecz osób trzecich.

[17] Zob. art. 10 dyrektywy 2008/122/WE (opłaty oraz inne składki członkowskie dzielone są na roczne raty o równej wartości. Przedsiębiorca zobowiązuje się do przesłania pisemnego wezwania do zapłaty na co najmniej czternaście dni kalendarzowych przed każdym terminem płatności).

[18] Za umowę dodatkową wspólnotowy ustawodawca rozumie umowę, na mocy której konsument nabywa usługi związane z umowami początkowo zawartymi (*timeshare*, długoterminowy produkt wakacyjny), świadczone przez przedsiębiorcę lub osobę trzecią na podstawie porozumienia pomiędzy tą osobą i przedsiębiorcą (patrz art. 2g definicje dyrektywy). Przykładem umowy dodatkowej może być umowa wymiany.

11 dyrektywy 2008/122/WE przesądza o tym, iż odstąpienie przez konsumenta od powyższych umów definitywnie powoduje wygaśnięcie umów dodatkowych bez żadnych obciążeń na rzecz konsumenta. Ten sam schemat obowiązuje w przypadku umów o kredyt konsumencki[19]. Poprzednia dyrektywa w sposób nieprecyzyjny formułowała owo zagadnienie. Odnosiła się wyłącznie do braku sankcji w stosunku do konsumenta, nie regulowała natomiast informacji na temat braku kosztów po stronie klienta.

Jak już wcześniej wspomniano, aby ustawodawcy krajowi przestrzegali przepisów dyrektywy, ustawodawca wspólnotowy w dyrektywie zobligował państwa do ustanowienia odpowiednich sankcji. Mają one być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające (art. 15). Dyrektywa ta ma charakter bezwzględnie wiążący, jeżeli prawem właściwym dla umowy jest prawo państwa członkowskiego, to konsumenci nie mogą zrezygnować z praw przyznanych im na mocy tej dyrektywy. W przypadku, gdy prawem właściwym jest prawo w państwie trzecim (niebędącym państwem członkowskim), to nabywca nie zostaje pozbawiony ochrony, która została ustanowiona dzięki niniejszej dyrektywie[20]. Państwa członkowskie zapewniają odpowiednie dochodzenie praw na drodze sądowej i administracyjnej. Organy sądowe i administracyjne uprawnione są do wszczęcia postępowania zgodnie z prawem krajowym przed sądami lub właściwymi organami administracyjnymi (podmioty i organy publiczne oraz ich przedstawiciele, organizacje konsumenckie mające interes w ochronie konsumentów oraz organizacje zawodowe mające interes w podejmowaniu działań). Ostatnim ważnym aspektem kończącym rozważania na temat omawianej dyrektywy, jest art. 14. Państwa członkowskie nawołują

[19] Jeżeli cena jest w całości lub w części pokryta z kredytu przyznanego przez przedsiębiorcę lub osobę trzecią na rzecz konsumenta na podstawie umowy, to umowa ta zostaje rozwiązana bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez konsumenta, jeżeli wykonał on prawo do odstąpienia (art. 11 ust. 2 dyrektywy).

[20] Jeżeli jakakolwiek nieruchomość jest położona na terytorium chociażby jednego państwa lub gdy umowa nie jest związana precyzyjnie z nieruchomością. Dotyczy to przypadku, gdy przedsiębiorca wykonuje swą działalność gospodarczą lub zawodową w jednym z państw członkowskich lub w inny sposób kieruje działalnością, a umowa wchodzi w jej zakres. Zmiana odnosi się do objęcia zastosowania dyrektywy długoterminowych produktów wakacyjnych oraz umów dotyczących ruchomości.

i zachęcają przedsiębiorców oraz twórców kodeksów do opracowywania kodeksów postępowania w razie nieprzestrzegania przepisów[21].

4. *Timesharing* a prawo polskie

Ustawa z dnia 16 września 2011 roku o *timeshare*, stanowiąca wdrożenie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 roku w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany, zastąpiła obowiązującą dotychczas ustawę z 13 lipca 2000 roku o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustaw o księgach wieczystych i hipotece (art. 270^{1} k.c., który obecnie już nie obowiązuje, uchylony). Pojawiła się dzięki dyrektywie 94/47/WE w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie[22]. Już na początku należy zauważyć, iż dyrektywa 2008/122/WE wprowadziła pewne zmiany, jeżeli chodzi o pojęcia terminologiczne. Nie używa się określeń „sprzedawca" i „nabywca". Określenia te zostały zastąpione nowymi: „przedsiębiorca" i „konsument". Za przedsiębiorcę rozumiemy więc osobę fizyczną, prawną i jednostkę organizacyjną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową, którym ustawa przyznaje zdolność prawną[23]. Za konsumenta natomiast uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności praw-

[21] Zbiór zasad, które regulują zachowania przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksów w odniesieniu do praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej. Kodeksy takie nie muszą być obligatoryjnie wprowadzone do państwa członkowskiego. Nie wymagają tego przepisy ustawodawcze, wykonawcze czy administracyjne. Ustawodawca wspólnotowy oraz komisje nawołują do wprowadzania, opracowania takich kodeksów w celu wdrożenia dyrektywy zgodnie z prawem wspólnotowym. Proponują również, aby przedsiębiorcy informowali konsumentów o takich kodeksach (za pośrednictwem szczególnej kategorii oznakowania). Państwa członkowskie również promują i wspierają redagowanie odpowiednich procedur pozasądowych dotyczących skarg i praw majątkowych w sporach konsumenckich niniejszej dyrektywy oraz zachęcają przedsiębiorców i organizacje do informowania konsumentów o procedurach pozasądowych.

[22] Zob. oficjalna strona internetowa, http://lexplay.pl/artykul/PrawoUmow/prawo_timesharingu_pod_rzadami_nowej_ustawy [dostęp 21.03.2016].

[23] Ustawa z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), definicja przedsiębiorcy.

nej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową[24]. W regulacji polski ustawodawca zdefiniował pojęcie umowy *timeshare* jako prawa konsumenta do odpłatnego nabycia prawa korzystania z nieruchomości w okresach wskazanych w umowie, z co najmniej jednego miejsca zakwaterowania, zawartą na okres dłuższy niż rok[25]. Różnica ta polega na przejęciu zakresu zastosowania umów zawieranych na okres od jednego roku do trzech lat, jak również tych, których okres używania jest krótszy niż tydzień i tych, gdzie przedmiotem jest korzystanie z ruchomości. Dyrektywa zawiera istotne postanowienia odnośnie do obowiązków informacyjnych ze strony przedsiębiorcy. W polskiej ustawie *timeshare* przed zawarciem umowy przedsiębiorca zobowiązany jest również przekazać szczegółowe informacje dotyczące umowy. Informacje zostały zawarte w odpowiednim formularzu, której wzór został zawarty w załączniku tej ustawy. Informacje, o których mowa wyżej, stanowią integralną część umowy, a każda ich zmiana musi być odpowiednio zaznaczona. Jest to taki sam formularz jak ten wymagany przez dyrektywę 94/47/WE. Na szczególną uwagę zasługuje wniosek, że obecna dyrektywa – odwrotnie niż to miało miejsce w poprzedniej – odnosi się do obowiązku przedsiębiorcy polegającym na dostarczeniu stosownych informacji, bez względu na żądania konsumenta. Względem prawa polskiego różnica ta nie jest istotna, ponieważ ustawa *timeshare* nie odwołuje się do takiego obowiązku przedsiębiorcy względem konsumenta. W przypadku, gdy dojdzie do zawarcia umowy *timeshare*, przepis wymaga, by była to forma pisemna, chyba że odrębne przepisy wymagają formy szczególnej. Przepis dyrektywy unijnej, jak również polska ustawa (art. 16 ust. 3) stanowią, iż umowa musi być sporządzona w języku urzędowym państwa członkowskiego, którego konsument jest mieszkańcem lub obywatelem. W państwie, gdzie występuje więcej niż jeden język urzędowy, wybór należy do konsumenta. Ważne jest, iż umowa nie może być sporządzona w języku niebędącym językiem urzędowym Unii Europejskiej. Podczas zawierania umowy o *timeshare* albo długoterminowy produkt wakacyjny umowa ta nie może być przedstawiana jako inwestycja. Termin odstąpienia od umowy, który został wydłużony do czternastu dni, obowiązuje również w ustawodawstwie polskim[26]. W umowie

[24] Tamże, definicja konsumenta.

[25] Ustawa o *timeshare* z dnia 16.09.2011 r., Dz.U. z 2011 r. Nr 230 poz. 1370.

[26] Termin do odstąpienia od umowy przez konsumenta określony przez dyrektywę 94/47/WE był zbyt krótki i wynosił on 10 dni. Niektóre państwa stosowały terminy 14–15-dniowe, nie było jednoznacznej praktyki ustanowionej w zakresie UE. Dopiero wprowadzona dyrektywa 2008/122/WE wydłużyła termin odstąpienia od umowy.

przewidywane są przypadki, gdzie termin czternastu dni ulega wydłużeniu o rok lub trzy miesiące. Z pierwszym mamy do czynienia w sytuacji, gdy w dniu zawarcia umowy lub dostarczenia dokumentu przedsiębiorca nie przekazał konsumentowi standardowego formularza do odstąpienia. Natomiast termin czternastodniowy ulega wydłużeniu o 3 miesiące w momencie nieprzekazania konsumentowi na piśmie lub trwałym nośniku wszelkich informacji zawartych w art. 9 ustawy o *timeshare*[27]. Również po zawarciu umowy przedsiębiorca jest zobowiązany przekazać konsumentowi istotne wiadomości na wypadek, gdyby nie uczynił tego przed zawarciem umowy. W przypadku odstąpienia od umowy konsument nie ponosi żadnych kosztów (dotyczy również wynagrodzenia za korzystanie z usług wykonanych przed odstąpieniem od umowy, jak również zwrotu korzyści, które przedsiębiorca mógłby uzyskać). Do odstąpienia od umowy pożyczki czy kredytu również stosuje się te same przepisy. Ustawodawca krajowy w prawie polskim bardzo szczegółowo opisał odpowiedzialność przedsiębiorcy za wadliwość przedmiotu świadczenia. Obowiązki z tej ustawy nie tylko odnoszą się do konsumentów, ale także do przedsiębiorców. Przy udostępnianiu obiektów, miejsc zakwaterowania ujętych w umowie przedsiębiorca obowiązany jest, aby miejsca te były w stanie przydatnym przez cały czas trwania umowy, dotyczy również ich naprawy oraz nakładów koniecznych[28]. Za niedopełnienie czynności lub przekroczenie zakresu prowadzenia działalności przez przedsiębiorcę w polskim prawie przewidziane są sankcje, które normuje kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2010 r. Nr 46 poz. 275) w postaci kary ograniczenia wolności albo grzywny. Podlega karze grzywny ten, kto sprzecznie z treścią nabywanego prawa timeshare oświadcza, że przedmiotem umowy jest własność . Trzeba mieć na uwadze również nakazy określone w dyrektywie 2008/122, które należałoby wprowadzić do Kodeksu wykroczeń. Za wykroczenia w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, tj. zawieranie z konsumentem umów bez zachowania właściwej treści lub formy, odpowiada głównie przedsiębiorca. Z żądaniem odstąpienia od umowy za wykroczenia przedsiębiorcy związane z niezachowaniem właściwej formy lub treści może żądać konsument nawet przed upływem określonego w ustawie terminu odstąpienia od świadczenia.

[27] Informacje o których mowa w art. 9, znajdują się na pospolitym formularzu informacyjnym. Wzór znajduje się na załączniku nr 1 polskiej ustawy o *timeshare*.

[28] Miejsce zakwaterowania oraz inne obiekty (omówione w niniejszym artykule) uznaje się za przydatne, jeżeli są one zgodne z charakterystyką i opisem. Analogicznie rozważając, nieudostępnienie konsumentowi wszystkich obiektów oraz usług, do których miał uzyskać dostęp, uważa się za nieprzydatne do wskazanego użytku.

Ze względu na dużą popularność *timeshare* i jego zastosowania podjęto działania, które służą ujednoliceniu i harmonizacji przepisów już obowiązujących. Znaczenie rynku usług turystycznych z roku na rok nieustannie rosło. *Timesharing* stwarza nie tylko możliwość zatrudnienia, ale również rozwój mniejszych regionów, w których dokonywane są inwestycje. Miejscowości takie mają szansę rozwoju nie tylko turystycznego, ale również społecznego i ekonomicznego. Podstawową zaletą tej figury jurydycznej są znacznie niższe koszty w porównaniu z nabyciem własności lokalu położonej w miejscowości wypoczynkowej. Kolejnym jej plusem jest podobieństwo do umowy podróży, co więcej – wynika z tego brak problemów z wyjazdem i znalezieniem odpowiedniego zakwaterowania w dość malowniczej, spokojnej i atrakcyjnej turystycznie miejscowości. Specyfika tej instytucji niesie wiele zagrożeń dla konsumentów. Przedsiębiorcy mają możliwość naruszenia interesów osób nabywających prawo *timesharingu* na podstawie zawieranych umów. Ze względu na te okoliczności bardzo ważne jest to, aby odpowiednie przepisy prawne regulowały sankcje, które grożą za naruszenie tych zasad, jak również powstrzymywały przed nieuczciwą praktyką, wręcz oszustwem, ze strony przedsiębiorców w przyszłości. Poprzez negatywne działania, jakich dokonywano na rynku w przeciągu kilkudziesięciu lat, postanowiono, że niektóre zapisy stały się szczególnie spetryfikowane, co doprowadziło do konieczności wprowadzenia zmian. Zalecenie to zrealizowano poprzez zatwierdzenie dyrektywy 2008/122/WE, która tym samym uchyliła dyrektywę 94/47/WE. Nowe regulacje wzmocniły pozycję ochrony konsumentów i rozszerzyły regulacje prawne ich zastosowania odnośnie do ochrony. Obowiązek dostosowania prawa polskiego do standardów określonych przez dyrektywę wiązał się z koniecznością wprowadzenia zmian do ustawy o *timesharingu*. Nowa dyrektywa musiała zostać implementowana do dnia 23 lutego 2011 roku przez wszystkie państwa członkowskie należące do Unii Europejskiej. Obowiązującą ustawą w polskim porządku prawnym jest Ustawa z dnia 16 września 2011 roku o *timeshare*. W Polsce nie odgrywa może ono tak znaczącej roli jak w państwach Europy Zachodniej. Jednakże inicjatywy ustawodawcze na poziomie Unii Europejskiej zobligowały krajowe ustawodawstwo do uregulowania pewnych kwestii wyżej wymienionych w celu zapobiegania bezprawnemu zawieraniu umów.

TIMESHARE IN EUROPEAN AND NATIONAL LEGISLATION

Summary

The present paper deals with timeshare. The publication explicates term of figure timeshare and it's brief history, subsequently it discusses about regulation this institution over the course of European Union. The article assess degree of similarity of polish rule and explains mean directive of European Parliament. This directive is implement entirely to polish regulation. Both of them direct to consumer protection policy. It's very important because the employers broke the rule. Summing, the directive of European Parliament was adopted in polish regulation.

Key words: timeshare, directive, polish jurisprudence, polish rule, regulation, consumer, employer, third person.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o timeshare (Dz.U. z 2011 r. Nr 230 poz. 1370).
- Ustawa z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw – Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2000 r. Nr 74 poz. 855 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.)
- Dyrektywa 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany.
- Dyrektywa 94/47/WE z dnia 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie.

Opracowania

- Fuchs B., *Timesharing*, Rejent, 1997 nr 4, s. 34.
- Gospodarek J., *Prawo turystyczne*, Warszawa 2001.
- Ludwichowska K., *Dyrektywy UE o timesharingu a konieczność reformy prawa polskiego*, Państwo i Prawo 2010, nr 4.
- Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004.
- Pogłódek P., *Użytkowanie timesharingowe w prawie polskim*, Rejent 2002, nr 10, s. 83.
- Rüdiger van Hülst [w:] *Multiproprietà – Timesharing in Italien*, Frankfurt–New York 1992.

- P. Schöllhorn, W. Steuber, *Warnung for Timesharing*, Waldshut-Tiengen 1994.
- Sołtysiński S., *Dostosowanie prawa polskiego do wymagań Układu Europejskiego* PiP 1996, nr 4–5.
- Stecki L., *Timesharing*, Toruń 2002.
- Szostak R., *O konieczności dostosowania polskich przepisów o ochronie konsumenta do europejskich rozwiązań prawnych*, PS 1995, nr 2.
- Zaradkiewicz K., *Timesharing – szczególny stosunek prawa rzeczowego* [w:] E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe,* System Prawa Prywatnego, t. 4, Warszawa 2012.
- Zaradkiewicz K., *Umowa time-sharingu a regulacje UE*, Monitor Prawniczy 1997, nr 5.

Strony internetowe

- Oficjalna strona internetowa *Słownik polsko-angielski*, http://ling.pl/leisure [dostęp 9.03.2016].
- Oficjalna strona internetowa *Słownik angielsko-francuski*, http://pl.bab.la/slownik/angielski-francuski/timesharing (dostęp 9.03.2016), *Słownik angielsko-niemiecki* http://pl.bab.la/slownik/niemiecki-angielski/timesharing [dostęp 9.03.2016].
- Timeshare Act 1992 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/35/contents [dostęp 9.03.2016].
- Oficjalna strona internetowa http://lexplay.pl/artykul/PrawoUmow/prawo_timesharingu_pod_rzadami_nowej_ustawy [dostęp 21.03.2016].

Katarzyna Doroszewska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Adama Mickiewicza

POZBAWIENIE WOLNOŚCI W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM PO 2015 ROKU

Latem ubiegłego roku weszła w życie jedna z większych nowelizacji prawa karnego procesowego od czasu wprowadzenia Kodeksu postępowania karnego w roku 1997. Pewnego rodzaju uzupełnieniem tej nowelizacji były kolejne nowelizacje Kodeksu karnego (z 27 września 2013 roku, 20 lutego 2015 roku oraz 20 marca 2015 roku). Ustawy zmieniające Kodeks karny w znacznym stopniu odnosiły się do systemu wymierzania kar. Szczególnie istotne zmiany zaszły w regulacji dotyczącej kary pozbawienia wolności, a także warunkowego zawieszenia tej kary. Celem ustawodawcy było ograniczenie liczby wymierzanych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania na rzecz kary grzywny oraz kary ograniczenia wolności. Aby ocenić te zmiany, należy gruntownie przestudiować zarówno motywy ustawodawcy, jak i rezultaty jego działań.

Jednym z ważniejszych problemów współczesnej polityki kryminalnej jest przeludnienie więzień, określane przez tak zwany współczynnik prizonizacji. Wskaźnik ten oznacza liczbę osób uwięzionych w przeliczeniu na 100 tysięcy mieszkańców danego terytorium, przy czym zazwyczaj analizuje się go w skali państwa. W państwach zachodnioeuropejskich współczynnik ten wynosi około 100[1], natomiast w Polsce jego wartość zmieniała się z biegiem czasu. W czasach PRL-u wynosił pomiędzy 250 a 300, by gwałtownie opaść wraz ze zmianą ustroju w 1990 roku. Ponowny wzrost zaobserwowano jednak już w 1992 roku[2]. Liczba osób uwięzionych sukcesywnie rosła, by na początku XXI wieku osiągnąć niezwy-

[1] M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy systemu sankcji,* Prokuratura i Prawo 2015, nr 11, s. 31–44.
[2] A. Marek, *Polskie prawo karne na tle standardów europejskich*, Państwo i Prawo 1994, nr 5, s. 5–19.

kłe rozmiary. W 2007 roku współczynnik prizonizacji wynosił aż 236[3], a dziś wciąż przekracza wartość 200, zatem jest dwukrotnie wyższy niż w krajach zachodnioeuropejskich[4]. Warto przy tym zwrócić uwagę, że w krajach o niższym wskaźniku prizonizacji wcale nie popełnia się mniejszej liczby przestępstw – wręcz przeciwnie. Jak podaje P. Stępniak, we Francji statystyki przestępstw są o wiele wyższe niż w Polsce, a mimo to struktury więzienne są zupełnie inne[5]. Co więcej, liczba przestępstw popełnianych w Polsce sukcesywnie spada, a nie rośnie[6]. Tym bardziej więc zastanawia wysoki współczynnik prizonizacji w Polsce. Warto podkreślić również negatywną rolę kary pozbawienia wolności w oddziaływaniu na osobę skazaną. Wielokrotnie to właśnie pobyt w więzieniu stanowi najbardziej znaczący czynnik kryminogenny wśród osób popełniających kolejne przestępstwo. W zakładzie zamkniętym bowiem więźniowie nie tylko mają styczność z osobami wyspecjalizowanymi w dokonywaniu przestępstw, i to niejednokrotnie „większego kalibru", ale też narażeni są na różnego rodzaju trudności, jeśli chodzi o życie codzienne[7]. Dodatkowym czynnikiem wpływającym kryminogennie jest stosunek społeczeństwa do osoby, która już odbyła karę bezwzględnego pozbawienia wolności. Następuje wykluczenie takiej osoby ze społeczeństwa, ujawniające się między innymi poprzez problemy ze znalezieniem stałej pracy czy uzyskaniem pewnych uprawnień. Takie podejście nie wpływa pozytywnie na psychikę sprawcy, stanowi natomiast jeszcze jeden czynnik ułatwiający decyzję o popełnieniu kolejnego przestępstwa.

Istotną rolę w kwestii budowania polityki karnej odgrywa również struktura kar wymierzanych przez sądy. Według badań[8], najczęściej wymierzaną w Polsce karą jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem. Grzywny nie

[3] T. Szymanowski *Zadania polityki kryminalnej na tle występujących trudności*, Państwo i Prawo 2007, nr 7, s. 16–31.

[4] M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy...*, s. 33.

[5] P. Stępniak *Francuski system redukcji kary*, Państwo i Prawo 2009, nr 2, s. 78–88.

[6] Statystyki policyjne z lat 1999–2014 wyraźnie na to wskazują (http://www.statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczete-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999-2014.html [dostęp: 16.02.2016].

[7] Jak na przykład oddziaływanie subkultur więziennych (zob. np. M. Jastrzębska, *Krótka charakterystyka zjawiska nieformalnych struktur podkultury przestępczej*, Studia Gdańskie 2010, t. 7, s. 159–172).

[8] Wedle obliczeń dokonanych przez M. Małolepszego w oparciu o *Mały rocznik statystyczny 2014*, 55% wymierzanych kar stanowi kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, 22,3% kara grzywny, 14% kara ograniczenia wolności i jedynie 10,2% kara bezwarunkowego pozbawienia wolności (M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy...*, s. 32). Podobne dane podaje również

są tak popularne nie tylko ze względu na niskie dochody osób skazanych, lecz także nikłe prawdopodobieństwo ich uiszczenia, nawet jeśli skazany posiada odpowiednie środki. Natomiast ograniczenie wolności w postaci sprzed nowelizacji spotykało się z niechętnym przyjęciem przez różnorakie instytucje[9]. Dlatego też, kiedy tylko sytuacja sprawcy na to pozwala, wymierza się karę warunkowo zawieszoną, co często spowodowane jest również świadomością przeludnienia więzień i faktyczną niemożliwością odbycia kary bezwarunkowego pozbawienia wolności. Jednakże wymierzanie kar warunkowo zawieszonych może powodować u sprawcy poczucie rzeczywistej bezkarności, bowiem *de facto* nie został on pozbawiony swobody, którą posiadał przed osądzeniem.

Obecne problemy polityki kryminalnej nie pojawiły się nagle i dyskusja nad możliwymi rozwiązaniami trwa od lat[10]. Można wyróżnić kilka ważniejszych kwestii, które wymagają zmiany – przeludnienie więzień, na które wskazuje wysoki współczynnik prizonizacji, zbyt dużą rolę kar warunkowo zawieszonych, a także ograniczenie roli pozostałych, nieizolacyjnych kar. Rozwiązanie pierwszego problemu ma dwojaką naturę. Można zwiększyć liczbę więzień, co wiązałoby się z nakładami finansowymi i wysiłkiem organizacyjnym, lub też wprowadzić zmiany w prawie[11]. Pierwsze rozwiązanie może jedynie krótkotrwale ograniczyć skalę problemu, bowiem aktualnie należałoby stworzyć miejsca dla zbyt wielu więźniów, a ponieważ liczba przestępstw popełnianych rocznie w Polsce maleje, nowe więzienia szybko przestałyby być potrzebne. Ustawodawca zdecydował się na to drugie rozwiązanie. Zmiany w systemie wymierzania kar nieuchronnie wpłyną również na liczbę osób osadzonych, zatem problem przeludnienia więzień również powinien się zmniejszyć.

T. Szymanowski *Zadania polityki kryminalnej na tle występujących trudności,* Państwo i Prawo 2007, nr 7, s. 18.

[9] Tamże, s. 36.

[10] M.in. A. Marek wskazywał na nadmierną punitywność polskiego prawa karnego (A. Marek, *Polskie prawo karne*..., s. 16), a 3.12.2009 r. odbyła się w Warszawie konferencja naukowa: *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej,* (sprawozdanie zostało opublikowane w Państwie i Prawie nr 5 z 2010 r.).

[11] Tak wskazuje m.in. M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy*..., s. 32, P. Stępniak, *Francuski system redukcji kary,* Państwo i Prawo 2009, nr 2, s. 78–88.

Chcąc utworzyć sprawnie działający system prawny i nowe rozwiązania prawne, należy przyjrzeć się też rozwiązaniom przyjętym w innych krajach. We Francji stosuje się system redukcji kar, polegający na tym, by wymierzone kary zmniejszać w zależności od stopnia współpracy osadzonego przy wykonywaniu kary pozbawienia wolności[12]. Ten system z jednej strony zapewnia indywidualne podejście do każdego więźnia, z drugiej zachęca osadzonych do współpracy z wymiarem sprawiedliwości. Jednakże takie rozwiązanie nie niweluje kryminogennych skutków pobytu w zamkniętym zakładzie, a jedynie skraca w nim pobyt. Nie jest to zatem idealne wyjście.

Zmiany w artykułach 34 i 35 Kodeksu karnego mają na celu zwiększenie dolegliwości kary ograniczenia wolności poprzez możliwość orzeczenia obowiązku pobytu w miejscu stałego zamieszkania w warunkach dozoru elektronicznego[13]. Jak wskazują autorzy uzasadnienia do projektu zmian w Kodeksie karnym, takie rozwiązanie ma prowadzić do zwiększenia liczby orzeczonych kar ograniczenia wolności. Ten typ kary miałby zastąpić karę pozbawienia wolności w przypadkach występków o średniej społecznej szkodliwości.

Kara grzywny ma w przyszłości stanowić trzon struktury wymierzanych kar. Temu właśnie służą najnowsze zmiany w Kodeksie karnym. Między innymi art. 37a umożliwia sądowi wymierzenie kary grzywny lub kary ograniczenia wolności zamiast innej kary, jeżeli zagrożenie ustawowe nie przekracza 8 lat pozbawienia wolności. Dzięki temu znacząco zwiększa się zakres postępowań, które mogą zakończyć się wydaniem kary grzywny, a to z kolei może pozytywnie wpłynąć na struktury wymierzanych kar. Należy dodać, że taka zamiana kary na niższą powinna być dokonywana jedynie wówczas, gdy okoliczności sprawy nie stoją temu na przeszkodzie. Jeśli czyn został na przykład popełniony nieumyślnie bądź zachowanie sprawcy wskazuje na jednorazowy charakter czynu, jest wysoce prawdopodobne, że kara łagodniejsza będzie efektywniej wypełniać funkcję wychowawczą i prewencyjną niż potencjalna kara pozbawienia wolności.

[12] Tamże, s. 84.

[13] Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393, Sejm VII kadencji, Uzasadnienie do projektu, s. 61, 79 i nn.

Niezwykle istotne są zmiany, jakie zaszły w dyrektywach wymiaru kary. Zmieniona została treść między innymi art. 58 Kodeksu karnego. Pierwszy paragraf tego artykułu ma podkreślić priorytet stosowania kar łagodniejszych przy zrównaniu kary bezwzględnego pozbawienia wolności i pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem[14]. Tę zmianę należy ocenić pozytywnie, nie tylko ze względu na ponowne uznanie kary pozbawienia wolności za najsurowszą, ale przede wszystkim ze względu na jednakowe potraktowanie kary warunkowo zawieszonej i tej bez zawieszenia. Wcześniejsze regulacje nie wskazywały na to, zatem wielokrotnie kara warunkowo zawieszona mogła wydawać się łagodniejsza dla sprawcy. Jak wskazuje M. Małolepszy, nowe brzmienie tego przepisu stwarza obowiązek dla sądu uzasadnienia wydania wyroku skazującego na karę pozbawienia wolności, niezależnie od warunkowego jej zawieszenia[15]. Ograniczenie stosowania tej regulacji do przestępstw zagrożonych karą pięciu lat pozbawienia wolności i karami niższymi jasno wskazuje na cele ustawodawcy, jakimi są zmiana liczby wymierzanych kar pozbawienia wolności w zawieszeniu, ale również zmiana struktury kar wymierzanych za występki o średniej społecznej szkodliwości. Należy zwrócić uwagę na to, że w Polsce jednymi z najczęściej popełnianych przestępstw są przestępstwa przeciwko mieniu[16]. Nowa regulacja ma zastosowanie między innymi do kradzieży, co z pewnością było zamierzeniem ustawodawcy. Niewątpliwie taka zmiana podstawowej dyrektywy wymiaru kary przyczyni się do pozytywnych zmian w polskiej penitencjarystyce.

Uchylenie § 2 art. 58 według autorów uzasadnienia do zmian wprowadzonych 1 lipca 2015 roku jest odpowiedzią na postulaty doktryny[17]. Dotychczasowe brzmienie tego przepisu uniemożliwiało orzeczenie kary grzywny, jeśli istniało wysokie prawdopodobieństwo, że grzywna nie zostanie uiszczona. W swym założeniu przepis ten ma na celu usprawnienie postępowania, gdyż jeżeli osoba skazana

[14] Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej do projektu zmian w kodeksie karnym (https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/download,2556,1.html)

[15] M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy*..., s. 34.

[16] Statystyki policyjne: 183 tys. kradzieży cudzej rzeczy, 100 tys. kradzieży z włamaniem, przy czym np. 1 tys. zgwałceń http://www.statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczete-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999-2014.html [dostęp: 16.02.2016].

[17] Uzasadnienie do projektu zmian w Kodeksie karnym..., dz. cyt.

nie może uiścić kary, o czym sąd wie w czasie orzekania, wydawanie kary grzywny wydaje się zabiegiem bezcelowym[18]. Jednakże w praktyce zdarzały się sytuacje, w których sądy rezygnowały z orzeczenia kary grzywny nawet wtedy, gdy skazany mógł ją wykonać. Ustawodawca uznał jednak zmianę struktury wymierzanych kar i zwiększenie w niej udziału kary grzywny za istotniejsze od ryzyka niewypłacalności skazanego. Przy ocenie tego przepisu należy wziąć pod uwagę sytuacje, w których skazany okazał się niewypłacalny, co doprowadziło do znacznego przedłużenia postępowania. Do takiego badania potrzeba wielu danych zarówno z okresu przed nowelizacją, jak i po jej wejściu w życie. Dopiero wówczas będzie można rozważyć wszystkie wady i zalety tego rozwiązania. Z pewnością jest to bardzo radykalne podejście ustawodawcy, które jednak może przełożyć się na wyższą skuteczność wykonywania kary grzywny.

Pewne wątpliwości budzi natomiast redakcja art. 75a Kodeksu karnego, który umożliwia zamianę wymierzonej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania na karę ograniczenia wolności lub karę grzywny w sytuacji, w której skazany naruszył zasady warunkowego zawieszenia. Zatem osoba prawomocnie skazana za popełnione przestępstwo, jeżeli narusza narzucone jej obowiązki, może liczyć na karę łagodniejszą niż osoba, która ich nie naruszy. Może to prowadzić do wielu nadużyć, dlatego też można sądzić, że art. 75a § 1 ma zastosowanie jedynie w wyjątkowych sytuacjach, o czym ustawodawca nie wspomniał. Nic dziwnego, że znowelizowany przepis był już w doktrynie krytykowany[19].

Także sposób wykonywania kary grzywny nie pozostaje bez znaczenia. Współczesny system nie zapewnia pomocy dla skazanego w przypadku trudności z jej wykonywaniem. Dodatkowo bardzo szybko kara grzywny może zostać zamieniona na karę o surowszym charakterze (zastępcza kara pozbawienia wolności), co z całą pewnością nie wpłynie pozytywnie na strukturę wykonywanych kar. Według projektodawców, w przyszłości kara grzywny będzie stanowić około 60% wymierzanych kar w Polsce[20]. Zatem większa liczba skazanych może być później

[18] Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny..., s. 141.
[19] M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy...*, s. 37.
[20] Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny..., s. 142.

skazana na zastępczą karę pozbawienia wolności, a to stoi w sprzeczności z celami nowelizacji. Instytucją, która może zapobiec negatywnym efektom zastępczych kar pozbawienia wolności, jest art. 48a Kodeksu karnego wykonawczego, który wszedł w życie 1 lipca 2015 roku. Przepis ten umożliwia wstrzymanie wykonywania kary zastępczej, jeśli skazany zobowiąże się do podjęcia pracy społecznie użytecznej. Nie jest to rozwiązanie idealne, zwłaszcza że sprawia wrażenie niwelowania skutków błędu, a nie jego przyczyn. Co więcej, już wcześniej istniała taka możliwość na podstawie art. 24 Kodeksu karnego wykonawczego. Mimo wszystko wprowadzone rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, choć jednocześnie można żywić nadzieję, że zajdą dalsze, bardziej przemyślane zmiany w systemie wykonywania kary grzywny.

Warunkowe zawieszenie kary pozbawienia wolności ma negatywne skutki dla wymiaru sprawiedliwości nie tylko ze względu na niepewność przyszłości skazanego, który może w pewnym momencie złamać obowiązki wynikające z budowy warunkowego zawieszenia, lecz również ze względu na to, że kara warunkowo zawieszona często nie ma charakteru probacyjnego[21]. Ustawodawca planuje zmniejszenie liczby wymierzanych kar warunkowo zawieszonych, zwłaszcza w przypadkach przestępstw o poważniejszym charakterze. W tym właśnie należy upatrywać powodów zmiany art. 69 § 1, który w nowym brzmieniu umożliwia warunkowe zawieszenie wykonywania kary pozbawienia wolności poniżej roku. Takie ukształtowanie treści przepisu może mieć dwa skutki – nakłonienie sądów do wydawania niższych kar pozbawienia wolności[22] oraz podkreślenie roli warunkowego zawieszenia, które powinno być stosowane jedynie w wyjątkowych sytuacjach, a poza nimi nie jest pożądane.

Kolejną przesłanką zastosowania warunkowego zawieszenia kary, jaka znajduje się w znowelizowanym art. 69 § 1, jest brak wcześniejszego skazania na karę pozbawienia wolności. Jak wskazuje M. Małolepszy, taka redakcja przepisu może prowadzić do sytuacji, w której sprawca został wcześniej skazany na karę pozbawie-

[21] Sprawozdanie z konferencji naukowej w Warszawie 3.12.2009 r. *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Państwo i Prawo 2010, nr 5, s. 122–123 – wedle K. Krajewskiego jedynie 27,4% z wymierzanych kar pozbawienia wolności z zawieszeniem było wykonywanych z dozorem kuratora.

[22] M. Małolepszy, *Kilka uwag na temat reformy...*, s. 41 – by stopniowo odciążyć więzienia.

nia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonywania, a w drugim postępowaniu nie można wobec niego zastosować tej instytucji, niezależnie od prognozy kryminologicznej. Zatem sprawca musi zostać skazany na karę bezwzględnego pozbawienia wolności, chyba że sąd, chcąc tego uniknąć, wymierzy karę ograniczenia wolności bądź grzywny. Może to skutkować wydaniem niesprawiedliwego wyroku, kary zawyżonej bądź zaniżonej w stosunku do winy sprawcy.

Ciekawym rozwiązaniem wprowadzonym przez nowelizację z 20 lutego 2015 roku są kary mieszane. Sąd może orzec wobec sprawcy łącznie karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności, przy czym kara pozbawienia wolności nie może przekroczyć 3 miesięcy lub 2 lat w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 10 lat. Kary te mają być wykonywane w określonej kolejności, przy czym jako pierwsza ma być wykonywana kara pozbawienia wolności. Rozwiązanie budzi uzasadnione wątpliwości, bowiem ustawodawca, który najwidoczniej chce zmniejszyć liczbę orzekanych i wykonywanych kar pozbawienia wolności, decyduje o pierwszeństwie tej kary względem kary ograniczenia wolności. Zatem skazany za przestępstwo na wręcz symboliczną karę pozbawienia wolności poniżej 3 miesięcy musi odbyć tę karę w więzieniu. Nawet krótki pobyt w zakładzie penitencjarnym ma negatywny wpływ na psychikę skazanego, a także na jego postrzeganie w społeczeństwie jako byłego więźnia. Na dodatek kryminogenny wpływ kary pozbawienia wolności nie ulega wątpliwości. Przy zastosowaniu kolejności odbywania kar określonej w nowelizacji, kara ograniczenia wolności traci swój charakter prewencyjny, ponieważ wcześniej odbyta surowsza kara ma większy wpływ na psychikę skazanego i karę ograniczenia wolności z powodzeniem można by zastąpić poprzez zastosowanie innych środków. Co więcej, kara pozbawienia wolności ma w naszym systemie prawnym charakter *ultima ratio*, zatem powinna być stosowana jedynie w ostateczności, co zresztą nowelizacja zdaje się podkreślać[23]. Tymczasem rozwiązanie, które funkcjonuje od 1 lipca 2015 roku, całkowicie przeczy tym stwierdzeniom. Kara pozbawienia wolności, z zasady surowsza, ma być wykonywana z pierwszeństwem przed karą łagodniejszą, co stanowi dysonans z dyrektywami wymiaru kary, które dość jasno porządkują kary pod względem ich surowości. Gdyby kolejność wykonywanych kar byłaby inna, ocena instytucji kary mieszanej byłaby zdecydowanie pozytywna. Wówczas kara ograniczenia wolności pełniłaby funkcję prewencyjną i wychowawczą jednocześnie, zwłaszcza jeśli sąd

[23] Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny..., s. 2.

mógłby zadecydować o rezygnacji z kary pozbawienia wolności, jeśli skazany wykazałby się wolą współpracy, podobnie jak to jest w systemie francuskim[24].

Zmiany, które weszły w życie 1 lipca 2015 r., mają zmienić strukturę wymierzanych kar, zwiększyć liczbę wymierzanych kar grzywny i ograniczenia wolności kosztem kary pozbawienia wolności, w szczególności w warunkowym zawieszeniu. Z całą pewnością cel zmian należy ocenić pozytywnie, zwłaszcza że dyskusje w tej kwestii trwają w doktrynie od lat. Jednak nowa regulacja ma swoich zwolenników i przeciwników. Trudno ocenić jednoznacznie tę nowelizację, ponieważ od jej wejścia w życie minęło zaledwie pół roku. Mimo wszystko można próbować przewidzieć skutki, jakie niosą ze sobą wprowadzone zmiany.

Jeśli chodzi o podkreślenie roli kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio*, to częściowo osiągnięto sukces. Jednakże sposób regulacji kary mieszanej niweczy to wrażenie, zrównując karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności, a nawet przechylając szalę w stronę kary ograniczenia wolności, powszechnie uznawanej za łagodniejszą. Ta kwestia z pewnością będzie jeszcze przedmiotem dyskusji wśród przedstawicieli doktryny i być może zostanie wypracowane rozwiązanie bardziej odpowiadające potrzebom polityki kryminalnej.

Można przypuszczać, że nowa regulacja kary grzywny będzie skutkować większym jej udziałem w strukturze orzekanych kar. Jednakże należy również wziąć pod uwagę wątpliwości dotyczące wykonywania kary grzywny, które wymienił M. Małolepszy. Zmiany w Kodeksie karnym nie są bowiem wystarczające, by uznać pracę w tej kwestii za zakończoną. Wiele wskazuje na sukces prawodawcy w zakresie zwiększenia liczby wymierzanych kar grzywny, lecz wciąż brakuje dostatecznie skutecznej regulacji dotyczącej wykonywania tej kary. Zwiększenie skuteczności wymierzanej kary grzywny powinno być przedmiotem kolejnych dyskusji doktryny, a w przyszłości także zmian w Kodeksie karnym wykonawczym.

Jednoznacznie pozytywnie należy ocenić zmiany dotyczące warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności. Przede wszystkim można spodziewać się zmniejszenia liczby wymierzanych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, ale również zmiany podejścia do tej kary. Zrówna-

[24] P. Stępniak, *Francuski system redukcji kary*, , dz. cyt., s. 85.

nie bezwarunkowej kary pozbawienia wolności z karą warunkowo zawieszoną może przyczynić się to zwiększenia świadomości osób związanych z prawem karnym. Przede wszystkim sądy mniej pochopnie będą decydowały się na warunkowe zawieszenie kary, co powinno przełożyć się również na zmianę podejścia społeczeństwa do tej kary.

Zmiany wprowadzone w Kodeksie karnym, zwłaszcza te dotyczące kar, powinny zawsze iść w parze ze zmianami w Kodeksie karnym wykonawczym. Tymczasem nowa regulacja umożliwia zwiększenie liczby orzekanych kar grzywny i ograniczenia wolności, a nie zostały zmienione mechanizmy wykonywania kar. Może to prowadzić do wielu trudności, dlatego też należy zastanowić się na ewentualnymi dalszymi zmianami w prawie karnym, tym razem dotyczącymi Kodeksu karnego wykonawczego. Jednocześnie, po upływie co najmniej roku od wprowadzenia nowelizacji, powinny zostać przeprowadzone badania dotyczące struktury wymierzanych kar po 2015 roku.

IMPRISONMENT IN POLISH LEGAL SYSTEM AFTER 2015

Summary

In the article, author tries to analyze changes in polish criminal law after great amendment in year 2015. Changes were necessary due to great prisonisation factor in Poland. Many polish lawyers insisted on introducing changes into polish criminal law due to its high punitivity. Before 2015 the structure of punishments was not compatible with politics of government. Main part of sentenced punishments was imprisonment, especially conditionally suspended. Due to the prison overcrowding and dramatic lack of space for prisoners, the punishments are not executed. New regulation is aimed to lower the number of prisoners and simultaneously increase number of financial punishments. In practice it turned to be very difficult to implement into law. To sum up, some of new regulations should be regarded as positive signs in polish law, but some are not efficient. Only criminal code and criminal procedure code were amended, but not the criminal executive code, which partially destroys effects of new regulation. Amendments in 2015 year should be considered as beginning of great changes in polish criminal law.

Key words: Penal policy, imprisonment, 2015 amendment.

Bibliografia

- Jastrzębska M., *Krótka charakterystyka zjawiska nieformalnych struktur podkultury przestępczej*, Studia Gdańskie 2010, t. 7, s. 159–172.
- Małolepszy M., *Kilka uwag na temat reformy systemu sankcji,* Prokuratura i Prawo 2015, nr 11, 31–44.
- Marek A., *Polskie prawo karne na tle standardów europejskich,* Państwo i Prawo 1994, nr 5, s. 12–19.
- Szymanowski T., *Zadania polityki kryminalnej na tle występujących trudności,* Państwo i Prawo 2007, nr 7.
- Stępniak P., *Francuski system redukcji kary*, Państwo i Prawo 2009, nr 2, s. 16–31.
- Sprawozdanie z Konferencji naukowej w Warszawie 3.12.2009 r. *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Państwo i Prawo 2010, nr 5.
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393, Sejm VII kadencji, Uzasadnienie do projektu, s. 61, 79 i nn.
- Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej do projektu zmian w kodeksie karnym, https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/download,2556,1.html [dostęp: 15.02.2016].
- Statystyki policyjne, http://www.statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczete-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999-2014.html [dostęp: 16.02.2016].

Dagmara Dragan, Tomasz Marzec
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza

ORZECZNICTWO SĄDU NAJWYŻSZEGO DOTYCZĄCE SŁUŻEBNOŚCI PRZESYŁU JAKO NARUSZENIE PRAWA CZŁOWIEKA DO WŁASNOŚCI

W dniu 3 sierpnia 2008 r. weszła w życie Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw[1] (dalej: Ustawa). Wskazana nowelizacja Kodeksu cywilnego między innymi wprowadzała do polskiego systemu prawnego nieznane wcześniej ograniczone prawo rzeczowe – służebność przesyłu.

Służebność przesyłu uregulowano wprowadzonymi do Kodeksu cywilnego przepisami wyrażonymi w art. 305^1–305^4 k.c. W uzasadnieniu Ustawy wprowadzenie nowej konstrukcji prawnej motywowano potrzebą umożliwienia przedsiębiorcy przesyłowemu zdobycia właściwego tytułu prawnego do korzystania z części nieruchomości, na której ma zamiar posadowić albo posadowił urządzenia, o których stanowi art. 49 k.c. Rzeczony tytuł prawny, oprócz możliwości legalnego posadowienia urządzeń oraz ich eksploatacji, zapewnić miał także swobodny dostęp przedsiębiorcy do urządzeń w celu ich konserwacji lub naprawy[2].

Wprowadzenie nowej instytucji do zamkniętego katalogu ograniczonych praw rzeczowych należy ocenić pozytywnie. Stan prawny przed nowelizacją nie pozwalał na zgodne z interesami wszystkich uregulowanie stanu współkorzystania z nieruchomości przez przedsiębiorcę przesyłowego[3]. Przyjęty projekt Ustawy okazał się jednak wadliwy, gdyż nie zawierał przepisów regulujących kwestie temporalne. W tym przypadku była to kwestia kluczowa, ponieważ wprowadzono zupełnie nowe prawo rzeczowe odnoszące się do stanów faktycznych istniejących

[1] Dz.U. z 2008 r. Nr. 116 poz. 731.
[2] Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, druk sejmowy nr 81.
[3] J. Wszołek, *Zasiedzenie służebności przesyłu,* Rejent 2012, nr 1, s. 117.

już od lat. Wydaje się, że ustawodawca nie wziął pod uwagę konsekwencji braku przepisów przejściowych, regulujących długoletnie współkorzystanie z nieruchomości prywatnych przez przedsiębiorstwa przesyłowe.

Ustawodawca w art. 305^2 k.c. umożliwił występowanie z inicjatywą ustanowienia służebności przesyłu nie tylko przedsiębiorcy przesyłowemu. Zgodnie z § 2 tego artykułu także właściciel nieruchomości może żądać odpowiedniego wynagrodzenia za ustanowienie służebności na gruntach do niego należących. Jednak właściciel nieruchomości z powyższym żądaniem występować może dopiero, gdy przedsiębiorca przesyłowy odmówi ustanowienia służebności, a ustanowienie jej jest niezbędne, aby móc korzystać z posadowionych na gruncie urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1 k.c.

W polskich warunkach znaczna część ewentualnych żądań stron dotyczących ustanowienia służebności dotyczyła instalacji posadowionych na wiele lat przed nowelizacją 2008 r. W odpowiedzi na kierowane na podstawie wprowadzonych przepisów wnioski o ustanowienie służebności przesyłu za odpowiednim wynagrodzeniem przedsiębiorcy przesyłowi, na podstawie długoletniego faktycznego współkorzystania z nieruchomości, podnosili zarzut zasiedzenia. Jak zostało wskazane wyżej, ustawodawca nie zawarł w nowelizacji przepisów regulujących, w jaki sposób należy kwalifikować dotychczasowe współkorzystanie z nieruchomości.

Milczenie ustawodawcy w sprawie stosunków faktycznych, zaistniałych przed wprowadzeniem Ustawy, sprawiło, że niepełne regulacje zostały uzupełnione przez orzecznictwo, szczególnie Sądu Najwyższego, który, wyinterpretowawszy służebność gruntową o treści służebności przesyłu, dopuścił się zastosowania wykładni prawotwórczej, co można uznać za złamanie konstytucyjnej zasady *numerus clausus* źródeł prawa.

Celem niniejszej pracy jest analiza procesu tworzenia wskazanej linii orzeczniczej przez Sąd Najwyższy. Autorzy stawiają także hipotezę o niezgodności wyinterpretowanych przez judykaturę norm postepowania z Konstytucją RP z 1997 r. oraz międzynarodowymi standardami z zakresu praw człowieka (art. 1 Protokołu do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[4]).

[4] Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

1. Uwarunkowania historyczne – okres Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej

Jako bezpośrednią przyczynę dodania służebności przesyłu do katalogu ograniczonych praw rzeczowych należy wymienić szereg sytuacji faktycznych, polegających na korzystaniu z nieruchomości innych osób przez właścicieli urządzeń przesyłowych przy jednoczesnym braku uregulowania prawnego korzystania albo uregulowania w sposób nieodpowiadający interesom stron w stopniu dostatecznym[5].

Przeważająca większość eksploatowanych obecnie linii przesyłowych została pobudowana w czasach ustroju socjalistycznego, w którym prawo własności obywateli chronione było w daleko mniejszym zakresie, niż ma to miejsce w Konstytucji RP z 1997 r. Ustawodawca przewidział instrument prawny ograniczenia własności nieruchomości, na których posadowione miały być urządzenia przesyłowe, poprzez wydawanie decyzji administracyjnych. Podstawą dla wydawania przedmiotowych decyzji był art. 35 Ustawy o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości z 12 marca 1958 r.[6]

Należy jednak podkreślić, że mimo stosownych narzędzi prawnych, sytuowanie urządzeń przesyłowych wielokrotnie odbywało się bez podstawy prawnej. Wykonawcy inwestycji państwowych nie pozyskiwali także zgody właścicieli nieruchomości, przez co naruszali ich uprawnienia właścicielskie[7]. Zgodnie z szacunkami określa się, że nawet ok. 40% infrastruktury przesyłowej zostało posadowione bez tytułu prawnego[8]. W efekcie właściciele nieruchomości zostali zmuszeni do znoszenia licznych niedogodności z powodu nielegalnie pobudowanych na ich gruntach sieci przesyłowych, m.in. gazociągów, ropociągów czy sieci elektroenergetycznych. W polskich mediach prezentowane są liczne reportaże przedstawiające sytuacje pokrzywdzonych właścicieli. W programach tych często pojawiają się relacje o przymusie stosowanym przez władze Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej wobec obywa-

[5] B. Rakoczy, *Zasiedzenie służebności przesyłu,* Warszawa 2014, s. 9.
[6] Dz.U. z 1958 r. Nr 17 poz. 70.
[7] J. Wszołek, *Zasiedzenie…*, s. 119.
[8] P. Lewandowski, *Służebność przesyłu w prawie polskim*, Warszawa 2014, s. 50.

teli – obecność służb milicyjnych oraz wojska przy instalowaniu urządzeń[9]. Co więcej, wypowiedzi zamieszczane w artykułach prasowych potwierdzają wyjaśnienia składane w sądach przez osoby, na których gruntach posadowiono elementy linii przesyłowych.

Brak poszanowania własności obywateli przez ówczesne przedsiębiorstwa państwowe przejawiał się także tym, że w warunkach ustroju socjalistycznego nie występowały one o wydanie decyzji wywłaszczeniowych, w których wymienione były numery ewidencyjne wywłaszczanych gruntów oraz dane personalne ich właścicieli. W wyniku takiego podejścia do obowiązku spełniania wymogów formalnoprawnych sytuowania urządzeń przesyłowych aktualni przedsiębiorcy przesyłowi – następcy prawni pierwotnych przedsiębiorstw państwowych jako tytuł prawny do korzystania z części nieruchomości, przez które przebiega linia, są w stanie wskazać jedynie decyzje administracyjne dotyczące danego odcinka linii, który nierzadko ciągnie się na wiele kilometrów.

Budowanie urządzeń przesyłowych przed rokiem 1990 w Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej w bardzo wielu przypadkach odbywało się z naruszeniem gwarantowanego w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności prawa człowieka do własności. Stąd przypisywanie bierności właścicielom gruntów w sytuacji stosowania wobec nich przymusu państwowego oraz przyznawanie, że biegł przeciwko nim bieg zasiedzenia, nie znajduje podstaw aksjologicznych w obecnym systemie prawa międzynarodowego i krajowego.

[9] M.in. J. Chełmiński, *Od 29 lat walczą z nielegalnymi kablami nad swoim domem,* http://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/1,34862,17458577,Od_29_lat_walcza_z_nielegalnymi_kablami_nad_swoim.html [dostęp: 20.04.2016]; *Mieszkaniec Zawady nie poddaje się w walce z Tauronem* http://www.wczestochowie.pl/artykul/12534,mieszkaniec-zawady-nie-poddaje-sie-w-walce-z-tauronem [dostęp: 20.04.2016]; *Sąd: Słup nielegalny, ale niech stoi* http://www.tvn24.pl/blisko-ludzi,18,m/sad-slup-nielegalny-ale-niech-stoi,1098.html [dostęp: 20.04.2016]; M. Pilarczyk, *Słupy energetyczne powstały nielegalnie? Samowola budowlana Enei* http://www.gloswielkopolski.pl/artykul/610293,slupy-energetyczne-powstaly-nielegalnie-samowola-budowlana-enei,id,t.html [dostęp: 20.04.2016].

2. Cywilnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu posadowienia urządzeń przesyłowych

Wskazując na sytuację właścicieli nieruchomości, których uprawnienia właścicielskie były niedostatecznie chronione przez prawo socjalistyczne, należy także przeanalizować, jak wyglądała ich sytuacja po roku 1990. Korzystając z kompleksowej zmiany przepisów prawnych, zarówno w sferze aksjologicznej, jak i treści, właściciele nieruchomości – przy znacznie większej świadomości prawnej – zaczęli w większej liczbie walczyć o przysługujące im prawa. Do najbardziej powszechnych kroków należało nieudzielanie zgody na wstęp na nieruchomość pracownikom przedsiębiorstwa przesyłowego, którzy mieli na celu naprawę lub konserwację urządzeń, a także wytaczanie powództwa o odszkodowanie za bezumowne korzystanie z gruntu. Niektórzy z właścicieli wytaczali powództwa, których treścią było roszczenie negatoryjne z art. 222 § 2 k.c., jednak orzecznictwo w sposób zgodny bardzo szybko przyznało przedsiębiorcom przesyłowym status działających na rzecz dobra publicznego, podając jednocześnie niezwykle wysokie koszty przenoszenia urządzeń jako przesłankę oddalenia powództwa[10]. W celu uregulowania tytułu do korzystania z urządzeń służących do przesyłu stosowano konstrukcje umowy obligacyjnej, sięgnięto także do koncepcji, uregulowanego w art. 285 k.c., ograniczonego prawa rzeczowego służebności gruntowej.

Istotą wyżej wymienionego prawa jest obciążenie danej nieruchomości (zwanej nieruchomością obciążoną) możliwością korzystania z niej przez właściciela nieruchomości władnącej w taki sposób, że zwiększa to użyteczność nieruchomości władnącej. Chcąc ustanowić służebność gruntową na nieruchomościach, na których posadowione zostały urządzenia przesyłowe, strony umowy napotkały jednak znaczący problem. Ustanowienie służebności gruntowej w kontekście infrastruktury przesyłowej następowało zazwyczaj wbrew literalnemu brzmieniu przepisu – art. 285 § 2 k.c., który stanowi w sposób następujący: „Służebność gruntowa może mieć jedynie na celu zwiększenie użyteczności nieruchomości władnącej lub jej oznaczonej części". Jakkolwiek w wyniku jej ustanowienia niewątpliwie zwiększała się użyteczność całego przedsiębiorstwa, o tyle w żaden sposób nie zwiększała się użyteczność danej nieruchomości wskazanej jako władnąca.

[10] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9.07.2008 r. sygn. akt. V CSK 52/08, publ. sip.lex.pl.

W kontekście omawianego problemu po raz pierwszy w sposób dobitny zaznacza się uzupełniające literalną treść przepisów powszechnie obowiązującego prawa orzecznictwo Sądu Najwyższego, który w uchwale z 17 stycznia 2003 r., wydanej pod sygnaturą akt III CZP 79/02 stwierdził, że „okoliczność, że nieruchomość władnąca wchodzi w skład przedsiębiorstwa energetycznego sama przez się, nie wyklucza możliwości zrealizowania przez strony umowy o ustanowienie służebności gruntowej celu określonego w art. 285 § 2 k.c.". Przytoczona teza uchwały okazała się niezwykle brzemienna w skutki. Sąd w sposób jednoznaczny odszedł od literalnej treści przepisu art. 285 § 2 k.c. i wskazał, że przy ustanawianiu służebności gruntowej nie zachodzi konieczność udowodnienia zwiększenia funkcjonalności nieruchomości władnącej. Wskazana wykładnia przepisów została przez doktrynę nazwana „dynamiczną" oraz „twórczą". Komentarze przedstawicieli nauki koncentrowały się wokół dwóch problemów: faktu, że wiele aspektów należących do kwestii urządzeń przesyłowych wymykało się ówcześnie obowiązującemu prawu, oraz niepożądanych dla obywateli skutków prawotwórczej wykładni judykatury, która pozostaje w sprzeczności z zagwarantowaną jednostce pewnością prawa[11].

Dochodząc do wniosku wskazanego powyżej w tezie sentencji, SN zwrócił uwagę na daleko posunięty rozwój cywilizacyjny i techniczny stosunków cywilnoprawnych. W wyniku wspomnianego rozwoju, zdaniem SN, obowiązujące ówcześnie przepisy dotyczące służebności gruntowej nie wystarczały, aby w pełni zaspokoić potrzeby stron takie prawo ustanawiających. Stąd wystąpiła konieczność stosowania prawa sposób „elastyczny" oraz „dynamiczny". Sąd wskazał także, że z uwagi na względy ideologiczne do Kodeksu cywilnego z 1964 r. nie został recypowany przepis wyrażony w art. 175 Dekretu z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe[12], pozwalający na ustanowienie służebności na rzecz przedsiębiorcy[13]. W związku z powyższymi rozważaniami Sąd Najwyższy wskazał, że skoro przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników, to zwiększenie jego użyteczności jako całości pośrednio obejmuje również wszystkie jego składniki, nie wyłączając nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa.

[11] J. Wszołek, *Zasiedzenie...*, s. 131.
[12] Dz.U. z 1946 r. Nr 57 poz. 319.
[13] Por. M. Biernacki, *Służebność przesyłu jako ograniczone prawo rzeczowe*, Rejent 2010, nr 4, s. 13.

Przytoczone orzeczenie jest niezwykle ważne także z uwagi na fakt, że na nim oparte zostało także postanowienie wydane 8 września 2006 r., pod sygnaturą akt II CSK 112/06. W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy po raz pierwszy dopuścił możliwość zasiedzenia służebności gruntowej na potrzeby korzystania z urządzeń przesyłowych. W powyższej sprawie sądy obu instancji wydały wyrok stwierdzający niedopuszczalność wniosku o zasiedzenie, gdyż nie została spełniona jedna z przesłanek zaistnienia posiadania służebności gruntowej – nie doszło do zwiększenia funkcjonalności nieruchomości, o jakiej mówi art. 285 § 2 k.c. Sąd Najwyższy natomiast stwierdził, że ułatwienie funkcjonowania przedsiębiorstwa może, w okolicznościach konkretnej sprawy, stanowić jednocześnie zwiększenie użyteczności nieruchomości należącej do tego przedsiębiorstwa. Dopatrzył się więc w okolicznościach sprawy stanu posiadania służebności gruntowej.

Postanowienie to otworzyło drogę przedsiębiorstwom przesyłowym do podnoszenia zarzutu zasiedzenia służebności gruntowej w sprawach, w których taka możliwość w świetle obowiązujących przepisów nie istniała. Okazało się także bardzo ważne dla stron występujących z żądaniami w związku z usytuowaniem na nieruchomości urządzeń przesyłowych. Przytaczając instytucję zasiedzenia, należy opisać ważne z punktu widzenia poruszanej tematyki aspekty tej instytucji – jej cel oraz przesłankę bierności podmiotu będącego właścicielem obiektu posiadania dążącego do zasiedzenia. Przytaczając słowa prof. E. Gniewka: „Podstawową funkcją zasiedzenia jest eliminacja długotrwałej rozbieżności między faktycznym wykonywaniem uprawnień właścicielskich a formalnoprawnym stanem własności, natomiast następuje ono na skutek jego [właściciela – przyp. aut.] zaniedbania, przejawiającego się długotrwałym tolerowaniem cudzego posiadania”[14]. Wątpliwości budzi kwestia bierności właścicieli nieruchomości, na których usytuowane zostały urządzenia przesyłowe. W celu uznania, że zachowali bierność, należy dowieść, że przy zachowaniu przeciętnej staranności mogliby powziąć wiedzę, że dane przedsiębiorstwo może zasiadywać ograniczone prawo rzeczowe. Natomiast możliwość ustanowienia służebności gruntowej z pominięciem przesłanki wynikającej z art. 285 § 2 pojawiła się jedynie w judykaturze i jedynie po uchwale Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2003 r. Należy zatem podać w wątpliwość konkluzję, że przed wspomnianą datą mogli oni podjąć próbę przerwania biegu zasiedzenia.

[14] E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków, 2001.

Brak świadomości (biorąc pod uwagę funkcję wychowawczą oraz funkcjonalną instytucji zasiedzenia[15]) nie wynikał z braku dołożenia odpowiedniej staranności czy też postawy pasywnej względem przedsiębiorcy *de facto* współkorzystającego z nieruchomości. Rzekoma bierność ze strony właścicieli nieruchomości spowodowana była faktem niedostatecznej świadomości prawnej wśród obywateli. Należy stwierdzić, że przed rokiem 2003 nikt nie brał pod uwagę możliwości oddzielenia kwestii służebności gruntowej od zwiększania użyteczności nieruchomości władnącej. Zatem zasadne jest postawienie tezy, iż przed rokiem 2006 nie występowało u właścicieli nieruchomości przekonanie o możliwości biegnięcia trybu zasiedzenia.

Nie sposób zatem zarzucić właścicielom nieruchomości bierności w zakresie wykonywania przez przedsiębiorstwa przesyłowe służebności gruntowej na ich nieruchomościach – należy określić zaistniałą sytuację raczej jako pułapkę prawną, w której konstrukcje prawne działające na niekorzyść obywateli wprowadzono do systemu prawa polskiego nie poprzez stanowienie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, a w drodze wykładni prawotwórczej.

Kontrowersje powstałe wokół wykładni przepisów o służebności gruntowej, a także ewidentne nieprzystawanie tej konstrukcji prawnej do potrzeb zarówno przedsiębiorców przesyłowych, jak i właścicieli nieruchomości, zakończyć miała wspomniana na wstępie nowelizacja Kodeksu cywilnego z dnia 30 maja 2008 r.

Scharakteryzowane już w niniejszej pracy przepisy wprowadzające służebność przesyłu do polskiego systemu prawa cywilnego pozwalały – przy wystąpieniu przesłanek takich, jak odmowa zawarcia umowy o ustanowieniu służebności przesyłu przez przedsiębiorstwo przesyłowe oraz konieczność ustanowienia służebności w celu korzystania z urządzeń przesyłowych – właścicielowi nieruchomości wystąpić z wnioskiem o ustanowenie rzeczonej służebności. Jednak wada przepisów wprowadzających służebność przesyłu, polegająca na braku zamieszczenia regulacji dotyczących długoletniego współkorzystania przez przedsiębiorców przesyłowych z danych nieruchomości, skutkowała znaczącymi wątpliwościami przy rozpatrywaniu zarzutu zasiedzenia. Przedsiębiorcy przesyłowi, podnoszący zarzut zasiedzenia już w sprawach dotyczących służebności gruntowej, także w sprawach o ustano-

[15] B. Rakoczy, *Zasiedzenie służebności...*, s. 30.

wienie służebności przesyłu podnosili przedmiotowy zarzut. Zgodnie z fundamentalną dla demokratycznego państwa prawnego zasadą *lex retro no agit* podnoszenie zarzutu zasiedzenia służebności przesyłu nie powinno być możliwe. Wobec milczenia ustawodawcy w tej kwestii rozstrzygnięcia podjęła się raz jeszcze judykatura.

Bezpośrednio po wprowadzeniu służebności przesyłu do Kodeksu cywilnego, Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 7 października 2008 r., wydanej pod sygnaturą III CZP 89/08, po raz pierwszy posłużył się pojęciem służebność odpowiadająca treści służebności przesyłu. Postępowanie zakończone wydaniem tejże uchwały zostało wszczęte z wniosku przedsiębiorstwa energetycznego o stwierdzenie zasiedzenia służebności gruntowej na potrzeby korzystania z urządzeń posadowionych na nieruchomości prywatnej. Sąd Rejonowy uwzględnił wniosek, nie oznaczając w orzeczeniu kończącym nieruchomości mającej pełnić rolę władnącej. Sąd Okręgowy, rozpoznając apelację właścicieli nieruchomości obciążonej od powyższego orzeczenia, skierował pytanie prawne do Sądu Najwyższego o następującej treści: 1. Czy w postanowieniu stwierdzającym nabycie służebności w drodze zasiedzenia przez przedsiębiorstwo należy oznaczać nieruchomość władnącą; 2. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie, w oparciu o jakie kryteria powinna być wskazywana nieruchomość władnąca?

Sąd Najwyższy w odpowiedzi na powyższe zagadnienia podjął następującą uchwałę:

> Przed ustawowym uregulowaniem służebności przesyłu (art. 305^1–305^4 k.c.) dopuszczalne było nabycie w drodze zasiedzenia służebności odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że służebność przesyłu, w przeciwieństwie do służebności gruntowej, nie została powiązana z nieruchomością władnącą. Ma ona na celu umożliwienie przedsiębiorcy właściwego korzystania z urządzeń, których jest właścicielem, a zatem które wchodzą w skład jego przedsiębiorstwa (art. 55^1). Ustanowienie służebności przesyłu następuje na rzecz przedsiębiorcy, a jej nabycie w drodze zasiedzenia następuje przez przedsiębiorcę, a nie na rzecz właściciela nieruchomości władnącej lub przez takiego właściciela. Przy instytucji przesyłu kategoria nieruchomości władnącej w ogóle nie występuje.

Oznaczenie takiej nieruchomości jest zatem dla ustanowienia lub nabycia przez zasiedzenie służebności przesyłu niepotrzebne.

Cytowane orzeczenie w pewien sposób zwieńczyło dotychczasową linię wnioskowania Sądu Najwyższego. W oparciu o argumentacje oraz konstrukcje myślowe stworzone na potrzeby wcześniejszych orzeczeń doszło do wykreowania przez Sąd Najwyższy ograniczonego prawa rzeczowego w zasadzie nieznanego prawu polskiemu.

Wprowadzenie trzeciego rodzaju służebności – służebności przesyłu – odbyło się z zachowaniem zasad poprawnej legislacji oraz w trybie zgodnym z Konstytucją. Takie postępowanie prawodawcy wynikało z poszanowania dla zasady *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych. Dopuszczenie możliwości zasiadywania prawa, które *de facto* nie zostało wprowadzone do polskiego systemu prawa jako wynik przeprowadzonej procedury legislacyjnej, wydaje się sprzeczne z zasadą zamkniętego katalogu źródeł prawa, wyrażoną w art. 87 polskiej Konstytucji z 1997 r. Uzupełniająco do argumentacji wyrażającej niedopuszczalność kreowania prawa przez sądy w polskim porządku prawnym należy wskazać, że orzeczenia sadów niższych instancji, niezgodne z jednolitą linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, są w praktyce uchylane. Dlatego zajęte przez judykaturę ugruntowane stanowisko wiąże się z poważnymi reperkusjami dla uczestników obrotu cywilnoprawnego.

Oprócz wskazania na niezgodność takiej praktyki z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego konieczne okazuje się także podkreślenie jej negatywnych skutków dla obywateli. Niezachowanie dla zmian w prawie procedury legislacyjnej oraz związanego z nią zainteresowania mediów skutkuje brakiem informacji wśród społeczeństwa. Takie zmiany okazują się także nieprzewidywalne dla uczestników rynku, co skutkuje znacznym obniżeniem społecznego zaufania, jakim obdarzane są sądy oraz instytucje państwowe[16].

Wyinterpretowanie natomiast służebności o treści służebności przesyłu określić można jako próbę pragmatycznej odpowiedzi na coraz szerzej podnoszone roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu na gruntach, na których usytuowane zostały urządzenia przesyłowe w rozumieniu art. 49 k.c. Bezpośrednią konsekwen-

[16] J. Wszołek, *Zasiedzenie...*, s. 131.

cją takiej interpretacji przepisów przez Sąd Najwyższy jest uprzywilejowanie pozycji przedsiębiorstw przesyłowych. Uzasadnieniem takiego postępowania wydaje się realizm Sądu Najwyższego – przedsiębiorstwa przesyłowe wciąż w dużej mierze należą do państwa, w związku z tym wypłacanie wynagrodzeń za ustanowienie służebności przesyłu obciążałoby Skarb Państwa. Jednak nie sposób zgodzić się z praktyką wykładni prawotwórczej kreującej prawo rzeczowe, którego nie sposób znaleźć w przepisach powszechnie obowiązującego prawa.

Kontynuując rozważania na temat instytucji nazwanej służebnością gruntową o treści służebności przesyłu, należy wskazać na krytyczny głos doktryny, nazywający tę konstrukcję prawną „konstrukcją hybrydową" oraz kategorycznie sprzeciwiający się możliwości jej wykreowania[17]. Uznając zatem za bezsporny fakt, że w polskim Kodeksie cywilnym ustawodawca zawarł katalog zamknięty ograniczonych praw rzeczowych[18], należy sprzeciwić się tak przeprowadzonej wykładni. Przyczyny ograniczenia swobody podmiotów obrotu cywilnoprawnego w kreowaniu tychże praw należy szukać w specyfice ograniczonych praw rzeczowych – charakterze bezwzględnym – obowiązywania *erga omnes*. Stąd ustawodawca, mając na względzie ochronę osób trzecich, wobec których ustanowione prawo rzeczowe byłoby także skuteczne, zdecydował, że jest jedynym, któremu nadana została kompetencja ingerowania w katalog ograniczonych praw rzeczowych[19].

W świetle przedstawionej praktyki orzeczniczej należy postawić tezę, iż przeprowadzając przytoczoną powyżej wykładnię, Sąd Najwyższy narusza fundamentalną dla prawa cywilnego zasadę, jaką jest *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych. Jednak wśród tez wspomnianej Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 89/08 znalazło się także twierdzenie Sądu dotyczące kwestii zasiadywania wspominanego prawa: „Przed ustawowym uregulowaniem służebności przesyłu (art. 305^1–305^4 k.c.) dopuszczalne było nabycie w drodze zasiedzenia służebności odpowiadającej treści służebności przesyłu na rzecz przedsiębiorstwa". Reperkusje powyższej tezy, jako niezwykle doniosłej społecznie, należy w sposób dokładny omówić.

[17] B. Rakoczy, *Zasiedzenie służebności…*, s. 32–33.
[18] E. Gniewek, *Prawo rzeczowe,* Warszawa 2008, s. 20–21.
[19] Tamże, s. 21.

Dopuszczenie zasiedzenia wyinterpretowanej przez Sąd Najwyższy konstrukcji prawnej wydaje się zabiegiem godzącym w ochronę, jaką Konstytucja RP zapewnia własności. Szersza analiza występującej kolizji zostanie zawarta w dalszej części pracy. Przede wszystkim należy poddać rozważaniom kwestię, czy podmiot współkorzystający z danej nieruchomości poprzez eksploatację posadowionej sieci przesyłowej może zostać nazwany posiadaczem dążącym do zasiedzenia.

Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie poglądem wywodzącym się z prawa rzymskiego, posiadanie dążące do zasiedzenia – *possessio ad usucapionem*, zgodnie ze swą definicją, składa się z dwóch elementów: *corpus* – władztwa faktycznego i *animus* – woli wykonywania względem rzeczy określonego prawa dla siebie. Wola ta wyraża się wobec otoczenia w takim postępowaniu posiadacza, które wskazuje na to, że uważa się on za osobę, której przysługuje do rzeczy określone prawo[20]. Ażeby więc zasiedzieć jakiekolwiek prawo, należy mieć wolę wykonywania tego konkretnego prawa, które podlegać ma zasiedzeniu (a nie jakiegokolwiek prawa) i wolę tę uwidaczniać w sposób zrozumiały dla otoczenia.

Należy więc przeanalizować wewnętrzne nastawienie przedsiębiorcy przesyłowego do charakteru wykonywanego prawa, albowiem występuje brak przesłanek, które wskazują, że miał on świadomość wykonywania właśnie tego prawa. Z pewnością zaś jego posiadanie nie miało znamion woli (*animus*) wykonywania ograniczonego prawa rzeczowego, a tym bardziej prawa o skonkretyzowanej treści – służebności gruntowej odpowiadającej służebności przesyłu.

W związku z powyższym przedsiębiorca przesyłowy nie mógł uzewnętrzniać takiej woli w sposób jednoznaczny dla otoczenia. Niniejsze rozważania potwierdza też fakt, że przed rokiem 2003 w ogóle nie funkcjonowała w powszechnej świadomości (nie była rozważana w orzecznictwie) możliwość zasiedzenia służebności gruntowej o treści służebności przesyłu. Nie sposób więc przypuszczać, by mógł on wyrażać wolę (*animus*) zasiadywania prawa, które nie istniało w porządku prawnym, zakreślonym treścią przepisów i ich wykładni.

[20] Por. J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1972, s. 768 i nn.; A. Kunicki, *System prawa cywilnego*, t. 2, 1977, s. 830.

Zgoda na konstrukcję prawną, konsekwentnie proponowaną przez Sąd Najwyższy, oznaczałaby zarzucenie właścicielom gruntów bierności. Przyjęcie, że właściciele nieruchomości nie dołożyli staranności należytej, aby przerwać domniemane posiadanie przedsiębiorcy, byłoby sprzeczne z zasadą *numerus clausus*, a także godziłoby w konstytucyjną zasadę ochrony własności oraz zaufania do państwa i tworzonego przezeń prawa. Skoro bowiem właściciel nieruchomości nie miał szansy rozpoznać przejawów władztwa prowadzącego do zasiedzenia służebności, to tym bardziej nie mógł się mu sprzeciwić.

W kontekście prowadzonych rozważań należy przywołać stanowisko doktryny, która wskazuje na konieczność rozróżnienia w kontekście posiadania dążącego do zasiedzenia – posiadania rzeczy oraz posiadania prawa[21]. Jakkolwiek w myśl art. 352 § 2 k.c. do posiadania służebności stosuje się odpowiednio przepisy o posiadaniu rzeczy, powyższy przepis nie przeczy konieczności rozróżnienia uwarunkowań każdego z rodzajów posiadania. Bez świadomości, jakie konkretnie prawo posiadacz dążący do zasiedzenia wykonuje, nie może zaistnieć element woli – *animus* – zasiadywania tego konkretnego prawa. Natomiast Sąd Najwyższy nie wskazał, w jaki sposób przedsiębiorca, który posadowił urządzenia przesyłowe przed rokiem 1990, miał mieć świadomość wykonywania prawa, którego konstrukcja pojawiła się w judykaturze dopiero w 2008 r.

Przy analizie przeprowadzonej przez Sąd Najwyższy wykładni przepisów prawa przede wszystkim należy przywołać Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 1.03.2007 r., dotyczącą zasad poprawnej wykładni: „Wykładnia celowościowa i systemowa nie powinny negować jednoznacznego wyniku poprawnie dokonanej wykładni językowej i poprowadzić do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego pożądanej, ale nie wyrażonej w przepisie normy prawnej”[22]. Podkreślenia wymaga fakt, że na gruncie niniejszych rozważań mamy do czynienia z wykładnią prawotwórczą. Sąd Najwyższy wykreował „służebność gruntową o treści służebności przesyłu” poprzez zmieszanie elementów charakterystycznych dla tych dwóch instytucji prawa cywilnego. Z jednej strony Sąd stwierdził, że mowa o służebności na trwałe wpisanej do polskiego prawa cywilnego, zatem takiej, którą

[21] B. Rakoczy, *Zasiedzenie służebności*..., s. 56.

[22] Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 1.03.2007 r., sygn. akt. SN III CZP 94/06, publ. sip.lex.pl.

można zasiadywać. Z drugiej strony, podał konstrukcję wprowadzoną dopiero w nowelizacji z 30 maja 2008 r. Powodem takiego postępowania jest fakt, że sens art. 285 § 2 k.c. jest jednoznaczny – służebność gruntowa może mieć na celu jedynie zwiększenie użyteczności nieruchomości władnącej. Wykładnia, która doprowadziła do pomijania tego niepozostawiającego wątpliwości warunku, neguje językowe brzmienie normy i musi być uznana za wykładnię *contra legem*.

Podsumowanie wywodu poświęconego analizie orzecznictwa Sądu Najwyższego wydanego w kontekście służebności przesyłu stanowić będzie zestawienie konsekwencji przedstawionej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego z wartościami wynikającymi z przepisów Konstytucji oraz z obowiązującego Polskę prawa międzynarodowego, z którymi wskazana praktyka orzecznicza pozostaje niezgodna.

Odwołując się do Konstytucji RP, należy przytoczyć podstawową regułę interpretacji przepisów prawa – *exceptiones non sunt extendendae*. Jeżeli zatem zakazane jest rozszerzające interpretowanie wyjątków, to tym bardziej ich kreowanie mocą wykładni celowościowej i funkcjonalnej. Sąd Najwyższy we wskazanych orzeczeniach wykreował wyjątek od zasady wyrażonej w art. 285 § 2 k.c., jaką jest istnienie nieruchomości władnącej[23].

Niezgodność zachodzi także z zasadą nienaruszalności prawa własności, wywodzoną m.in. z art. 21 Konstytucji z 1997 r. Możliwość zasiadywania służebności gruntowej o treści służebności przesyłu stanowi odstępstwo od wskazanej powyżej reguły. W kontekście orzekania w sprawach, w których podnoszony jest zarzut zasiedzenia, wypowiedział się Sąd Najwyższy w następujący sposób: „Zasiedzenie jest odstępstwem od zasady nienaruszalności prawa własności. Dlatego wszelkie wątpliwości powinny być tłumaczone na korzyść ochrony własności (innych praw majątkowych), bez względu na to, czy chodzi o własność (prawa majątkowe) osób fizycznych, jednostek samorządu terytorialnego, Skarbu Państwa czy innych podmiotów. Nie ma przeto żadnych podstaw ani prawnych, ani aksjologicznych, ani teleologicznych, aby oznaczonej grupie właścicieli ochronę tę ograniczać"[24]. Także

[23] Tak też Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7.10.2010 r., sygn. akt: IV CSK 152/10, publ. sip.lex.pl.

[24] Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 9.08.2011 r., sygn. akt. III CZP 10/11, oraz Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7.10.2010 r., sygn. akt. IV CSK 152/10, publ. sip.lex.pl.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał, że tylko taka wykładnia przepisów jest zgodna z aksjologicznymi podstawami prawa polskiego[25].

W kontekście ochrony własności wynikającej z Konstytucji Rzeczpospolitej należy także przytoczyć art. 64 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym każdy ma prawo do własności i innych praw majątkowych – przepis ten statuuje prawo jednostki do żądania należytej ochrony jej prawa własności. Według natomiast art. 64 ust. 3 Konstytucji, własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności.

Rzeczpospolita Polska, ratyfikując w roku 1994 Protokół nr 1 do Konwencji, zobowiązała się chronić prawo własności. Zagwarantowanie ochrony własności należy zatem traktować jako powinność wypływającą nie tylko z krajowego porządku prawnego, lecz także zobowiązań międzynarodowych. Powinność tę państwo powinno urzeczywistniać m.in. przez działania o charakterze prawodawczym, kształtujące podstawowe instytucje prawne konkretyzujące treść prawa własności i określające granice tego prawa.

Postanowienia powyżej wskazanej Konwencji odpowiadają wywodzonej z Konstytucji zasadzie dopuszczalności ograniczania prawa własności wyłącznie mocą przepisów o randze ustawy. Powyższy standard, jaki musi spełniać państwo prawa, wynika także z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zgodnie z nim – ingerencja w prawa majątkowe musi być przewidziana przez ustawę i realizować jeden lub więcej uzasadnionych prawnie celów. Ponadto musi zostać zachowana rozsądna relacja proporcjonalności pomiędzy stosowanymi środkami a celami, które miały zostać zrealizowane. Trybunał musi rozstrzygnąć, czy została zachowana sprawiedliwa równowaga pomiędzy wymogami interesu powszechnego a interesem konkretnych osób. Wymagana równowaga nie zostanie osiągnięta, jeżeli osoba lub osoby zainteresowane muszą ponieść indywidualne i nadmierne obciążenie[26]. W kontekście przytoczonych postanowień nasuwa się pytanie, jakie dobro prawnie chronione zostało w orzecznictwie Sądu Najwyższego postawione ponad prawem obywateli do własności, skoro odmówiono im ochrony prawnej w zakresie faktu współkorzystania z ich gruntów.

[25] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie P 3/03, publ. sip.lex.pl.
[26] Europejski Trybunał Praw Człowieka w decyzji z dnia 3.06.2014 r., nr sprawy 33081/11.

3. Wnioski

W pracy została postawiona teza stanowiąca, że u podstaw problemu wykreowania służebności gruntowej o treści służebności przesyłu legła niedoskonałość nowelizacji kodeksu cywilnego z 30 maja 2008 r. Brak przepisów regulujących długoletnią obecność urządzeń przesyłowych oraz korzystanie z nich na gruntach bez tytułu prawnego spowodował wiele trudności przy orzekaniu w sprawach o ustanowienie służebności przesyłu. Należy w tym miejscu wskazać na inicjatywy zmiany przepisów, które jednak z różnych względów nie zostały ukończone.

Jak zostało wykazane, orzecznictwo Sądu Najwyższego w materii roszczeń właścicieli nieruchomości znoszących nieuregulowane prawnie współkorzystanie z ich własności pozostaje w sprzeczności z podstawowymi wartościami leżącymi u podstaw systemu prawa oraz przypisywanymi ustawodawcy polskiemu. Zasadność przyjęcia właśnie takiej wykładni przepisów jest kwestią dyskusyjną – doktryna uwypukla tu pragmatyzm oraz świadomość, że w przypadku orzeczeń korzystnych liczba wniosków o ustanowienie służebności przesyłu będzie rosnąć.

Rzeczpospolita Polska, jako państwo zmuszone w bieżącej polityce oraz prawodawstwie mierzyć się z zaszłościami poprzedniego systemu, nie może rezygnować z zasad poprawnej legislacji. Stąd, w zakresie służebności przesyłu, należałoby postawić postulat rzetelnego uregulowania kwestii intertemporalnych związanych ze służebnością przesyłu w przepisach powszechnie obowiązującego prawa. Za wprowadzeniem stosownej regulacji prawnej przemawiają współczesne standardy praw człowieka, z których wynika nałożony na państwo obowiązek, aby wszelkie ograniczenia własności zostały wyrażone w akcie prawnym o randze ustawy.

SUPREME COURT'S JURISPRUDENCE REGARDING TRANSMISSION EASEMENT'S CASES AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHT TO OWNERSHIP

Summary

In this work authors describe judgements made by Polish Supreme Court in cases connected with transmission facilities located on private grounds. The paper contains main issues and controversy connected with amendment of The Civil Code of 20 May 2008 that introduced a new legal institution of easement - transmission easement. Main thesis of article is that Polish Supreme Court's decisions are violating Polish Constitution and 1 Article of 1 Protocol to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: transmission easement, violation of human rights, right of ownership, constitutional law, usucaption, precedent, limited right in property, a transmission facilities, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Bibliografia

Akty prawne

- Dekret z dnia 11 października 1946 r. – Prawo rzeczowe (Dz.U. z 1946 r. Nr 57 poz. 319).
- Ustawa o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości z 12 marca 1958 r. (Dz.U. z 1958 r. Nr 17 poz. 70).
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284).
- Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 116 poz. 731).
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, druk sejmowy nr 81.

Orzecznictwo

- Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 3 czerwca 2014 r., nr sprawy 33081/11, publ. http://www.echr.coe.int/.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2006 r., sygn. akt II CSK 112/06, publ. sip.lex.pl.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2010 r., sygn. akt: IV CSK 152/10, publ. sip.lex.pl.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2003 r., sygn. akt III CZP 79/02, publ. sip.lex.pl.
- Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r., sygn. akt. SN III CZP 94/06, publ. sip.lex.pl.
- Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt. III CZP 10/11.

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2008 r. sygn. akt. V CSK 52/08, publ. sip.lex.pl.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie P 3/03, publ. sip.lex.pl.

Opracowania

- Gniewek E. *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001.
- Gniewek E., *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2008.
- Ignatowicz J., *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1972.
- Kunicki A., *System prawa cywilnego*, t. 2, 1977.
- Lewandowski P., *Służebność przesyłu w prawie polskim*, Warszawa 2014.
- Rakoczy B., *Zasiedzenie służebności przesyłu*, Warszawa 2014.

Artykuły w czasopismach

- Biernacki M., *Służebność przesyłu jako ograniczone prawo rzeczowe*, Rejent 2010, nr 4, s. 9–34.
- Wszołek J., *Zasiedzenie służebności przesyłu*, Rejent, 2012 nr 1, s. 113–136.

Źródła internetowe

- Chełmiński J., *Od 29 lat walczą z nielegalnymi kablami nad swoim domem*, http://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/1,34862,17458577,Od_29_lat_walcza_z_nielegalnymi_kablami_nad_swoim.html [dostęp: 20.04.2016].
- Pilarczyk M., *Słupy energetyczne powstały nielegalnie? Samowola budowlana Enei*, http://www.gloswielkopolski.pl/artykul/610293,slupy-energetyczne-powstaly-nielegalnie-samowola-budowlana-enei,id,t.html [dostęp: 20.04.2016].

- *Mieszkaniec Zawady nie poddaje się w walce z Tauronem*, http://www.wczestochowie.pl/artykul/12534,mieszkaniec-zawady-nie-poddaje-sie-w-walce-z--tauronem [dostęp: 20.04.2016].
- *Sąd: Słup nielegalny, ale niech stoi*, http://www.tvn24.pl/blisko-ludzi,18,m/sad-slup-nielegalny-ale-niech-stoi,1098.html [dostęp: 20.04.2016].

Teresa Michalska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Rzeszowski

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA SZKODĘ WYRZĄDZONĄ PRZEZ ORGAN WŁADZY PUBLICZNEJ

1. Wprowadzenie

Omawiając temat odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez organ władzy publicznej, uważam, iż należy nawiązać do historii. Otóż próbę ustalenia zasad odpowiedzialności państwa i jednostek samorządowych za szkody wyrządzone przez ich funkcjonariuszy podjęto w art. 121 Konstytucji marcowej, który brzmiał następująco:

> Każdy obywatel ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaką mu wyrządziły organy władzy państwowej, cywilnej lub wojskowej, przez działalność urzędową, niezgodną z prawem lub obowiązkami służby. Odpowiedzialnym za szkodę jest Państwo solidarnie z winnymi organami; wniesienie skargi przeciw Państwu i przeciw urzędnikom nie jest zależne od zezwolenia władzy publicznej. Tak samo odpowiedzialne są gminy i inne ciała samorządowe oraz organy tychże. Przeprowadzenie tej zasady określają osobne ustawy[1].

Warto podkreślić odwagę i wyobraźnię twórców Konstytucji marcowej, która w tym punkcie znacząco wykraczała poza czas, obiektywne uwarunkowania i tradycje prawniczego myślenia. Wśród przedstawicieli nauki prawa niewielu było zwolenników tezy, że Konstytucja marcowa może być w tym punkcie bezpośrednio zastosowana. Nie był to jednak „prawny incydent" bez znaczenia. Po pierwsze, ważne było zaistnienie samej idei, która nie pozostała bez śladu w ujęciach doktrynalnych, musiały one natomiast poczekać na swój historyczny czas, aby zostać w pełni zrealizowane. Po drugie, wyrażona w Konstytucji marcowej myśl ogólna o odpowiedzialności władzy publicznej wywierała pewien wpływ na interpretację zasad odpowiedzialności *ex delicto* (zawartych w Kodeksie zobowiązań – w opinii

[1] Art. 121 Ustawy z dnia 17.03.1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921 r. Nr 44 poz. 267).

wielu znawców najnowocześniejszej regulacji prawa zobowiązań w Europie), obejmując nią również różne postacie *faute de service*[2]. Z różnych powodów jednak wspomniana zasada nie doczekała się urzeczywistnienia.

Pierwszym aktem prawnym, który wprowadzał ogólną zasadę odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych, była ustawa z 1956 r. o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych. Ustalone reguły, po ich włączeniu z pewnymi modyfikacjami do Kodeksu cywilnego, przetrwały do czasu uchwalenia Ustawy Konstytucyjnej z 2 kwietnia 1997 r. i podniesienia w niej do rangi konstytucyjnej zasady obowiązku naprawienia szkody wynikłej z bezprawnego działania władzy publicznej[3].

2. Problem odpowiedzialności

Natomiast rozważenia wymaga odpowiedź na pytanie, za czyje bezprawne działania i zaniechania Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność. W świetle regulacji konstytucyjnej art. 77 ust. 1 odpowiedzialność odszkodowawczą ponoszą „organy władzy publicznej", tj. zarówno organy wymienione w Konstytucji RP (władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej oraz samorząd terytorialny) i w innych przepisach określających ustrój władzy publicznej, jak i wszelkie organy wykonujące władzę publiczną na zasadzie przekazania lub powierzenia im tych kompetencji. W tym miejscu zwrócić należy uwagę na to, że Konstytucja RP otworzyła możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności również organy władzy ustawodawczej, co zostało potwierdzone nowelizacji art. 417 § 4 k.c. z 2004 roku. Jak podkreślił TK w orzeczeniu z dnia 4 grudnia 2001 r. (sygn. akt SK 18/00), pojęcie „władzy publicznej" w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji obejmuje zatem wszystkie władze w sensie konstytucyjnym. Istotne przy tym jest to, iż pojęcia organu państwa oraz organu władzy publicznej nie są tożsame. W pojęciu „władzy publicznej" mieszczą się bowiem także instytucje inne niż państwowe lub samorządowe. W zakresie „niezgodnego z prawem działania organu władzy publicznej"

[2] M. Safjan, *Konstytucyjne podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej – tendencje i nowe wyzwania*, wykład wygłoszony w siedzibie Sądu Najwyższego Izraela 20.10.2003 r.
[3] Z. Gawlik, P. Pełczyński, *Prawo cywilne. Podstawy prawa rzeczowego i prawa zobowiązań*, Przemyśl 2008, s. 275.

w rozumieniu art. 77 ust. 1 Konstytucji, za które jednostce przysługiwać będzie odszkodowanie, mieszczą się zatem działania prawodawcy. Szkoda, będąca efektem tych działań, może zaś wynikać zarówno z aktów normatywnych wydanych, jak i aktów niewydanych, z aktów obowiązujących czy uchylonych oraz z aktów, które fragmentarycznie uregulowały określoną materię prawną albo pominęły zakresem normowania określoną grupę podmiotów bądź zdarzeń. Wreszcie podstawą do roszczeń odszkodowawczych może być zarzut niezgodności z prawem procedury uchwalenia aktu normatywnego. Ustrojodawca przyjął funkcjonalne kryterium wyróżnienia i objął zakresem regulacji konstytucyjnej wszelkie organy, których zadaniem jest pełnienie funkcji publicznych, choćby organizacyjnie pozostawały poza strukturami aparatu państwowego, na co zwrócił uwagę TK m.in. w wyroku SK 18/00. Zgodnie z przepisami art. 417–417 k.c., za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego, lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa bądź której zlecono na podstawie porozumienia wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej. W świetle regulacji kodeksowej odpowiedzialność odszkodowawczą ponosi zatem nie tylko Skarb Państwa (jednostka samorządu terytorialnego), lecz również podmioty prawa prywatnego, którym powierzono wykonywanie funkcji władzy publicznej. W zależności od tego, czy powierzenie nastąpiło z mocy prawa, czy też na podstawie zlecenia, osoba prawna odpowiedzialność ponosić będzie samodzielnie bądź solidarnie ze Skarbem Państwa (jednostką samorządu terytorialnego). Wydaje się zatem słuszne stwierdzenie, że zakresy podmiotowe obu regulacji wzajemnie się pokrywają, jakkolwiek w doktrynie prawa zwraca się uwagę na to, iż określenie „organy władzy publicznej", zawarte w art. 77 ust. 1 Konstytucji, jest nieostre, odpowiedzialność cywilnoprawną bowiem może ponosić tylko podmiot prawa cywilnego, będący uczestnikiem stosunku cywilnoprawnego i posiadający majątek, z którego może nastąpić zaspokojenie roszczeń (np. Skarb Państwa, NBP, jednostka samorządu terytorialnego itp.), nie zaś organ władzy publicznej[4].

[4] M. Haczkowska, *Prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej*, Repozytorium Uniwersytetu Wrocławskiego, s. 809–810. Wydane w wersji elektronicznej w 2011 r., http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/53689/43_Monika_Haczkowska.pdf.

Tak więc Konstytucja wiąże odpowiedzialność Skarbu Państwa z działaniem organu władzy publicznej. Nie jest to więc organ w rozumieniu prawa cywilnego[5].

W literaturze wyrażony został pogląd, że nie jest to również organ w rozumieniu prawa publicznego, a raczej organ w rozumieniu potocznym. W przeciwnym bowiem wypadku Skarb Państwa ponosiłby odpowiedzialność jedynie za działania zwykłych funkcjonariuszy[6]. Pogląd ten jest słuszny o tyle, że dla zaistnienia odpowiedzialności deliktowej Skarbu Państwa ponoszonej na podstawie art. 417 k.c. istotne jest posiadanie przez podmiot uprawnień władzy publicznej, niezależnie od tego, jaki jest charakter prawny tego podmiotu (publiczny czy niepubliczny)[7].

Wyrządzenie szkody działaniem organu władzy publicznej oznacza szkodę będącą następstwem wykonywania władzy publicznej, obejmuje tylko takie czynności, które ze względu na charakter i rodzaj wykonywanych funkcji wynikają z kompetencji określonych w Konstytucji RP i ustawach, stąd ich wykonywanie z reguły łączy się z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki, co może skutkować naruszeniem praw i wolności jednostki przez władzę publiczną. Prowadzi to do wniosku, że art. 417 k.c. będzie podstawą odpowiedzialności Skarbu Państwa jedynie wówczas, gdy szkoda została wyrządzona przez niezgodne z prawem działania funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności o charakterze władczym, w sferze imperium. W przypadku naruszenia prawa podczas wykonywania przez jego jednostki organizacyjne innych czynności niż władcze (sfera dominum), Skarb Państwa może ponosić odpowiedzialność deliktową na zasadach ogólnych, na przykład na podstawie art. 416 k.c.

W treści tego przepisu określona została zasada, że odpowiedzialność osoby prawnej związana jest z winą organu, oznacza konieczność ustalenia bezprawnego i zawinionego charakteru zachowania piastuna organu. Ten wymóg jest konsekwencją przyjętego w polskim prawie sposobu działania osób prawnych, uznającego działania organu za działania samej osoby prawnej (art. 38 k.c.). Na potwier-

[5] Z. Duniewska, M. Stahl, *Odpowiedzialność administracji i w administracji*, Warszawa 2013, s. 143.
[6] E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 173.
[7] Uzasadnienie wyroku TK z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00, OTK-A 2001, nr 8 poz. 256.

dzenie przytoczony zostanie wyrok SN z dnia 5 listopada 2010 r.[8], który w swojej sentencji opisuje odpowiedzialność z tytułu art. 416 k.c. organu spółdzielni, którą można potraktować, mając na uwadze art. 38 k.c., jako sprawę analogiczną do jednostki samorządu terytorialnego:

> Z mocy art. 416 k.c. spółdzielnia jako osoba prawna jest zobowiązana do naprawienia szkody, jeżeli została ona wyrządzona z winy statutowego organu spółdzielni, prawidłowo powołanego i umocowanego do działania, a także działającego w granicach swych kompetencji. Oparcie odpowiedzialności osoby prawnej w art. 416 k.c. na winie jej organu nie oznacza jednak, aby szkoda była następstwem zawinionego zachowania wszystkich członków kolegialnego organu, a wystarczające jest zawinione zachowanie jednej z tych osób, jeśli tylko działała ona w wykonywaniu funkcji tego organu.

Organowi wykonującemu zadania w ramach osoby prawnej trudno jest przypisać winę, więc doktryna prawa cywilnego wypracowała dwie postacie zawinienia. Pierwszą jest wina organu kolegialnego, czyli bezprawne i zawinione zachowanie jednego z członków wieloosobowego organu, która przesądza o uznaniu winy całego organu, o której stanowi art. 416 k.c. Podobnie, jeżeli szkodę wyrządzi działanie kilku organów danej osoby prawnej, o jej odpowiedzialności przesądza wina choćby jednego z tych organów[9].

Drugą postacią jest koncepcja tzw. winy anonimowej (bezimiennej), która dość powszechnie jest wykorzystywana także przy odpowiedzialności osób prawnych na podstawie art. 416 k.c. Pozwala ona uznać winę określonej jednostki organizacyjnej na podstawie ustalenia niewłaściwego postępowania bliżej niezidentyfikowanych osób fizycznych działających w danej strukturze. Koncepcja winy anonimowej napotyka jednak przeszkodę w postaci znaczącej obiektywizacji odpowiedzialności, przez co powinna być stosowana nad wyraz ostrożnie. Należy także podkreślić, że zastosowanie koncepcji winy anonimowej przy odpowiedzialności z art. 416 k.c. dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy winę przypisujemy niezindywidualizowanym członkom organu (organów) osoby prawnej[10].

[8] I CSK 12/10, OSNC 2011/9/104, Biuletyn SN 2011, nr 5, poz. 13.

[9] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001, s. 22.

[10] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 324.

W literaturze zwraca się uwagę na fakt, że art.417 k.c. w aktualnym brzmieniu nie posługuje się terminem funkcjonariusz, co oznacza obciążenie odpowiedzialnością instytucji jako całości, a nie jej poszczególnych funkcjonariuszy. Nie jest to już więc odpowiedzialność za cudzy czyn (jak to miało miejsce przed dniem 1 września 2004 r.), lecz odpowiedzialność za działanie podmiotu wykonującego władzę publiczną[11].

Reguły ogólne odpowiedzialności władzy publicznej odnajdujemy w art. 417 § 1 k.c., który stanowi, że „za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa". Przesłankami odpowiedzialności stosownie do tak sformułowanej zasady odpowiedzialności są:

1) szkoda,
2) wyrządzenie szkody przy niezgodnym z prawem wykonywaniu czynności z zakresu władzy publicznej,
3) związek przyczynowy pomiędzy wspomnianymi zdarzeniami.

Zakresem przedmiotowym odpowiedzialności w myśl powołanego przepisu objęto wszelkie niezgodne z prawem działania lub zaniechania zaistniałe przy wykonywaniu władzy publicznej, z wyjątkiem tych, które zostały uregulowane w przepisach szczególnych. Natomiast przesłanką odpowiedzialności nie jest wina sprawcy szkody. Podmiotami odpowiedzialnymi za szkody wyrządzone przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej są obok Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego osoby prawne, wykonujące tę władzę z mocy prawa.

Dla uzasadnienia odpowiedzialności odszkodowawczej, uregulowanej w art. 417 § 1 k.c., wystarczające jest wskazanie przez poszkodowanego, że doznany uszczerbek wynika z wykonywania funkcji władczych, oraz wskazanie podmiotu, który wykonywał tę funkcję z mocy prawa. Wskazane przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej za funkcjonowanie władzy publicznej skłaniają niekiedy do

[11] Z. Duniewska, M. Stahl, *Odpowiedzialność...*, dz. cyt., s. 144.

wyodrębnienia tej odpowiedzialności z zasady ryzyka, zważywszy również na to, że od odpowiedzialności w omawianej dziedzinie nie można zwolnić się przez powołanie się na okoliczności egzoneracyjne.

Skarb Państwa może powierzać wykonanie ciążących na nim obowiązków jednostkom samorządu terytorialnego i innym osobom prawnym, a jednostki samorządu terytorialnego innym osobom prawnym. W razie wyrządzenia szkody przy wykonywaniu zadań zleconych art. 417 § 2 k.c. przewiduje solidarną odpowiedzialność podmiotu zlecającego i wykonującego. Rozwiązanie to w sposób zdecydowany zwiększa prawdopodobieństwo uzyskania odszkodowania, bo poszkodowany nie musi poszukiwać i ustalać jednostki zlecającej. Odpowiedzialność odszkodowawcza zlecającego jest oderwana od czyjejkolwiek winy i od bezprawności działania zlecającego. Jedyną przesłanką odpowiedzialności zlecającego jest niezgodność z prawem działania lub zaniechania podjętego przy wykonywaniu zadania zleconego[12].

Art. 417^1 § 1 k.c. przedstawia szkodę wyrządzoną przez wydanie niezgodnego z prawem aktu normatywnego, czyli tzw. bezprawia legislacyjnego. Warto tutaj wspomnieć, iż początkowo uznawano, że bezprawie legislacyjne nie może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa, jednak pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE nastąpiła rewizja poglądów. Przesłankami tej odpowiedzialności są: niezgodność z prawem aktu normatywnego, wystąpienie szkody i istnienie związku przyczynowego między niezgodnością z prawem aktu normatywnego a szkodą. Szkoda może powstać na skutek wydania bezprawnego aktu normatywnego bądź wskutek wydania prawidłowej decyzji administracyjnej lub prawidłowego orzeczenia sądowego na podstawie bezprawnego aktu normatywnego. W doktrynie przez niezgodność z prawem aktu normatywnego rozumie się niezgodność tego aktu z norma hierarchicznie wyższą według katalogu źródeł powszechnie obowiązującego prawa[13], zawartego w art. 87 Konstytucji RP. Legitymowanym biernie w procesie o naprawienia szkody wyrządzonej bezprawiem legislacyjnym jest podmiot, który wydał normę prawną, uznaną następnie za niezgodną z prawem.

[12] Z. Gawlik, P. Pełczyński, *Prawo...*, dz. cyt., s. 274–275.
[13] Z. Duniewska, M. Stahl, *Odpowiedzialność...*, dz. cyt., s. 146.

Z kolei art. 417^1 § 2 k.c. mówi o odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za szkody wyrządzone niezgodnymi z prawem prawomocnymi orzeczeniami i prawomocnymi decyzjami. O prawomocności w odniesieniu do wspomnianych zdarzeń możemy mówić wtedy, gdy nie przysługują od nich środki odwoławcze czy wyczerpany został tok instancji. Stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji, które jest niezbędne dla powstania odpowiedzialności władzy publicznej w tym trybie, następuje według przepisów tego postępowania, w którym rozstrzygnięcie zostało wydane. Dla decyzji wydawanych w postępowaniu administracyjnym trybem właściwym dla uruchomienia przedmiotowej odpowiedzialności może być postępowanie o stwierdzenie nieważności decyzji lub postępowanie o wznowienie postępowania administracyjnego. Odpowiedzialność przewidziana art. 417^1 § 2 k.c. może powstać także wtedy, gdy prawomocne orzeczenie lub decyzja ostateczna zostały wydane na podstawie aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą. Stwierdzenia niezgodności w tym przypadku będzie dokonywał Trybunał Konstytucyjny, a poszkodowany będzie mógł wtedy dochodzić rekompensaty od Skarbu Państwa.

Kolejnym zagadnieniem jest odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez przewlekłość postępowania sądowego lub administracyjnego zawarte w art. 417^1 § 3 k.c. Niezbędną przesłanką odpowiedzialności władzy publicznej jest tutaj stwierdzenie we właściwym postępowaniu niezgodności z prawem przewlekłości postępowania sądowego lub administracyjnego. Odmiennie uregulowany jest tryb rozstrzygania o przewlekłości postępowania w odniesieniu do postępowania sądowego i administracyjnego. Rozstrzygnięcia takie są jednak możliwe tylko wtedy, gdy poszkodowany wskaże odpowiedni przepis nakładający obowiązek wydania decyzji lub orzeczenia w odpowiednim czasie. Z kolei art. 417^1 § 4 k.c. reguluje problematykę odpowiedzialności za szkody wyrządzone tzw. zaniechaniem legislacyjnym, zwanym także bezczynnością legislacyjną. Przesłankami odpowiedzialności na podstawie powołanego przepisu są:

1) powstanie szkody wskutek zaniechania legislacyjnego,
2) istnienie przepisu prawa nakładającego obowiązek wydania aktu normatywnego,
3) stwierdzenie niezgodności z prawem niewydania aktu normatywnego,
4) związek przyczynowy między szkodą a niewydaniem aktu normatywnego.

Za bezprawną i rodzącą odpowiedzialność w opisywanym trybie należy uznać każdą bezczynność legislacyjną, jeżeli tylko przepis prawa przewidywał obowiązek wydania aktu normatywnego. Samo natomiast stwierdzenie zaistnienia w określonej sytuacji zaniechania legislacyjnego pozostawiono sądowi rozpoznającemu sprawę o odszkodowanie. Zakresem odpowiedzialności za niewydanie aktu normatywnego objęto szkody wynikłe z niewykonania obowiązku uchwalenia ustawy, niewydania rozporządzenia, aktu prawa miejscowego, a także niedokonanie implementacji prawa wspólnotowego w wymaganym czasie. Uzyskanie odszkodowania będącego skutkiem zaniechania legislacyjnego jest uzasadnione od wykazania przez poszkodowanego adekwatnego związku przyczynowego między faktem bezczynności a szkodą. Nie wystarczy w tej sytuacji powołanie się na abstrakcyjną możliwość uzyskania korzyści w przypadku wydania oczekiwanego aktu prawnego.

Wyjątkową podstawę odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną legalnym wykonywaniem władzy publicznej stanowi przepis art. 417^2 k.c. Odpowiedzialność jest w tym przypadku oparta o zasady słuszności. Jest ona wynikiem założenia, że możliwe są przypadki wykonywania władzy publicznej, gdy nie można postawić zarzutu bezprawności działania władczego, a z drugiej strony byłoby niesprawiedliwie obciążać skutkami szkody wyłącznie poszkodowanego. Względy słuszności muszą uzasadnić przyznanie poszkodowanemu odszkodowania. Obowiązek naprawienia szkody obejmuje jedynie przypadki szkody na osobie i związanej z nią szkody niemajątkowej[14].

3. Uwagi dotyczące sposobu stwierdzenia bezprawności z art. 417 k.c.

W art. 77 ust. 1 Konstytucji RP zastrzeżone zostało konstytucyjne prawo do odszkodowania za bezprawne wyrządzenie szkody przez władzę publiczną, jednakże nie wskazano nim wyczerpująco, jaka szkoda ma polegać naprawieniu, ani nie rozstrzygnięto, co decyduje o wymaganej przesłance bezprawności, pozostawiając te kwestie do uregulowania w ustawach zwykłych. Jednocześnie normy zawarte w art. 417^1 § 1–3 k.c., regulując szczególne postacie bezprawnego wyrządzenia szkody przez władzę publiczną, ograniczyły ogólną odpowiedzialność określoną w art. 417

[14] Z. Gawlik, P. Pełczyński, *Prawo*..., dz. cyt., s. 278–279.

k.c., wprowadzając kwalifikowany sposób stwierdzenia bezprawności w przypadku określonych rodzajów aktów władczych[15].

Również Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się na temat bezprawności na gruncie art. 417 k.c., który konsekwentnie wskazał, iż nieprawidłowości w działaniu władzy publicznej mogą przybrać postać naruszeń konstytucyjnych praw i wolności, konstytucyjnych zasad funkcjonowania władzy publicznej, uchybień wymaganiom określonym w ustawach zwykłych i aktach wykonawczych (przy czym chodzi tu zarówno o uchybienia w sferze prawa materialnego, jak i procesowego), a także uchybień normom pozaprawnym, w różny sposób powiązanym z normami prawnymi[16]. Jest to interpretacja pojęcia bezprawności zbliżona do tej, którą w kontekście odpowiedzialności Skarbu Państwa przyjął Trybunał Konstytucyjny[17], który nakazuje pojęcie działania niezgodnego z prawem rozumieć jako zaprzeczenie zachowania uwzględniającego nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej. Ponieważ niezgodność z prawem w świetle art. 77 ust. 1 Konstytucji RP musi być rozumiana ściśle, zgodnie z konstytucyjnym ujęciem źródeł prawa, jest to pojęcie węższe od bezprawności tradycyjnie ujmowanej na gruncie prawa cywilnego, która, obok naruszenia przepisów prawa, obejmuje także naruszenie norm moralnych i obyczajowych, określonych jako zasady współżycia społecznego lub dobre obyczaje[18].

4. Podsumowanie

Na koniec, podejmując próbę podsumowania, należy stwierdzić, że bez wątpienia obecne przepisy prawne dotyczące odpowiedzialności Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych osób prawnych wykonujących władzę publiczną (w tym odpowiedzialność za wydanie bądź niewydanie orzeczenia lub decyzji) zostały wyczerpująco wyartykułowane. Na uwagę zasługuje przede wszystkim fakt, że danej jednostce (poszkodowanemu) łatwiej dochodzić swoich praw.

[15] E. Stefańska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za bezprawne działania i zaniechania funkcjonariuszy publicznych*, Warszawa 2013, s. 139.
[16] Uzasadnienie wyroku SN z dnia 17.02.2011 r., IV CSK 290/10, LEX nr 1111015.
[17] Uzasadnienie wyroku TK z dnia 4.12.2011 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8, s. 256.
[18] Uzasadnienie wyroku SN z dnia 17.02.2011 r., dz. cyt.

Taka regulacja przyznaje poszkodowanym lepszą pozycję dowodową, a przede wszystkim bardziej uproszczone dochodzenie ich roszczeń odszkodowawczych i naprawienie szkody.

Poprzedni stan prawny był bardziej restrykcyjny, obecny przepis art. 417 k.c. polega przede wszystkim na odstąpieniu od przesłanki zawinionego działania lub zaniechania i sprowadza się do „niezgodnego z prawem działania lub zaniechania przy wykonywaniu władzy publicznej". Stąd też na poszkodowanym będzie spoczywał tylko obowiązek wykazania niezgodności z prawem, a szczególnie skutku. Natomiast nie będzie musiał udowadniać bezprawności działania czy zaniechania ani winy bezpośredniego sprawcy, które doprowadziło do szkody. Można powiedzieć, że mamy tu do czynienia z odpowiedzialnością absolutną, której jedyną negatywną przesłanką jest właśnie brak owej bezprawności.

RESPONSIBILITY FOR DAMAGE INFLICTED BY PUBLIC AUTHORITY

Summary

An attempt to summarize , it is clear that without a doubt, the existing legal provisions relating to the liability of the State Treasury , local government units and other legal persons performing public authority (including liability for failure to issue or judgment or decision) have been fully articulated. Noteworthy was the fact that the unit (the victim) is easier to assert their rights. Such a regulation admits needed a better position evidence and, above all, more streamlined pursue their claims for compensation and damages.

Previous because state law was more restrictive , the current provision of the Civil Code art. 417. It is based primarily on the withdrawal from the grounds of culpable acts or omissions and brings to „an unlawful act or omission in the exercise of public authority". So, for the victims will rest only required to show non-compliance with the law, and especially the effect. By contrast, will not have to prove the unlawfulness of the act or omission or fault of the direct perpetrator, which led to the damage. We can say that we are dealing here with absolute responsibility, the only negative premise is precisely this lack of illegality.

Key words: liability for damage caused by a public authority, notes on the method of determining the illegality of art. 417 Civil Code, detriment, unlawful act or omission, premises, liability, legislative lawlessness.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921 r. Nr 44 poz. 267).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.
- Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 z późn. zm).
- Wyrok SN z dnia 17 lutego 2011 r., IV CSK 290/10, LEX nr 1111015.
- Wyrok SN z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 570/10, LEX nr 847123.
- Wyrok TK z dnia 4 grudnia 2011 r., SK 18/00, OTK 2001, nr 8.

Opracowania

- Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006.
- Duniewska Z., Stahl M., *Odpowiedzialność administracji i w administracji*, Warszawa 2013.
- Gawlik Z., Pełczyński P., *Prawo cywilne. Podstawy prawa rzeczowego i prawa zobowiązań*, Przemyśl 2008.
- Gniewek E. (red.), *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz,* Kraków 2001.
- Haczkowska M., *Prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej*, Repozytorium Uniwersytetu Wrocławskiego. Wydane w wersji elektronicznej w 2011 r., http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/53689/43_Monika_Haczkowska.pdf.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008.

- Safjan M., *Konstytucyjne podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej władzy* publicznej – *tendencje i nowe wyzwania,* wykład wygłoszony w siedzibie Sądu Najwyższego Izraela 20 października 2003 r.
- Stefańska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za bezprawne działania i zaniechania funkcjonariuszy publicznych*, Warszawa 2013.

Ewelina Kita
Wydział Prawa i Administracji
Katolicki Uniwersytet Lubelski
Wydział Zamiejscowy Prawa i Nauk o Gospodarce w Stalowej Woli

UMOWA O PRACĘ NA CZAS OKREŚLONY W ŚWIETLE NOWELIZACJI KODEKSU PRACY Z DNIA 25 CZERWCA 2015 R.

1. Uwagi wstępne

Zawieranie przez pracodawcę terminowych umów o pracę jest jedną z popularniejszych form zatrudniania pracowników. Jednak z biegiem czasu takie ukształtowanie stosunku pracy okazuje się prowadzić do wielu naruszeń, co wymusza konieczność wprowadzenia zmian, wobec tego Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w październiku 2014 r. przygotowało projekt nowelizacji Kodeksu pracy. Projekt ten wprowadza diametralne zmiany w zakresie umowy o pracę na czas określony.

Założeniem ustawodawcy w zakresie wprowadzanych zmian jest doprowadzenie do zwiększenia stabilności zatrudnienia i w ten sposób pełniejsze realizowanie podstawowej funkcji prawa pracy, jaką jest funkcja ochronna. Zapewnienie większej pewności zatrudniania pracowników daje asumpt do twierdzenia o występowaniu w polityce społecznej ustawodawcy wyraźnego trendu polegającego na chęci poprawy sytuacji ekonomicznej pracownika i zrekompensowania stabilnością zatrudnienia stosunkowo niskiego, w porównaniu do większości krajów Unii Europejskiej, poziomu wynagrodzeń.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie głównych założeń nowelizacji Kodeksu pracy w zakresie umowy o pracę na czas określony w sposób syntetyczny i możliwie jak najprostszy. Wspomniane zmiany obowiązują od 22 lutego 2016 r. Szczególnie znaczące są nowe regulacje dotyczące umów o pracę zawieranych na czas oznaczony.

2. Podłoże normatywne zmian przepisów Kodeksu pracy

Prace nad zmianą Kodeksu pracy w przepisach dotyczących zatrudniania pracowników na podstawie terminowych umów o pracę podyktowane były wszczęciem przez Komisję Europejską w stosunku do Polski postępowania w sprawie niezgodności przepisów Kodeksu pracy z wymogami dyrektywy Rady 99/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotyczącej Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC)[1] – wezwanie do usunięcia uchybienia nr 2013/4161[2], a także orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – w szczególności wyrokiem z dnia 13 marca 2014 r. w sprawie Nierodzik[3].

W wyroku C-38/13 TSUE uznał, iż polskie przepisy różnicujące długość okresu wypowiedzenia w zależności od rodzaju zawartej umowy o pracę są dyskryminujące. W oparciu o wyżej wymieniony wyrok trzeba było stwierdzić, iż obowiązujące w dacie wydania wyroku regulacje krajowe nie są prawidłowe w świetle prawa Unii Europejskiej, gdyż sprzeczne jest odmienne, pod względem warunków zatrudnienia, traktowanie pracowników zatrudnionych na czas określony względem pracowników zatrudnionych na czas nieokreślony, uzasadnione kryterium, które w sposób ogólny i abstrakcyjny odnosi się do samego czasu trwania zatrudnienia. Ponadto dodatkowym argumentem, przemawiającym za wprowadzeniem zmian w przepisach dotyczących terminowych umów o pracę, było orzecznictwo SN podkreślające, że nie jest celem umowy o pracę na czas określony długotrwałe zatrudnianie pracowników, ponieważ cel ten realizuje umowa o pracę na czas nie-

[1] Dz. Urz. WE L 175 z 10.07.1999, s. 43; polskie wydanie specjalne: rozdz. 5, t. 3, s. 368.

[2] Pismo Komisji Europejskiej z października 2013 r. Komisja zarzuciła w nim, że w Polsce obowiązuje krótszy okres wypowiedzenia umów zawieranych na czas określony obowiązujących przez długi przedział czasu w stosunku do długości okresu wypowiedzenia umów zawieranych na czas nieokreślony w przypadku umów obejmujących podobny okres. Nadto zarzucono, że okres, który musi upłynąć między dwiema umowami na czas określony, aby nie były one uważane za „następujące po sobie", jest zbyt krótki, a także że pojęcie „zadań realizowanych cyklicznie", w ramach którego dozwolone jest nieograniczone zawieranie następujących po sobie umów na czas określony, nie jest wystarczająco określone prawem, aby można było zapobiegać zawieraniu nadmiernej liczby takich umów.

[3] Sprawa C-38/13.

określony[4]. Również należy mieć na uwadze, iż w Zaleceniu Rady UE dla Polski na lata 2014–2015 (*country specific recommendations* – CSR) utrzymano działanie wymienione w Zaleceniu Rady UE na lata 2013–2014, polegające na zwalczaniu segmentacji rynku pracy m.in. przez lepsze przechodzenie z zatrudnienia na czas określony do stałego zatrudnienia.

Wobec powyższego zmianę w przepisach Kodeksu pracy wprowadza ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw[5]. Główne zmiany o charakterze systemowym, objęte przedmiotową nowelizacją, dokonywane są w obszarach: rodzajów umów o pracę; przesłanek zatrudniania pracowników na podstawie umów o pracę na okres próbny; zasad zatrudniania pracowników na podstawie umów o pracę na czas określony; dopuszczalności i okresów wypowiedzenia umów o pracę na czas określony oraz zwalniania pracowników z obowiązku świadczenia pracy w okresie wypowiedzenia. Omawiana nowelizacja ma doprowadzić do zwiększenia stabilności zatrudnienia i pełniejszej realizacji podstawowej funkcji prawa pracy, jaką jest funkcja ochronna. Zmiany te weszły w życie 22 lutego 2016 r.

3. Rodzaje umów o pracę w Kodeksie pracy od 22 lutego 2016 r.

Artykuł 25 KP uległ gruntownej zmianie w wyniku nowelizacji z dnia 25 czerwca 2015 r. Główne zmiany sprowadzają się do ograniczenia umów do trzech[6]. Ustawa nowelizująca przewiduje rezygnację z umowy o pracę na czas wykonywania określonej pracy[7]. Oznacza to, że od 22 lutego 2016 r. pracodawca nie będzie miał już podstawy prawnej do zatrudniania pracownika w ramach umowy

[4] Patrz: uzasadnienie do uchwały składu siedmiu sędziów SN z 16.04.1998 r., III CZP 52/97, OSNiPUS 1998, nr 19, poz. 558. Zobacz również: uzasadnienie do wyroku SN z 25.10.2007 r., II PK 49.07, OSNP 2008, nr 21–22, poz. 317.

[5] Dz.U. poz. 1220.

[6] Według stanu prawnego do dnia 22.02.2016 r. istniały cztery rodzaje umów o pracę: trzy rodzaje umów terminowych – umowa na okres próbny, umowa na czas określony, umowa na czas wykonania określonej pracy – oraz jedna umowa bezterminowa – umowa na czas nieokreślony.

[7] W szczególności nie będą one już wymieniane w art. 177 § 3 KP dotyczącym przedłużenia umowy o pracę z ciężarną pracownicą do dnia porodu oraz w art. 97 KP dotyczącym wydawania pracownikom zbiorczych świadectw pracy za terminowe umowy o pracę.

na czas wykonywania określonej pracy[8]. Rezygnację z funkcjonowania w porządku prawnym umowy o pracę na czas wykonania określonej pracy uargumentowano faktem, że dość rzadko występuje ona w praktyce zatrudnienia pracowniczego[9], co jest spowodowane wątpliwościami odnośnie do jej prawidłowego stosowania[10]. W orzecznictwie pojawiają się także wątpliwości, w przypadku jakich prac dopuszczalne jest zawieranie umowy o pracę na czas wykonania określonej pracy, a w jakich bardziej pożądane byłoby zawarcie umowy o pracę na czas określony (np. wątpliwości budzi w orzecznictwie kwalifikacja umowy z prezesem zarządu spółki[11]).

W odróżnieniu od umów na czas określony, data ustania stosunku pracy przy umowie na czas wykonania określonej pracy może zostać określona przez wskazanie dnia, w którym umowa o pracę ulegnie rozwiązaniu, albo wskutek nastąpienia pewnego zdarzenia, np. osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta[12]. Pozostawienie regulacji dotyczących umowy o pracę na czas wykonania określonej pracy mogłoby budzić uzasadnione wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, np. ze względu na brak ograniczenia wielokrotności zawierania tego rodzaju umów.

Nadal natomiast możliwe będzie zawieranie umów o pracę na czas określony w celu zastępstwa, tj. gdy zachodzi konieczność zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy. Pracodawca wciąż będzie

[8] Należy jednak pamiętać, że w okresie przejściowym umowa zawarta na czas wykonania określonej pracy zachowuje swój byt prawny. Bowiem zgodnie z przepisami przejściowymi – art. 13 ustawy nowelizującej – do zawartych umów o pracę na czas wykonywania określonej pracy, trwających w dniu wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

[9] Zmiana ta spotkała się z krytycznym stanowiskiem I Prezesa SN z dnia 15.05.2015 r. (zawartym w piśmie BSA III – 021-149/15). Zdaniem I Prezesa SN uzasadnienie projektu do zmiany art. 25 § 1, a tym samym wyeliminowanie z rodzajów umów o pracę umowy terminowej nie zawiera żadnych przekonujących argumentów. I Prezes SN podkreślił, że ten rodzaj umowy terminowej istnieje w polskim prawie pracy od okresu międzywojennego oraz że jej przydatność nie była przy tym nigdy kwestionowana ani w doktrynie, ani w orzecznictwie, gdyż pozwalała na ustabilizowanie stosunku pracy na czas potrzebny do wykonania określonej pracy, którego nie można ściśle ustalić w jednostkach miary czasu.

[10] A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 141.

[11] Zobacz: orzeczenie SN z 25.01.2007 r., I PK 213/06, OSNP 2008, nr 5–6, poz. 63.

[12] M. Frączek, A. Konarska, *Terminowe umowy o pracę – po nowelizacji Kodeksu pracy*, Warszawa 2015, s. 2.

mógł w tym celu zatrudnić innego pracownika na podstawie umowy o pracę na czas określony, obejmujący czas tej nieobecności[13]. Ustawodawca nie wskazał tego rodzaju umowy o pracę *expressis verbis* w znowelizowanym art. 25 KP, niemniej jednak możliwość zawarcia tego rodzaju umowy wynika z art. 25^1 § 4 KP.

4. Nowe zasady zawierania umów na okres próbny

Każda z umów o pracę wymienionych w § 1 art. 25^{14} może być poprzedzona umową na okres próbny. Oznacza to, że umowa ta nie ma charakteru obligatoryjnego, a o tym, czy zostanie w danym przypadku wykorzystana, decydują same strony[15]. SN w wyroku z 4 września 2013 r.[16] wyjaśnił, że

> umowa na okres próbny ma sprawdzić przygotowanie pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju. Cechą charakterystyczną umowy na okres próbny jest jej «usługowy» charakter wobec pozostałych umów. Bezpośrednim celem tej umowy nie jest bowiem osiągnięcie gospodarczego celu zatrudnienia w sposób właściwy dla każdej z umów wymienionych w art. 25 § 1 KP, ale wypróbowanie pracownika przed nawiązaniem właściwego zatrudnienia, tzn. sprawdzenie jego przydatności na zajmowanym stanowisku i zapewnienie niekłopotliwego rozwiązania umowy w razie niepomyślnego wyniku próby.

Jednakże cel, o którym mowa, dopiero od czasu wejścia w życie nowelizacji, tj. od 22 lutego 2016 r., zostanie wprost wskazany w przepisach Kodeksu pracy[17]. Dotychczas o celu tego rodzaju umowy można wnioskować tylko z jej nazwy[18]. Uregulowanie celu umowy o pracę na okres próbny wynika z potrzeby płynącej z praktyki stosowania tego typu umów.

---

[13] Z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3321, s. 8.

[14] Dotyczy to stanu prawnego zarówno sprzed, jak i po nowelizacji Kodeksu pracy.

[15] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 132.

[16] Sygn. akt II PK 358/12, OSNP 2014, nr 5, poz. 70.

[17] Zobacz: art. 25 § 2 KP „Umowę o pracę na okres próbny, nieprzekraczający 3 miesięcy, zawiera się w celu sprawdzenia kwalifikacji pracownika i możliwości jego zatrudnienia do wykonywania pracy określonego rodzaju". Stan prawny od 22.02.2016 r.

[18] A. Sobczyk, *Kodeks pracy…*, dz. cyt., s. 132.

Ponadto, co do zasady, pracodawca będzie mógł zatrudnić pracownika na okres próbny tylko raz. Jednakże w pewnych przypadkach ustawodawca wprowadza, aby tego rodzaju umowa mogła być ponownie zawarta z pracownikiem. Wobec tego został dodany § 3 w art. 25 KP, który stanowi, iż:

> Ponowne zawarcie umowy o pracę na okres próbny z tym samym pracownikiem jest możliwe: 1) jeżeli pracownik ma być zatrudniony do wykonywania innego rodzaju pracy; 2) po upływie co najmniej 3 lat od dnia rozwiązania lub wygaśnięcia poprzedniej umowy o pracę, jeżeli pracownik ma być zatrudniony do wykonywania tego samego rodzaju pracy; w tych okolicznościach dopuszczalne jest nie więcej niż jednokrotne ponowne zawarcie umowy na okres próbny.

Dodany przepis stanowi, że ponowne zawarcie umowy na okres próbny z pracownikiem będzie możliwe, gdy pracownik zostanie zatrudniony do wykonywania pracy innego rodzaju. Powyższa regulacja jest spójna z dotychczasowym orzecznictwem sądowym dotyczącym tej umowy[19].

Ponadto zmiany obejmą także ponowne zawarcie umowy na okres próbny[20]. Ustawodawca podtrzymał generalną regułę, że umowa z konkretnym pracodawcą może zostać zawarta tylko jeden raz. Przyjął jednak regulację, zgodnie z którą dopuszczalne będzie ponowne zawarcie umowy na okres próbny z tym samym pracownikiem, lecz warunkiem *sine qua non* jest to, że będzie on zatrudniony w celu wykonywania innego rodzaju pracy lub też, jeżeli pracownik ma być zatrudniony do wykonywania tego samego rodzaju pracy, to po upływie co najmniej trzech lat od dnia rozwiązania lub wygaśnięcia poprzedniej umowy o pracę. W tym stanie dopuszczalne będzie jednokrotne ponowne zawarcie umowy na okres próbny po co najmniej trzyletniej przerwie w zatrudnieniu u pracodawcy. Skoro bowiem celem tej umowy jest sprawdzenie kwalifikacji pracownika i możliwości jego zatrudnienia do wykonywania pracy określonego rodzaju, to zasadne jest ponowne wypróbowanie pracownika, jeżeli ubiega się on o zatrudnienie do innej pracy albo

[19] Patrz np. wyrok SN z dnia 4.09.2013 r., sygn. akt I PK 358/12, OSNP 2014, nr 5, poz. 70.

[20] Zobacz art. 25 § 3 KP „Ponowne zawarcie umowy o pracę na okres próbny z tym samym pracownikiem jest możliwe: 1) jeżeli pracownik ma być zatrudniony do wykonywania innego rodzaju pracy; 2) po upływie co najmniej 3 lat od dnia rozwiązania lub wygaśnięcia poprzedniej umowy o pracę, jeżeli pracownik ma być zatrudniony do wykonywania tego samego rodzaju pracy; w tych okolicznościach dopuszczalne jest nie więcej niż jednokrotne ponowne zawarcie umowy na okres próbny". Stan prawny od 22.02.2016 r.

też ubiega się o zatrudnienie do takiej samej pracy, jednak po dłuższej przerwie w zatrudnieniu u danego pracodawcy. Rozwiązane to jest niewątpliwie słuszne i stanowi pokłosie dotychczasowego orzecznictwa sądowego[21].

5. Nowe zasady limitowania umów na czas określony

Art. 25^1 KP jest szczególnym wyrazem ochrony trwałości stosunku pracy, powstałego w wyniku nawiązania umowy o pracę[22]. Zmiana art. 25^1 KP ma na celu wprowadzenie skuteczniejszego mechanizmu przeciwdziałania nadużywaniu zawierania terminowych umów o pracę. Tym samym przepis ten realizuje w polskim porządku prawnym postanowienia dyrektywy 99/70/WE, w której przewidziano trzy mechanizmy związane z przeciwdziałaniem nadużywania umów terminowych[23].

Umowa o pracę na czas określony jest umową terminową, zawieraną do końca okresu ustalonego datą kalendarzową albo przez wskazanie faktu, który ma nastąpić w przyszłości[24]. W nowym art. 25^1 KP przewiduje się określenie dopuszczalnego okresu zatrudnienia na podstawie umowy (umów) o pracę na czas określony oraz określa się liczbę tych umów, które mogą być zawarte w ramach tego limitu[25]. W związku z tym okres zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na czas określony, a także łączny okres zatrudnienia na podstawie tych umów, nie może

[21] Zobacz np. wyrok SN z dnia 4.09.2013 r., dz. cyt.

[22] J. Żołyński (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Gdańsk 2016, s. 215.

[23] Chodzi tutaj o: dopuszczenie maksymalnej liczby umów terminowych, określenie maksymalnego czasu trwania umów terminowych lub ustalenie obiektywnych powodów uzasadniających zawieranie umów terminowych. Państwa członkowskie mają obowiązek wprowadzenia do swoich porządków prawnych co najmniej jedno z nich. Polski ustawodawca, nowelizując art. 25^1 KP, wprowadził pierwszy i drugi z wymienionych mechanizmów.

[24] „Termin końcowy umowy zawartej na czas oznaczony nie musi być wskazany co do dnia, lecz można go określić zdarzeniem, którego nastąpienie w konkretnej sytuacji przewidują umawiające się strony. Dlatego termin końcowy takiej umowy może być określony przez wskazanie konkretnego zdarzenia, jeżeli tylko wystąpienie tego zdarzenia jest – w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań – oczywiście pewne". Zobacz wyrok SN z dnia 30.08.1990 r., IV CR 236/90, OSNCP 1991, nr 10–12, poz. 125.

[25] Z uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 3321.

przekroczyć 33 miesięcy, a łączna liczba tych umów nie może przekroczyć trzech[26]. Umowy na okres próbny nie będą wchodziły do limitów umów na czas określony[27]. Jeżeli okres zatrudnienia na podstawie terminowej umowy o pracę będzie dłuższy niż 33 miesiące lub liczba zawartych między stronami umów o pracę na czas określony będzie większa niż trzy, wówczas stosunek pracy przekształci się w zatrudnienie na czas nieokreślony.

Ponadto celem regulacji jest wprowadzenie ograniczenia dopuszczalności zawierania kolejno bezpośrednio trzech po sobie następujących umów o pracę na czas określony, a więc *de facto* zakaz wielokrotnego zawierania umów o pracę na czas określony. Przesłankami *sine qua non* spełnienia zakazu są: upływ dwóch następujących po sobie okresów umów na czas określony, zawarcie kolejno trzeciej umowy na czas określony, zawarcie trzeciej umowy o pracę na czas określony następujące w okresie jednego miesiąca od ustania poprzedniego stosunku pracy. Zawarcie umów o pracę na czas określony nie musi dotyczyć tego samego rodzaju wykonywanej pracy, wystarczające jest, aby były to umowy zawarte na czas określony[28]. Przepisy Kodeksu pracy nie regulują obliczania terminów, stąd przez art. 300 KP należy się odwołać do Kodeksu cywilnego[29].

[26] Należy podkreślić, że dyrektywa 99/70/WE nie określa maksymalnego czasu trwania kolejnych umów na czas określony. Państwa członkowskie stosują różne okresy. Stosowane są okresy 2–3-letnie (np. Czechy, Niemcy, Słowacja, Szwecja), ale występują także okresy 18 miesięcy (Francja) czy 4 lat (Wielka Brytania) oraz 5 lat (Węgry). Szerzej zob. J. Żołyński (red.), *Kodeks pracy*..., dz. cyt., s. 222.

[27] Umowy na okres próbny są co prawda objęte przepisami dyrektywy 99/70/WE, jednak zgodnie z orzeczeniem TSUE klauzula 5 ust. 1 Porozumienia ramowego mają na celu „zapobieganie nadużyciom wynikającym z wykorzystywania kolejnych umów o pracę lub stosunków pracy zawieranych na czas określony" (C-l44/04, Mangold, oraz C-378/07, Angelidaki). Pozostanie to w zgodzie także z orzecznictwem SN, z którego wynika, że do limitu umów na czas określony nie wlicza się umów na okres próbny (wyrok SN z dnia 7.02.2001 r., I PKN 229/00, OSNAPiUS 2001, nr 13, poz. 8). Zobacz M. Frączek, A. Konarska, *Terminowe umowy*..., dz. cyt., s. 11.

[28] J. Żołyński (red.), *Kodeks pracy*..., dz. cyt., s. 215.

[29] W tym zakresie wystąpiły rozbieżności pomiędzy stanowiskiem doktryny prawa pracy a orzecznictwem SN. Niektórzy w literaturze uznają, że liczenie miesięcznego terminu pomiędzy zakończeniem bytu poprzedniej, należy dokonać zgodnie z art. 112 KC w zw. Z art. 300 KP – np. L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 198. Według drugiego poglądu termin miesięczny należy liczyć jako 30 dni (art. 114 KC w zw. z art. 300 KP) – zob. np. M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 206–207. Takie stanowisko zajął również SN w wyroku z dnia 15.02.2000 r., I PKN 512/99, OSNAPiUS 2001, nr 13, poz. 439.

Powyższe ograniczenia w zakresie zawierania umów na czas określony dopuszczają wyjątki w następujących sytuacjach: w celu zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy; w celu wykonywania pracy o charakterze dorywczym lub sezonowym; w celu wykonywania pracy przez okres kadencji; gdy pracodawca wskaże obiektywne przyczyny leżące po jego stronie – jeżeli ich zawarcie w danym przypadku służy zaspokojeniu rzeczywistego zapotrzebowania o charakterze okresowym i jest niezbędne w tym zakresie w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy. Jeżeli pracodawca podejmie decyzję o zawarciu umowy wskazanej powyżej, zobowiązany jest w umowie o pracę wskazać cel lub okoliczność jej zawarcia, tj. powinien zamieścić informację o przyczynach obiektywnie uzasadniających zawarcie takiej umowy[30].

Ten ostatni wyjątek budzi wątpliwości, czy pracodawcy nie będą chcieli go nadużywać i stosować długie okresy zatrudnienia na czas określony, skoro nie będą obowiązywały w tym przypadku limity czasowe i liczbowe. Jednak ustawodawca przewidział i taką ewentualność, i żeby ograniczyć nieuzasadnione wykorzystywanie zatrudnienia terminowego na podstawie tegoż wyjątku, wprowadza określone obowiązki dla pracodawcy. Dlatego też na pracodawcę został nałożony ustawowy obowiązek, zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy o pracę na czas określony z powodu obiektywnych przyczyn leżących po stronie pracodawcy będzie on zobowiązany do zawiadomienia właściwego okręgowego inspektora pracy ze wskazaniem przyczyn jej zawarcia. Dokonać tego można w formie pisemnej lub elektronicznej, w terminie 5 dni roboczych od dnia jej zawarcia. Niedochowanie tego obowiązku będzie wykroczeniem przeciwko prawom pracownika, zagrożonym karą grzywny od 1000 do 30.000 złotych[31]. Obowiązek powiadomienia inspektora pracy nie dotyczy zawierania umów o pracę na zastępstwo[32].

[30] Jest to konsekwencja dodania do Kodeksu pracy art. 29 § 1[1].

[31] Artykuł 281 pkt. 1a KP.

[32] K. Jaśkowski, *Meritum. Prawo pracy 2015. Aktualności lipiec 2015*, Warszawa 2015, s. 3; J. Żołyński (red.), *Kodeks pracy…*, dz. cyt., s. 223–225.

6. Nowe zasady ustalania okresu wypowiedzenia umów na czas określony

Znowelizowany przepis art. 36 w zasadzie w swej treści nie różni się od poprzedniej jego treści. Ustawa nowelizująca jedynie zrównuje okresy wypowiedzenia umowy na czas określony (również umowy na zastępstwo) z okresami wypowiedzenia, które obowiązują dla umów na czas nieokreślony[33]. Wprowadzenie zmian nastąpiło z uwagi na odmienne regulacje dotyczące wypowiedzenia umowy o pracę, które w brzmieniu sprzed nowelizacji dotyczyły wyłącznie okresu wypowiedzenia o pracę zawartej na czas nieokreślony[34]. Ustawa nowelizująca wydłuża i uzależnia okresy wypowiedzenia od stażu zakładowego pracownika, czyli okresu zatrudnienia u danego pracodawcy. Po zmianach okres wypowiedzenia umowy na czas określony wynosić będzie:

a) 2 tygodnie – w przypadku zatrudnienia u danego pracodawcy przez okres krótszy niż 6 miesięcy,
b) 1 miesiąc – w przypadku zatrudnienia u danego pracodawcy przez okres co najmniej 6 miesięcy,
c) 3 miesiące – w przypadku zatrudnienia u danego pracodawcy przez okres co najmniej 3 lat[35].

Warto podkreślić, że nadal jednak nie będzie obowiązku podawania uzasadnienia wypowiedzenia umowy o pracę na czas określony. Mimo to pracownicy zyskają większą stabilność zatrudnienia, gdyż rozwiązanie stosunku pracy zostanie poprzedzone dłuższym okresem wypowiedzenia. Podobnie jak w przypadku umów bezterminowych, możliwe będzie skrócenie trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, jednak w przypadku ogłoszenia upadłości lub też likwidacji pracodawcy najwyżej do jednego miesiąca. Za pozostałą część okresu wypowiedzenia pracownik będzie miał prawo do odszkodowania[36].

[33] K. Jaśkowski, *Meritum. Prawo pracy 2015...*, dz. cyt, s. 4.
[34] J. Żołyński, *Kodeks...*, dz. cyt., s. 299.
[35] Zmiana art. 36 KP obowiązująca od 22.02.2016 r.
[36] Według art. 16 ustawy nowelizującej, w okresie przejściowych przy ustalaniu długości okresów wypowiedzenia umowy o pracę na czas określony, której wypowiedzenie następuje w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej, nie uwzględnia się okresów zatrudnienia u danego pracodawcy przypadających przed dniem wejścia w życie ustawy. Również do postępowań dotyczących odwołań

7. Zwolnienie z obowiązku świadczenia pracy w okresie wypowiedzenia

Instytucja zwolnienia ze świadczenia pracy w okresie wypowiedzenia według obowiązującego porządku prawnego wywołała liczne kontrowersje zarówno w doktrynie prawa pracy, jak i od strony praktycznej, gdyż brak było w Kodeksie pracy jednoznacznej normy prawnej, która uprawniałaby do stosowania tej instytucji, jak też zakazującej jej stosowania[37]. Funkcjonowała ona jednak już w systemie prawa pracy. Na przykład, zgodnie z art. 72 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej[38], w okresie wypowiedzenia członek korpusu służby cywilnej może być zwolniony z pełnienia obowiązków, z zachowaniem prawa do wynagrodzenia. Norma prawna zawarta w art. 70 § 2 KP w zw. z art. 71 KP *de facto* przewiduje taką możliwość w odniesieniu do pracowników, których stosunek pracy został nawiązany w wyniku powołania.

Ustawodawca od 22 lutego 2016 r. zdecydował się również na wprowadzenie takiej instytucji do Kodeksu pracy. W związku z tym do Kodeksu pracy zostaje dodany art. 36^2, stanowiąc, iż:

> W związku z wypowiedzeniem umowy o pracę pracodawca może zwolnić pracownika z obowiązku świadczenia pracy do upływu okresu wypowiedzenia. W okresie tego zwolnienia pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia.

Zwolnienie z obowiązku świadczenia pracy dotyczy całego okresu związanego z rozwiązaniem umowy o pracę, tj. okres ten należy liczyć nie tylko jako ustawowy okres wypowiedzenia, lecz możliwość zwolnienia ze świadczenia pracy zachodzi już od momentu dokonania czynności wypowiedzenia przez pracodawcę. Ze względu na fakt, iż przepis art. 36^2 KP nie wprowadza ograniczenia, zgodnie z którym zwolnienie z obowiązku świadczenia pracy dotyczy wyłącznie wypowiedzenia dokonanego przez pracodawcę, należy uznać, że dotyczy ono zarówno wypowiedzenia dokonanego przez pracodawcę, jak i przez pracownika. Zwolnienie

od umów, które zostały wypowiedziane, rozwiązane bez wypowiedzenia, albo wygasły przed dniem wejścia w życie nowych przepisów, będą miały zastosowanie przepisy dotychczasowe. Zobacz K. Jaśkowski, *Meritum. Prawo pracy 2015*..., dz. cyt., s. 4.

[37] J. Żołyński (red.), *Kodeks*..., dz. cyt., s. 305.

[38] Dz.U. z 2014 r. poz. 1111 z późn. zm.

z wyżej wymienionego obowiązku może obejmować cały okres bądź też jego daną część. Jest to uzależnione wyłącznie potrzebami pracodawcy, jest więc to władcza decyzja pracodawcy. W okresie tego zwolnienia pracownik zachowuje prawo do wynagrodzenia w takiej wysokości, jakby świadczył pracę[39].

8. Podsumowanie

Celem wyżej wymienionej nowelizacji jest ograniczenie zjawiska zawierania umów na czas określony. Powyższe zmiany mogą mieć istotne znaczenie dla pracodawców, bowiem przed dniem wejścia w życie nowelizacji pracodawcy będą zmuszeni zrobić przegląd zawartych umów na czas określony, aby ustalić, jakie będą zasady ich rozwiązywania. Ponadto nowelizacja może w praktyce ograniczyć możliwość wykorzystania umów terminowych, w szczególności w przedsiębiorstwach, które preferowały zawieranie umów terminowych na okresy trzyletnie lub dłuższe. Dodatkowo konieczność zastosowania okresów wypowiedzenia uzależnionych od stażu pracy u danego pracodawcy wydłuży procedurę wypowiadania tych umów. Nadto pracodawcy będą musieli ustalić, na jakie okresy zostały zawarte przez nich umowy przed wejściem w życie nowelizacji i czy będą one przewidywać możliwość wcześniejszego rozwiązania za wypowiedzeniem. Ponieważ w wielu przypadkach zmienione przepisy znajdą zastosowanie do stosunków pracy trwających w dniu wejścia w życie noweli, pracodawcy zmuszeni będą zastanowić się, w jaki sposób nowe przepisy wpłyną na stosunki pracy kształtowane umowami terminowymi w ich zakładach pracy. W niektórych przypadkach wejście w życie zmian może w sposób istotny wpłynąć na istniejące stosunki pracy w danym zakładzie, dlatego między innymi w związku z tym ustawodawca przewidział wydłużony, sześciomiesięczny okres *vacatio legis* ustawy. Nadto, należy wskazać, iż istota konfliktów związana z zawieraniem umów na czas określony wynikała z nadużywania ich przez pracodawców. Wprowadzone zmiany są bez wątpienia również korzystne dla pracowników, bowiem wzmacniają ich pozycję.

Rekapitulując, podkreślić należy jeszcze raz doniosłość powyższych zmian w Kodeksie pracy związanych z umowami o pracę na czas określony. Nowelizacja

[39] Zobacz J. Żołyński (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., s. 306.

z 25 czerwca 2015 r. odniesie niewątpliwie skutek zarówno w stosunku do pracowników, jak i pracodawców.

Ewelina Kita

EMPLOYMENT CONTRACT FOR DEFINITE PERIOD IN LIGHT OF AMENDMENT TO THE LABOUR CODE OF 25 JUNE 2015

Summary

The conclusion of fixed-term contracts of employment by the employer is one of the most popular forms of employment of employees. The amendment to the Labour Code was aimed at reducing the conclusion of fixed-term contacts. The purpose of this article was to present the main objectives of the amendment to the Labour Code in respect in respect of a contract of employment for a specified period in a synthetic and as simple as possible. These changes came into effect on 22 February 2016. The changes will undoubtedly beneficial for workers, will strengthen their position.

Key Words: labour law, fixed-term employment contract, amendment, the Labour Code.

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa Rady 99/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotycząca porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC), Dz. Urz. WE L 175 z 10 lipca 1999 r.
- Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, Dz.U. Nr 24 poz. 141.
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1220.
- Wyrok TSUE z dnia 13 marca 2014 r. w sprawie Nierodzik, sprawa C-38/13.
- Wyrok SN z dnia 4 września 2013 r., II PK 358/12, OSNP 2014, nr 5, poz. 70.
- Wyrok SN z dnia 7 lutego 2001 r., I PKN 229/00, OSNAPiUS 2001, nr 13, poz. 8.
- Wyroku SN z dnia 15 lutego 2000 r., I PKN 512/99, OSNAPiUS 2001, nr 13, poz. 439.
- Wyrok SN z dnia 25 stycznia 2007 r., I PK 213/06, OSNP 2008, nr 5–6, poz. 63.
- Wyrok SN z dnia 30 sierpnia 1990 r., IV CR 236/90, OSNCP 1991, nr 10–12, poz. 125.
- Uzasadnienie do uchwały składu siedmiu sędziów SN z 16 kwietnia 1998 r., III CZP 52/97, OSNiPUS 1998, nr 19, poz. 558.
- Uzasadnienie do wyroku SN z 25października 2007 r., II PK 49.07, OSNP 2008, nr 21–22, poz. 317.

Opracowania

- Florek L. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Frączek M., Konarska A., *Terminowe umowy o pracę – po nowelizacji Kodeksu pracy*, Warszawa 2015.

- Gersdorf M., Rączka K., Skoczyński J., *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Jaśkowski K., *Meritum. Prawo pracy 2015. Aktualności lipiec 2015*, Warszawa 2015.
- Liszcz T., *Prawo pracy*, Warszawa 2014.
- Sobczyk A. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2015.
- Świątkowski A.M., *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010.
- Żołyński J. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Gdańsk 2016.

Łukasz Buczek
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Szczeciński

ZMIANY NAPRAWCZE W INSTYTUCJI KARY ŁĄCZNEJ (W ART. 85 § 3 K.K.) W ŚWIETLE NOWELIZACJI KODEKSU KARNEGO Z 2016 R. – PRÓBA OCENY[1]

1. Wprowadzenie

Nie tak dawno W. Wróbel wskazywał, iż „zakres zmian dokonanych w regulacjach prawnych [w instytucji kary łącznej od 1932 r. – dop. Ł.B.] nie odpowiadał natomiast częstotliwości, z jaką przepisy dotyczące kary łącznej i wyroku łącznego były przedmiotem wypowiedzi wykładniczych Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych. Także liczba kasacji wpływających do SN, w których podnoszone były błędy w rozstrzygnięciach dotyczących kary łącznej czy wyroku łącznego, świadczyły o tym, że praktyka wymiaru sprawiedliwości ma nadal spore trudności z zastosowaniem norm wynikających z art. 86–92a k.k."[2]. Oceniając wstępny projekt Komisji

[1] Tematyka będąca przedmiotem artykułu związana jest z treścią ustawy z dnia 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 437, dalej jako „nowelizacja z 2016 r."), mocą której weszły w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. zmiany w dotychczasowym art. 85 § 3 k.k. Przez Kodeks karny bez zmian związanych z ww. nowelizacją w niniejszym opracowaniu rozumie się ustawę z dnia 6.06.1997 r. (Dz.U. 1997 Nr 88 poz. 553 z późn. zm.), w tekście także jako „k.k.", zaś przy „nowych" przepisach Kodeksu karnego, które weszły w życie w związku z nowelizacją z 2016 r. wskazuję w tekście dla jasności wywodu skrót „n.k.k.". Wymaga podkreślenia fakt, iż uchwalona przez Sejm RP zmiana treści dotychczasowego art. 86 § 3 k.k. nie jest przedmiotem dalej zawartych rozważań, bowiem związana jest ona nie tyle ze zmianą naprawczą brzmienia przepisów prawa, co z przyjmowaną przez ustawodawcę aksjologią – ustawodawca uchwalił bowiem także, obok omawianych poniżej zmian, rozszerzenie katalogu możliwych do orzeczenia obowiązków z art. 72 § 1 k.k. przy orzekaniu o karze łącznej ograniczenia wolności.

[2] W. Wróbel, *Nowy model orzekania kary łącznej* [w:] W. Górowski i in. (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 625.

Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, autor stwierdził, że „kiedy więc w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego zapadła decyzja o przygotowywaniu nowelizacji Kodeksu karnego, wiadomo było, że obejmie ona także instytucje kary łącznej. W efekcie prac Komisji, na początku 2013 r. powstał projekt zmian części ogólnej kodeksu, który zakładał zasadniczą zmianę przesłanek orzekania kary łącznej"[3]. Jednakże, jak zauważył J. Giezek, „w doktrynie i judykaturze dawno już dostrzeżono, że wymiar kary łącznej – zwłaszcza gdy dochodzi do niego w tzw. wyroku łącznym – stanowi jedno z bardziej skomplikowanych, a przy tym nieustannie generujących rozmaite wątpliwości oraz sprzyjających popełnianiu błędów zagadnień sądowego wymiaru kary za przestępstwa pozostające w zbiegu realnym"[4].

Biorąc li tylko te dwa reprezentatywne głosy przedstawicieli doktryny pod rozwagę, nie może dziwić względnie pozytywna ocena działań ustawodawcy, który, zmieniając ustawą lutową przepisy prawne dotyczące kary łącznej, dążył do ich czytelności[5] i zrozumiałości. Opinia ta może być jednak tylko „względnie pozytywna", bowiem ustawodawca nie ustrzegł się w treści uchwalonych przez siebie przepisów, w tym zwłaszcza w treści wspomnianego już art. 85 § 3 k.k.[6], poważnych nieścisłości redakcyjnych[7], które spowodowały wątpliwości interpretacyjne w sposób znaczny

[3] Tamże. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż w pierwszym projekcie nowelizacji Kodeksu karnego, o którym wspomina W. Wróbel, będący osią niniejszego tekstu art. 85 § 3 k.k. miał treść odmienną od ostatecznie uchwalonego przez Sejm RP w ustawie z dnia 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 poz. 396, dalej jako „ustawa lutowa"), por. M. Gałązka [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, uwagi do art. 85 k.k., teza 12, Warszawa 2015, dostęp: Legalis, wraz z podnoszonymi tam zarzutami.

[4] J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej* [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, P. Wiliński (red.), Warszawa 2015, s. 399.

[5] Zob. druk nr 3131, w którym zawarto ostateczną treść art. 85 § 3 k.k. po poprawkach Senatu – na stronie drugiej uzasadnienia tychże poprawek czytamy bowiem, iż poprawka dotycząca kary łącznej „wprowadza zmiany poprawiające czytelność zmienianego przepisu, który ustanawia wyjątek w zakresie możliwości orzeczenia kary łącznej, w przypadku gdy nowe przestępstwo zostanie popełnione w trakcie wykonywania kary, która mogłaby podlegać łączeniu".

[6] Przepis ten stanowi, iż „podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu".

[7] Tak o treści art. 85 § 3 k.k. M. Gałązka, dz. cyt. Zob. też J. Giezek, *Kilka uwag...*, dz. cyt., s. 409, który ocenia treść tegoż przepisu jako „redakcyjnie nieporadny", czy też P. Kardas, *Kara łączna i ciąg*

oddziałujące na sytuację skazanego, w stosunku do którego sąd proceduje w przedmiocie orzeczenia wyroku łącznego[8].

Już w siódmym miesiącu od wejścia w życie ustawy lutowej sformułowano projekt, którego celem była zmiana treści art. 85 § 3 k.k. W uzasadnieniu do projektu (s. 55–56) czytamy, iż „ponadto w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego proponuje się dwie zmiany o charakterze doprecyzowującym. Zarówno w praktyce stosowania, jak i w doktrynie, pojawiły się wątpliwości co do rozumienia dwóch przepisów części ogólnej: charakteru odesłania do art. 108 w art. 76 § 1 oraz brzmienia przepisu art. 85 § 3. […] Z kolei propozycja ukształtowania na nowo treści dotychczasowego art. 85 § 3 wynika z uzasadnionych wątpliwości co do językowej poprawności obecnej redakcji. Wobec powyższego proponuje się, by przepis ten został rozdzielony na dwie jednostki redakcyjne". Zaproponowano, aby art. 85 § 3 n.k.k. stanowił, że „jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w czasie popełnienia czynu", a ponadto zaproponowano dodanie art. 85 § 3a n.k.k. stanowiącego, iż „jeżeli kara wykonywana lub orzeczona, o której mowa w § 3, stanie się następnie podstawą orzeczenia kary lub kar łącznych, zakaz łączenia kar odnosi się również do tej kary lub kar łącznych". Wprowadzone zmiany weszły w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie może dziwić tematyka będąca przedmiotem niniejszego opracowania. Jego celem jest przeanalizowanie wybranych subiektywnie, z uwagi na ograniczone odgórnie ramy tekstu, zarzutów podnoszonych w doktrynie co do wątpliwej interpretacyjnie, ustalonej ustawą lutową, treści art. 85 § 3 k.k. w odniesieniu do zmian, które weszły w życie w połowie kwietnia 2016 r. Dla rozjaśnienia dalszych wywodów zaznaczyć należy, iż u podstaw opracowania leży

przestępstw [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, s. 501, który ocenia go jako „daleki od klarowności, precyzji i jednoznaczności".

[8] Jak słusznie zauważył P. Kardas, popełnienie przestępstwa w czasie wykonywania wcześniej orzeczonej kary, będące, według przyjętego przez tegoż autora nazewnictwa, negatywną przesłanką wymiaru kary łącznej, znajduje zastosowanie tylko w czasie orzekania kary łącznej w trybie wyroku łącznego, zob. tamże.

rozróżnienie pojęcia „przepis prawny" od pojęcia „norma prawna"[9], które jest zauważane przez niemalże całą doktrynę prawniczą, a nadto, że akceptuje się założenia tzw. derywacyjnej koncepcji wykładni prawa[10] oraz usiłuje się w nim operować siatką pojęciową właściwą dla poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa.

2. Obligatoryjny charakter kary łącznej

Jak słusznie zauważa Ł. Pohl: „W art. 85 k.k. zawarto zaadresowaną do sądu normę nakazującą orzekanie kary łącznej. [...] W art. 85 k.k. nacisk położony został na określenie warunków aktualizujących tę normę, sposób wymiaru kary łącznej określono w nim bowiem jedynie z grubsza [...]"[11]. Pogląd, że jest to instytucja o charakterze normatywnym, której orzeczenie jest obligatoryjne, znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego[12].

W treści art. 85 § 3 k.k. oraz art. 85 § 4 k.k. ustawodawca zawarł, według S. Żółtka[13], „wyjątki od orzekania kary łącznej". Z poglądem tym należy się zgodzić, jednakże z uwagi na to, że nie jest to określenie teoretycznoprawnie adekwatne, wskazać trzeba na pewną zależność między dostrzeganą przez Ł. Pohla normą nakazującą orzekanie kary łącznej, a dostrzeganymi przez drugiego z cytowanych autorów (i niekontestowanymi szerzej w doktrynie) wyjątkami od tegoż orzekania.

Norma prawna jest to co do zasady[14] taka norma postępowania, a więc wyrażenie, które w sposób dostatecznie jednoznaczny określonemu podmiotowi „A"

[9] Co uzyskało swoją podbudowę teoretycznoprawną zwłaszcza u Z. Ziembińskiego, zob. w szczególności Z. Ziembiński, *Przepis prawny a norma prawna*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1960, z. 1; tenże, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 119–150; tenże, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 123 i nn.

[10] Zob. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 85; tenże, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły*. Wskazówki, Warszawa 2012, s. 360.

[11] Por. Ł. Pohl [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 533.

[12] Por. dla przykładu uchwałę SN z dnia 25.02.2005 r., I KZP 36/04, OSNKW 2005, nr 2, poz. 13, wyrok SN z dnia 6.04.2006 r., IV KK 5/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 767 oraz wyrok SN z dnia 25.07.2007 r., V KK 200/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 1726.

[13] S. Żółtek [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, uwagi do art. 85 k.k., teza 26, Warszawa 2015, dostęp: Legalis.

[14] Zauważyć wypada wszak, iż posługiwanie się pojęciem „normy postępowania" bywa słusznie kontestowane w doktrynie prawa karnego w odniesieniu do norm sankcjonowanych, zob. Ł. Pohl,

w określonych okolicznościach „C" nakazuje określone zachowanie się albo go zakazuje, które to wyrażenie zostało ustanowione lub uznane przez kompetentny organ władzy publicznej[15]. Tenże określony podmiot „A" wraz z określonymi okolicznościami „C" tworzy zakres zastosowania normy prawnej. Jak dokładniej to określił Z. Ziembiński: „Pożyteczne jest wprowadzenie terminu «zakres zastosowania danej normy» dla oznaczenia klasy wszystkich tych sytuacji, po których wystąpieniu adresat normy (osoba, do której nakaz jest skierowany) powinien realizować wyznaczone przez normę zachowania. […] Zakres zastosowania wydziela zatem z klasy wszelkich możliwych sytuacji, jakie mogą wystąpić w przyszłości, te sytuacje (te układy świata), przy których wystąpieniu obowiązek określonego zachowania wyznaczony przez normę staje się dla danego podmiotu [np. sądu – dop. Ł.B.] obowiązkiem nie tylko potencjalnym, ale obowiązkiem aktualnym, wyznaczającym już teraz podjęcie odpowiedniego zachowania"[16].

Przepisy prawne zawarte w art. 85 § 3 k.k. oraz art. 85 § 4 k.k. uznać należy nie tyle za „wyjątki od orzekania kary łącznej", ile za przepisy uadekwatniające treściowo (przepisy modyfikujące) zupełne syntaktycznie wyrażenie normokształtne będące podstawą do ustalenia treści normy prawnej nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej[17], a dokładniej oddając ich istotę, ograniczające zakres zastosowania treści interpretowanej normy prawnej. Im klasa okoliczności zawartych w art. 85 § 3 k.k. lub art. 85 § 4 k.k. jest szersza, tym zakres zastosowania normy nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej jest węższy i odwrotnie, w związku z czym, każda, choćby najdrobniejsza zmiana językowa w tych przepisach, która jednocześnie pociąga za sobą zmianę ich charakteru normatywnego, w sposób istotny wpłynąć może na podstawowe zasady orzekania kary łącznej. W dalszej części pracy analizowany projekt rozważany będzie zatem, obok jego znaczenia dla uproszczenia brzmienia językowego dotychczasowych regulacji, pod względem tego, czy zmiana treści redakcyjnej dotychczasowego art. 85 § 3 k.k. oraz dodanie art. 85 § 3a n.k.k. wpływa na zawartość normatywną normy prawnej nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej, czy też po prostu jest zmianą wyłącznie redakcyjną.

Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2006, nr 1; tenże, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 80–88.

[15] Por. podobnie M. Zieliński, *Wykładnia…*, dz. cyt., s. 14 i 24.

[16] Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 129–130.

[17] O rozczłonkowaniu treściowym norm zob. M. Zieliński, *Wykładnia…*, dz. cyt., s. 119–133.

3. Kara wykonywana w chwili popełnienia czynu z art. 85 § 3 k.k.

Przypomnieć wypada, iż w świetle art. 85 § 3 k.k. „podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z [uwaga! – dop. Ł.B.] karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu". To właśnie „kara wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa" będzie przedmiotem niniejszego rozdziału.

Dogłębną interpretację tak treściowo wyrażonego przepisu prawnego w analizowanym tu aspekcie przedstawił P. Kardas, który skonstatował na wstępie, że „karą wykonywaną, tworzącą tło dla popełnienia kolejnego przestępstwa, za które wymierzona kara nie podlega łączeniu z karą wykonywaną w czasie jego popełnienia, jest zatem w tym ujęciu [to jest tym, który zaprezentowano w literalnym brzemieniu art. 85 § 3 k.k. – dop. Ł.B.] *prima facie* wyłącznie kara jednostkowa. [...] Artykuł 85 § 3 k.k. nie odnosi się wprost natomiast do sytuacji, kiedy w trakcie popełnienia kolejnego przestępstwa wobec jego sprawcy wykonywana była orzeczona wobec niego wcześniej za pozostające w zbiegu przestępstwa kara łączna"[18]. Nie sposób z tak zaprezentowanym poglądem się nie zgodzić. Kilkukrotnie już w niniejszej pracy podkreślano, iż brzmienie redakcyjne art. 85 § 3 k.k. nie jest doskonałe. Tym bardziej na uwagę zasługuje podjęta przez autora próba ustalenia, czy – mając na uwadze zakreślone w niniejszej pracy założenia teoretyczno prawne – w obowiązującym stanie prawnym dochodzi do zawężenia zakresu zastosowania normy prawnej nakazującej sądowi orzeczenie wobec skazanego kary łącznej za popełnienie czynu zabronionego w czasie[19], w którym wykonywana była w stosunku do niego kara łączna orzeczona za poprzednio popełnione przestępstwa – zawężenia zakresu zastosowania o taką właśnie sytuację. Jest to zagadnienie na tyle interesujące, że pozwala na przytoczenie poglądu tego autora *in extenso*.

P. Kardas stwierdza, iż „[...] nie dostrzeżono, że kolejne przestępstwo może zostać popełnione przez sprawcę w czasie, gdy wykonywana jest kara łączna wymie-

[18] P. Kardas, *Kara łączna*..., dz. cyt., s. 501.

[19] O różnicach między „chwilą popełnienia czynu zabronionego" oraz „chwilą popełnienia przestępstwa" a dokładniejszym określeniem – „czasem popełnienia czynu zabronionego" – będzie jeszcze mowa.

rzona za popełnione wcześniej przez tego sprawcę przestępstwa. Ten przypadek nie został objęty wprost regulacją zawartą w art. 85 § 3 k.k., co sprawia, że interpretacja tego [uwaga! – dop. Ł.B.] przepisu zgodnie z zasadami wykładni językowej prowadzi do wniosku, iż [...] nie aktualizuje się negatywna przesłanka kary łącznej"[20]. Dalej zauważa on, że: „Nie ma, jak się wydaje, potrzeby przedstawiania szerszego uzasadnienia [i rzeczywiście, brak takowego u rzeczonego autora – dop. Ł.B.[21]] wskazującego na nienadające się zaaprobować konsekwencje wynikające z takiego podejścia do rekonstrukcji zawartości normatywnej art. 85 § 3 k.k.[22]". Znów nie można nie zgodzić się z rezultatem wykładni art. 85 § 3 k.k. P. Kardasa, co aprobowane jest także przez S. Żółtka[23].

Zauważenia jednak wymaga, co było motywem takiego uregulowania przepisu modyfikującego treściowo zakres zastosowania normy nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej. Wprowadzenie art. 85 § 3 k.k. motywowano koniecznością zapobieżenia „sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub [uwaga! – dop. Ł.B.] łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania aktualnej kary mógłby popełnić nawet przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej, a kary za nie wymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia[24]". Tak zaprezentowane cele kształtu normatywnego kary łącznej mają istotne znaczenie w toku czynności interpretacyjnych wykładni funkcjonalnej[25]. Brak jest podstaw do różnicowania sytuacji skazanego, który popełnił czyn zabroniony w czasie, gdy wykonywana była w stosunku do niego kara podlegająca łączeniu za popełnione uprzednio przestępstwo z sytuacją skazanego, który popełnił czyn zabroniony w czasie, gdy wykonywana była w stosunku do niego kara łączna

[20] P. Kardas, *Kara łączna*..., dz. cyt., s. 502.
[21] Poza odwołaniem się w dalszym fragmencie do tego, iż szersze rozumienie terminu „kara" nie przełamuje rezultatu wykładni językowej, a nadto przemawiają za tym, według P. Kardasa, względy celowościowe.
[22] Tamże.
[23] Zob. S. Żółtek, dz. cyt., uwagi do art. 85 k.k., teza 29.
[24] Por. druk nr 2393, uzasadnienie projektu ustawy lutowej, s. 19.
[25] O ich znaczeniu i roli w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa zob. M. Zieliński, *Wykładnia*..., dz. cyt., s. 340–344.

podlegająca łączeniu za uprzednio popełnione przestępstwa (argument z treści normy prawnej zawartej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP[26]).

Ponadto na gruncie tematyki przestępstwa popełnionego w czasie wykonywania kary tego samego rodzaju lub innej podlegającej łączeniu lub kary łącznej, J. Giezek bardzo obszernie przedstawił wątpliwości interpretacyjne związane z problematyką dotyczącą tego, czy, stosując przyjęte w niniejszym opracowaniu założenia, zawężenie zakresu zastosowania normy prawnej nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej dotyczy wszystkich kar orzeczonych za przestępstwa, które popełnione zostały przed popełnieniem przestępstwa w trakcie wykonywania kary orzeczonej za którekolwiek z nich[27]. Zgodzić się z nim trzeba, że art. 85 § 3 k.k. winien być interpretowany zawężająco, co wyraźnie podkreślił także – odnosząc się do hipotetycznych przykładów J. Giezka – P. Kardas, pisząc: „[...] przyjąć należy, że wyraża on [art. 85 § 3 k.k. – dop. Ł.B.] zakaz łączenia kary faktycznie wykonywanej (jednostkowej lub łącznej) z karą wymierzoną za przestępstwo popełnione w trakcie jej wykonywania. Takie rozumienie negatywnej przesłanki wyrażonej w art. 85 § 3 k.k. otwiera jednak możliwości różnych opcji łączenia kar"[28]. Pogląd ten zasługuje na uwzględnienie, choć w związku z przyjętymi w niniejszej pracy założeniami nie można zgodzić się na postrzeganie art. 85 § 3 k.k. jako przepisu prawnego zawierającego zakaz łączenia jakichś kar, bowiem *prima vista* nasuwa to myśl, że w przepisie tym zawarto normę prawną zakazującą pewnego zachowania, a tak, jak już wielokrotnie wskazywano, nie jest.

4. Kara lub kara łączna odbywana w czasie popełnienia czynu w art. 85 § 3 n.k.k. i art. 85 § 3a n.k.k.

Wskazane już wątpliwości interpretacyjne spowodowały interwencję ustawodawcy, który założył, że przepis stanowiący o modyfikacji treści zakresu zastosowania (poprzez jego zawężenie) normy nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej rozbity zostanie na dwie jednostki redakcyjne – art. 85 § 3 n.k.k. („Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub [uwaga! – dop.

[26] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz.U. 1997 Nr 78 poz. 483 z późn. zm.).
[27] Zob. J. Giezek, *Kilka uwag...*, dz. cyt., s. 406–413.
[28] P. Kardas, *Kara łączna...*, dz. cyt., s. 509.

Ł.B.] kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą odbywaną w [uwaga! – dop. Ł.B.] czasie popełnienia czynu") oraz art. 85 § 3a n.k.k. („Jeżeli kara wykonywana lub orzeczona, o której mowa w § 3, stanie się następnie podstawą orzeczenia kary łącznej lub kar łącznych, zakaz łączenia kar odnosi się również do tej kary lub kar łącznych"). W związku z tak zakreśloną zmianą nie będzie już wątpliwości interpretacyjnych, czy kara, w trakcie wykonywania (w nowelizacji z 2016 r. „odbywania") której popełnione zostało przestępstwo, rodzące skutek w postaci niemożności połączenia tych kar węzłem kary łącznej, dotyczy także kary łącznej, bowiem ustawodawca wyraźnie wskazał, że sytuacja wykonywania (odbywania) kary dotyczy zarówno „kary" (w rozumieniu kary grzywny, kary ograniczenia wolności, kary pozbawienia wolności, kary 25 lat pozbawienia wolności oraz kary dożywotniego pozbawienia wolności) lub też „kary łącznej", w pełni godząc się na możliwość kaskadowego łączenia kar[29]. Nie dojdzie co prawda do zmiany normatywnej w instytucji kary łącznej w analizowanym zakresie, bowiem art. 85 § 3 k.k., stanowiąc o „karze" dotyczy nie tylko kary jednostkowej, ale i kary łącznej, jednakże nastąpi znaczne uproszczenie redakcyjne ułatwiające percepcję norm prawnych zawartych w przepisach o karze łącznej.

Wydaje się jednak, że druga z wątpliwości interpretacyjnych spostrzeżona przez J. Giezka, a podniesiona także przez P. Kardasa – wyżej w niniejszej pracy zakreślona – nie będzie na gruncie nowego stanu prawnego jednolicie rozstrzygana. Wykładnia apragmatyczna, zaprezentowana przez obu tych autorów, co do wąskiej interpretacji art. 85 § 3 k.k. w nowym stanie prawnym odniesiona być powinna do art. 85 § 3 n.k.k. oraz art. 85 § 3a n.k.k. – do zawężenia zakresu zastosowania normy nakazującej sądowi orzeczenie wobec skazanego kary łącznej dochodzi tylko w stosunku do kary faktycznie wykonywanej (jednostkowej lub łącznej) i kary za przestępstwo popełnione w czasie wykonywania tejże kary faktycznie wykonywanej (a nie w stosunku do innych, wcześniej popełnionych przestępstw). Wciąż jednak interpretacyjnie otwartą kwestią i rodzącą wiele problemów będzie „gru-

[29] Chyba słusznie wyraża swe obawy co do takiego stanu prawnego J. Giezek, pisząc, iż „może to doprowadzić do sytuacji, w której sąd – orzekając ostatnią w takim łańcuszku karę łączną – zupełnie straci z pola widzenia przestępstwa, za które wymierzone zostały składające się na jej podstawę poprzednie kary łączne" – zob. J. Giezek, *Kilka uwag…*, dz. cyt., s. 408.

powanie kar" w kary łączne możliwe do orzeczenia[30], bowiem brak w tym aspekcie reguł, które pozwoliłyby ujednolicić stosowanie prawa przez sądy. Słusznie ocenia taki stan prawny J. Giezek słowami: „Gdyby jednak nawet wybór opcji udało się w sposób sensowny zracjonalizować, to i tak – w każdym z przedstawianych wariantów, zdeterminowanych wszak kolejnością, w jakiej poszczególne przestępstwa będą wykonywane oraz osądzane – rezultat w postaci kary łącznej może okazać się mocno zróżnicowany. Oznacza to oczywiście, że o konsekwencjach, jakie spotkają sprawcę szeregu popełnionych w zbiegu realnym przestępstw, zadecydują nie tylko wynikające z art. 85a k.k. dyrektywy, lecz także operatywność organów ścigania oraz sprawność wymiaru sprawiedliwości"[31].

5. „Chwila popełnienia czynu" w art. 85 § 3 k.k. a „czas popełnienia czynu" z art. 85 § 3 n.k.k.

Ponadto z częściową aprobatą należy wypowiedzieć się co do treści art. 85 § 3 n.k.k. *in fine*, tj. wprowadzonej zmiany wyrażenia „w chwili popełnienia czynu" na wyrażenie „w czasie popełnienia czynu" oraz stosownej zmiany dotychczasowego wyrażenia „w chwili popełnienia przestępstwa" na treść tegoż przepisu niezawierającą takiego wyrażenia[32]. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż w treści art. 6 § 1 k.k. ustawodawca zawarł definicję legalną „czasu popełnienia czynu zabronionego" poprzez zawarcie w tym przepisie dwóch norm prawnych nakazujących interpretowanie czasu popełnienia czynu zabronionego w określony sposób. Definicja ta,

[30] Nie podejmując się rozwiązania w tym miejscu trudności interpretacyjnych, zauważyć jedynie można, że prowadzić to może do częściowego zrewidowania poglądu związanego z postanowieniem SN z dnia 1.10.2002 r., V KK 73/02, dostęp: LEX 56827, o braku zakazu w polskim porządku prawnym orzekania o karze łącznej z pogorszeniem sytuacji skazanego – nie jednak w postaci przyjęcia obowiązywania takiego zakazu w polskim porządku prawnym, lecz w postaci „grupowania kar" z szeroko rozumianym uwzględnieniem interesów skazanego.

[31] J. Giezek, *Kilka uwag*..., dz. cyt., s. 412.

[32] Jednakże nie można zaaprobować przeredagowania dotychczasowego art. 85 § 3 k.k. w miejscu, w którym dokonuje się zamiany wyrażenia „kara, która była wykonywana" na wyrażenie „kara odbywana", jako że wprowadzone wyrażenie jest już znane polskiemu ustawodawstwu karnemu w odniesieniu do kar skutkujących pozbawieniem wolności skazanego, bowiem ustawodawca posługuje się nim w ustawie z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. 1997 Nr 90 poz. 557 z późn. zm.), zaś nie jest tam używane do kar wolnościowych czy do sytuacji, o której mowa w art. 37b k.k., a jak to zostanie poniżej nakreślone, czas ich „wykonywania" nie musi być li tylko punktem na osi czasu, przez co możliwe jest w okresie ich wykonywania popełnienie przestępstwa.

„która formułuje normę prawną nakazującą określoną interpretację danego wyrażenia ustawowego, jest niezwykle silną dyrektywą wykładni. Jest to bowiem dyrektywa narzucona przez samego ustawodawcę. Wobec tego, skoro art. 6 § 1 k.k. jest nośnikiem definicji legalnej «czasu popełnienia czynu zabronionego» ujmowanego od strony zachowania się sprawcy jako działanie lub zaniechanie takiego działania, do którego sprawca jest obowiązany, a jak napisano wcześniej [u M. Nawrockiego – dop. Ł.B.] – definicja taka [...] nie można w drodze wykładni przełamywać płynącego z niej znaczenia definiowanego zwrotu”[33].

W związku zatem z treścią norm prawnych zawartych w art. 6 § 1 k.k. racjonalnie postępujący ustawodawca nie może w toku stanowienia prawa wprowadzać regulacji prowadzących do rozdźwięku między znaczącymi to samo wyrażeniami ustawowymi[34] ani również wprowadzać do języka prawnego Kodeksu karnego regulacji zbudowanych na *prima facie* różnym sposobie określania „momentu” (czasu albo chwili) popełnienia czynu zabronionego. Zaakcentowania ponadto wymaga, iż „czasem popełnienia czynu zabronionego jest czas działania lub zaniechania działania, do którego sprawca był obowiązany [...][35]” – w związku z czym zakres zastosowania normy prawnej nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej zawężony jest i do takiej sytuacji, w której sprawca rozpoczyna swoje zachowanie w czasie wykonywania określonej kary, a kończy je już po jej wykonaniu. Przeciwny pogląd stałby w sprzeczności z funkcją kary łącznej, która niezmiernie rzadko jest oparta na zasadzie kumulacji kar jednostkowych, co jest korzystne dla sprawcy.

Niepomiernie jednak lepszym brzmieniem językowym art. 85 § 3 n.k.k. byłoby takie, w którym stanowiono by po prostu o „czasie popełnienia czynu zabronionego”, bowiem jak wskazano za M. Nawrockim, ma on swoją definicję ustawową, a wprowadzany „czas popełnienia czynu”, jeśli tylko literalnie i pobież-

[33] M. Nawrocki, *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014, s. 62–63. Na marginesie należy poczynić uwagę, iż ustawodawca nie jest konsekwentny w stosowaniu terminologii na opis „czasu popełnienia czynu zabronionego” – por. np. treść art. 6 § 1 k.k., art. 31 § 1 k.k. i art. 4 § 1 k.k.

[34] Z uwagi na to nie do zaakceptowania jest postulat *de lege ferenda* M. Gałązki, aby zamiast wyrażenia „z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa” użyto wyrażenia „oraz kara wykonywana w chwili [uwaga – dop. Ł.B.] popełnienia przestępstwa” – zob. M. Gałązka, dz. cyt. Wydaje się, że kształt słowny zaprezentowanych w nowelizacji z 2016 r. dwóch przepisów jest językowo poprawniejszy, choć nie jest doskonały.

[35] M. Nawrocki, *Czas popełnienia...*, dz. cyt., s. 82.

nie będziemy interpretować brzmienie przepisów Kodeksu karnego, mając zaufanie do wiedzy ustawodawcy o języku prawnym, takiej definicji nie ma.

6. Problematyka „rozpoczęcia" i „zakończenia" wykonywania (odbywania) kary lub kary łącznej w dotychczas obowiązującym stanie prawnym i tym, który wejdzie w życie w związku z nowelizacją z 2016 r.

Zwracając li tylko uwagę na problematykę „rozpoczęcia" i „zakończenia" wykonywania kary wiążącą się z treścią art. 85 § 3 k.k., wypada powtórzyć za Ł. Pohlem na początku, iż „wyartykułowanym w art. 85 § 1 k.k. warunkiem zastosowania (elementem zakresu zastosowania) normy nakazującej wymierzenie kary łącznej jest orzeczenie za zbiegające się przestępstwa określonych kar, tj. kar tego samego rodzaju lub kar rodzajowo różnych, lecz podlegających łączeniu. [...] W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na to, że omawiany warunek dotyczy wyłącznie kar [uwaga! – dop. Ł.B.] pierwotnie wymierzonych[36]". Nie ulega jednakże wątpliwości, iż wszystkie kary z katalogu zawartego w art. 32 k.k. (w różnorakich konfiguracjach) podlegają łączeniu w świetle różnych zasad ich łączenia.

Nie można nadto tracić z pola widzenia art. 37b k.k., który stanowi się o szczególnej konfiguracji sankcji karnej w postacie orzeczenia kary ograniczenia wolności obok kary pozbawienia wolności[37]: „W sprawie o występek zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat – 6 miesięcy oraz karę ograniczenia wolności do lat 2. W pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozba-

[36] Zob. Ł. Pohl [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., s. 538 i przytaczane tam poglądy członków doktryny oraz orzecznictwo.

[37] Odrzuca się więc tym samym w niniejszej pracy przyjmowane przez większość doktryny (używane także w uzasadnieniu do projektu ustawy lutowej) nieadekwatne nazewnictwo określające sankcję karną z art. 37b k.k. „karą mieszaną" – m.in. tak: R.A. Stefański, tamże, s. 308, propagując nazewnictwo używane przez M. Małeckiego, zob. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary* [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja...*, dz. cyt., s. 296–298 i przytaczane tam argumenty. Przychylenie się do jednego z tychże poglądów ma istotne znaczenie dla postrzegania istoty sankcji karnej z art. 37b k.k.

wienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej", która także jest wykonywana w czasookresie posiadającym swój początek (rozpoczęcie wykonywania) i koniec (zakończenie wykonywania).

Na tle tychże sankcji karnych doszło do kilku wątpliwości interpretacyjnych związanych z problemem określenia początku i końca odbywania przez skazanego kary. Na gruncie brzmienia art. 85 § 3 k.k., który stanowi, stosując poczynione tu założenia, że dochodzi do ograniczenia zakresu zastosowania normy prawnej nakazującej sądowi wymierzenie kary łącznej, gdy do popełnienia tego czynu zabronionego doszło w pewnym określonym czasie – limitowanym wszak przez rozpoczęcie i zakończenie wykonywanej w stosunku do skazanego kary uprzednio wymierzonej. Innymi słowy – warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym do wymierzenia skazanemu kary łącznej jest sytuacja, gdy do popełnienia czynu zabronionego doszło w czasie leżącym poza okresem limitowanym przez rozpoczęcie wykonywania kary z jednej strony na osi czasu, a zakończenie jej wykonywania z drugiej.

O ile nie rodzi problemów ustalenie okresu wykonywania orzeczonej w stosunku do skazanego kary grzywny czy też nie rodzi większych problemów ustalenie okresu wykonywania orzeczonej w stosunku do skazanego kary grzywny, którą rozłożono na raty – rozpoczęcie wykonywania grzywny rozłożonej na raty „następuje wówczas co do zasady z chwilą uiszczenia pierwszej z rat, zakończenie zaś z chwilą uiszczenia ostatniej raty[38]", o tyle przy pozostałych rodzajach kar i sekwencji kar z art. 37b k.k. takie problemy się już rodzą. Co istotne, będą one aktualne również w stanie prawnym obowiązującym po wejściu w życie nowelizacji z 2016 r., bowiem brak w niej niestety jakichś drogowskazów interpretacyjnych, które mogłyby ułatwić wykładnię w przedmiotowym zakresie, poza tym, co już ustalono.

Szczególne wątpliwości pojawiają się w sytuacji, w której kara wykonywana w stosunku do skazanego została orzeczona na podstawie art. 37b k.k.[39]. Zadać trzeba sobie bowiem pytanie, czy z punktu widzenia treści normatywnej art. 85 § 3 k.k., będącego przepisem uadekwatniającym treściowo normę nakazującą sądowi

[38] P. Kardas, *Kara łączna*..., dz. cyt., s. 504

[39] Pozostałe zaś wątpliwości interpretacyjne zostały już dokładniej przedstawione przez przywoływanego P. Kardasa i nie ma potrzeby, aby powielać w niniejszym opracowaniu tego, co zostało już powiedziane, zob. tamże, s. 504–509.

orzeczenie kary łącznej „[...] znaczenie ma zakończenie wykonania obu orzeczonych na podstawie art. 37b k.k. kar, czy też należy odrębnie ustalać moment rozpoczęcia wykonania i w konsekwencji moment zakończenia wykonania każdej z orzeczonych wobec sprawcy kar[40]". Uznając sankcję karną z art. 37b k.k. za „karę mieszaną" (jakąś nową rodzajowo karę, niezawartą w katalogu kar z art. 32 k.k.) bez cienia wątpliwości stwierdzić by można było, iż znaczenie ma rozpoczęcie wykonania pierwszej z orzeczonych na podstawie art. 37b k.k. kar oraz zakończenie wykonywania drugiej. Przyjmując jednak, iż jest to sankcja karna w formie sekwencji kar, a nie jedna kara, orzec tak od razu nie sposób[41].

W uzasadnieniu do projektu ustawy lutowej czytamy, iż „istotnym *novum* przewidzianym w projekcie jest instytucja kary mieszanej, jako [uwaga! – dop. Ł.B.] kombinowanej formy represji prawnokarnej, która powinna być szczególnie atrakcyjna w przypadku poważniejszych występków. [...] Radykalne ograniczenie możliwości orzekania tej [kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – dop. Ł.B.] formy probacji powoduje, że w miejsce tej formy kary orzekanej za tego rodzaju czyny zabronione jedynym substytutem stałaby się bezwzględna kara pozbawienia wolności. [...] Jest to sposób inkorporacji kar wolnościowych do typów czynów zabronionych[42]". Pomimo założeń co do roli art. 37b k.k. słusznie P. Kardas zaznacza, iż „dla aktualizacji tej przesłanki [mowa o art. 85 § 3 k.k., czyli o zawężeniu zakresu zastosowania normy prawnej nakazującej sądowi orzeczenie kary łącznej – dop. Ł.B.] ma znaczenie okres wykonywania kary (w rozumieniu kary pozbawienia wolności, jak i, osobno, kary ograniczenia wolności) orzeczonej za wcześniej popełnione przestępstwo, która bez tej przesłanki podlegałaby na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. połączeniu z karą orzeczoną za przestępstwo popełnione w trakcie wymiaru kary[43]". Cytowany autor zauważa, że: „możliwy jest taki układ procesowy, w którym wymiar kary łącznej oparty będzie na dwóch lub więcej parach (sekwencjach) kar wymierzonych [...] na podstawie

[40] Tamże, s. 504.

[41] Nowelizacja z 2016 r. jedynie zakłada, w celu przecięcia pojawiających się wątpliwości rodzących się na innym tle, że w przypadku sankcji karnej z art. 37b n.k.k. nie stosuje się unormowań dotyczących warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności. Wydaje się zasadny postulat *de lege ferenda*, którego przedmiotem jest zmiana stanu prawnego, poprzez przecięcie wątpliwości interpretacyjnych w analizowanym tu zakresie stosowną zmianą ustawodawczą opierającą się za jedną z wykładni.

[42] Por. druk nr 2393, uzasadnienie projektu ustawy lutowej, s. 11–12.

[43] P. Kardas, *Kara łączna*..., dz. cyt., s. 505.

art. 37b k.k., czego konsekwencją będzie orzeczenie dwóch kar łącznych na podstawie art. 87 § 2 k.k. – jak również taki układ procesowy, że para lub pary sekwencji kar orzeczonych na podstawie art. 37b k.k. prowadzić będą do wymiaru jednej kary pozbawienia wolności[44]". Jednakże tak autonomiczna rola poszczególnych kar w sekwencji kar z art. 37b k.k. nie oznacza zarazem, że w przypadku popełnienia przez skazanego przestępstwa w czasie, gdy wykonywana była w stosunku do niego kara pozbawienia wolności orzeczona na podstawie art. 37b k.k., a nie była jeszcze wykonywana orzeczona na podstawie art. 37b k.k. kara ograniczenia wolności (albo wyjątkowo odwrotnie), możliwe będzie ewentualne połączenie węzłem wymierzonej nowej kary podlegającej łączeniu z niewykonywaną karą ograniczenia wolności orzeczoną uprzednio na podstawie art. 37b k.k. Pogląd przeciwny przeczyłby istocie sankcji karnej z art. 37b k.k. i jako taki jest nie do zaakceptowania[45].

7. Wnioski końcowe

Nowelizację instytucji kary łącznej, polegającą na wprowadzeniu nowo brzmiącego art. 85 § 3 n.k.k. i dodaniu do systemu prawnego art. 85 § 3a n.k.k., po rozbiciu dotychczasowego redakcyjnie wątpliwego art. 85 § 3 k.k., uznać należy za wartą poparcia[46]. Zgodnie z założeniami ustawodawcy, nie zmienia ona treści normatywnej dotychczasowego art. 85 § 3 k.k., przez co nie dochodzi do zawężenia bądź poszerzenia zakresu zastosowania normy prawnej nakazującej sądowi wymierzenie kary łącznej, a jedynie dochodzi do korzystnej interpretacyjnie zmiany brzmienia. Niewątpliwą tego zasługą jest rozbicie dotychczasowego przepisu prawnego na dwa przepisy prawne. Nie wydaje się jednak konieczne, aby była w tym zakresie potrzeba regulowania tej kwestii aż w dwóch paragrafach art. 85 n.k.k. – wystarczające byłoby zamieszczenie tychże dwóch przepisów prawnych, po odpo-

[44] Tamże, s. 504.

[45] Zob. tamże, s. 505–507.

[46] W przedmiotowym zakresie nowelizacja z 2016 r. uzyskała aprobatę Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia", zob. *Opinia Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia" o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, datowanym na dzień 8 stycznia 2016 r.*, zamieszczony na stronie: http://www.iustitia.pl/opinie/1136-opinia-iustitii-w-sprawie-projektu-zmian-prawa-karnego [dostęp: 21.02.2016].

wiednim przeredagowaniu drugiego z nich, w jednej jednostce graficznej Kodeksu karnego, tj. art. 85 § 3 n.k.k.[47].

Ponadto pod rozwagę ustawodawcy poddać należy treść definicji legalnej czasu popełnienia czynu zabronionego, zawartą w art. 6 § 1 k.k. W związku z jej obowiązywaniem w polskim porządku prawnym (w postaci dwóch norm prawnych[48]), uzasadniony jawi się postulat, aby wprowadzony „czas popełnienia czynu" z art. 85 § 3 n.k.k. zastąpić „czasem popełnienia czynu zabronionego".

Nadto, jak na marginesie w przypisie 34 podniesiono, adekwatniejszym określeniem dla „kary odbywanej" z wprowadzonego art. 85 § 3 *in fine* n.k.k. byłoby wyrażenie „kara wykonywana", czyli to, które było użyte dotychczas.

Uwzględniając podniesione zastrzeżenia, niewpływające na ogólną ocenę analizowanego zagadnienia, art. 85 § 3 n.k.k. winien zawierać dwa przepisy prawne oddzielone kropką, które to przepisy uadekwatniałyby zakres zastosowania normy prawnej, nakazującej sądowi wymierzenie kary łącznej poprzez jego stosowne zawężenie – tj. „Jeżeli po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej sprawca popełnił przestępstwo, za które orzeczono karę tego samego rodzaju lub inną podlegającą łączeniu, orzeczona kara nie podlega łączeniu z karą wykonywaną w czasie popełnienia czynu zabronionego. Jeżeli kara wykonywana lub orzeczona, o której mowa w zdaniu poprzednim, stanie się następnie podstawą orzeczenia kary lub kar łącznych, zakaz łączenia kar odnosi się również do tej kary lub kar łącznych".

[47] Za przepis prawny uznać wszak należy „[...] zdanie w sensie gramatycznym (od kropki do kropki lub od kropki do średnika, lub od średnika do kropki) [...]" – zob. M. Zieliński, *Wykładnia...*, dz. cyt., s. 14.
[48] Zob. M. Nawrocki, *Czas popełnienia...*, dz. cyt., s. 62.

CORRECTIVE CHANGES IN THE MECHANISM OF AGGREGATE SENTENCE (ARTICLE 85 § 3 OF THE CRIMINAL CODE) IN THE LIGHT OF AMENDMENT OF THE CRIMINAL CODE OF 2016 – AN ASSESSMENT EFFORT.

Summary

The author completes an in-depth analysis of the corrective changes in the mechanism of aggregate sentence proposed by the Polish legislator in the draft of the Penal Code dated 8 January 2016. The aim of the article is to analyse the allegations raised in the legal doctrine relating to the doubtful wording of Article 85 § 3 of the Penal code from the point of view of the interpretation. The wording was determined by means of the so-called February Act which was enforced on 1 July 2015. The research tool used by the author to clarify the interpretation problems is the concept of the derivative interpretation of the law propagated in the theory of law as well as its proper terminology grid. The analysis aims at presenting the de lege ferenda postulate with regard to the literal wording of the amended legal regulations in a worded format, eliminating the interpretation-related doubts.

Key words: aggregate sentence, amendment, Penal Code, derivative concept law interpretation, law doctrine, Poznan-Szczecin School of Law Theory.

Bibliografia

- Gałązka M. [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, uwagi do art. 85 k.k., Warszawa 2015.
- Giezek J., *Kilka uwag o modyfikacji podstaw wymiaru kary łącznej* [w:] P. Wiliński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Warszawa 2015.
- Kardas P., *Kara łączna i ciąg przestępstw* [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015.
- Małecki M., *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary* [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015.
- Nawrocki M., *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014.
- Pohl Ł., *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2006, nr 1, s. 55–64.
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.
- Pohl Ł., [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, uwagi do art. 85 k.k., Warszawa 2015.
- Wróbel W., *Nowy model orzekania kary łącznej* [w:] W. Górowski i in (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2012.
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972.
- Ziembiński Z., *Przepis prawny a norma prawna*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1960, z. 1.
- Ziembiński Z., *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966.
- Ziembiński Z., *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974.
- Ziembiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Żółtek S., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 32–116*, uwagi do art. 85 k.k., Warszawa 2015.

Klaudia Mokrzewska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Mikołaja Kopernika

KILKA UWAG O POSTĘPOWANIU DOWODOWYM PRZED SĄDEM ODWOŁAWCZYM PO ZMIANACH KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Zmiany przepisów o postępowaniu odwoławczym w postępowaniu karnym, dokonane ustawą z dnia 27 września 2013 roku[1] oraz ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku[2], mają na celu zwiększenie funkcjonalności postępowania oraz wzmożenie aktywności stron, co związane jest z koncepcją kontradyktoryjnego procesu[3]. Znowelizowane postępowanie odwoławcze ma również, dzięki poszerzeniu możliwości reformatoryjnego orzekania przez sąd II instancji, zapewnić przyspieszenie postępowań sądowych. Z dążeniami tymi związane jest przekształcenie modelu postępowania odwoławczego, polegające na likwidacji dotychczasowych jego elementów charakterystycznych dla modelu kasatoryjnego i rewizyjnego oraz wprowadzeniu przepisów odpowiadających założeniom modelu apelacyjnego[4].

Model apelacyjny postępowania odwoławczego cechuje to, że sąd *ad quem* jest sądem merytorycznym, który ma uprawnienia do przeprowadzenia postępowania dowodowego i rozpoznania sprawy co do istoty oraz wydania orzeczenia bez przekazywania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji[5]. Aby urzeczywistnić apelacyjność postępowania odwoławczego, zmienić należało m.in. przepisy o dopuszczaniu i przeprowadzaniu dowodów przed sądem odwoławczym.

---

[1] Dz.U. 2013 poz. 1247 ze zm.
[2] Dz.U. 2015 poz. 396.
[3] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870/VII, s. 91–93 (dalej: druk sejmowy nr 870/VII).
[4] Tamże, s. 94.
[5] A. Kaftal *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 14; P. Hofmański, *System prawa karnego procesowego*, t. 3, cz. 2, *Zasady procesu karnego*, Warszawa 2014, s. 1665–1666.

W obowiązującym do 30 czerwca 2015 roku stanie prawnym, postępowanie dowodowe sąd II instancji mógł przeprowadzić w wyjątkowych wypadkach, kiedy uznał potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego, a przeprowadzenie dowodu przyczyniało się do przyspieszenia postępowania i nie zachodziła konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości lub w znacznej części. Sąd *ad quem* nie mógł jednak przeprowadzać postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Wskazane powyżej ustawy nowelizacyjne wprowadziły zmiany umożliwiające sądowi odwoławczemu przeprowadzanie postępowania dowodowego na rozprawie apelacyjnej, co umożliwić ma reformatoryjne orzekanie w sprawie.

Regulacje zawarte w § 1 i § 2 art. 452 k.p.k. do 30 czerwca 2015 roku były rozbieżne, stanowiły bowiem, że sąd nie może przeprowadzać postępowania dowodowego co do istoty sprawy i że może je przeprowadzić w wyjątkowych wypadkach, co powodowało trudności w ich interpretacji[6]. Wielokrotnie wykładni tego przepisu dokonywał Sąd Najwyższy, stwierdzając, że zakaz wypływający z § 1 art. 452 k.p.k. dotyczy jedynie całego postępowania dowodowego, a nie poszczególnych dowodów, oraz wskazując, że nie należy przed sądem odwoławczym przeprowadzać niejako po raz pierwszy dowodów kluczowych w danej sprawie, ale jednocześnie nie oznacza to, że sąd II instancji przeprowadzić może tylko dowody drugorzędne czy o mniej istotnym dla rozstrzygnięcia znaczeniu[7]. Artykuł 1 pkt 159 lit. a ustawy z dnia 27 września 2013 roku uchylił § 1 art. 452 k.p.k. stanowiący o zakazie przeprowadzania postępowania dowodowego przez sąd II instancji co do istoty sprawy. Zmiana ta weszła w życie 1 lipca 2015 roku i od tego dnia możliwe jest przeprowadzanie w postępowaniu apelacyjnym dowodów ścisłych[8].

Artykuł 1 pkt 159 lit. b ustawy nowelizacyjnej z 27 września 2013 roku wprowadził nowe brzmienie treści § 2 art. 452 k.p.k. Zgodnie z tą zmianą, art. 452 § 2 k.p.k. stanowił, że sąd odwoławczy, uznając potrzebę uzupełnienia

[6] W. Juchacz, *Kilka uwag na temat postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym po zmianach obowiązujących od 1 lipca 2015 r.,* Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej 2015, nr 3, s. 28.

[7] Por. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21.01.2015 r., V KK 371/14, nr LEX 1652423; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.10.2014 r., II AKa 2/14, nr LEX 1630516; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5.11.2013 r., III KK 217/13, nr LEX 1396085; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.03.2012 r., V KK 262/11, nr LEX 1157590.

[8] S. Steinborn, *Postępowanie dowodowe w instancji apelacyjnej w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2, s. 150.

przewodu sądowego, przeprowadza dowody na rozprawie, jeżeli przyczyni się to do przyspieszenia postępowania, a nie jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości, oraz że dowody dopuścić można również przed rozprawą. Przepis ten zakreślał granice uprawnień sądu *ad quem*, dotyczące przeprowadzania postępowania dowodowego. Przed nowelizacją § 2 art. 452 k.p.k. sąd II instancji mógł przeprowadzić dowód na rozprawie w wyjątkowych wypadkach, kiedy uznał potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego i jeżeli przeprowadzenie dowodu przyczyniało się do przyspieszenia postępowania i nie wiązało się z koniecznością przeprowadzania na nowo przewodu w całości lub w znacznej części. W tym brzmieniu art. 452 § 2 k.p.k. poszerzał więc zakres możliwości przeprowadzenia dowodów na rozprawie apelacyjnej. Sąd odwoławczy nie byłby bowiem ograniczony „wyjątkowymi wypadkami", uzasadniającymi przeprowadzenie dowodu, ani zakazem przeprowadzania dowodów, które byłyby ponowieniem przewodu w znacznej części. Zwraca uwagę również imperatywna forma zwrotu „sąd […] przeprowadza dowody" zastępująca słowa „sąd odwoławczy może […] przeprowadzić dowód", której użycie wskazuje na powstanie obowiązku sądu II instancji do przeprowadzenie dowodu w sytuacji, kiedy spełnione zostaną pozostałe przesłanki z art. 452 § 2 k.p.k.[9] W związku z tym sąd odwoławczy nie mógłby wydać reformatoryjnego orzeczenia jedynie w przypadku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości.

Rozwiązanie zawarte w tak sformułowanym § 2 art. 452 k.p.k. nie korespondowało w pełni ze zmianą wprowadzoną równolegle, czyli ze znowelizowanym art. 167 Kodeksu postępowania karnego[10]. Do 30 czerwca 2015 roku art. 167 k.p.k. stanowił, że dowody przeprowadza się na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 k.p.k. albo z urzędu. Ustawą z dnia 27 września 2013 roku uregulowano art. 167 k.p.k. odmiennie, wprowadzając w postępowaniu sądowym zasadę przeprowadzania dowodów przez stronę, która zainicjowała proces oraz która wnioskowała o ich dopuszczenie i przeprowadzenie. Zgodnie z tym przepisem, jedynie

[9] Tamże, s. 150.

[10] S. Pawelec, A. Komar, *Zakres postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym. Uwagi* de lege lata *i* de lege ferenda [w:] *Postępowanie dowodowe w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, pod red. A. Lacha, Toruń 2014, s. 201, za: S. Steinborn *Ekspertyza prawna projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego, ustawy kodeks karny i niektórych innych ustaw*, A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego, ustawy kodeks karny i niektórych innych ustaw.*

w wypadkach wyjątkowych, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami lub w razie niestawiennictwa strony wnioskującej o przeprowadzenie dowodu, jest on, w granicach tezy dowodowej, przeprowadzany przez sąd. W pierwszej kolejności zatem strony zadają pytania przesłuchiwanym osobom oraz prezentują dowody rzeczowe, sąd natomiast przeprowadza dowody dopuszczone z urzędu. Zachodziła więc rozbieżność między znowelizowanymi art. 167 i art. 452 § 2 k.p.k. – pierwszy z nich zezwalał na przeprowadzanie przez sąd dowodów w wyjątkowych wypadkach, w drugim zaś ustawodawca zrezygnował z tej przesłanki dopuszczalności przeprowadzenia dowodu na rozprawie apelacyjnej, umożliwiając sądowi *ad quem* szerokie dopuszczanie w postępowaniu odwoławczym dowodów ścisłych, przeprowadzanych w celu wyjaśnienia istoty sprawy. Jak twierdzi S. Pawelec, takie sformułowanie § 2 art. 452 k.p.k., wyznaczające szersze granice kompetencji dotyczących przeprowadzania postepowania dowodowego dla sądu odwoławczego niż sądu I instancji, stanowić może „dodatkową gwarancję sprawiedliwości proceduralnej, wyrażającą się przede wszystkim w poszanowaniu zasady prawdy materialnej"[11].

Odpowiedzią na powyższe wątpliwości przedstawicieli doktryny była kolejna zmiana § 2 art. 452 k.p.k. Artykuł 12 pkt 1 lit. zm. ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku znowelizował art. 1 pkt 159 lit. b ustawy z dnia 27 września 2013 roku, nadając § 2 art. 452 k.p.k. nowe brzmienie. Od 1 lipca 2015 roku obowiązuje więc art. 452 § 2 k.p.k. w wersji nadanej ustawą z 20 lutego 2015 roku. Stanowi on, że sąd odwoławczy dopuszcza dowody na rozprawie, jeżeli nie jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości oraz że dowody można dopuścić również przed rozprawą. Zmianie ulega więc, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z założeń kontradyktoryjnego procesu, sposób przeprowadzania dowodów na rozprawie apelacyjnej. Sąd jedynie dopuszcza dowody, a przeprowadzają je strony. Stwierdzić zatem należy, że postępowanie dowodowe może być przeprowadzone przez sąd odwoławczy z urzędu jedynie, jeżeli uzna on taką potrzebę, co zgodnie z treścią art. 167 k.p.k. nastąpić może tylko w wyjątkowych wypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami lub w razie niestawiennictwa strony, na wniosek której dowód został dopuszczony[12].

[11] Tamże, s. 202.
[12] W. Juchacz, *Kilka uwag...*, dz. cyt., s. 30–31.

Postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym dotyczą również wprowadzone ustawą z dnia 27 września 2013 roku oraz ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku zmiany m.in. art. 427 k.p.k., art. 447 k.p.k. oraz art. 454 k.p.k. Zgodnie ze znowelizowanym art. 427 k.p.k. odwołujący może w środku odwoławczym wskazać nowe fakty lub dowody, jeżeli nie mógł powołać ich w postepowaniu przed sądem I instancji. W postępowaniu wszczętym z inicjatywy strony nie może ona jednak podnieść zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo braku wniosku w tym przedmiocie ani zarzutu naruszenia przepisów dotyczących aktywności sądu przy przeprowadzaniu dowodów, w tym przeprowadzania dowodów poza zakresem tezy dowodowej (art. 427 § 4 k.p.k.). Zgodnie z dodanym § 5 art. 427 k.p.k., § 4 nie stosuje się, jeżeli przeprowadzenie dowodu jest obowiązkowe.

Nowelizacja art. 447 k.p.k., przewidziana w ustawie z dnia 27 września 2013 roku, nie weszła w życie 1 lipca 2015 roku, zastąpiona bowiem została przez zmianę tego przepisu, której dokonano w ustawie z 20 lutego 2015 roku. Zgodnie z tą reformą, art. 447 k.p.k. stanowi, że apelację co do winy uważa się za zwróconą przeciwko całości wyroku, apelację co do kary uważa się za zwróconą przeciwko całości rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych, a apelację co do środka karnego uważa się za zwróconą przeciwko całości rozstrzygnięcia o środkach karnych. W art. 447 k.p.k. wskazano także, że zaskarżyć można również brak rozstrzygnięcia w przedmiocie środka karnego oraz że w apelacji podnosić można zarzuty, które nie stanowiły lub nie mogły stanowić przedmiotu zażalenia. W § 5 art. 447 k.p.k. zawarto przepis stanowiący, że podstawą apelacji nie mogą być zarzuty określone w art. 438 pkt 3 i 4, związane z treścią zawartego porozumienia, o którym mowa w art. 343, art. 343a i art. 387 Kodeksu postępowania karnego.

Ustawa z 27 września 2013 roku wprowadziła znaczące zmiany dotyczące reguł *ne peius*, którymi związany jest sąd odwoławczy. Przepis art 454 k.p.k. ograniczał bowiem możliwość orzekania na niekorzyść oskarżonego przez sąd *ad quem* w wypadku uznania apelacji wniesionej na jego niekorzyść za zasadną[13]. Do 30 czerwca 2015 roku, zgodnie z art. 454 §1 k.p.k., sąd odwoławczy nie mógł skazać oskarżonego uniewinnionego w pierwszej instancji lub co do którego w pierwszej

[13] Tamże, s. 38.

instancji umorzono lub warunkowo umorzono postępowanie. Sąd II instancji mógł orzec surowszą karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmieniał ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, nie mógł jednak zaostrzyć kary poprzez orzeczenie dożywotniego pozbawienia wolności (art. 454 § 2 i § 3 k.p.k.). W związku z poszerzeniem zakresu przeprowadzania przez sąd odwoławczy postępowania dowodowego i możliwości reformatoryjnego orzekania na podstawie nowych ustaleń faktycznych, zmianie uległ art. 454 k.p.k. Zmiany tej dokonano poprzez uchylenie § 2 tego artykułu. Dlatego też od 1 lipca 2015 roku sąd II instancji może orzekać o surowszej karze dla oskarżonego niż sąd I instancji, nawet jeśli zmienia ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę wyroku sądu *a quo*.

Skreślenie § 2 art. 454 k.p.k. i poszerzenie możliwości przeprowadzania postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym na podstawie znowelizowanego § 2 art. 452 k.p.k. skłaniają do przyjęcia, że zmianie ulega model postępowania odwoławczego, które przybiera po 1 lipca 2015 roku charakter kontrolno-rozpoznawczy. Twierdzenie to uzasadnia zbliżenie modelu postępowania sądowego w obu instancjach[14].

Uchwalona 11 marca 2016 roku ustawa o zmianie ustawy – Kodeksu postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[15], której wejście w życie zaplanowano na 15 kwietnia 2016 roku, jest kolejną nowelizacją przepisów k.p.k., w tym dotyczących postępowania odwoławczego. Ustawa ta nie zmienia jednak modelu postępowania odwoławczego, pozostawia w mocy rozwiązania umożliwiające reformatoryjne orzekanie sądu *ad quem*, w związku z czym sąd II instancji nadal posiada uprawnienie do przeprowadzania postępowania dowodowego, nawet w znacznej części[16].

Zgodnie z art. 1 pkt 117 niniejszej ustawy, od 15 kwietnia br. obowiązywać będzie art. 452 2 k.p.k. w nowym brzmieniu, stanowiący, że sąd odwoławczy oddala wniosek dowodowy, jeżeli przeprowadzenie dowodu przez ten sąd byłoby

[14] S. Steinborn, *Postępowanie dowodowe*..., dz. cyt., s. 153.

[15] Ustawa ta została przyjęta przez Sejm 11.03.2016 roku i w momencie oddawania niniejszego artykułu skierowana została do Senatu, druk sejmowy nr 207/VIII.

[16] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 207/VIII, s. 7–10 (dalej: druk sejmowy nr 207/VIII).

niecelowe z przyczyn określonych w art. 437 § 2 zdanie drugie. Przyczyną oddalenia wniosku dowodowego przez sąd odwoławczy będzie więc konieczność uchylenia przez ten sąd zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w wypadku wystąpienia przesłanek z art. 439 § 1 oraz art. 454 k.p.k. lub przeprowadzenia przewodu ponownie w całości. Jak wskazano w uzasadnieniu, nowelizacja art. 452 § 2 k.p.k. wynika z „konieczności wyartykułowania specyficznej przesłanki oddalenia wniosku dowodowego"[17], jaką jest niecelowość przeprowadzania postępowania dowodowego, kiedy zachodzą przesłanki uchylenia zaskarżonego postępowania i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Nowe brzmienie tego przepisu nie zmienia więc zakresu uprawnień sądu *ad quem* w zakresie dopuszczania i przeprowadzania dowodów podczas postępowania odwoławczego. Nadal przed sądem II instancji toczyć się będzie mogło postępowanie dowodowe, jeżeli będzie się to wiązać z częściowym ponowieniem przewodu i będzie to niezbędne dla wydania reformatoryjnego orzeczenia.

Z dniem 15 kwietnia 2016 roku zmianie ma ulec kolejny ważny ze względu na zakres uprawień sądu odwoławczego w zakresie przeprowadzania postępowania dowodowego na rozprawie apelacyjnej przepis, mianowicie art. 167 Kodeksu postępowania karnego. Przywoływana wyżej ustawa z dnia 11 marca 2016 roku znowelizowała jego brzmienie. Zgodnie z art. 1 pkt 33 niniejszej ustawy, art. 167 k.p.k. stanowi, że dowody przeprowadza się na wniosek stron albo z urzędu. Zmiana ta stanowi więc odwrócenie reformy art. 167 k.p.k., dokonanej ustawą z dnia 27 września 2013 roku i ograniczającej możliwość przeprowadzania dowodów przez sąd z urzędu[18]. Obowiązujący od 1 lipca 2015 roku art. 167 k.p.k., zgodnie z założeniami całej nowelizacji z 2013 roku, aktywizować miał strony kontradyktoryjnego procesu do podejmowania czynności dowodowych[19]. Obecna chęć przywrócenia sądowi uprawnienia do przeprowadzania dowodów z urzędu związana jest ze wzmocnieniem akcentów inkwizycyjności w postępowaniu jurysdykcyjnym, co motywowane ma być przez trudność czy wręcz niemożność osiągnięcia prawdy materialnej w kontradyktoryjnym modelu procesu karnego[20]. Nowelizacja art. 167 Kodeksu postępowania karnego implikuje również zmianę sposobu przeprowadzania dowodów na rozprawie, także apelacyjnej. Ponownie, tak jak przed nowelizacją

[17] Tamże, s. 10.
[18] Tamże, s. 2–3.
[19] Druk sejmowy nr 870/VII, s. 5–6.
[20] Druk sejmowy nr 207/VIII, s. 2–4.

przyjętą w 2013 roku, dowody przeprowadzane będą przez sąd, co projektodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy kodeksu postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw nazywa „konsekwencją odejścia od priorytetowego znaczenia inicjatywy dowodowej stron"[21].

Artykuł 1 pkt 106 lit. b ustawy z 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw uchyla § 4 i § 5 art. 427 k.p.k., natomiast art. 1 pkt 106 lit. a zmienia treść § 1 i § 2 art. 427 k.p.k. Znowelizowane § 1 i § 2 art. 427 k.p.k. ograniczają obowiązek wskazania zarzutów stawianych zaskarżonemu rozstrzygnięciu tylko do sytuacji, gdy środek odwoławczy wnoszony jest przez oskarżyciela publicznego, obrońcę lub pełnomocnika, co likwiduje podobny obowiązek ciążący na odwołującej się stronie po nowelizacji z 2013 roku.

Obecnie obowiązujące brzmienie art. 447 k.p.k. zostaje prawie w całości utrzymane po reformie, mającej nastąpić z dniem 15 kwietnia 2016 roku. Zmianie ulegnie jedynie § 3 art. 447 k.p.k., który po wejściu w życie ustawy z 11 marca 2016 roku wskazywał będzie, że apelację co do środka karnego, środka kompensacyjnego albo przepadku uważa się za zwróconą odpowiednio przeciwko całości rozstrzygnięcia o środkach karnych albo o środkach kompensacyjnych, albo o przepadku. Określenie poszczególnych elementów orzeczenia, co do których wnoszone będzie odwołanie, i skutki wniesienia takich skarg są zatem w nowym brzmieniu § 3 art. 447 k.p.k. wskazane w większej liczbie niż dotychczas, obecnie bowiem art. 447 § 3 k.p.k. wymienia jedynie skutek wniesienia apelacji co do środka karnego.

Kolejne ustawy nowelizacyjne wprowadziły i utrzymały w mocy przepisy pozwalające sądowi odwoławczemu na przeprowadzanie postępowania dowodowego w zakresie szerszym niż miało to miejsce przed reformami. Przyjąć jednak należy, że postępowanie dowodowe przeprowadzane przez sąd II instancji ma nadal charakter wyjątkowy i służyć może jedynie uzupełnieniu przewodu sądowego i ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd *a quo*. Sąd odwoławczy nie może

[21] Tamże, s. 3.

bowiem zastępować sądu I instancji[22]. Wiąże się to z zagadnieniem konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego, zgodnie z którą strona powinna mieć możliwość wniesienia środka zaskarżenia od decyzji sądu do wyższej instancji, oraz w myśl której rozpoznawanie sprawy w drugiej instancji powierzyć należy sądowi wyższego szczebla[23]. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 lipca 2009 roku wskazał również, że „zasada dwuinstancyjności zapewnia kontrolę rozstrzygnięcia podejmowanego przez sąd pierwszej instancji przez dwukrotną ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz kontroli prawidłowości stanowiska zajętego przez sąd pierwszej instancji"[24]. Natomiast w wyroku z dnia 12 czerwca 2002 roku Trybunał orzekł, że zasada dwuinstancyjności postępowania jako „gwarancja proceduralnej kontroli postępowania sądowego służy zapobieganiu pomyłkom i arbitralności decyzji podejmowanych w pierwszej instancji"[25]. W literaturze dokonano odmiennych ocen zgodności nowego modelu postępowania odwoławczego z konstytucyjną zasadą dwuinstancyjności. A. Potulicka wskazuje, że możliwość wydania przez sąd odwoławczy orzeczenia reformatoryjnego, dla którego podstawą będą nowo przeprowadzone dowody i zmienione ustalenia faktyczne, może ograniczyć prawo strony do dwuinstancyjnego rozpoznania sprawy, ponieważ wyrok sądu *ad quem* i poczynione przez niego ustalenia faktyczne, z uwagi na brak III instancji, nie mogą być zweryfikowane w toku postępowania[26]. S. Pawelec i A. Komar wskazują natomiast na inne rozumienie zasady dwuinstancyjności postępowania przyjmując, że zgodnie z jej znaczeniem formalnym dokonywanie zmian w zakresie ustaleń faktycznych przez sąd odwoławczy nie narusza zasady dwuinstancyjności. Uznają oni, że konstytucyjna zasada dwuinstancyjności stanowi o dwukrotnej możliwości oceny stanu faktycznego i stanu prawnego sprawy oraz kontroli przez sąd odwoławczy prawidłowości stanowiska sądu *a quo*, ale nie oznacza ona konieczności badania każdego ustalenia w obu instancjach, dlatego należy przyjąć, że zasada dwuinstancyjności nie jest przeszkodą dla przeprowadzania przez sąd odwoławczy postępowania dowodowego i reformatoryjnego orzekania[27].

---

[22] P. Mirek, *Nowy model postępowania dowodowego przed sądem II instancji – aspekty praktyczne nowelizacji art. 452 k.p.k.*, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2014 nr 2, s. 50.

[23] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13.07.2009 roku, SK 46/08, nr LEX 505804.

[24] Tamże.

[25] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.06.2002 roku, P 13/01, nr LEX 54902.

[26] A. Potulicka, *Problematyka dwuinstancyjności postępowania w nowym modelu postępowania odwoławczego*, Wrocławskie Studia Sądowe 2014, nr 2, s. 98–99.

[27] S. Pawelec, A. Komar, *Zakres postępowania…*, dz. cyt., s. 200–201.

Kolejne nowelizacje Kodeksu postępowania karnego mają na celu przyspieszenie postępowania sądowego i jego funkcjonalne usprawnienie. Wydaje się jednak, że upłynął zbyt krótki czas od pierwszej z nich, aby rzetelnie ocenić skuteczność wprowadzonych przez nią zmian. Mimo to ustawodawca zdecydował o następnej reformie kodeksu, która objęła swym zasięgiem wiele aspektów postępowania karnego na każdym z jego etapów. Praktyka sądowa pokaże, czy najnowsze zmiany okażą się efektywne i zapewnią przyspieszenie postępowań karnych z zachowaniem wszelkich gwarancji procesowych.

A FEW REMARKS ABOUT EVIDENTIARY HEARING IN COURTS OF APPEALS FOLLOWING AMENDMENTS TO THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE.

Summary

The author analyzes amendments of evidentiary hearing in the Code of Criminal Procedure. The article focuses especially on the new wording of Article 452 and Article 167 Code of Criminal Procedure, in forms presented in the Act of 27 September 2013 and the Act of 11 March 2016. Discussed amendments indicates a change to the model of appeal proceeding and it mean that appeal courts will be able to conduct evidentiary hearing in almost every case. We will see if these amendments will achieve their goals and expedite court proceedings.

Key words: criminal procedure, amendments of code of criminal procedure, evidentiary hearing.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2013 poz. 1247 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015 poz. 396.
- Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 207/VIII.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870/VII.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 207/VIII.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., V KK 262/11, nr LEX 1157590.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2013 r., III KK 217/13, nr LEX 1396085.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 r., V KK 371/14, nr LEX 1652423.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 października 2014 roku, II AKa 2/14, nr LEX 1630516.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lipca 2009 roku, SK 46/08, nr LEX 505804.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2002 roku, P 13/01, nr LEX 54902.

Opracowania:

- Hofmański P., *System prawa karnego procesowego,* t. 3, cz. 2, *Zasady procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Juchacz W., *Kilka uwag na temat postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym po zmianach obowiązujących od 1 lipca 2015 r.*, Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej 2015, nr 3.
- Kaftal A., *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972.
- Mirek P., *Nowy model postępowania dowodowego przed sądem II instancji – aspekty praktyczne nowelizacji art. 452 k.p.k.*, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2014, nr 2.
- Pawelec S., Komar A., *Zakres postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym. Uwagi de* lege lata *i* de lege ferenda [w:] A. Lach (red.), *Postępowanie dowodowe w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Toruń 2014.
- Potulicka A., *Problematyka dwuinstancyjności postępowania w nowym modelu postępowania odwoławczego*, Wrocławskie Studia Sądowe 2014, nr 2.
- Steinborn S., *Postępowanie dowodowe w instancji apelacyjnej w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2.

Zuzanna Witek
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Wrocławski

BEZSTRONNOŚĆ SĘDZIOWSKA ORAZ JEJ NARUSZANIE PRZEZ SĘDZIÓW TRYBUNAŁÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Sądownictwo międzynarodowe jest uważane za najbardziej obiektywny i skuteczny sposób rozwiązywania sporów międzynarodowych[1]. Można zatem postawić hipotezę, że to od bezstronnych i niezależnych sędziów zależy efektywne funkcjonowanie międzynarodowej judykatury oraz stopień zaufania społeczności międzynarodowej wobec wydawanych orzeczeń. Jak słusznie zauważył José Gustavo Guerrero, pierwszy prezydent Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości: „To od sumienia sędziów zależy sprawiedliwość orzeczeń sądowych"[2].

Pojęcie bezstronności sędziowskiej budzi wiele kontrowersji, zarówno w doktrynie prawnej, jak i w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych. Bezstronność sędziowska, mimo że stanowi podstawę funkcjonowania sądownictwa międzynarodowego, nie posiada definicji legalnej[3]. Trudność ustalenia jednolitej wykładni tego pojęcia spowodowana jest wielością międzynarodowych organów judykatury, w których bezstronność interpretowana jest bardzo niejednoznacznie. W związku z tym, że bezstronność to pojęcie nieostre i niedookreślone, wymaga-

[1] K. Oellers-Frahm, *International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators* [w:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law 2013, s. 1.

[2] Przemowa prezydenta Międzynarodowego Trybunału sprawiedliwości José Gustavo Guerrero na inauguracyjnym posiedzeniu Trybunału dnia 18.04.1946 r., *ICJ Yearbook 1946–1947*, s. 38.

[3] Znaczna część funkcjonujących obecnie stu dwudziestu pięciu sądów o zasięgu międzynarodowym zawarła w swoich statutach przepis o wymogu utrzymania przez sędziego bezstronności, często używa tego terminu i nawiązuje do niego, w większości nie precyzując jednak definicji legalnej tego pojęcia.

jące głębszej i kompleksowej analizy, najczęściej znaczenie prawne bezstronności ustalane jest przez każdy trybunał z osobna, przede wszystkim na podstawie interpretacji przepisów statutowych, wewnętrznych regulaminów i kodeksów etyki sędziowskiej, a także w oparciu o treść odpowiedzi na liczne wnioski o wyłączenie sędziego od orzekania ze względu na podejrzenie lub zarzut naruszenia bezstronności. Pojęcie bezstronności sędziowskiej jest również przedmiotem zainteresowania poszczególnych przedstawicieli doktryny, którzy podejmują próbę konstrukcji uniwersalnej definicji bezstronności sędziowskiej nie tylko w oparciu o treść aktów prawnych czy też określonych nurtów jurysprudencji, a również na podstawie dorobku badań nauk społecznych dotyczących tej materii, w szczególności zaś socjologii i psychologii.

Specjalistyczna literatura przedmiotu dopiero od niedawna przygląda się konceptualizacji bezstronności sędziowskiej, a ważniejsze konferencje prawnicze bardziej krytycznie spoglądają na sposób orzekania sędziów. Jeszcze piętnaście lat temu, ze względu na niezaprzeczalny autorytet sędziów zasiadających w trybunałach, społeczność międzynarodowa skupiała swą uwagę wyłącznie na wartości merytorycznej wydanych orzeczeń, niemalże w ogóle nie badając czynników, które na te orzeczenia wpływały.

Na przestrzeni ostatnich lat, ze względu na coraz większą rolę sądownictwa międzynarodowego, dyskusje prawne na temat bezstronności sędziowskiej oraz przypadków jej naruszania odbywają się znacznie częściej. Mimo tej pozytywnej tendencji i coraz częstszych badań nad mechanizmami działania wymiaru sprawiedliwości, i tak kwestia bezstronności sędziowskiej powinna w większym stopniu zainteresować międzynarodowych teoretyków prawa, a przede wszystkim tych, którzy nie widzą przyszłości bez niezależnie i bezstronnie działających organów rozwiązywania sporów międzynarodowych.

Wymaga podkreślenia fakt, że coraz częściej rozważania teoretyków prawa mają za przedmiot bezstronność sędziowską (pojęcie) widzianą w ramach prawnych (zasada). Zasada bezstronności sędziowskiej, jej naruszenie oraz czynniki wpływające na stronnicze zachowania sędziów zostały opisane głównie w zagranicz-

nej, zwłaszcza amerykańskiej[4], literaturze przedmiotu. Jak dotąd na polskim rynku prawniczym nie pojawiła się ani jedna pozycja, która w sposób całościowy poruszałaby problem bezstronności sędziów zasiadających w sądach międzynarodowych.

W niniejszej pracy przedstawiam najważniejsze źródła pojęcia bezstronności sędziowskiej, w tym, *a contrario*, pojęcia stronniczości sędziowskiej, co ma stanowić podstawę do dalszych badań dotyczących wykształcenia się zasady bezstronności sędziowskiej w judykaturze międzynarodowej, a następnie analizy czynników, które na naruszenie tejże zasady wpływają.

Wykładni pojęcia bezstronności sędziowskiej dokonałam w oparciu o dorobek poszczególnych nurtów doktrynalnych, w szczególności zaznaczając skrajnie różnorodną wykładnię tego pojęcia. Następnie poddam analizie treść obowiązujących aktów prawnych Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS), Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK) oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Wybór tych trzech konkretnych trybunałów uzasadniam ich widoczną rozbieżnością pod względem liczby rozpatrywanych spraw, przedmiotu jurysdykcji oraz odrębnością podmiotów, które występują jako strony w postępowaniu przed konkretnym trybunałem. W uzasadnionych okolicznościach odnoszę się również do regulacji prawnych innych trybunałów o zasięgu międzynarodowym, w szczególności Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza (MTPM), Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (ICTY), Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (ICTR) oraz Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone (SCSL). Pojęcie bezstronności sędziowskiej zbadam również w oparciu o treść orzeczeń wydanych przez wyżej wymienione trybunały oraz odpowiedzi na wnioski o wyłączenie sędziego z tytułu podejrzenia lub zarzutu naruszenia bezstronności sędziowskiej.

Celem niniejszej pracy jest zbadanie pojęcia bezstronności sędziowskiej na podstawie wyżej wskazanych źródeł, a następnie próba konstrukcji uniwersalnej definicji pojęcia bezstronności sędziowskiej, która w mojej ocenie może być postrze-

[4] V. E. Voeten, *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, American Science Review 2008, Vol. 102, nr 4; A. M. Smith, *„Judical Nationalism" in International Law: National Identity and Judicial autonomy at the ICJ*, Texas International Law Journal 2005, Vol. 40:197, UT Law Publications i in.

gana jako jedna z najważniejszych – jeśli nie najważniejsza – zasada rzetelnego procesu w trybunałach międzynarodowych.

1. Próba zdefiniowania pojęcia bezstronności sędziowskiej

1.1 Doktryna

Mimo częstotliwości, z jaką teoretycy prawa nawołują sędziów trybunałów międzynarodowych do orzekania w sposób bezstronny, bardzo mało uwagi poświęcają oni doktrynalnej analizie tego pojęcia. Bezsprzeczne jest, że z prawnego punktu widzenia bezstronność jest koncepcją niezwykle trudną do wyrażenia. Za każdym razem używanie pojęcia bezstronności wymaga doprecyzowania „do czego", „do kogo" lub „wobec czego" bezstronność ta ma się odnosić.

Według powszechnych założeń doktrynalnych przyjmuje się, że samo pojęcie bezstronności sędziowskiej oznacza brak przychylności lub uprzedzeń wobec stron postępowania ze strony jednego sędziego lub składu sędziowskiego jako całości. Obecność w składzie nawet jednego stronniczego sędziego może doprowadzić do naruszenia wymogu zachowania bezstronności, nawet jeżeli nie ma żadnych przesłanek do podania w wątpliwość bezstronności pozostałych lub większości pozostałych sędziów[5]. Bezstronność, z subiektywnego punktu widzenia, może być wykazana, gdy relacja sędziego z żadną ze stron procesowych nie objawia się indywidualnym i silniejszym związkiem[6]. Bezstronność, wedle definicji obiektywnej, stanowi już sam brak jakichkolwiek negatywnych przesłanek podważających jej automatyczne domniemanie.

Klasyczne debaty jurysprudencji pomiędzy Herbertem Hartem a Lonem Fullerem na temat bezstronności sędziowskiej jako ważnego elementu rządów prawa, ukazują znaczną rozbieżność w postrzeganiu tego pojęcia. H. Hart uważał, że bezstronność sędziowska powinna być wyrażana poprzez ważenie i balansowanie konkurencyjnych interesów obu stron w procesie oraz rozpatrywanie sprawy tylko na podstawie obowiązujących reguł i przepisów prawnych[7]. Natomiast

[5] ETPC, *sprawa Sander v. Wielka Brytania*, sygnatura sprawy 19187/91, orzeczenie z 17.12.1996 r.
[6] D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Podręczniki Praw Człowieka Rady Europy, Strasburg 2012, s. 41.
[7] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, s. 205.

L. Fuller twierdził, że bezstronność wyraża się w sytuacji, gdy sędzia faktycznie pozostaje neutralny w stosunku do pewnych stanowisk moralnych wbudowanych w prawo materialne, które chce aplikować, gdyż funkcja sędziowska wymaga wierności wobec „moralności wewnętrznej prawa" w ocenie obowiązywania przepisów[8]. Fuller uważał, że do etosu zawodu sędziego należy zachowanie bezstronności wobec zewnętrznych celów prawa i oddanie w sprawie „moralności endogenicznej prawa"[9].

Trudności w doktrynalnym zdefiniowaniu pojęcia bezstronności sędziowskiej sugerują, że nie może być ono rozumiane wyłącznie na podstawie jednego, nadrzędnego normatywnego twierdzenia, a powinno ono być rozumiane na podstawie takiego kontekstu, w jakim jest wywołane[10].

Wobec sędziów bezstronność powinna być wymagana w ramach zasady zachowania niezależności sądownictwa, co oznacza, że powinni oni działać niezależnie od wszystkich zewnętrznych czynników, wpływów i presji oraz orzekać tylko na podstawie przepisów obowiązującego prawa i własnego poczucia słuszności. Co więcej, sędzia powinien orzekać wyłącznie na podstawie faktów przedstawionych przez procesujące się strony, dowody przez nie przedstawiane traktować tak samo, a orzeczenie oprzeć na odpowiednich regulacjach prawnych i wnioskach podniesionych przez strony wyłącznie w czasie toczącego się postępowania[11].

Według Ronalda Dworkina, bezstronność oznacza równe traktowanie wszystkich stron, to znaczy wyłącznie na podstawie ich zobowiązań i należnych im praw, a nie czynników niezwiązanych z ich zobowiązaniami i prawami[12]. Dla konstruktywistów bezstronność rozróżnia to, co wewnątrz prawa, od tego, co na zewnątrz prawa, czyli tego, co powiązane jest z polityką[13]. Racjonalni instytucjonaliści podkreślają, że bezstronne rozwiązywanie sporów międzynarodowych oraz przekazywanie bezstronnych informacji na ich temat to pojęcie odnoszące się do

[8] L. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven–London 1969, s. 130.
[9] Tamże.
[10] W. Lucy, *The Possibility of Impartiality*, Oxford Journal of Legal Studies 2005, s. 5.
[11] T. Meron, *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, American Journal of International Law 2006, s. 359.
[12] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA 1977.
[13] Ch. Reus-Smit, *The Politics of International Law*, Cambridge 2004, s. 14–44.

wymaganego zachowania sędziego podczas rozpatrywania sporu, które pozwala państwom kontynuować tworzenie wspólnych strategii, pomagających zawierać wiarygodne zobowiązania[14]. Natomiast według Jeffreya M. Shamana, pewna doza rezerwy oraz obojętności powinna być cechą bezstronnego sędziego, gdyż, jak twierdził, zbyt wielkie zaangażowanie może prowadzić do mniej oczekiwanych rezultatów[15]. Zalecenia pozostania bezstronnym wobec sędziów teoretycy wymienionych nurtów mieli te same, jednak samo pojęcie bezstronności u uczonych miało całkiem inne znaczenie.

Pomijając powszechny konsensus, że bezstronność jest kluczowym czynnikiem efektywnego sądownictwa międzynarodowego, nie ma zgody, czy i w jakich okolicznościach sędziowie międzynarodowi faktycznie mogą być postrzegani jako niestronniczy arbitrzy, którzy, orzekając w danej sprawie, wypełnili wszystkie przesłanki „pozostawania bezstronnym". Problem wiąże się z faktem, że „czysta bezstronność" jest pewną ideą, pewnym założeniem, które nigdy nie jest w pełni realizowane, choćby dlatego, że każdy sędzia to człowiek, który mimo piastowania urzędu nadal posiada emocje, pewną wiedzę o otaczającym go świecie, własne doświadczenia, które nie znikają podczas orzekania[16].

Teoretycy prawa odnoszą się również do pojęcia bezstronności w kontekście psychologicznym, oznaczającym pierwotny brak jakichkolwiek zależności w stosunku do przedmiotu postępowania. W tym aspekcie znaczące są czynniki związane z tożsamością sędziego, tj. wewnętrzne przekonania, tendencje i system wartości, a także preferencje kulturowe czy też wpływ wykształcenia i kultury prawnej. Z psychologicznego punktu widzenia pożądana jest sytuacja, w której sędzia nie posiada określonych, wyrazistych poglądów politycznych na korzyść jednej ze stron, nie ma żadnych powiązań rasowych, etnicznych oraz religijnych ze stroną. Po trzecie, bezstronność w ujęciu psychologicznym oznacza podejście do sprawy w sposób w pełni neutralny i zdystansowany.

[14] R. O. Keohane, A. Moravcsik, A.-M. Slaughter, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, International Organization 2000, Vol. 54, s. 457–488.
[15] J. M. Shaman, *The Impartial Judge: Detachment of Passion*, DePaul University Law Review 1995, Vol. 45, s. 605.
[16] J. M. Shaman, *The Impartial Judge...*, dz. cyt., s. 610–617.

Bezstronność sędziowska jest również pojęciem rozpatrywanym z punktu politycznego i ekonomicznego. Amerykańska organizacja non profit Freedom House uznaje bezstronność sędziowską za podstawowy element demokracji i wolności na świecie[17]. Natomiast Globalny Raport Konkurencyjności, wydawany przez Światowe Forum Ekonomiczne, uznaje niezależność i bezstronność sędziowską za ważny czynnik oddziałujący na wzrost gospodarczy[18].

Jako podsumowanie doktrynalnej wykładni pojęcia bezstronności sędziowskiej należy zwrócić jeszcze uwagę na jej stosunek wobec pojęcia niezależności, gdyż terminy te są bardzo często mylone oraz stosowane zamiennie[19]. Bezstronność oraz niezależność można łatwiej rozróżnić, odnosząc się do ich antonimów, to znaczy pojęcia stronniczości oraz zależności. Zależność oznacza niedopuszczalne z prawnego punktu widzenia powiązania, pewnego rodzaju zażyłość pomiędzy sędzią a stroną postępowania[20]. Stronniczość natomiast odnosi się do aspektów socjologicznych oraz psychologicznych, to jest pewnych myśli i motywów działania, które skłaniają sędziego do faworyzowania jednej ze stron, nawet jeszcze przed rozpoczęciem postępowania. Pojęcie stronniczości wydaje się zawierać w sobie zależność, która jest jedną z wielu podstaw prowadzących do naruszenia zasady bezstronności[21]. Jednakże brak zależności nie jest warunkiem przesądzającym o braku stronniczości, ponieważ stronniczość może występować niezależnie od zależności[22]. W sytuacji odwrotnej nie każda sytuacja zależności jest warunkiem *sine qua non* zaistnienia stronniczości, choć nie jest to wykluczone.

[17] *Freedom in the World 2004: The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties*, Rowman & Littlefield Publishers, 2004.

[18] The World Economic Forum, *Global Competitiveness Report 2003-2004*, IESE Business School, 2004.

[19] ETPC, *sprawa Moiseyev p. Rosji*, sygnatura sprawy 62936/00, orzeczenie z 9.10.2008 r., § 175–185.

[20] A. Seibert-Fohr, *International Judicial Ethics* [w:] *The Oxford Handbook of International Adjucation. Selected Legal and Procedural Issues of International Adjucation*, Oxford Handbooks in Law, Oxford Scholary Authorities on International Law, 2013, s. 765.

[21] ETPC, *sprawa Morris v. Wielka Brytania*, sygnatura sprawy 38784/97, orzeczenie z 26.05.2002 r.

[22] M. Allars, *Disqualification for Bias and International Tribunals: Room for a Common Test?*, Missouri Law Review 2013, Vol. 78(1), s. 381.

1.2 Akty prawne

Większość statutów trybunałów międzynarodowych zawiera przepisy nakazujące zachowanie bezstronności sędziowskiej, jednak nie określa definicji legalnej tego pojęcia, brak jest wykazania konkretnych czynników, które na nią wskazują.

Przepisy prawne pośrednio dotyczące bezstronności sędziowskiej, które regulowały wymagania wobec członków Stałego Trybunału Arbitrażowego, sięgają konwencji haskiej z 1907 r. o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych[23]. Kolejnym ważnym aktem prawnym, dotyczącym tego pojęcia, jest uchwalony dwanaście lat później statut Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, który określił przesłanki niezależności sędziowskiej[24]. Na podstawie regulacji statutowych sędziowie musieli składać uroczyste deklaracje przed Trybunałem, że będą sprawować swą funkcję w sposób bezstronny i sumienny[25].

Niezbyt wyczerpujące i precyzyjne przepisy STSM w dużej mierze zostały przeniesione do regulacji MTS, którego Statut w art. 2, 17(2) oraz w art. 20 stanowi[26], by sędziowie w nim zasiadający pozostali niezależni i bezstronni. Artykuł 2 Statutu MTS wymaga od sędziów zachowania niezależności oraz posiadania „wysokiego poziomu moralnego", nie używając wprost pojęcia bezstronności. Wspomina się o niej dopiero w art. 20, dotyczącym składania uroczystego oświadczenia przed objęciem urzędu sędziego, który to urząd musi być sprawowany w sposób bezstronny i sumienny. Artykuł 17 również nie definiuje bezstronności, a przedstawia przesłanki wyłączające sędziego od orzekania w sprawie ze względu na relacje z jedną ze stron.

Regulacje w MTK można uznać są nieco bardziej precyzyjne, niż ma to miejsce w przypadku MTS. Artykuł 36 statutu rzymskiego MTK stanowi, że osoby nominowane na stanowisko sędziego, poza wysokim poziomem moralnym, muszą między innymi wyróżniać się bezstronnością. Statut nie wskazuje jednak konkretnych wytycznych, czym ta bezstronność miałaby się charakteryzować. Kolejnym przepisem odnoszącym się do pojęcia bezstronności jest art. 41 2(a), dotyczący prze-

[23] Konwencja haska o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych z 18.10.1907 r., art. 62.
[24] Statut STSM z 16.12.1920 r., art. 2.
[25] Tamże, art. 20.
[26] Statut MTS z 24.10.1945 r.

słanek naruszających zasadę bezstronności, które skutkują wyłączeniem sędziego od orzekania w sprawie.

Wprawdzie art. 21 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) nie stanowi powielenia przepisu art. 2 statutu MTS, jednak na podstawie art. 21 ust. 2 i 3 EKPC nie ma żadnych wątpliwości, że od sędziów ETPC również wymaga się całkowitej bezstronności. Wedle art. 21 ust. 2 EKPC, „sędziowie zasiadają w Trybunale we własnym imieniu", natomiast art. 21 ust. 3 EKPC zakazuje sędziemu prowadzenia jakiejkolwiek działalności, której „nie da się pogodzić z niezawisłością i bezstronnością oraz z wymogami piastowania urzędu w pełnym wymiarze czasu". Na podstawie przepisów statutowych, atrybuty bezstronności sędziowskiej w ETPC należy rozumieć zgodnie z ich podstawowym znaczeniem obowiązującym w języku prawnym, czyli jako brak jakichkolwiek nacisków zewnętrznych i wewnętrznych w procesie rozwiązywania sporów, co skutkuje orzekaniem wyłącznie na podstawie przedstawionego przez strony stanu faktycznego, obowiązującego stanu prawnego oraz własnego sumienia. Przepis oznacza również pełną niezależność od czynników zewnętrznych i brak zależności czy uprzedzeń w stosunku do stron toczącego się postępowania przed trybunałem. Jak podaje Lech Garlicki, „zasiadanie we własnym imieniu" wyraża wprost zasadę bezstronności i oznacza, że „sędzia przy sprawowaniu swojego urzędu kierować się może tyko własnym sumieniem i wiedzą, zgodnie z nimi stosując postanowienia Konwencji i ustabilizowane precedensy orzecznicze"[27].

Ponadto rezolucja Zgromadzenia Plenarnego ETPC w sprawie etyki sędziowskiej z 23 czerwca 2008 r. stanowi w pkt. I i II, że „Wykonując swoje funkcje sędziowskie, sędziowie są niezależni od wszelkiej władzy i wpływu zewnętrznego, sędziowie powstrzymują się od wszelkiej działalności lub członkostwa w stowarzyszeniach, a także unikają wszelkich sytuacji, które mogą wpłynąć na zaufanie do ich niezależności. Sędziowie wykonują swoje funkcje bezstronnie i zapewniają zewnętrzne przejawy bezstronności. Troszczą się o unikanie konfliktów interesów oraz sytuacji, które mogą być odbierane w sposób uzasadniony jako dające podstawę do konfliktu interesów"[28].

[27] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19-59 oraz do Protokołów dodatkowych*, tom 2, Warszawa 2011, s. 34.

[28] Pkt I i II *Rezolucji Etyki Sędziowskiej* przyjętej przez Radę Europy 23.06.2008 r. [tłumaczenie Z.W.], akt dostępny online: http://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_ENG.pdf.

Postanowienia EKPC konstytuują zasadę bezstronności sędziowskiej oraz przewidują jej traktatowe gwarancje w postaci zakazu działania przez sędziów w cudzym imieniu[29] oraz zakazu prowadzenia działalności niekorzystnie wpływającej na bezstronność sędziowską oraz odzwierciedlającej się w zmniejszeniu dyspozycyjności czasowej podczas piastowania stanowiska sędziego. Do traktatowych gwarancji bezstronności zaliczą się także postanowienia dotyczące względnej nieusuwalności[30], przywilejów i immunitetów[31], oraz postanowienia dotyczące wynagrodzenia i zabezpieczenia emerytalnego[32].

1.3 Orzecznictwo

Większość sądów międzynarodowych, w przeciwieństwie do przepisów statutowych, ma bardzo rozwinięte orzecznictwo na temat praktycznego zastosowania i pojęcia bezstronności sędziowskiej. W szczególności mowa tu o MTS[33] oraz ETPC[34], które wypowiadały się na wskazany temat wielokrotnie, zwłaszcza podczas rozpatrywania wniosków o wyłączenie sędziego od rozpatrywania danej sprawy. Bogate orzecznictwo prezentuje również Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii[35], Międzynarodowy Trybunał dla Rwandy[36], Specjalny Trybunał dla Sierra Leone[37] oraz Specjalny Trybunał dla Libanu[38]. MTK również wypracował własne stanowisko dotyczące pojęcia bezstronności sędziowskiej, jednak ze względu

[29] EKPC z 4.11.1950 r., *a contrario* art. 21 ust. 2.
[30] Tamże, art. 23 ust. 2.
[31] Tamże, art. 51.
[32] Rezolucja Komitetu Ministrów Rady Europy z 23.09.2009 r., sygnatura CM/Res (2009)5.
[33] MTS, opinia doradcza *w sprawie prawnych konsekwencji wzniesienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich*, opinia z 30.01.2004 r.
[34] ETPC, *sprawa Piersack v. Belgia*, sygnatura sprawy 8692/79, orzeczenie z 1.10.1982 r.; ETPC, spra*wa Haischildt v. Dania*, sygnatura sprawy 10486/83, orzeczenie z 24.05.1989 r.
[35] ICTY, *sprawa Delalic i inni*, sygnatura sprawy IT-96-21-A, wyrok z 20.02.2001 r., § 682.
[36] ICTR, decyzja na wniosek Karemera, *sprawa Karemera i inni*, sygnatura sprawy ICTR-98-44-T, 17.05.2009 r., s. 9.
[37] SCSL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego B. Thompson w *sprawie Sesay, Kallon, Gbao*, sygnatura sprawy SCSL-04-15-T, decyzja z 13.03.2004 r.
[38] STL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego R.J. Riachy, sygnatura sprawy CH/PRES/2010/08, decyzja z 5.11.2010 r.; STL, decyzja w sprawie wniosku o wyłączenie sędziego A. Chamseddine, sygnatura sprawy CH/PRES/2010/09, decyzja z 5.11.2010 r.

na rozpoczęcie swojej działalności w stosunkowo niedawnym czasie, w o wiele mniejszej skali w porównaniu do wcześniej wymienionych sądów.

Najbardziej podstawowa idea bezstronności, wyrażona w wielu orzeczeniach sądowych, stanowi, że sędzia musi być bezstronny oraz „wydawać się być bezstronnym". Subiektywny, wewnętrzny element, czyli „bycie bezstronnym", jest jednak bardzo trudny do oszacowania. Czynnik obiektywny, jakim jest odbiór sędziego jako osoby bezstronnej przez strony postępowania oraz osoby trzecie, stanowi element bardziej wymierny, jednak również niełatwy do prawnego zdefiniowania.

Analiza orzeczeń MTS wskazuje na dwie ważniejsze opinie sędziów dotyczące bezstronności sędziowskiej. Pierwszy komentarz został wydany podczas rozpatrywania tzw. *sprawy Nikaragui*, po zaistnieniu sytuacji, w której Stany Zjednoczone publicznie oskarżyły Trybunał o odejście od zachowania powściągliwości sędziowskiej oraz jawne naruszanie bezstronności[39]. Departament Stanu Stanów Zjednoczonych podnosił, że nie będzie ryzykować bezpieczeństwa kraju, przedstawiając materiały państwowe przed sądem. W odpowiedzi pochodzący z Polski sędzia Manfred Lachs starał się powstrzymać amerykańskie zarzuty na temat rzekomej stronniczości, wypowiadając się w zdaniu odrębnym do wyroku w *sprawie Nikaragui*[40]. M. Lachs podkreślał, że sędzia z tytułu sprawowanego przez siebie urzędu jest zobligowany do bycia bezstronnym, a także obiektywnym i bezinteresownym. Twierdził, że państwa, które wyraziły zgodę na jurysdykcję Trybunału, powinny czuć się zapewnione, że wszystkie fakty dotyczące postępowania będą wykorzystywane tylko na potrzeby rozpatrywanej sprawy, a ich spory będą rozstrzygane w sposób bezstronny, wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Dodał, że reprezentowanie różnych szkół prawa, tudzież różnych przekonań prawnych, przez skład sędziowski jest naturalnym następstwem regulacji statutowych, nakazujących przestrzeganie kryterium zapewnienia szerokiej reprezentacji geograficznej sędziów, a nie przesłanką stronniczości składu sędziowskiego, zatem ta sytuacja nie powinna budzić obawy. Na sam koniec Polak podkreślał, że różnorodność narodowa jest siłą, a nie wadą Trybunału, ponieważ dzięki temu wszystkie państwa mogą czuć się reprezentowane; ważą się w nim różne wartościowe poglądy

[39] Stanowisko Departamentu Stanu USA z 18.01.1985 r., *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, New York Times, 19.01.1985 r., s. 4.

[40] MTS, zdanie odrębne (ang. *separate opinion*) sędziego M. Lachsa do orzeczenia w *sprawie Nikaragua v. Stany Zjednoczone*, orzeczenie z 27.06.1986 r., s. 158.

i, co istotne, obecne jest rozległe spektrum różnorodnych opinii prawnych. Zarzut powiązań sędziego z państwem jego pochodzenia oraz wspierania linii polityki zagranicznej tegoż państwa sędzia obalił słowami, że wszyscy sędziowie powinni być nie tylko bezstronni, ale też niezależni od kontroli ze strony państwa pochodzenia lub ze strony ONZ. W przypadku jednak, gdyby sędzia faktycznie wykonywał instrukcje swego państwa, powinien on zaprzestać wykonywania zawodu sędziego.

Następnie, rozpatrując wniosek o odsunięcie sędzi Florence Mumba od *sprawy Furundzija*[41] przed ICTY, sąd ten opracował stosunkowo wnikliwą interpretację, czym jest zachowanie bezstronności przez sędziego, wymagane w art. 13 statutu Trybunału[42]. Uznano, że sędzia nie jest bezstronny, jeżeli da się wykazać, że faktycznie zaistniało stronnicze zachowanie sędziego, pod warunkiem, że zachowanie to jest niedopuszczalne[43]. Zostanie za takie uznane, jeżeli sędzia w czasie orzekania jest stroną w sporze, posiada interes finansowy w konkretnym orzeczeniu lub jeżeli decyzja sędziego będzie prowadziła do promocji sprawy lub przedsięwzięcia, w które sędzia jest zamieszany, razem z jedną ze stron postępowania. Jak zostało potwierdzone, w przypadku naruszenia wyżej wymienionych warunków odsunięcie sędziego od sprawy działa z mocy prawa. Sędzia będzie również odsunięty od sprawy, jeżeli naruszenie zasady bezstronności będzie niezaprzeczalne dla rozsądnego, dobrze poinformowanego obserwatora. Już poza treścią orzeczenia w sprawie, sędzia Theodor Meron, będący równocześnie prezesem Trybunału, stwierdził, że należy być bardzo wrażliwym na publiczny odbiór naruszenia zasady bezstronności[44].

Specjalny Trybunał dla Sierra Leone również uznał, że potwierdzenie przez neutralnego, rozsądnego obserwatora, że dany sędzia dokonał naruszenia zasady bezstronności, stanowi wystarczającą przesłankę do jego wyłączenia. Według orzecznictwa ETPC, domniemanie bezstronności ma miejsce tak długo, dopóki nie dowiedzie się jej naruszenia[45].

[41] ICTY, *sprawa Prokurator v. Furundzija*, sygnatura sprawy IT-95-17/1A, wyrok z dnia 21.07.2000 r.
[42] Statut ICTY z 25.05.1993 r., art. 13.
[43] ICTY, *sprawa Prokurator v. Furundzija*, dz. cyt., s. 189.
[44] T. Meron, *Judicial Independence...*, dz. cyt., s. 362.
[45] ETPC, *sprawa DeCubber v. Belgia*, sygnatura sprawy 9186/80, orzeczenie z 26.10.1984 r., s. 246.

2. Próba zdefiniowania stronniczości sędziowskiej

Definicja pojęcia stronniczości najczęściej uzyskiwana jest a *contrario* z przepisów dotyczących bezstronności sędziowskiej. Podobnie jak w przypadku pojęcia bezstronności, również stronniczość nie ma definicji legalnej w przepisach statutowych trybunałów międzynarodowych czy też w regulaminach i kodeksach etyki.

W celu ukazania pełnego znaczenia oraz ujednolicenia pojęcia stronniczości należy przyjrzeć się doktrynie oraz orzecznictwu międzynarodowych organów judykatury. Statuty trybunałów międzynarodowych nie używają terminu „stronniczość" i nie charakteryzują cech tego pojęcia, odnoszą się wyłącznie do nakazu utrzymania bezstronności sędziowskiej oraz przesłanek jej naruszenia. Z tego powodu pomijam analizę aktów pod kątem badania pojęcia stronniczości.

2.1 Doktryna

Według stanowiska doktryny, pojęcie stronniczości może być rozumiane w dwóch kategoriach – subiektywnej, która odnosi się do zakresu podmiotowego, oraz obiektywnej, która odnosi się do zakresu przedmiotowego.

Pierwsza kategoria to, wedle nomenklatury ETPC, „subiektywna stronniczość" (ang. *subjective bias*), zwana w systemie prawa anglosaskiego jako rzeczywista, faktyczna stronniczość (ang. *actual bias*). Subiektywna stronniczość odnosi się do sytuacji, gdy określone interesy oraz motywy stronniczego zachowania sędziego są widoczne i namacalne[46]. Stronniczość w ujęciu subiektywnym odnosi się do czynników personalnych, które mają wpływ na dążenie do uzyskania konkretnego orzeczenia w rozstrzyganej sprawie[47]. Sędzia działający w sposób stronniczy rozpatruje sprawę przez pryzmat osobistych przekonań lub posiada interes w rozstrzygnięciu konkretnego sporu w określonym kierunku.

[46] ETPC, *sprawa Kyprianou v. Cypr*, sygnatura sprawy 73797/01, orzeczenie z 15.12.2005 r.
[47] ETPC, *sprawa Piersack v. Belgia*, sygnatura sprawy 8692/79, orzeczenie z 1.10.1982 r.; ETPC, *sprawa Pohoska przeciwko Polsce*, sygnatura sprawy 33530/06, orzeczenie z 10.04.2012 r.

Stronniczość z subiektywnego punktu widzenia może być wykazana, gdy relacja sędziego z jedną ze stron procesowych objawia się indywidualnym i silniejszym związkiem[48]. Sytuacja taka mogłaby mieć miejsce w przypadku, gdyby sędzia podczas orzekania w sprawie, złożył publiczne oświadczenie, które oceniałoby jakość linii obrony każdej ze stron oraz przewidywania co do wyniku toczącego się postępowania. Stronniczość subiektywna może wyrażać się poprzez wrogość, złą wolę sędziego wobec powoda lub jawić się jako obejście przepisów, by uzyskać z góry ustalony wynik postępowania[49]. Jest nią także publiczne charakteryzowanie jednej ze stron w sposób negatywny[50]. Sam fakt, że sędzia miał styczność ze sprawą, chociażby poprzez kontakt z jedną ze stron, na wcześniejszych etapach postępowania, może być przesłanką wystąpienia tego rodzaju stronniczości[51].

Natomiast definiowane przez ETPC naruszenie zasady bezstronności jako „obiektywna stronniczość" (ang. *objective bias*), a przez *common law* jako oczywista, widoczna stronniczość, to każda sytuacja, w której istnieje jakiekolwiek prawdopodobieństwo, ryzyko, możliwość lub obawa naruszenia lub braku bezstronności i uczciwości sędziowskiej[52]. Stronniczość obiektywna często występuje już w przypadku, w którym domniemanie bezstronności sędziowskiej nie zostało jeszcze obalone. By stwierdzić, że stronniczość obiektywna miała miejsce, należy dowieść, czy w sprawie występują tego rodzaju okoliczności, które będąc analizowane przez zewnętrznego obserwatora, mogłyby uzasadnić jakiekolwiek wątpliwości co do bezstronności któregokolwiek członka składu orzekającego. Decydujące znaczenie ma tutaj nie tyle punkt widzenia osoby kwestionującej bezstronność, co obiektywnie uzasadniony charakter takiej obawy.

Stronniczość testowana z obiektywnego punktu widzenia wymaga od skarżącego wykazania słabszego poziomu indywidualnego lub przyczynowego związku, i z tego powodu ciężar dowodu jest mniej restrykcyjny do wykazania[53]. Przeciwnie do badania naruszenia zasady bezstronności w teście subiektywnym, w przypadku wersji obiektywnej już samo oskarżenie braku obiektywnej i bezsprzecznej bez-

[48] D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa...*, dz. cyt., s. 41.
[49] ETPC, *sprawa Lavents v. Litwa*, sygnatura sprawy 58442/00, orzeczenie z 28.11.2002 r.
[50] ETPC, *Olujić v. Chorwacja*, sygnatura sprawy 22330/05, orzeczenie z 5.02.2009 r.
[51] ETPC, *sprawa Sorgic v. Serbia*, sygnatura sprawy 34973/06, s. 67–68.
[52] ETPC, *sprawa Kyprianou v.Cypr*, sygnatura sprawy 73797/01, orzeczenie z 15.12.2005 r.
[53] D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa...*, dz. cyt., s. 43.

stronności tworzy pozytywne dla skarżącego domniemanie, które pozwana strona może obalić jedynie wtedy, gdy wykaże obecność wystarczających gwarancji proceduralnych, wykluczających istnienie jakichkolwiek wątpliwości[54].

W świetle doktrynalnego dyskursu dotyczącego modeli bezstronności, należy wyraźnie zaznaczyć, że granice pomiędzy stronniczością obiektywną a subiektywną nie zawsze są łatwe do wyznaczenia i ich zakresy często się pokrywają.

2.2 Orzecznictwo

Wybrani teoretycy prawa twierdzą, że rządy wywierają ogromny wpływ na formalnie niezależnych i bezstronnych sędziów, czynnie przyczyniając się do zjawiska stronniczości sędziowskiej[55]. Inni uważają, że wpływ polityczny na orzekanie sędziów międzynarodowych jest znikomy i nieefektywny[56]. Co ciekawe, czasami tak skrajne stwierdzenia są wynikiem analizy tych samych orzeczeń sądowych. Przykładowo, Geoffrey Garrett i Barry Weingast twierdzą[57], że sprawa *Casis Dijon*, rozpatrywana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, ukazuje duże wpływy polityczne na wyrokowanie sądu, a z drugiej strony Karen Alter i Sophie Meunier stoją na stanowisku[58], że wyrok ten jest uwidocznieniem niezależności i bezstronności wymiaru sprawiedliwości. Słabą stroną tych badań jest postrzeganie trybunału jako całości, a nie traktowanie go jako organu złożonego z sędziów podejmujących decyzje w sposób bardzo indywidualny.

Orzecznictwo w dużej mierze bada naruszenia bezstronności sędziowskiej, odnosząc się do subiektywnego i obiektywnego testu na stronniczość, opierając się między innymi na pewnych doktrynalnych założeniach rozróżniania tych dwóch typów stronniczości.

[54] ETPC, *sprawa Salov v. Ukraina*, sygnatura sprawy 65518/01, orzeczenie z 6.12.2005 r.

[55] C. J. Carruba, M. Gabel, Ch. Hankla, *Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice*, American Political Science Review 2008, nr 102(4), s. 435–452.

[56] K. J. Alter, *Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context*, European Journal of International Relations 2008, s. 33–63.

[57] G. Garrett, B. Weingast, *Ideas, interests and institutions: Constructing the EC's internal market*, University of California, Center for German and European Studies, 1991.

[58] S. Meunier, K. J. Alter, *Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, Comparative Political Studies 1994, Vol. 26, s. 535–561.

Sądy krajowe, w których zasiadający sędziowie zostali uznani jako niespełniający wymogu bezstronności w teście obiektywnym, zostały osądzone w wielu orzeczeniach ETPC. Trybunał uznał, że wszystkie przesłanki stronniczości, jakich doszukał się w badaniu spraw, o których rozstrzygał, można zastosować również do sędziów w ETPC. Innymi słowy, Trybunał uznał, że skoro pewne zasady obowiązują w państwach, które podpisały konwencję, to tym bardziej te zasady dotyczą sędziów ETPC. Przesłanki stronniczości są podobne, by nie powiedzieć takie same, w judykaturze sądów krajowych, jak i w sądach międzynarodowych.

Na przykład ETPC orzekł, że w sprawie DeCubber wystąpiła stronniczość, ponieważ sędzia wcześniej sprawował funkcję sędziego śledczego w tej samej sprawie[59]. W sprawie Hauschildt również stwierdzono stronniczość, gdyż sędzia orzekający, który wcześniej wydał postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania, odniósł się w tym samym postępowaniu do poważnych dowodów przeciwko skarżącemu, przez co jego pogląd na sprawę i wynik postępowania był łatwy do przewidzenia[60]. W z pozoru podobnej sprawie, Perote Pellon przeciwko Hiszpanii, sąd uznał, że samo wcześniejsze przedłużenie tymczasowego aresztowania nie prowadzi do podważenia bezstronności[61]. Za stronniczych zostali uznani sędziowie przysięgli w sprawie Holm, dotyczącej zniesławienia partii politycznej, której wcześniej byli członkami[62].

2.3 Przesłanki uniemożliwiające piastowanie stanowiska sędziego

Większość statutów trybunałów międzynarodowych posiada mniej lub bardziej kazuistyczne przepisy o przesłankach, które uniemożliwiają sędziemu bezstronne orzekanie w sprawie. Przepisy te mają na celu wyeliminowanie stronniczych zachowań sędziego wobec którejkolwiek ze stron, możliwości stronniczego zachowania, a nawet zaistnienia podejrzenia, że stronniczość może zaistnieć.

Niektóre sądy, w tym sądy karne (w szczególności względem sędziów orzekających w pełnym wymiarze czasu) oraz sądy zajmujące się prawami człowieka

[59] ETPC, *sprawa De Cubber v. Belgia,* sygnatura sprawy 9186/80, orzeczenie z 26.10.1984 r.
[60] ETPC, *sprawa Hauschildt v. Dania*, sygnatura sprawy 10486/83, orzeczenie z 24.05.1989 r.
[61] ETPC, *sprawa Perote Pellon v. Hiszpania*, sygnatura sprawy 45238/99, orzeczenie z 25.07.2002 r.
[62] ETPC, *sprawa Holm v. Szwecja*, sygnatura sprawy 14191/88, orzeczenie z 25.11.1993 r.

(przykładowo ETPC) zakazują zewnętrznej działalności sędziego niemal zupełnie. W przypadku trybunałów, w których sędziowie nie piastują stanowiska sędziego w pełnym wymiarze czasowym, przepisy nakazują, by podczas wykonywania jakiejkolwiek działalności zewnętrznej zachowywali się w taki sposób, by nie stwarzać żadnych wątpliwości co do swojej bezstronności. Z racji niemożliwości enumeratywnego wymienienia aktywności, które sędzia może wykonywać, i takich, których nie może, statuty trybunałów zakazują w sposób zasadniczy aktywności związanych z pełnieniem funkcji politycznych, administracyjnych oraz tych o charakterze zawodowym, nawet w wymiarze prywatnym[63]. Jedynym dopuszczalnym sposobem zewnętrznej działalności sędziego, który nie powoduje zarzutu stronniczości sędziowskiej, jest wykonywanie funkcji związanych z szeroko pojętymi stanowiskami dydaktycznymi, w szczególności dotyczącymi działalności akademickiej.

Podczas gdy akty prawne koncentrują się na przesłankach, po realizacji których sędzia nie może sprawować swojego stanowiska w ogóle, mniejsza uwaga poświęcana jest przypadkom, w których sędzia nie może rozpatrywać konkretnej sprawy ze względu na zarzut stronniczości, a co za tym idzie, musi być z niej wyłączony. Sytuacje, w których bezstronność sędziego jest podważana, to przede wszystkim okoliczności, kiedy sędzia miał jakikolwiek wcześniejszy kontakt ze sprawą, oraz takie, w których sędzia był obrońcą, adwokatem lub doradcą jednej ze stron we wcześniejszych etapach sprawy. Przesłanką wykluczającą sędziego jest również jakikolwiek osobisty kontakt z jedną ze stron oraz prywatny interes w określonym orzeczeniu sądowym[64].

Należy również wspomnieć o punkcie VII dokumentu „Praktyczne wskazówki MTS" (ang. *Practice Directions of ICJ*) z 2002 r. We wskazanym dokumencie MTS ustanowił pewne wytyczne, którymi muszą kierować się strony powołujące sędziów *ad hoc*, by nie naruszyć prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości oraz nie narazić takiego sędziego na zarzut stronniczości[65]. Punkt VII stanowi, że nie jest wskazana sytuacja, by osoba, która działa lub działała

[63] Statut MTS z 24.10.1945 r., art. 16 (1); statut rzymski MTK z 17.07.1998 r., art. 40(2); EKPC z 4.11.1950 r., art. 21 (3).

[64] Statut MTS z 24.10.1945 r., art. 17; statut rzymski MTK 17.07.1998 r., art. 41.

[65] Punkt VII *Praktycznych wskazówek* MTS z 7.02.2002 r., z późniejszymi zmianami z 20.01.2009 r. oraz 21.03.2013 r., akt dostępny online: http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0.

w ostatnim czasie jako obrońca, reprezentant lub doradca strony w jakiejkolwiek sprawie rozpatrywanej przez MTS, była nominowana na sędziego *ad hoc* w innej sprawie przed MTS. W związku z tym strony, które wybierają sędziego *ad hoc* na podstawie art. 31 statutu MTS i art. 35 zasad MTK, powinny wstrzymać się od powoływania osoby, która w okresie trzech lat przed nominacją sprawowała wyżej wymienione funkcje[66]. Tak samo strony, które chcą mianować swojego obrońcę do reprezentowania ich w sprawie przed MTS, nie powinny wybierać do tego osoby, która piastowała urząd sędziego *ad hoc* w Trybunale[67].

Orzecznictwo ETPC można uznać za bardzo bogate pod względem praktycznej wykładni, czy zaistniała sytuacja stanowi przesłankę wyłączenia sędziego od orzekania w sprawie. Według Trybunału uzasadnione wątpliwości co do ewentualnej stronniczości mogą wynikać z poprzedniego zatrudnienia sędziego u jednej ze stron postępowania (sprawa Piersack*68*), wykonywania na zmianę funkcji prokuratorskich i orzeczniczych na różnych etapach samego postępowania (sprawa De Cubber v. Belgia*69*), próby udziału tych samych sędziów w kolejnych etapach postępowania (sprawa Salov*70*), ingerencji ze strony sędziego niezasiadającego w składzie orzeczniczym (sprawa Daktaras*71*), łączenia funkcji legislacyjnych i doradczych z funkcjami orzeczniczymi (sprawa Procola*72*), rodzinnych, biznesowych i innych poprzednich związków pomiędzy stroną a sędzią (sprawa Sigurdsson v. Islandia[73]), a także takich samych znaczących w sprawie zwyczajów socjalnych, jak przynależność religijna strony postępowania i członka składu orzekającego (sprawa Holm v. Szwecja[74]).

Niemniej, by wykazać zaistnienie wyżej wymienionych przesłanek, należy udowodnić wystarczająco silny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zjawiskiem rzekomo świadczącym o braku bezstronności sędziowskiej a stanem faktycznym podlegającym ocenie lub osobami zaangażowanymi w konkretną sprawę. Już na przykład sama przynależność sędziego i jednej ze stron do określonej grupy

[66] Tamże.
[67] Tamże.
[68] ETPC, *sprawa Piersack v. Belgia*, sygnatura sprawy 8692/79, orzeczenie z 1.10.1982 r.
[69] ETPC, *sprawa De Cubber v. Belgia*, sygnatura sprawy 9186/80, orzeczenie z 26.10.1984 r.
[70] ETPC, *sprawa Salov v. Ukraina*, sygnatura sprawy 65518/01, orzeczenie z 6.12.2005 r.
[71] ETPC, *sprawa Daktaras v. Litwa*, sygnatura sprawy 42095/98, orzeczenie z 17.01.2001 r.
[72] ETPC, *sprawa Procola v. Luksemburg*, sygnatura sprawy 14570/89, orzeczenie z 28.09.2005 r.
[73] ETPC, *sprawa Sigurdsson v. Islandia*, sygnatura sprawy 39731/98, orzeczenie z 10.07.2003 r.
[74] ETPC, *sprawa Holm v. Szwecja*, sygnatura sprawy 14191/88, orzeczenie z 25.11.1993 r.

społecznej lub stowarzyszenia (jak wspólnota religijna, partia polityczna czy grupa zainteresowań) nie jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia stronniczości sędziowskiej. Związki między czynnikami powodującymi naruszenia zasady bezstronności a zachowaniem sędziego muszą być wyraźne i uzasadnione.

3. Zakończenie

Bezstronność sędziowska, będąca podstawą funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, to z jednej strony bezwzględny obowiązek sędziego, a z drugiej fundamentalne prawo stron postępowania do sprawiedliwego procesu, wynikające między innymi z podstawowej zasady prawa rzymskiego *nemo iudex in causa sua*, czy też współcześnie obowiązujących przepisów prawnych, jak na przykład art. 6 EKPC, stanowiący o prawie jednostki do rzetelnego procesu.

Ze względu na społeczną wagę przestrzegania tej jakże ważnej zasady, bezstronność sędziów zasiadających w trybunałach międzynarodowych powinna być wzmocniona o powszechnie obowiązujące regulacje prawne gwarantujące jej bezwzględną nienaruszalność.

Niestety, mimo wielokrotnych prób podjętych przez wybitnych teoretyków prawa oraz grup zrzeszających sędziów reprezentujących różne regiony świata, jak dotąd nie ustalono jednolitej wykładni zasady bezstronności sędziowskiej, a także nie przyjęto w skali globalnej żadnej z ustanowionych rekomendacji i wytycznych dotyczących sposobów jej nienaruszania. Analogicznie, nie przyjęto jednolitej definicji pojęcia bezstronności i stronniczości sędziowskiej, co w ocenie autorki powinno ulec zmianie.

Na podstawie wnikliwej analizy powołanych przeze mnie aktów prawnych, orzecznictwa oraz bogatego dorobku doktryny prawniczej, podjęłam próbę sporządzenia kompleksowej definicji pojęcia bezstronności sędziowskiej.

Według mnie, bezstronność sędziowska stanowi takie zachowanie sędziego, które, począwszy od pierwszej czynności postępowania przygotowawczego, aż do momentu wydania orzeczenia w sprawie, charakteryzuje się brakiem przychylności lub wrogości wobec jednej ze stron postępowania, oraz podejmowaniem wszelkich

czynności w sprawie, w tym decyzji końcowej, wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa, podstawowych zasad logiki oraz wewnętrznych przekonań sędziego, które mają swe źródło w moralnym poczuciu sprawiedliwości.

Czynnikami, które powinny wpływać na utrzymanie nienaruszania bezstronności sędziowskiej, powinny być w szczególności odpowiednie przepisy prawne, w szczególności dotyczące kwestii proceduralnych, które znacznie wpływają na możliwość zaistnienia stronniczości podczas postępowania sądowego. Przede wszystkim, sędziów trybunałów międzynarodowych należałoby wybierać nie wedle mechanizmu, który przewiduje aktywny udział państw, a w sposób apolityczny i przejrzysty, który oceniałby stopień moralności kandydata oraz jego dorobek zawodowy i naukowy w określonej dziedzinie prawa. Na podstawie obowiązujących uregulowań, sposób nominacji i mianowania sędziów przypomina bardziej proces wyborów do organizacji politycznych, aniżeli do niezawisłych organów judykatury.

Następnym kompleksowo uregulowanym elementem powinien być status prawny sędziego. Pożądanym rozwiązaniem byłoby ustanowienie określonej w czasie, nieodnawialnej kadencji, po której zakończeniu sędzia przechodziłby w stan spoczynku i nie podejmował dalszego zatrudnienia, poza ewentualną działalnością dydaktyczną. Uważam, że stanowisko sędziów *ad hoc* również sprzyja stronniczości, gdyż czynnik narodowy jest przesłanką, która najczęściej wpływa na jej zaistnienie. Likwidacja procedury powoływania sędziów *ad hoc*, a w zamian za to wybór sędziego z grona wcześniej ustanowionej grupy ekspertów w konkretnej dziedzinie prawa, mogłaby znacznie wyeliminować problem stronniczości orzecznictwa międzynarodowego. Zmianą przepisów proceduralnych, które, jak mniemam, mogłyby poprawić funkcjonowanie judykatury, jest wprowadzenie możliwości odwołania się od orzeczenia, które zostało wydane przez skład sędziowski, w którym zasiadał chociażby jeden stronniczy sędzia. Obecnie żaden z obowiązujących aktów prawnych nie przewiduje takiego rozwiązania, przez co w sytuacji, gdy nawet jedna ze stron postępowania udowodniła zaistnienie stronniczości, wydane orzeczenie sądu i tak pozostaje niewzruszalne.

Odnosząc się do przesłanek umożliwiających wyłączenie sędziego, uważam, że powinny być określone w każdym ze statutów trybunału bardziej wyczerpująco i precyzyjnie, nie pozostawiając żadnych luk prawnych. Niejasność regulacji umożliwia dyskrecjonalną analizę poszczególnych przypadków przez prezydium

sądu, jego prezesa lub skład orzekający, który, ze względu na powiązania koleżeńskie panujące w konkretnym trybunale, nieobiektywnie ocenia zaistniałą sytuację i, jak pokazuje praktyka, zwykle nie dopuszcza do wyłączenia sędziego od orzekania w sprawie.

Podsumowując, uważam, że pojęcie stronniczości sędziowskiej powinno być unormowane w sposób bardziej kompleksowy. W żadnym ze statutów stu dwudziestu pięciu trybunałów międzynarodowych nie znajdziemy enumeratywnego zestawienia sposobów zachowania sędziego, które można uznać za stronnicze. Przede wszystkim, sądy międzynarodowe powinny przyjąć przejrzyste metody weryfikacji ewentualnego naruszenia bezstronności sędziowskiej, jakim byłby uniwersalny test na stronniczość, badający zachowanie sędziego pod kątem obiektywnego i subiektywnego naruszenia bezstronności sędziowskiej. Co więcej, powinny zostać ustanowione bardziej restrykcyjne przepisy zakazujące powołania sędziego, którego wcześniejsze deklaracje i piastowane stanowiska podają w wątpliwość jego bezstronność. Statuty trybunałów powinny również uniemożliwiać sędziom wykonywanie jakiejkolwiek działalności, która nie da się pogodzić z bezstronnością funkcji orzeczniczej.

Ze względu na stale zwiększające się znaczenie, jakie odgrywają międzynarodowe organy judykatury, pojęcie bezstronności sędziowskiej powinno być tematem znacznie większej wagi, niż ma to miejsce dotychczas. Zastanawiająca jest kwestia, iż w obliczu coraz większej liczby aktów prawnych, regulujących niemalże każdy aspekt ludzkiej egzystencji, państwa, które są stronami umów ustanawiających międzynarodowe trybunały, nie wywierają nacisku i na tę dziedzinę prawa, by uszczegółowić przepisy dotyczące bezstronności sędziowskiej i uregulować je w sposób bardziej kompleksowy. Niewykluczone, że silniejszym graczom na arenie międzynarodowej taki stan faktyczny nie przeszkadza, a co więcej – dorobek prawny, który w sposób znikomy reguluje obowiązek zachowania bezstronności sędziowskiej, jest w pewien sposób pożądany.

To pytanie, jakże ciekawe i intrygujące, jak i wiele innych kwestii z zakresu sądownictwa międzynarodowego, może być tematem kolejnych badań już nie tylko w aspekcie samego pojęcia bezstronności sędziowskiej, ale szerzej – w zakresie badań dotyczących pojęcia bezstronności sędziowskiej widzianej w ramach zasady prawa międzynarodowego czy też czynników wpływających na naruszenie tejże zasady.

Zuzanna Witek

JUDICIAL IMPARTIALITY AND ITS VIOLATIONS BY JUDGES IN INTERNATIONAL TRIBUNALS

Summary

A hard issue with developing one specific meaning of this term is caused by the big number of international courts which all interpret impartiality in a different ways. Since impartiality is a fuzzy and underspecified term which needs a profound analysis, it is usually defined by each tribunal itself mostly on the base of statutory norms interpretation but also bared on inner rules ethical codes and motions for judges exclusions due to a violation of impartiality.

The term impartiality is also a point of interest for various legal academics and commentators who try to come up with a universal definition of judicial impartiality, not only based on law codes or jurisprudence's comments but also based on the heritage of social sciences concerning the development of the impartiality rule in international jurisdiction and then the analysis of the reason which cause the violation of this rule.

The main aim of this article is the study of the term impartiality on the basis of the mentioned sources and afterwards an attempt to come up with a universal definition of the term which in my opinion can be seen as one of the most important, if not the most, rule of fair trial in international tribunals.

Key words: impartiality, partiality, bias, international jurisdiction, international judges, ICC, ICJ, ECHR.

Bibliografia

- Allars M., *Disqualification for Bias and International Tribunals: Room for a Common Test?*, Missouri Law Review 2013, Vol. 78(1).
- Alter K. J., *Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context*, European Journal of International Relations 2008.
- Carruba C. J., Gabel M., Hankla Ch., *Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice*, American Political Science Review 2008, nr 102(4).
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA 1977.
- *Freedom in the World 2004: The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties*, Rowman & Littlefield Publishers, 2004.
- Fuller L. L., *The Morality of Law*, New Haven–London 1969.
- Garrett G., Weingast B., *Ideas, interests and institutions: Constructing the EC's internal market*, University of California, Center for German and European Studies, 1991.
- Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, tom 2, Warszawa 2011.
- Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford 1994.
- Keohane R. O., Moravcsik A., Slaughter A.-M., *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, International Organization 2000, Vol. 54.
- Lucy W., *The Possibility of Impartiality*, Oxford Journal of Legal Studies, 2005.
- Meron T., *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, American Journal of International Law, 2006.
- Meunier S., Alter K. J., *Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, Comparative Political Studies 1994, Vol. 26.

- Oellers-Frahm K., *International Courts and Tribunals, Judges and Arbitrators* [w:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013.
- Przemowa prezydenta Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości José Gustavo Guerrero na inauguracyjnym posiedzeniu Trybunału dnia 18 kwietnia 1946 r., ICJ Yearbook 1946–1947.
- Rezolucja Etyki Sędziowskiej przyjętea przez Radę Europy 23 czerwca 2008 r., punkt I i II, akt dostępny online: http://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_ENG.pdf.
- Reus-Smit Ch., *The Politics of International Law*, Cambridge 2004.
- Seibert-Fohr A., *International Judicial Ethics* [w:] *The Oxford Handbook of International Adjucation, Selected Legal and Procedural Issues of International Adjucation*, Oxford Handbooks in Law, Oxford Scholary Authorities on International Law, 2013.
- Shaman J. M., *The Impartial Judge: Detachment of Passion*, DePaul University Law Review 1995, Vol. 45.
- Smith A. M., *„Judical Nationalism" in International Law: National Identity and Judicial autonomy at the ICJ*, Texas International Law Journal 2005, Vol. 40:197, UT Law Publications.
- Stanowisko Departamentu Stanu USA z 18.01.1985 r., Contemporary Practice of the United States Relating to International Law, New York Times, 19.01.1985 r.
- *The World Economic Forum*, Global Competitiveness Report 2003-2004, IESE Business School, 2004.
- Vitkauskas D., Dikov G., *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Podręczniki Praw Człowieka Rady Europy, Strasburg 2012.
- Voeten V. E., *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, American Science Review 2008, Vol. 102, nr 4.

Magdalena Fitzner
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

OGRANICZENIA OCHRONY PRAWA DO WIZERUNKU NA PRZYKŁADZIE DZIAŁALNOŚCI MEDIALNEJ

Wśród praw człowieka niezwykle istotne miejsce zajmuje prawo do prywatności, którego częścią jest samodzielne prawo do wizerunku. Nie ulega wątpliwości, iż w dzisiejszym świecie ochrona tego prawa ma szczególne znaczenie, zwłaszcza w kontekście działalności medialnej, w której powszechne jest wykorzystywanie fotografii i filmów. Z tego względu należy zastanowić się, czym charakteryzuje się prawo do wizerunku oraz kiedy jego ochrona możne zostać ograniczona bądź wyłączona.

1. Prawa człowieka a prawo do wizerunku na gruncie Europejskiej konwencji praw człowieka

Analizę należy rozpocząć od wskazania norm prawa międzynarodowego, które ustanawiają powszechną ochronę praw człowieka. Warto podkreślić, że samo pojęcie praw człowieka nie zostało prawnie zdefiniowane, natomiast nie ulega wątpliwości, że są to prawa związane ze szczególnym statusem jednostki ludzkiej, która jest wartością pierwotną i najwyższą – tym samym wymagającą ochrony[1]. Do aktów prawnych o najwyższej doniosłości należą: Powszechna deklaracja praw człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., Europejska konwencja praw człowieka z dnia 4 listopada 1950 r. (dalej także jako Konwencja) czy też Karta praw podstawowych, przyjęta dnia 8 grudnia 2000 r. na szczycie Rady Europejskiej w Nicei. Są one potwierdzeniem powszechnie przyjętych praw człowieka. Największe znaczenie dla ich efektywnej ochrony mają postanowienia Konwencji. Należy zwrócić uwagę, iż gwarantuje ona określone prawa i wolności, tworząc tym samym ogólne normy prawne,

[1] B. Gronowska i in., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 24.

ale to do władz krajowych należy implementacja tych postanowień i nadanie im formy konkretnych przepisów.

Wśród praw przyznanych na mocy Konwencji znajduje się uregulowane w art. 8 prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zgodnie z którym każdy ma prawo do poszanowania tej sfery życia, a także swojego mieszkania i korespondencji. Ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa jest niedopuszczalna, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób. Wynika z tego, że prawo to nie jest prawem absolutnym i może doznawać ograniczeń z powodów enumeratywnie wyliczonych w treści przepisu[2]. Ma ono przede wszystkim chronić jednostkę przed arbitralną ingerencją ze strony władz publicznych, ale także nakłada na władze obowiązki niezbędne dla skutecznego poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Artykuł 8 Konwencji swą treścią obejmuje wszelkie aspekty życia rodzinnego i prywatnego, które wielokrotnie były precyzowane w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej także jako Trybunał). Z punktu widzenia prawa jednostki do wizerunku szczególne znaczenie ma pojęcie życia prywatnego, obejmujące integralność fizyczną i psychiczną osoby ludzkiej, co oznacza prawo do życia w sposób zgodny z własnym życzeniem i bez kontroli innych oraz prawo do nawiązywania i utrzymywania stosunków z innymi. W orzecznictwie europejskim przyjęta została szeroka definicja życia prywatnego[3] – Trybunał zwrócił uwagę, iż znaczenie tego przepisu i ochrona na jego podstawie wykracza poza prywatny krąg stosunków rodzinnych i nabiera wymiaru społecznego, jak również jest to kwestia złożona ze względu na wielość i różnorodność elementów tworzących tę sferę życia.

Obok prawa do dobrego imienia czy też ochrony życia intymnego, Trybunał wskazał, iż na podstawie omawianego artykułu Konwencji jednostce przysługuje prawo do ochrony wizerunku. Trybunał zajął się tym zagadnieniem przy rozpozna-

[2] M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*.???

[3] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009, s. 87.

waniu skargi dotyczącej zrobienia przez fotografa zdjęć nowo narodzonego dziecka bez zgody jego rodziców i odmowy wydania im negatywów. Trybunał stwierdził wówczas, że wizerunek osoby jest jednym z głównych atrybutów osobowości, bo odsłania jej oryginalność, umożliwiając odróżnienie się od innych ludzi, a „prawo każdej osoby do ochrony swego wizerunku jest więc jednym z istotnych elementów osobistego rozwoju i wymaga, aby osoba mogła nad nim panować". Dlatego też każdy powinien mieć możliwość odmowy zgody na publiczne pokazanie swego wizerunku, sprzeciwienia się sfotografowaniu, przechowywaniu zdjęć i kopiowaniu ich przez innych.

Co więcej, w wyroku wydanym w jednej z najsłynniejszych spraw wiążącej się z tą tematyką, a mianowicie w sprawie von Hannover przeciwko Niemcom (nr 2)[4], Trybunał odniósł się do pojęcia wizerunku, stwierdzając, że tworzy on jeden z podstawowych atrybutów osobowości jednostki, ponieważ ujawnia unikalne cechy charakterystyczne danej osoby i odróżnia ją od innych.

2. Wizerunek i prawo do wizerunku w prawie polskim

Ochrona prawa do wizerunku na poziomie konstytucyjnym jest w prawie polskim zapewniona w rozdziale drugim Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej także jako Konstytucja), w którym uregulowane zostały prawa i wolności człowieka i obywatela, wśród których znalazło się także prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci, dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Zabrania ono ingerencji państwa w ustalony prawnie zakres życia człowieka, zaś w przypadku naruszenia tej sfery nakazuje państwu zapewnić ochronę jednostce.[5]

Pojęcie wizerunku pojawia się w polskim Kodeksie cywilnym[6] w kontekście ochrony dóbr osobistych. Artykuł 23 wskazuje dobra osobiste pozostające pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Ustawodawca zaliczył do nich w szczególności: zdrowie, wolność, cześć, swo-

[4] Wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2012 r., sprawa von Hannover v. Niemcy (nr 2), skarga nr 40660/08, 60641/08.
[5] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, s. 40–41.
[6] Dz.U. 2016 poz. 380 ze zm.

bodę sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnicę korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukową, artystyczną, wynalazczą i racjonalizatorską. Wyliczenie to nie jest wyczerpujące, możliwe jest uznanie innych ważnych wartości za dobra osobiste, a katalog dóbr osobistych jest stopniowo rozszerzany[7]. Obecnie dominujące jest stanowisko, zgodnie z którym dobra osobiste przyznają jednostce prawa podmiotowe bezwzględne, skuteczne *erga omnes*, niezbywalne i niedziedziczne[8], zaś w polskim orzecznictwie swoje odzwierciedlenie znajduje mieszane podejście do istoty dóbr osobistych, które zakłada, że co do zasady należy obiektywizować ochronę dóbr osobistych, jednak nie można nie brać pod uwagę subiektywnego odczucia osoby żądającej ochrony prawnej[9]. Za przykład można podać wyrok Sądu Najwyższego, w którym uznał, że o naruszeniu dobra osobistego można mówić „nie tylko w kategoriach subiektywnych, lecz także przy przyjęciu kryteriów zobiektywizowanych, czyli odwołujących się do tzw. powszechnego odczucia"[10].

Ochronę wizerunku możemy odnaleźć także w art. 81 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej także jako „prawo autorskie")[11]. Ogromne znaczenie ma ustalenie relacji ochrony kodeksowej oraz tej wynikającej z prawa autorskiego. Po pierwsze należy zauważyć, że prawo autorskie wspomina tylko o rozpowszechnianiu wizerunku – poza jej zakresem pozostaje problematyka jego utrwalenia, w związku z czym jest ona oceniana na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego[12]. W doktrynie prezentowane są różne stanowiska co do normatywnych konsekwencji takiej dualistycznej ochrony wizerunku. Wyróżnić można podejście tradycyjne, uznające, iż wizerunek w obu aktach prawnych odnosi się do tego samego, niemajątkowego dobra osobistego, a także pogląd związany z komercjalizacją tego dobra, w myśl którego Kodeks cywilny stanowi o niemajątkowym dobru, zaś prawo autorskie nadaje mu charakter majątkowy[13].

[7] M. Pazdan, *Komentarz do artykułów 1–449*[11] [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, Warszawa 2005, s. 103.

[8] J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, dz. cyt., s. 21.

[9] B. Kordasiewicz, *W sprawie obiektywnych i subiektywnych kryteriów naruszania dóbr osobistych* [w:] B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej profesora Stanisława Piątowskiego*, Wrocław 1985, s. 20.

[10] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2004 r., I CK 636/2003, Lex Polonica nr 1546710.

[11] Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83 ze zm.

[12] J. Barta, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2011.

[13] J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, dz. cyt., s. 116–122.

Zgodzić należy się z drugą zaproponowaną interpretacją, jako że wizerunek korzysta z ochrony kumulatywnej i nie ma przeszkód, aby odmawiać wizerunkowi charakteru dobra majątkowego tylko z tego względu, iż jest on uznany przez Kodeks cywilny za jedno z dóbr osobistych. Warto też przytoczyć zdanie Joanny Sieńczyło-Chlabicz, która postrzega przepisy prawnoautorskie jako *lex specialis* w stosunku do uregulowań kodeksowych[14]. W związku z tym, że obie omawiane regulacje nawzajem się uzupełniają, powinny być łącznie brane pod uwagę przy dochodzeniu swoich praw przez poszkodowanego[15].

Samo pojęcie wizerunku nie doczekało się definicji legalnej. Intuicyjnie jest ono kojarzone z zewnętrznym wyglądem człowieka, a przede wszystkim z jego najbardziej charakterystyczną częścią, tj. z twarzą. Jak się jednak okazuje, stworzenie powszechnie akceptowalnej definicji spotyka się z istotnymi trudnościami. Ponadto istnieje zauważalna tendencja do obejmowania pojęciem wizerunku coraz to nowych elementów w celu zapewnienia im ochrony prawnej[16].

Jedną z pierwszych definicji zaproponowanych przez doktrynę jest przedstawiony przez Krzysztofa Stefaniuka pogląd, iż przez wizerunek rozumie się „takie cechy twarzy i całej postaci, które pozwalają zidentyfikować jakąś osobę jako określoną jednostkę fizyczną. Z charakterystycznym, sobie tylko właściwym wyglądem, obrazem fizycznym osoba ta łączy uczucia składające się na jej życie psychiczne, do którego ochrony przez ochronę wizerunku ustawodawca zmierza"[17]. Definicja ta zwraca uwagę zarówno na wyznaczniki wizerunku, jakimi są cechy fizyczne identyfikujące daną osobę, jak również na powiązanie tego prawa z innymi dobrami osobistymi, określonymi przez autora jako „życie psychiczne jednostki". Podobnie termin wizerunku zdefiniowała Elżbieta Wojnicka, określając go jako „dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację wśród ludzi"[18], tym samym zrównując wizerunek jednostki z jej wyglądem

[14] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Radca Prawny 2001, nr 2, s. 92.
[15] R. Golat, *Ochrona wizerunku w prawie cywilnym*, Gazeta Prawna 1996, nr 10, s. 30.
[16] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Podmiot, przedmiot i treść prawa do wizerunku*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2003, nr 8, s. 18.
[17] K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, Państwo i Prawo 1970, nr 1, s. 64.
[18] E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego PWiOWI 1990, nr 56, s. 107.

fizycznym, rozumianym w sposób potoczny. W polskiej doktrynie widoczne są też tendencje do szerszego pojmowania pojęcia wizerunku, reprezentowane przez Janusza Bartę i Ryszarda Markiewicza. Przywołani autorzy stoją na stanowisku, iż poza cechami anatomicznymi na uwzględnienie zasługują inne charakterystyczne dla danej osoby elementy wyglądu, takie jak wyróżniające ją rekwizyty, fryzura czy makijaż, o ile w te cechy w oczach odbiorców będą identyfikowały określoną osobę[19]. Pojawia się również stanowisko rozdzielające wizerunek od obrazu fizycznego człowieka, dokonywane przez Teresę Grzeszak. Polega ono na tym, iż wygląd człowieka, będący dobrem osobistym, to właśnie obraz fizyczny, zaś wizerunek jest jedynie jego konkretyzacją i to on może być przedmiotem obrotu[20].

Jak wynika z powyższych rozważań, pojęcie wizerunku nie jest rozumiane jednolicie, natomiast nie ulega wątpliwości, że jednostka dysponuje prawem do wizerunku. Treścią tego prawa jest możliwość decydowania o rozpowszechnianiu swojego wizerunku[21], co wynika bezpośrednio z art. 81 ust. 1 prawa autorskiego, stanowiącego iż „rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej". Pojęcie rozpowszechniania należy interpretować zgodnie z definicją zawartą w art. 6 pkt 3 prawa autorskiego, w której za rozpowszechnianie uznano udostępnianie publiczne dokonane w jakikolwiek sposób. Jak już zostało wspomniane, wizerunek jest wymieniony przez Kodeks cywilny jako jedno z dóbr osobistych, w związku z czym cechy prawa do wizerunku są zdeterminowane również przez charakter dóbr osobistych.

Za jedną z najważniejszych cech prawa do wizerunku należy uznać to, że przysługuje jedynie osobom fizycznym. Takie stanowisko może znaleźć potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie z którym odpowiednie stosowanie art. 23 Kodeksu cywilnego do osób prawnych oznacza wyłączenie pewnych dóbr osobistych, charakterystycznych jedynie dla osób fizycznych, a wśród nich wizerunku, z zakresu ochrony przysługującej osobom prawnym[22]. Ponadto można wskazać następujący katalog cech prawa do wizerunku[23]:

[19] J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, dz. cyt., s. 99.
[20] T. Grzeszak [w:] *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, J. Barta (red.), Warszawa 2003, s. 496–497.
[21] *Prawo* mediów, J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), Warszawa 2008, s. 473.
[22] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 1977 r., I CR 159/77, Lex nr 70901.
[23] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Podmiot...*, dz. cyt., s. 22.

- jest to prawo niemajątkowe, ponieważ nie ma określonej z góry wartości ekonomicznej i nie jest bezpośrednio uwarunkowane interesami ekonomicznymi podmiotu, któremu przysługuje,
- ścisłe powiązanie z podmiotem prawa,
- niezbywalność,
- nie można się go zrzec,
- jest to prawo bezwzględne, więc na osobach trzecich ciąży negatywny obowiązek nienaruszania tego prawa.

Prawo do wizerunku może zostać naruszone poprzez rozpowszechnianie go przez nieuprawnionego, co może przyjąć postać zamieszczenia wizerunku w mediach. Trzeba mieć również na uwadze, iż chociaż wizerunek jest samodzielnym dobrem osobistym, to jego naruszenie z reguły wiąże się z naruszeniem innych dóbr, takich jak prywatność, cześć czy kult pamięci osoby zmarłej.

3. Działalność mediów

Działalność mediów i jej charakter stosunkowo często były przedmiotem zainteresowania Trybunału. Z jego orzecznictwa wynika, iż media spełniają doniosłą rolę w społeczeństwie demokratycznym ze względu na funkcje, jakie w nim pełnią. Do tychże funkcji można zaliczyć:

- „dostarczanie wiadomości i poglądów o wszystkich sprawach politycznych oraz innego rodzaju kwestiach, które budzą publiczne zainteresowanie”[24], w tym o działaniu wymiaru sprawiedliwości i systemu sądownictwa[25],
- wykonywanie funkcji kontrolnej i odgrywanie roli obserwatora publicznego (*public watchdog*),
- umożliwienie uczestnictwa w debacie publicznej,
- komentowanie wydarzeń ważnych dla społeczeństwa i nurtujących opinię publiczną[26].

[24] Wyrok ETPC z dnia 23 maja 1991 r., sprawa Oberschlick v. Austria (nr 1), skarga nr 11662/85.
[25] Wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r., sprawa Castells v. Hiszpania, skarga nr 11798/85.
[26] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Dozwolona krytyka prasowa osób pełniących funkcje publiczne w orzecznictwie ETPCz*, EPS 2007, nr 4, s. 39.

Należy zauważyć, że działalność dziennikarska korzysta z wolności prasy, która zawiera się w zakresie przedmiotowym art. 10 Konwencji, dotyczącego wolności wyrażania opinii. Takie spostrzeżenie znajduje potwierdzenie w licznym orzecznictwie – Trybunał m.in. w sprawie Linengs przeciwko Austrii podkreślił, że to właśnie wolność prasy daje społeczeństwu jeden z najlepszych sposobów ujawniania i formowania opinii na temat poglądów i postaw politycznych[27], a „mówiąc bardziej ogólnie, wolność debaty politycznej jest rdzeniem koncepcji demokratycznego społeczeństwa".

W polskim porządku prawnym działalność mediów jest uregulowana w Konstytucji, a także w ustawie z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe[28] (dalej także jako „prawo prasowe") oraz ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji[29] (dalej także jako „ustawa o radiofonii i telewizji"). Postanowienia prawa prasowego w znacznej części znajdują zastosowanie do innych mediów – odpowiednio albo bezpośrednio.

Analizę warto rozpocząć od wskazania funkcji, jakie pełnią media. Opierając się na treści art. 1 prawa prasowego, wyróżnić można funkcję informacyjną, funkcję obserwatora życia publicznego oraz funkcję kontrolną. Zadania radiofonii i telewizji realizowane są z kolei poprzez dostarczanie usług medialnych i należą do nich m.in. dostarczanie informacji, udostępnianie dóbr kultury i sztuki, ułatwianie korzystania z oświaty, sportu i dorobku nauki, upowszechnianie edukacji obywatelskiej.

Dzięki funkcji informacyjnej, przejawiającej się w prawie obywateli do rzetelnego informowania, media przyczyniają się do umacniania pluralizmu i zapewniają odbiorcom możliwie najszerszą wiedzę na temat funkcjonowania państwa i istotnych wydarzeń[30]. Informacja rzetelna charakteryzuje się zgodnością z faktami oraz uczciwością przy jej przekazywaniu[31]. Media pełnią rolę obserwatora życia publicznego, gdyż są zobowiązane do urzeczywistniania prawa obywateli do jego jawności, zagwarantowanej przez art. 61 ust. 1 Konstytucji. Ogromną rolę w dzia-

[27] M. A. Nowicki, *Wokół...*
[28] Dz.U. 1984 Nr 5 poz. 24 ze zm.
[29] Dz.U. 1997 Nr 7 poz. 34 ze zm.
[30] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo mediów*, Warszawa 2013, s. 40.
[31] E. Ferenc-Szydełko, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 26–27.

łalności mediów odgrywa ich funkcja kontrolna, zawierająca w sobie także krytykę społeczną. Kontrola ta gwarantuje transparentność życia publicznego. Wskazuje się również, iż realizuje ona konstytucyjną zasadę zwierzchności narodu[32].

Kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie, co jest prasą w rozumieniu prawa prasowego. Po pierwsze, prawo prasowe reguluje działalność wydawniczą i dziennikarską, więc poza jego zakresem przedmiotowym pozostaje działalność wydawnicza niemająca charakteru prasowego[33]. Zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy, prasa musi mieć następujące cechy występujące kumulatywnie: periodyczność, otwartość i różnorodność, maksymalny interwał jednego roku pomiędzy poszczególnymi wydaniami, stały numer, tytuł i datę. Należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, iż w wymaganiach stawianych prasie nie ma konieczności druku, a więc jest to pojęcie rozumiane bardzo szeroko, co oznacza, że np. niektóre programy telewizyjne oraz audycje radiowe są uznawane za prasę w rozumienia prawa prasowego.

4. Ograniczenia ochrony wizerunku

Istotą niniejszego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, w jakich sytuacjach dozwolone jest ograniczenie prawa do wizerunku przez jego publikowanie w mediach. Zasadniczo do umieszczenia w środkach masowego przekazu czyjegoś wizerunku potrzebna jest zgoda osoby zainteresowanej, choć możliwe są wyjątki w tym zakresie. Są one zarówno przedmiotem regulacji krajowych, jak i dywagacji na poziomie międzynarodowym, w tym w orzecznictwie Trybunału.

Ograniczenia na gruncie Konwencji

Rozważania powinno się rozpocząć od analizy statusu osób publicznych, ponieważ takie jednostki mają zagwarantowany węższy zakres ochrony niż osoby prywatne. Warto przytoczyć definicje osób publicznych, jakie zostały przyjęte w rezolucjach Rady Europy. Zgodnie z pierwszą z nich osobą publiczną jest osoba uczestnicząca w życiu publicznym[34], zaś kolejna stanowi, iż osoby publiczne

[32] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 103.
[33] I. Dobosz, *Prawo prasowe. Podręcznik*, Warszawa 2006, s. 73.
[34] Rezolucja Zgromadzenia Doradczego Rady Europy nr 428/1970 z dnia 23 kwietnia 1970 r.

to osoby sprawujące funkcje publiczne i/lub dysponujące środkami publicznymi[35]. Można więc uznać, w znaczeniu szerokim, że są to wszelkie osoby obecne w życiu publicznym, np. polityce, ekonomii, sztuce. Co więcej, w drugiej rezolucji dostrzeżono nasilające się ryzyko zagrożenia prywatności osób publicznych ze strony prasy, ponieważ życie takich osób stało się dla środków masowego przekazu dochodowym towarem[36]. Definicje te nie mają jednak waloru normatywnego, mimo to pełnią rolę pewnych wytycznych przy interpretowaniu tych pojęć.

Szczególną wartość ma orzecznictwo Trybunału, który wielokrotnie zajmował się zagadnieniem działalności osób publicznych i naruszeniami ich praw. To właśnie orzecznictwo wypracowało szereg zasad i wskazówek, na podstawie których sądy krajowe będą orzekać w tego typu sprawach.

Orzeczeniem mającym przełomowe znaczenie dla ukonstytuowania ochrony wizerunku jest wyrok wydany w sprawie von Hannover przeciwko Niemcom (nr 1)[37]. Stan faktyczny przedstawiał się następująco: niemiecka prasa w latach 1993–1997 opublikowała serię zdjęć przedstawiających Karolinę Grimaldi – księżną Hannoveru, w sytuacjach z życia codziennego. W wyniku tych działań medialnych księżna wniosła o sądowy zakaz dalszego publikowana jej zdjęć. Sądy niemieckie obu instancji uznały jej żądanie jedynie w części, uzasadniając tę decyzję potrzebą informowania społeczeństwa o życiu księżnej, będącej w ocenie sądu tzw. osobą publiczną absolutną, co wiąże się z koniecznością znoszenia ingerencji w życie prywatne. W wyniku złożenia przez księżną Karolinę skargi konstytucyjnej Trybunał Federalny Niemiec orzekł, iż doszło do naruszenia dóbr osobistych w odniesieniu do zaledwie trzech zdjęć[38]. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zgodził się z argumentacją przedstawioną przez sądy niemieckie i doszedł do przekonania, iż w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji. Trybunał uznał bowiem, że księżna jest wprawdzie osobą znaną i jako członek rodziny książęcej z Monako reprezentuje ją w czasie określonych wydarzeń, jednak sama nie wykonuje żadnych funkcji wewnątrz Monako ani nie reprezentuje państwa.

[35] Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1165/1998 z dnia 26 czerwca 1998 r.
[36] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie...*, s. 220, 224.
[37] Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2004, sprawa von Hannover v. Niemcy, skarga nr 59320/00.
[38] *Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2009, nr 9, s. 3–4.

Z tego względu nie można uznać za uzasadnione tak dotkliwego ograniczenia prywatności.

Wyrok Trybunału nie powstrzymał jednak mediów od dalszego publikowania zdjęć księżnej Karoliny. Pomiędzy 2002 a 2004 r. w niemieckich magazynach pojawiły się fotografie księżnej oraz jej męża, księcia Ernsta Augusta von Hannovera, ukazujące książęcą parę podczas wakacji w górach. Małżonkowie domagali się zakazu publikacji tych zdjęć, sądy niemieckie oddaliły roszczenia co do zdjęcia przedstawiającego parę podczas wypoczynku na nartach, powołując się na kontekst całego materiału prasowego, dotyczącego złego stanu zdrowia księcia Monako, Rainiera III – ojca księżnej Karoliny. Sądy uznały, że stan zdrowia panującego księcia jest informacją ważną dla ogółu, a zatem w pełni uzasadniającą publikację spornej fotografii. W rozpatrywanej sprawie Trybunał podkreślił, iż przy publikacji zdjęć ochrona jednostki ma szczególne znaczenie i niezbędne jest wyważenie, czy została zachowana równowaga pomiędzy prawem do prywatności a prawem do wolności wypowiedzi spółki wydawniczej. Trybunał wskazał przy tym na ważkie kryteria, jakimi posiłkował się w swoim rozumowaniu. Po pierwsze, należy wziąć pod uwagę, czy zdjęcia przyczyniają się do debaty w interesie ogólnym, a następnie ocenić funkcję przedstawionej jednostki oraz naturę jej publicznej działalności. Nie bez znaczenia jest także zachowanie danej osoby przed publikacją informacji, jak również kontekst i okoliczności zrobienia spornego zdjęcia[39]. Tym razem Trybunał uznał, iż nie nastąpiło naruszenie art. 8 Konwencji[40]. Do takiego samego wniosku Trybunał doszedł w trzeciej sprawie księżnej Karoliny, dotyczącej również publikacji jej zdjęć z małżonkiem w czasie wakacji, zamieszczonych w artykule o aktualnych wakacyjnych trendach[41].

Chociaż najwięcej uwagi Trybunał poświęcał ochronie wizerunku osób publicznych, poddawał on pod rozwagę także sprawy dotyczące osób prywatnych. Pojawiały się one przeważnie w kontekście czynów zabronionych lub postępowań sądowych. Wiąże się to zarówno z art. 8 Konwencji, jak i art. 6, stanowiącym,

[39] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka: Wybór orzeczeń 2012*, Warszawa 2012, s. 176–180.

[40] Wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2012 r., sprawa von Hannover v. Niemcy (nr 2), skarga nr 40660/08 i 60641/08.

[41] Wyrok ETPC z dnia 19 września 2013 r. , sprawa von Hannover v. Niemcy (nr 3), skarga nr 8772/10.

iż prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości. Publikacji fotografii oskarżonego dotyczyła m.in. sprawa Sciacca przeciwko Włochom. Jeden z dzienników dwukrotnie opublikował zdjęcia pana Sciakki w kontekście postępowania sądowego dotyczącego szeregu zarzutów, w tym uchylania się od opodatkowania. W tym przypadku Trybunał stwierdził naruszenie prawa do prywatności skarżącego.[42]

Ograniczenia na gruncie prawa polskiego

Zgodnie z art. 81 ust. 1 prawa autorskiego, rozpowszechnianie wizerunku wymaga zgody osoby na nim przedstawionej, zaś w przypadku braku wyraźnego zastrzeżenia takie zezwolenie nie jest wymagane, jeśli osoba ta otrzymała umówioną zapłatę za pozowanie. Jest to główna zasada rządząca rozpowszechnianiem wizerunku.

Podmiot prawa do wizerunku musi wyrazić zgodę na jego rozpowszechnienie w taki sposób, aby zgoda nie budziła wątpliwości, natomiast nie ma żadnych ustawowych wymagań co do samego sposobu jej wyrażenia. Co za tym idzie, może być ona nawet dorozumiana, choć orzecznictwo wskazuje, że zgodę dorozumianą powinno się przyjmować jedynie w wyjątkowych przypadkach[43]. Nie zmienia to faktu, że powinna być ona wyrażona ze świadomością związanych z tym konsekwencji oraz w odniesieniu do skonkretyzowanego stanu faktycznego[44]. To z kolei wiąże się z zagadnieniem zakresu udzielonej zgody, mającym decydujące znaczenie w praktyce. Powinien być on precyzyjnie określony, bowiem osoba przedstawiona może ograniczyć prawo do rozpowszechniania jej wizerunku do określonych czasopism, przedziału czasowego itp. Dopuszczalne jest też odwołanie zgody.

[42] Wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2005 r., sprawa Sciacca v. Włochy, skarga nr 50774/99.
[43] Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 marca 2003 r., I ACa 733/02, Lex nr 535036.
[44] J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, dz. cyt., s. 108.

Biorąc pod uwagę skutki prawne, z wyrażeniem zgody na rozpowszechnianie wizerunku zrównane zostało uzyskanie zapłaty za pozowanie. Istnieje domniemanie, iż osoba, która otrzymuje takie wynagrodzenie, wyraziła zgodę na późniejsze wykorzystywanie jej wizerunku. Oznacza to, że nie jest konieczne uzyskiwanie zgody modela na dalsze rozpowszechnianie jego wizerunku, ponieważ dokonanie zapłaty wyłącza ten obowiązek. Należy się jednak przychylić do prezentowanego w nauce prawa poglądu, zgodnie z którym możliwość legalnego wykorzystywania takiego wizerunku ma tylko ten podmiot, który uiścił wynagrodzenie za pozowanie, pomimo iż wizerunek znajduje się już w sferze publicznej dostępności[45]. Umowa z modelem ma charakter upoważniający. Jeśli strony nie ustalą nic innego, domniemana zgoda obejmuje typowe rozpowszechnianie wizerunku, zwyczajowo przyjęte w stosunkach danego rodzaju. W razie chęci rozpowszechniania w inny sposób niezbędne jest uzyskanie odpowiedniej zgody[46].

Jak już zostało zasygnalizowane, ochrona prawnoautorska nie jest absolutna – sama ustawa ustanawia wyjątki od konieczności uzyskania zgody osoby zainteresowanej. Zezwolenie takie nie jest wymagane, jeżeli rozpowszechniany jest wizerunek:

- osoby powszechnie znanej, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych;
- osoby stanowiącej jedynie szczegół całości takiej jak zgromadzenie, krajobraz, publiczna impreza.

Ustawa nie definiuje, kto jest osobą powszechnie znaną – jedyną wskazówką jest wyliczenie przykładowych funkcji takiej osoby, zatem zakres przedmiotowy tego pojęcia jest szeroki, ponieważ nie ogranicza się do osób sprawujących funkcje publiczne w rozumieniu innych ustaw – nie muszą więc być to osoby wykonujące zadania powierzone przez aparat państwowy lub samorządowy[47]. Nie ma znaczenia, jaki rodzaj działalności sprawił, że dana osoba jest rozpoznawalna. Sąd Najwyższy za osoby publiczne uznał wszelkie postaci, które, nawet nie pełniąc

[45] J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Warszawa 2009, s. 121–122.
[46] Tamże.
[47] Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 września 2006 r., I ACa 385/06, Lex nr 298369.

funkcji publicznych, odgrywają ważną rolę w różnych dziedzinach życia publicznego, tj. w polityce, sztuce, działalności charytatywnej[48]. Należy też przywołać zdanie przedstawicieli doktryny, zgodnie z którym osobą powszechnie znaną można stać się nie tylko w wyniku świadomej decyzji, ale także mimowolnie, z różnych względów stając się przedmiotem publicznego zainteresowania[49]. Bardzo ważnym kryterium przy ocenie, czy możemy w danej sytuacji zastosować omawiany, jest to, czy fotografia przedstawiająca daną osobę została wykonana w związku z pełnieniem przez nią określonej funkcji publicznej. Ze sfery zastosowania przepisu wykluczone są zatem sytuacje z życia prywatnego osób powszechnie znanych, niezwiązane w żaden sposób z ich publiczną działalnością. Jak jednak zauważono w orzecznictwie, osoby wykonujące działalność o charakterze publicznym powinny liczyć się z tym, że przedmiotem usprawiedliwionego zainteresowania społeczeństwa są takie okoliczności z ich sfery życia prywatnego, które mają doniosłość dla wykonywania przyjętej roli społecznej. Wydaje się, że rozgraniczenie sfery życia prywatnego od działalności publicznej ma największe praktyczne znaczenie i jednocześnie jest najbardziej kontrowersyjne. Powszechnie wskazuje się na jeszcze jedną przesłankę wyłączenia bezprawności rozpowszechniania wizerunku w stosunku do osób powszechnie znanych, choć nie jest ona wyrażona wprost w przepisie. Jest to mianowicie rozpowszechnianie przedmiotowego wizerunku w celu informacyjnym lub sprawozdawczym. Zgodnie z tą przesłanką publikacja wizerunku danej osoby musi być powiązana z informowaniem o jej szeroko pojętej działalności, zaś niedopuszczalne jest wykorzystywanie takiego wizerunku w innych celach, w szczególności reklamowych[50].

Przy omawianiu statusu osób powszechnie znanych nie można nie odnieść się do innych regulacji w prawie polskim, ograniczających ochronę ich prywatności. Pierwsza z nich znajduje się w prawie prasowym. Art. 14 ust. 6 stanowi, iż dopuszczalne jest publikowanie informacji i danych dotyczących prywatnej sfery życia bez zgody osoby zainteresowanej, o ile wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby. Po raz kolejny pojawia się tutaj problem wyznaczenia sfery życia prywatnego. Ponadto można wskazać, iż możliwe jest wyróżnienie dwóch odrębnych sfer: życia prywatnego i życia intymnego, które obejmuje fakty, których dana

[48] Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2008 r., I CSK 341/07, OSNC 2009, nr 3.
[49] T. Grzeszak, *Prawo do wizerunku ...*, s. 561
[50] J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo...*, dz. cyt., s. 173–175.

osoba nie ujawniłaby nawet swoim najbliższym[51]. Dlatego też ta sfera jest bardzo rygorystycznie chroniona i ujawnienie tego rodzaju faktów jest niedopuszczalne również w stosunku do osób publicznych, chyba że same rozpowszechniły tego rodzaju szczegóły. Z kolei pewne okoliczności życia prywatnego mogą zostać ujawnione, o ile jest to usprawiedliwione okolicznościami. Takie stanowisko jest prezentowane także przez Trybunał Konstytucyjny, który zauważył, iż „o ile sfera życia intymnego [...] objęta jest pełną ochroną prawną, o tyle ochrona życia prywatnego podlega pewnym ograniczeniom, uzasadnionym usprawiedliwionym zainteresowaniem. Jest oczywiste, że osoba kandydująca do pełnienia funkcji publicznej godzić się musi z takim zainteresowaniem opinii publicznej, wyrażającym się m.in. wolą uzyskania jak najszerszego zakresu informacji o jej życiu (również prywatnym) i przeszłości"[52]. Warto tutaj przytoczyć także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie dotyczącej popularnego prezentera telewizyjnego, który wytoczył powództwo o ochronę dóbr osobistych przeciwko portalowi internetowemu, który publikował fotografie powoda oraz jego partnerki, informując przy tym o faktach z ich życia prywatnego. Sąd orzekł, że „przepis art. 14 ust. 6 prawa prasowego zwalnia z obowiązku uzyskiwania zgody osoby zainteresowanej na publikowanie informacji dotyczących prywatnej sfery jej życia, ale tylko wówczas, gdy informacje te wiążą się bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby. Samo zaliczenie więc kogoś do kategorii osób publicznych [...] nie skutkuje zwolnieniem z obowiązku uzyskania zgody takiej osoby zainteresowanej na publikację dotyczącą prywatnej sfery jej życia"[53].

Kolejną regulacją, mającą szczególne znaczenie w kontekście prywatności osób publicznych, jest zawarty w ustawie o dostępie do informacji publicznej przepis art. 5 ust. 2, stanowiący, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym informacji o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. Należy zauważyć, że „osoba pełniąca funkcje publiczne" to pojęcie węższe niż „osoba publiczna" czy też „osoba powszechnie

[51] A. Kopff, *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace Prawnicze 1982, nr 100.
[52] Wyrok TK z dnia 21 października 1998 r., K 24/98, OTK 1998, nr 6, poz. 97.
[53] Wyrok SN z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 497/10, Lex nr 936483.

znana". Analizowany przepis był przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, który nie stwierdził jego niekonstytucyjności i naruszenia prawa do prywatności. Argumentował, że rzeczywiście prawo do prywatności osób publicznych jest przez ten przepis w pewien sposób ograniczone, jednak nie można przyznawać temu prawu bezwzględnego pierwszeństwa przed prawem społeczeństwa do informacji – ważne jest zachowanie zasady proporcjonalności. Przejawia się ona w ocenie charakteru publikowanych informacji oraz w tym, czy ich zakres nie wykracza poza niezbędną granicę transparentności życia publicznego. Trybunał Konstytucyjny jednocześnie zauważył, że udzielanie informacji na temat osób pełniących funkcje publiczne nie może wiązać się z ingerencją w sferę życia prywatnego osób trzecich, w tym członków rodzin znanych osób[54].

Drugim wyjątkiem wskazanym w prawie autorskim jest rozpowszechnianie wizerunku osoby stanowiącej jedynie szczegół całości. Ustawodawca posługuje się tutaj takimi pojęciami, jak „zgromadzenie", „krajobraz", „publiczna impreza", które nie zostały zdefiniowane. Terminem „zgromadzenie" możemy objąć każdą większą grupę ludzi zebraną w miejscu publicznym, „krajobraz" to pewien wycinek naturalnego otwartego otoczenia, jak również krajobraz miejski. „Publiczna impreza" to impreza, w której może wziąć udział niezamknięty krąg osób, w tym zdefiniowana normatywnie impreza masowa. W doktrynie wskazuje się również, że przepis ten dotyczy jedynie miejsc niemających szczególnego charakteru, dostępnych publicznie[55]. Aby ocenić, czy znajdzie zastosowanie ten szczególny wyjątek, należy ustalić relację pomiędzy wizerunkiem danej osoby a całością fotografii bądź filmu oraz jego poszczególnymi elementami. Jak bowiem wskazuje polska judykatura, „rozpowszechnianie wizerunku nie wymaga zezwolenia, jeśli stanowi on jedynie element akcydentalny lub akcesoryjny przedstawionej całości, tzn. w razie usunięcia wizerunku nie zmieniłby się przedmiot i charakter przedstawienia"[56]. Można z tego wysnuć wniosek, iż zakresem tej normy nie są objęte wizerunki skadrowane ani takie, w których wizerunek określonej osoby jest tym elementem, który przyciąga uwagę odbiorcy. Z drugiej strony, przepis znajdzie zastosowanie, nawet jeśli możliwe jest rozpoznanie danej osoby, natomiast jej wizerunek nie jest kluczowy dla obrazu całości. Dla działalności mediów ten przepis ma niebagatelne znaczenie,

[54] J. Barta, R. Markiewicz, *Media a dobra osobiste*, dz. cyt., s. 85–91.
[55] B. Michalski, *Prawo do wizerunku...*, s. 62
[56] Wyrok SA w Krakowie z dnia 19 grudnia 2011 r., I ACa 957/01, TPP 2002, nr 3, s. 107.

ponieważ pozwala na relacjonowanie przebiegu publicznych wydarzeń, co musi być związane z rozpowszechnieniem wizerunku ich uczestników.

Wizerunek osób prywatnych jest też chroniony przez przepisy prawa prasowego. Jego art. 13 ust. 2 stanowi, iż nie wolno publikować w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jak również danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę. To postanowienie ustawy ma chronić te osoby przed przedwczesnym i nieobiektywnym osądem społeczeństwa. Jest to także gwarancja prywatności i poszanowania wizerunku zarówno tych osób, jak i innych uczestników postępowania. Omawiany zakaz obowiązuje od chwili wszczęcia postępowania przygotowawczego i trwa w czasie całego postępowania sądowego, tj. w obu instancjach, jak również w postępowaniu wszczętym na podstawie skargi kasacyjnej czy też skargi o wznowienie postępowania. W odniesieniu do zakresu podmiotowego zastosowania przepisu, ma on charakter bezwzględny, tzn. znajduje on zastosowanie do wszystkich osób, przeciwko którym toczy się postępowanie bądź uczestniczą w procesie w innym charakterze, wskazanym w przepisie. Nie ma przy tym znaczenia, czy jest to osoba całkowicie prywatna czy też należy do kręgu osób prowadzących działalność publiczną[57]. W określonych okolicznościach możliwe będzie publikowanie danych osobowych oraz wizerunku wymienionych osób – po pierwsze, w razie wyrażenia przez nich zgody na takie działanie prasy, a po drugie, jeśli właściwy prokurator lub sąd udzieli takiego zezwolenia ze względu na ważny interes społeczny, z tym że to zezwolenie może dotyczyć wyłącznie osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe. Orzecznictwo wskazuje poza tym, że dziennikarze mogą ujawniać dane osób objętych co do zasady zakazem, jeśli wcześniej zostały one ujawnione przez prokuratora w warunkach stwarzających podstawę do uznania, że doszło do uchylenia zakazu[58]. Taki sam skutek w postaci uchylenia bezprawności działania dziennikarza ma informacja podana do publicznej wiadomości przez rzecznika prasowego prokuratury[59].

[57] Wyrok SN z dnia 19 listopada 2009 r., IV CSK 232/09, OSNC-ZD 2010, nr 3, poz. 76.
[58] Wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2011 r., I CSK 509/10, OSNC 2012/B, poz. 33.
[59] E. Ferenc-Szydełko, *Prawo prasowe*..., dz. cyt., s. 143.

5. Podsumowanie

Dobro osobiste w postaci wizerunku jednostki zyskuje na znaczeniu, przez co coraz częściej pojawia się problem jego skutecznej ochrony. Jest to w dużym stopniu wynikiem rozwoju mediów, które odgrywają ogromną rolę w życiu społeczeństwa – w swojej działalności muszą jednak respektować prawa człowieka, w tym prawo do wizerunku. Należy jednak liczyć się z tym, że w pewnych sytuacjach ochrona jest ograniczona, zwłaszcza w stosunku do osób powszechnie znanych, zaś wyznaczenie jej granic jest jednym z wyzwań, jakie stoją przed sądami orzekającymi w tego typu sprawach. Wydaje się, że w celu rozstrzygnięcia części wątpliwości wskazane byłoby doprecyzowanie istniejących przepisów prawa materialnego w porządku krajowym, jak również sformułowanie pewnych postulatów na poziomie międzynarodowym.

LIMITATION ON PROTECTION OF IMAGE ON THE EXAMPLE OF MEDIA ACTIVITY

Summary

The aim of the article is to present currently binding provisions regarding the right to one's image in both Polish and international legislation. The right to one's image stems from the right to privacy, granted on the grounds of the European Convention on Human Rights, the Constitution of the Republic of Poland, as well as from statutory regulations, e.g. Act of February 17, 1994 on Copyright and Related Rights. The abovementioned right deserves effective protection, especially in terms of publishing someone's image in mass media. However, this right is subject to some limitations which allow to present someone's image without prior consent, in particular in terms of publishing images of public persons.

Key Words: Image, human rights, privacy, media, press, public person, private person, limitation

Bibliografia

- *Biuletyn Informacyjny Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2009, nr 9.
- Balcarczyk J., *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Warszawa 2009.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Barta J., Markiewicz R. (red.), *Media a dobra osobiste*, Warszawa 2009.
- Barta J., Markiewicz R., Matlak A. (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2008.
- Dobosz I., *Prawo prasowe. Podręcznik*, Warszawa 2006.
- Ferenc-Szydełko E., *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Golat R., *Ochrona wizerunku w prawie cywilnym*, Gazeta Prawna 1996, nr 10.
- Gronowska B. i in., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Grzeszak T., *Prawo do wizerunku i prawo adresata korespondencji* [w:] *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, J. Barta (red.), Warszawa 2003.
- Kopff A., *Ochrona sfery życia prywatnego jednostki w świetle doktryny i orzecznictwa*, ZNUJ – Prace Prawnicze 1982, nr 100.
- Kordasiewicz B., *W sprawie obiektywnych i subiektywnych kryteriów naruszania dóbr osobistych*, [w:] B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej profesora Stanisława Piątowskiego*, Wrocław 1985.
- Nowicki M. A., *Komentarz do art.8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Lex.
- Nowicki M. A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka: Wybór Orzeczeń 2012*, Warszawa 2012.
- Pazdan M., *Komentarz do artykułów 1–449*[11] [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny*, Warszawa 2005.

- Sieńczyło-Chlabicz J., *Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Radca Prawny 2001, nr 2.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Podmiot, przedmiot i treść prawa do wizerunku*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2003, nr 8.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Dozwolona krytyka prasowa osób pełniących funkcje publiczne w orzecznictwie ETPCz*, EPS 2007, nr 4.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Prawo mediów*, Warszawa 2013.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002.
- Stefaniuk K., *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnianie podobizny*, Państwo i Prawo 1970, nr 1.
- Wojnicka E., *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, ZNUJ PWiOWI 1990, nr 56.

Orzecznictwo

Europejski Trybunał Praw Człowieka

- Wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2012 r., sprawa von Hannover v. Niemcy (nr 2), skarga nr 40660/08, 60641/08.
- Wyrok ETPC z dnia 23 maja 1991 r., sprawa Oberschlick v. Austria (nr 1), skarga nr 11662/85.
- Wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r., sprawa Castells v. Hiszpania, skarga nr 11798/85.
- Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2004 r., sprawa von Hannover v. Niemcy, skarga nr 59320/00.
- Wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2012 r., sprawa von Hannover v. Niemcy (nr 2), skarga nr 40660/08 i 60641/08.
- Wyrok ETPC z dnia 19 września 2013 r., sprawa von Hannover v. Niemcy (nr 3), skarga nr 8772/10.

- Wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2005 r., sprawa Sciacca v. Włochy, skarga nr 50774/99.

Orzecznictwo polskie

- Wyrok TK z dnia 21 października 1998 r., K 24/98, OTK 1998, nr 6, poz. 97.
- Wyrok SN z dnia 19 maja 2004 r., I CK 636/2003, Lex Polonica nr 1546710.
- Wyrok SN z dnia 25 maja 1977 r., I CR 159/77, Lex nr 70901.
- Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2008 r., I CSK 341/07, OSNC 2009, nr 3.
- Wyrok SN z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 497/10, Lex nr 936483.
- Wyrok SN z dnia 19 listopada 2009 r., IV CSK 232/09, OSNC-ZD 2010, nr 3, poz. 76.
- Wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2011 r., I CSK 509/10, OSNC 2012/B, poz. 33.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 marca 2003 r., I ACa 733/02, Lex nr 535036.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 września 2006 r., I ACa 385/06, Lex nr 298369.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 19 grudnia 2011 r., I ACa 957/01, TPP 2002, nr 3, s. 107.

Aleksandra Młoczkowska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

EUROPEJSKI STANDARD OCHRONY PRAWA DO WOLNOŚCI SŁOWA A PRZESTĘPSTWO ZNIESŁAWIENIA W POLSKIM KODEKSIE KARNYM

1. Wprowadzenie

Prawa człowieka – zbiór niepodważalnych, niezbywalnych, wspólnych, przynależnych każdemu człowiekowi praw, których obowiązywanie winno być bezsprzecznym faktem, stanowiąc jednocześnie fundament funkcjonowania współczesnych państw i społeczeństw, wyznających wartości humanistyczne. Znajdując swój wyraz w redakcji międzynarodowych, europejskich, krajowych aktów prawnych, stanowią jedno z największych cywilizacyjnych osiągnięć ludzkości. Obok ochrony życia, zdrowia czy też wolności wyznania, chroniona jest wolność słowa, określana raz jako wolność wyrażania opinii, raz jako wolność wypowiedzi, a czasem wprost nosząca miano prawa do wolności słowa. Patrząc na każde z powyższych określeń, dostrzec można, iż dotyczą one tego samego – ochrony pluralizmu, tolerancji i demokracji[1]. Składa się na nie nie tylko prawo do wolności własnych myśli i opinii, lecz również uprawnienie do ich swobodnego głoszenia. To dzięki sposobności nieskrępowanego wyrażania idei możliwy jest rozwój społeczeństw oraz efektywna dyskusja społeczno-polityczna. Dlaczego więc niektóre ustawodawstwa krajowe, w tym i polski kodeks karny, penalizują czyn określany jako zniesławienie? Jak należy rozumieć powyższy stan rzeczy w kontekście europejskich idei wolności słowa i praw człowieka?

[1] Wyrok ETPC z dnia 7.12.1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii,* nr skargi 5493/72, LEX nr 80798.

2. Prawo do wolności słowa jako prawo człowieka w europejskim systemie ochrony

Mimo iż w świadomości społeczeństw od lat istnieje pojęcie praw człowieka, w żadnym z dokumentów międzynarodowych czy krajowych nie została wypracowana jego legalna definicja. Podjęto liczne próby tworzenia katalogów – mniej lub bardziej szerokich – które mają określać zbiór fundamentalnych praw. Podzielając stanowisko prof. A. Wróbla, należy stwierdzić, że „prawa człowieka mają charakter zbioru postulatów o charakterze moralnym, domagających się poszanowania wartości dla człowieka najcenniejszych"[2]. Wszystkie te prawa mają charakter naturalny, niezbywalny i uniwersalny, tak więc cechy te należy przypisać również prawu do wolności słowa, co znajduje swój wyraz w sformułowaniu jego treści w poszczególnych aktach prawnych (np.: „bez względu na granice państwowe", „bez ingerencji władz publicznych").

Na europejski system ochrony praw człowieka składają się dwa podstawowe akty: Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[3] oraz Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej[4].

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPCz) w art. 10 ust. 1 wprowadza prawo do wolności wyrażania opinii, stanowiąc, iż każdy człowiek ma prawo posiadać poglądy, otrzymywać i przekazywać informacje i idee bez ingerencji władz publicznych oraz bez względu na granice państwowe. Jednakże już na wstępie warto zwrócić uwagę na istotną kwestię dotyczącą tłumaczenia – w oficjalnej, anglojęzycznej wersji dokumentu, czytamy o *freedom of expression*, co wydaje się mieć znaczenie szersze aniżeli polskie tłumaczenie „wolność wyrażania opinii". Stąd zapis art. 10 ust. 1 EKPCz należy rozumieć szeroko, odnosząc go do ogólnie pojętej wolności słowa, zawierającej w sobie zarówno wolność wyrażania opinii, wypowiedzi oraz szeroko pojętej ekspresji, a nie ograniczając go do tego elementu, jakim jest wyłącznie wolność wyrażania opinii – w rzeczywistości zapis ów dotyczy bowiem każdej możliwej drogi uzewnętrzniania

[2] A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych. Komentarz* – komentarz do artykułu 11, Warszawa 2013.

[3] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61 poz. 284.

[4] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej* z dnia 14 grudnia 2007 r., Dz.U. UE C. 303 z 14.12.2007 ze sprost.

myśli, opinii lub informacji. Należy stwierdzić, że określenie „wolność wypowiedzi" z jednej strony zawiera w sobie wolność przekazywania informacji oraz ich rozpowszechniania, a z drugiej powinna być interpretowana przez ich pryzmat. Prawo to, mimo iż określane prawem człowieka, przysługuje nie tylko osobom fizycznym, lecz również osobom prawnym czy stowarzyszeniom.

Tak więc art. 10 ust. 1 EKPCz obejmuje trzy elementy: wolność posiadania poglądów, wolność otrzymywania informacji oraz wolność przekazywania informacji.

Wolność posiadania poglądów, która nawiązuje w dużym stopniu do wolności myśli (art. 9 EKPCz) i do jej abstrakcyjnego charakteru, będąc jednocześnie jej rozwinięciem i pewnego rodzaju gwarantem, przynależy przede wszystkim osobom fizycznym (wypada przy tym dodać, że w doktrynie podnosi się zagadnienia „nakładania się" zakresów regulacji dotyczących „wolności myśli" a „wolności posiadania poglądów", aczkolwiek nie ma podstaw, aby twierdzić, że regulacja z art. 9 EKPCz nie obejmuje poglądów, sądów ocennych, opinii[5]). Jest to zarówno prawo do wolności posiadania własnego zdania, jak również niepodlegania karze za inne poglądy oraz obejmuje zakaz zmuszania jednostki do ujawnienia swoich opinii[6].

Z kolei wolność otrzymywania i przekazywania informacji dotyczy zarówno jednostek fizycznych, jak i osób prawnych. Jest to prawo do otrzymywania, bez zakłóceń i ograniczeń ze strony władzy państwowej, informacji oraz idei (chroniąc się tym samym przed „indoktrynacją" ze strony władz państwowych) oraz do ich przekazywania – zarówno faktów, jak i subiektywnych sądów (opinii). Dodać przy tym należy, że zapis ten nie uprawnia jednostek do żądania od władz państwowych ujawnienia informacji niemających publicznego charakteru (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Leander przeciwko Szwecji*, w którym poruszona została możliwość dostępu zainteresowanego do informacji groma-

[5] I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej konwencji praw człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, za: P. van Dijk, D.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* , wyd. 3, The Hague 1998, s. 558.

[6] A. Wróbel, P. Hofmański, L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18* – komentarz do art. 10, Warszawa 2010.

dzonych przez służby specjalne[7]). Podstawą efektywnej realizacji tej sfery wolności jest swobodne funkcjonowanie wolnych mediów.

Konwencja stoi na straży każdego rodzaju wypowiedzi – przy czym wybór sposobu, formy, miejsca czy czasu oraz możliwość wyboru grona odbiorców należy do jednostki i nawiązuje do szeroko pojętej „wolności ekspresji". Zdarza się, że działanie z pozoru neutralne w określonych okolicznościach będzie wymagało ochrony wynikającej z art. 10 EKPCz (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *Tatár i Fáber vs. Węgry*[8]). Tak samo chronione są zarówno wypowiedzi artystyczne, stanowiska pisemne oraz ustne, jak i wolność słowa w środkach masowego przekazu czy Internecie. Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie uznawał za wyraz realizacji prawa do wolności wypowiedzi określone działania czy postawy (zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka *Murat Vural v. Turcja*[9]). Jako „wypowiedzi" nie są jednak uznawane przez Trybunał: kontakt fizyczny lub zawarcie małżeństwa[10], sposób ubioru[11] oraz działania mające charakter tylko i wyłącznie komercyjny[12].

Prawo człowieka do wolności słowa wprowadza wolność „od" – jest to wolność od ingerencji władzy publicznej (jest więc podstawą zakazu cenzury i wpływu władzy na treści i informacje otrzymywane lub przekazywane przez jednostki), jak również stanowi wolność „do" – jest to wolność do przekazywania przez jednostki informacji, bez nacisków i wpływów innych podmiotów[13]. W żaden sposób nie uprawnia do ograniczenia tego prawa inne obywatelstwo, bycie cudzoziemcem lub bezpaństwowcem – w każdym takim przypadku przysługuje ochrona z art. 10

[7] Wyrok ETPCz z dnia 26.03.1987 r. w sprawie *Leander przeciwko Szwecji,* nr skargi 9248/81, LEX nr 81034.

[8] Wyrok ETPCz z dnia 12.06.2012 r. w sprawie *Tatár i Fáber przeciwko Węgrom,* nr skargi 26005/08 i 26160/08, LEX nr 1164392.

[9] Wyrok ETPCz z dnia 21.10.2014 r. w sprawie *Murat Vural przeciwko Turcji,* nr skargi 9540/07, LEX nr 1521262.

[10] Decyzja ETPCz z dnia 12.10.1994 r. w sprawie *Spetz i in. przeciwko Szwecji,* nieopublikowana, nr skargi 20402/92.

[11] Decyzja ETPCz z dnia 3.03.1986 r. w sprawie *Stevens przeciwko Wielkiej Brytanii,* nr skargi 11674/85, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-593 [dostęp: 24.03.2016].

[12] Decyzja ETPCz z dnia 9.10.1985 r., *Hammerdahls Stormarknad AB przeciwko Szwecji,* nr skargi 11532/85, Decisions and Reports. European Commission of Human Rights (1975–1999), t. 45, s. 277.

[13] J.J. Mrozek *Rozważania prawne wokół pojęcia „wolność słowa"* [w:] *Media. Kultura. Komunikacja społeczna*, t. 8, Olsztyn 2012, s. 157–163.

EKPCz. Szczególnie istotna jest ochrona wolności słowa w kontekście demokratycznej debaty politycznej oraz działalności dziennikarskiej, w tym zahaczającej o satyrę, czyli tzw. rozumienie tej wolności w aspekcie makro. Trybunał Praw Człowieka wydał już znaczną liczbę wyroków zarzucających Polsce naruszenie art. 10 ust. 1 EKPCz – w większości przypadków dotyczyły one krytyki władzy publicznej i organów państwowych, uznanej przez polskie sądy za naruszenie art. 212 k.k.[14].

W art. 10 ust. 2 EKPCz wprowadza możliwość ograniczenia wolności słowa, przewidzianej w art. 10 ust. 1, wymieniając warunki, jakie muszą być spełnione, aby ograniczenia te zachowały cechy legalności. Wprowadzone ograniczenia jednocześnie muszą być przewidziane przez prawo oraz muszą charakteryzować się koniecznością z perspektywy ochrony określonych interesów, m.in.: bezpieczeństwa państwa, zapobieżenia zakłóceniu porządku, zapobieżenia ujawnieniu informacji poufnych, z uwagi na ochronę zdrowia, moralności, dobrego imienia i praw innych osób. Wyraźnie więc widać, że ochrona dobrego imienia oraz czci innych osób jest argumentem, który może przekonująco uzasadniać ograniczenie prawa do wolności słowa – jednakże z zastrzeżeniem, że w demokratycznym państwie prawa ograniczenie rzeczonej wolności jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy istnieje rzeczywista potrzeba reakcji władz państwowych, przy jednoczesnym – co oczywiste – zachowaniu wymogu proporcjonalności.

Prawo do wolności słowa jest chronione również przez Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP).

Art. 11 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej odpowiada standardowi ochrony przewidzianemu w art. 10 ust. 1 EKPCz i, podobnie jak poprzedni akt, chroni „wolność wypowiedzi" – zarówno w aspekcie posiadania poglądów, jak również komunikowania i pozyskiwania informacji oraz idei. Także w tym przypadku wolność wypowiedzi dotyczy „wolności ekspresji", przy czym ta ostatnia jest uszczegółowiona przez składające się na nią poszczególne wolności: wolność opinii, idei, informacji oraz przez wolność słowa i druku[15]. Podobnie w polskim porządku konstytucyjnym, pomimo rozróżnienia „wolności wyrażania poglądów

[14] Np. wyrok w sprawie *Stankiewicz i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 48723/07, LEX nr 1521327).
[15] L. Wiśniewski, *Wolność słowa i druku* [w]: R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław 1991, s. 687 i nn.

oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji" (art. 54 Konstytucji RP) i „wolności twórczości artystycznej" (art. 73 Konstytucji RP), należy uznać je wszystkie za wyraz realizacji prawa do wolności wypowiedzi w rozumieniu europejskich aktów prawnych[16]. Wypada zarazem podkreślić, że prawo określone w art. 11 KPP, tak jak w przypadku art. 10 EKPCz, nie może być ograniczane ze względu na obywatelstwo, pochodzenie etc. Co istotne, KPP nie zawiera jednocześnie ograniczeń, o których mowa w art. 10 ust. 2 EKPCz. Dodać jednak trzeba, że pomimo takiego stanu rzeczy przyjmuje się, że na mocy art. 52 ust. 3 KPP przepis art. 11 KPP winien mieć takie samo znaczenie i zakres jak ten, który wynika z art. 10 EKPCz, a z drugiej strony art. 52 ust. 3 zdanie drugie KPP pozwala na wprowadzenie szerszego zakresu ochrony aniżeli przewidziany w EKPCz.

Powyższe ukazuje, że oba omówione powyżej akty chronią, co do meritum, dokładnie to samo dobro – wolność jednostki zarówno do posiadania i nieskrępowanego wyrażania myśli i opinii, jak również do ich odbioru, bez wpływu na nie władz państwowych. Jak więc, w tym kontekście, należy rozumieć art. 212 polskiego K odeksu karnego? Wszak skazania z tej podstawy prawnej dotyczą osób, które zgodnie z regulacjami europejskimi wyrażały swoje opinie. Pytanie więc, czy nie podlegają tym samym bezpośredniej ochronie w myśl europejskich regulacji dotyczących praw człowieka – a więc czy nie stanowią wyrazu prawa do wolności słowa? Gdzie wówczas ma miejsce granica pomiędzy jednym zachowaniem a drugim?

3. Przestępstwo zniesławienia w polskim Kodeksie karnym

Na wstępie, dla porządku, należy omówić dwie podstawowe okoliczności: jaki jest przedmiot ochrony art. 212 k.k. oraz jaka czynność sprawcza podlega penalizacji na mocy tego przepisu.

Przedmiotem ochrony normy określonej w art. 212 k.k. jest godność, pojmowana jako cześć, szacunek, dobre imię czy reputacja, co wprost potwierdza systematyka kodeksowa i umieszczenie art. 212 k.k. w rozdziale: „Przestępstwa przeciwko

[16] I. Lipowicz, *Konstytucyjne prawo do informacji a wolność informacji* [w:] G. Szpor (red.), *Wolność informacji i jej granice*, Katowice 1997, s. 12 i nn.

czci i nietykalności cielesnej"[17]. Są to dobra wymieniane nie tylko w międzynarodowych i europejskich aktach prawnych, lecz również chronione na poziomie konstytucyjnym (art. 47 polskiej Konstytucji). M. Surkont twierdzi, że prawnokarnej ochronie podlega: „sława, cześć w znaczeniu dobrego imienia, pozytywnego wyobrażenia o wartości danego człowieka u innych"[18]. Oczywiste przy tym jest, że ochrona czci i godności przysługuje każdemu człowiekowi, niezależnie od płci, wieku, pochodzenia czy rasy, jak również opinii, jaką posiada w środowisku[19]. Stąd nie może budzić zdziwienia wprowadzenie do Kodeksu karnego normy, która sankcjonuje naruszenie powyższych istotnych dóbr.

W przypadku przestępstwa zniesławienia (art. 212 k.k.), czynnością sprawczą jest „pomówienie", polegające na podnoszeniu i rozgłaszaniu zarzutów dotyczących innego podmiotu. Pomówienie może dotyczyć zarówno osoby, grupy osób, instytucji, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. Dodać przy tym trzeba, że sprawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, jeśli „pomówienie" skieruje wyłącznie do osoby, której dotyczy. Innymi słowy, niezbędne jest, dla wyczerpania znamion rzeczonego przestępstwa, aby treść „pomówienia" została przekazana innym podmiotom. Zarzuty te nie muszą być skonkretyzowane, mogą pozostać w formie pogłosek czy hipotez[20]. W pewnych okolicznościach może się zdarzyć, że karalność pomówienia będzie związana z rozgłaszaniem informacji prawdziwych. Z tego też powodu należy zauważyć, że czynność „pomówienia" penalizowana w art. 212 k.k. ma znaczenie szersze niż to, jakie przyjmuje w rozumieniu czysto językowym (zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego* „pomówić" oznacza bowiem: bezpodstawnie zarzucić coś komuś, oskarżyć kogoś o coś[21]).

Dla realizacji kolejnego znamienia czynu z art. 212 k.k. niezbędne jest, aby „zarzut zniesławiający" odnosił się bądź do postępowania jednostki – takiego, które jest sprzeczne z prawem lub w kontekście ocen społecznych może przedstawiać

[17] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30.10.2006 r., P 10/06, OTK-A 2006 nr 9, poz. 128.
[18] M. Surkont, *Cześć i godność osobista jako przedmioty ochrony prawnokarnej*, Nowe Prawo 1980, nr 4, s. 53.
[19] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.11.2004 r., sygn. akt IV KK 132/04, OSNwSK 2004 nr 1, poz. 1982.
[20] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.11.1936 r., sygn. akt 2 K 1304/36, zb. orz. 1937, poz. 143.
[21] *Słownik języka polskiego*, t. 4, wyd. PWN, Warszawa 2007.

ją w złym świetle (np. zarzucanie przestępczej przeszłości, niemoralnego życia)[22] – lub co do jej właściwości, odnosząc się tym samym do negatywnie postrzeganych cech osobowościowych lub charakterologicznych (np. pomawianie o alkoholizm, zboczenia seksualne).

Następnym elementem jest charakter zarzutu – pomówienie dotyczące postępowania lub właściwości podmiotu, musi, choćby hipotetycznie – ale też w kategoriach obiektywnych – realizować znamię „możliwości poniżenia lub narażenia na utratę zaufania". Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie „może" wskazuje, iż warunkiem koniecznym realizacji znamion wspomnianego typu czynu zabronionego nie jest wywołanie „skutku" w postaci „poniżenia lub utraty zaufania" pokrzywdzonego podmiotu – wystarczające jest ustalenie, że działanie sprawcy „narazi" go na takie skutki. Innymi słowy, hipoteza normy wynikającej z art. 212 § 1 k.k. zawęża zbiór sankcjonowanych zachowań do tych, które obiektywnie mogą skutkować wspomnianymi następstwami, nawet jeśli w danych okolicznościach one nie wystąpią[23]. Świadczy to o tym, że przestępstwo z art. 212 k.k. jest przestępstwem formalnym z narażenia na niebezpieczeństwo[24] – wystarczające jest, aby podjęte działania mogły potencjalnie wspomniane skutki wywołać. Zapis ten wyklucza więc wszystkie te działania, które obiektywnie są w danej sytuacji faktycznej postrzegane jako neutralne lub pozytywne. Warto jednak zaznaczyć, że ustawodawca tworzy dwa zbiory skutków, które może spowodować działanie sprawcy: poniżenie w opinii publicznej, dotykające przede wszystkim moralności, czci i dobrego imienia, oraz utrata zaufania, potrzebna do wykonywania określonego zawodu, stanowiska lub działalności, co związane jest przede wszystkim z funkcjonowaniem jednostki w społeczeństwie – na skutek tego granice pomówienia zostały określone szeroko, obejmując jak najszerszy zbiór następstw. Pomówienie może polegać na twierdzeniu określonej okoliczności lub przeinaczaniu okoliczności prawdziwych[25]. Przestępstwo zniesławienia możne być popełnione jedynie

[22] A. Grześkowiak, *Kodeks karny. Komentarz* – komentarz do art. 212, teza 9, Warszawa 2015.

[23] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14.10.2010 r., sygn. akt II KK 105/10, OSNwSK 2010 nr 1, poz. 1963: „Pomówienie tylko wtedy podlega odpowiedzialności karnej, kiedy wiąże się z nim możliwość wystąpienia szkody moralnej po stronie osoby pokrzywdzonej w postaci możliwości poniżenia lub narażenia na utratę zaufania".

[24] M. Kalitowski [w]: M. Filar (red.) *Kodeks karny. Komentarz* – komentarz do art. 212 k.k., Warszawa 2014.

[25] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12.09.1938 r., sygn. akt 3 K 3152/37, zb. orz. 1939, poz. 29.

przez działanie – nie podlega karze zaniechanie i niezaprzeczenie nieprawdziwym informacjom[26]. Pomówienie może być dokonane w każdej postaci umożliwiającej uzewnętrznienie myśli, opinii, podejrzeń czy hipotez – zarówno ustnie, pisemnie, jak również w postaci utworu artystycznego, programu telewizyjnego, obrazu etc. W doktrynie przyjęto, że nie jest możliwe zniesławienie w postaci gestu[27].

Z perspektywy zasad odpowiedzialności za przestępstwo zniesławienia szczególnie istotne znaczenie ma przepis art. 213 k.k. W doktrynie podkreśla się, że charakter normy wynikającej z art. 213 k.k. nie jest jednolity – rzecz w tym, że 213 § 1 k.k. stanowi uzupełnienie znamion czynu określonego w art. 212 k.k., natomiast tylko art. 213 § 2 k.k. wprowadza tzw. kontratyp dozwolonej krytyki, który legalizuje zachowania realizujące znamiona z art. 212 k.k.[28]

W konsekwencji, przyjmując, że art. 213 § 1 k.k. wprowadza tzw. znamiona negatywne czynu[29] i poprzez zapis „nie ma przestępstwa" wskazuje na brak realizacji znamion, brak jest podstaw dla wyłączenia bezprawności na mocy kontratypu. Tym samym wskazana norma. uzupełniając treść art. 212 k.k., prowadzi do wniosku, że nie jest przestępstwem podniesienie niepublicznie prawdziwego zarzutu.

Kontratyp z § 2 art. 213 k.k. określa warunki, które w razie spełnienia uchylają bezprawność czynu formalnie realizującego znamiona czynu określanego jako „zniesławienie"; krzyżują się w nim warunki związane z rozgłosem zarzutu, jego prawdziwością oraz osobą, wobec której jest skierowany.

Zastosowane określenie „publicznie" oznacza sposób pozwalający szerszej grupie odbiorców zapoznać się z twierdzeniem. Nie zawsze zniesławienie dokonane w miejscu publicznym będzie nosiło znamię publicznego zniesławienia – istota dotyczy tego, że musi ono być dostępne dla nieokreślonej liczby osób. Znamię takie będzie realizowało m.in. umieszczenie informacji w Internecie. Wątpliwości budzi fakt zniesławienia w piśmie, skierowanym do instytucji – czy wówczas można mówić o publicznym zniesławieniu? Zdaniem Janusza Raglewskiego

[26] A. Grześkowiak, *Kodeks karny*..., dz. cyt., teza 8.
[27] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, s. 644, teza 7, Kraków 1999.
[28] Tamże, s. 653, teza 2.
[29] A. Grześkowiak, *Kodeks karny*..., dz. cyt. – komentarz do art. 213, teza 2.

istotne znaczenie ma to, czy instytucja, do której skierowane jest pismo, jest zobowiązana do zachowania w tajemnicy zawartych w nim informacji, a jeżeli tak – nie może być mowy o publicznym zniesławieniu[30]. Istotną rolę w określaniu, czy doszło do nadużycia wolności wyrażania opinii, mają również okoliczności i podmioty, które były uczestnikami zdarzenia. Dla przykładu: zupełnie inaczej będzie traktowane obraźliwe określenie osoby prywatnej, opierające się wyłącznie na personalnych antypatiach, a inaczej zachowanie podejmowane w ramach dziennikarskiej prowokacji satyrycznej wywołanej faktycznymi działaniami funkcjonariusza publicznego[31]. Istotnym zagadnieniem jest również wypracowanie możliwości badania prawdziwości pomówień. Tak jak zostało to wcześniej zaznaczone, w kontekście unormowań art. 212 k.k oraz art. 213 k.k. szczególnego znaczenia nabiera kwestia, czy podstawy, na których opiera się dana, „zniesławiająca" wypowiedź, są prawdziwe. To, czy pewien fakt i opierająca się na jego podstawie informacja jest prawdziwa, możemy bez trudu udowodnić. Kłopoty zaczynają się, gdy w grę wchodzi badanie prawdziwości opinii jako kryterium przesądzającego o bezprawności czynu bądź jej braku. Jeżeli kwintesencją opinii jest subiektywny osąd, to czy w ogóle istnieje możliwość zdecydowanego potwierdzenia lub zaprzeczenia jej prawdziwości? I jak w takich okolicznościach uznać dane zachowanie za bezprawne lub dozwolone, jeżeli nie jesteśmy w stanie określić, czy jedno ze znamion rzeczonego czynu zostało zrealizowane? Przyjęcie bezwzględnej konieczności udowodnienia wygłaszanych ocen samo w sobie stanowi wszak naruszenie prawa do wolności słowa[32] . Według P. Hoffmańskiego i J. Satki, karanie za opinie stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję w sferę wolności wypowiedzi. Skoro opinii odmawia się przymiotu wartości logicznej, tym samym nie jest możliwe wykazanie jej prawdziwości bądź fałszu. Odmienne stanowisko reprezentują m.in. M. Surkont[33] , W. Kulesza[34] oraz A. Zoll[35], którzy twierdzą, iż wyłączenie ocen (opinii) spod zakresu penalizacji z art. 212 k.k. spowodowałoby uniemożliwienie jednostce

[30] J. Raglewski [w]: A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2012, s. 937–968.

[31] Wyrok ETPCz z dnia 23.05.1991 w sprawie *Oberschlick przeciwko Austrii,* skarga nr 11662/85, LEX nr 81177.

[32] P. Hofmański, J. Satko (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki, orzecznictwo (SN 1918–2000), piśmiennictwo*, Kraków 2002, s. 26.

[33] M. Surkont, *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1982, s. 33–34.

[34] W. Kulesza, *Zniesławienie i zniewaga (ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1984, s. 37–38.

[35] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Komentarz...*, dz. cyt., s. 646.

dochodzenie przed sądem ochrony swojego dobrego imienia, zagrożonego przez fałszywe, negatywne opinie (oceny). Zasadne jest więc rozróżnienie oceny prawdziwości faktów i prawdziwości opinii, nie sposób bowiem oceniać ich w ten sam sposób. Rzecz w tym, że w przypadku informacji (faktu) jej treść musi być udowodniona w takim stopniu, aby nie można było w żadnym razie postawić jej zarzutu nieprawdziwości. W tym przypadku wymagany jest więc znacznie wyższy poziom uzasadnienia wiarygodności i przedstawienia uprawdopodabniających ją dowodów, niż w przypadku ocen, gdzie granica ta jest przesunięta i pozostawia podmiotom większą swobodę – nie oznacza to jednak, że ocena nieznajdująca jakiegokolwiek pokrycia w faktach nie może być uznana za nadużycie. Jeżeli wypowiedź, nawet satyryczna lub wręcz karykaturalna, funkcjonująca w debacie publicznej, dotyczy oceny (opinii) działalności osoby publicznej i nie jest całkowicie pozbawiona podstawy w faktach, to nie może zostać uznana za naruszenie art. 212 k.k.

Pomówieniem będzie mogła być również opinia co do zdarzenia przyszłego, przybierająca postać uogólnionej oceny o drugiej osobie[36]. Teza taka była obecna w orzeczeniach polskiego Sądu Najwyższego już w latach trzydziestych, który twierdził, że zniesławienie „[…] może nastąpić także w formie ogólnikowej lub pogłoski, już to umyślnie w tym celu przez pomawiającego zmyślonej, już to rzeczywiście pośród otoczenia sprawcy obiegającej”[37]. Tak więc każdy przypadek użycia niezgodnych z prawdą informacji będzie stanowił przestępstwo z art. 212 § 1 k.k., niezależnie od tego, czy użyty został publicznie czy niepublicznie i przeciwko komu został skierowany – w związku z tym można zauważyć, że działaniem *contra legem* będzie każdorazowo podnoszenie zarzutu nieprawdziwego.

Czy zatem zniesławienie dotyczy jedynie nieprawdziwych twierdzeń? Co w takim razie z wygłaszaniem publicznie informacji, które *de facto* nie są kłamstwami, lecz realizują drugie znamię z art. 212 k.k. – powodują poniżenie jednostki w opinii publicznej lub wpływają na utratę zaufania, niezbędną ze względu na wykonywaną działalność? Czy publiczne nagłośnienie rzeczywiście istniejącego kiedyś romansu można uznać za zniesławienie, jeżeli informacje są prawdziwe, lecz wpływają na utratę zaufania? W tym miejscu należy wspomnieć o kolejnym warunku zastosowania kontratypu – nie popełni przestępstwa zniesławienia ten, kto podnosi

[36] W. Kulesza [w]: J. Warylewski (red.) *System Prawa Karnego*, t. 10, Warszawa 2012, s. 1003–1080.
[37] Wyrok Sądu Najwyższego z 20.11.1933 r., 3 K 1037/33, zb. orz. 1934, poz. 55.

prawdziwy zarzut publicznie, lecz dotyczy on osoby pełniącej funkcję publiczną lub zarzut ten służy obronie społecznie uzasadnionego interesu. Są to wyjątki, które nie będą uznawane za zachowania realizujące znamiona art. 212 k.k.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że w wyrokach Trybunału Praw Człowieka podkreślana jest zasada tzw. grubej skóry[38], wskazująca na konieczność zwiększonej odporności osób piastujących funkcje publiczne na krytykę i oceny (opinie). Niezbędna jest ona chociażby w przypadku debaty politycznej w demokratycznym państwie prawa. Tak więc do osób publicznych stosować należy standard o szerszej tolerancji krytyki niż wobec osób prywatnych[39].

Jednocześnie w polskiej kodyfikacji karnej brak jest zastrzeżenia, iż podniesiony publicznie prawdziwy zarzut przeciw osobie prywatnej również nie stanowi przestępstwa – jeżeli zarzut ten, nawet jeśli wiarygodny, dotyczy informacji mogących poniżyć jednostkę lub narazić ją na utratę zaufania, niezbędną w wykonywanej działalności, to wówczas zachowanie takie stanowić będzie przestępstwo – widać więc, iż wykluczone ze znamion kontratypu z art. 213 k.k. są działania, których podstawy stanowią prywatne spory i konflikty.

Ponadto przedmiotowy kontratyp będzie obejmował wszystkie te sytuacje, w których zarzut został podniesiony w obronie społecznie uzasadnionego interesu (art. 213 § 2 k.k.). Kwestia ta była niejednokrotnie poddawana analizie przez Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 25 września 1973 roku (V KRN 358/73) Sąd ten stwierdził, iż: „Społecznie uzasadniony interes nie może być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jest bowiem pojęciem konkretnym i musi wynikać z określonej sytuacji, wymagającej obrony tego interesu nawet z naruszeniem dobrego imienia innej osoby, grupy osób lub instytucji. [...] Nie każde działanie jest działaniem w obronie społecznie uzasadnionego interesu, lecz tylko takie, które faktycznie temu służy"[40]. Warto więc w tym kontekście podkreślić, że za takie działanie z pewnością, już z powodów czysto aksjologicznych, nie może być uznane szerzenie nieprawdziwych informacji. Ponadto znamię to powinno być rozumiane w sposób obiektywny; subiektywne przekonanie sprawcy o słuszności swojego działania w ramach

[38] Wyrok ETPC z dnia 7.12.1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr skargi 5493/72, LEX nr 80798.
[39] R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz* – komentarz do art. 213, Warszawa 2015.
[40] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25.09.1973 r. o sygn. akt V KRN 358/73, OSNKW 1974/2/27.

społecznie uzasadnionego interesu nie będzie wystarczające. Podobna obiektywna ocena winna być stosowana w odniesieniu do wszelkich treści o charakterze zniesławiającym – ocena ta nie jest zależna od subiektywnego nastawienia sprawcy, lecz zależy od obiektywnych norm społecznych, funkcjonujących w danym środowisku w danym czasie[41].

4. Rzeczywisty konflikt zasad czy pozorna sprzeczność?

W zbiorze praw człowieka, wyinterpretowanych z licznych dokumentów prawnych, uzupełnianych działaniami przedstawicieli doktryny prawa człowieka, niezwykle trudno jest dokonać ich hierarchizacji lub relatywizacji.

W doktrynie praw człowieka wyróżnia się wolności prawnie reglamentowane i niereglamentowane[42]. Reglamentacja w postaci ograniczenia wolności jednostki polega na określeniu przez ustawodawcę granic tejże wolności, aby było możliwe korzystanie z niej przez wszystkich, bez naruszania praw innych osób.

W wolnościach prawnie reglamentowanych, czyli podlegających ograniczeniom, wyróżnia się sferę wolną od ograniczeń prawnych oraz sferę działań prawem nakazywanych lub zakazywanych, która musi być ściśle określona przez obowiązujące prawo[43]. Obywatel, realizując swoje przyrodzone wolności, mające swój wyraz w redakcji obowiązującego prawa, nie musi szukać w nim pozwolenia, a jedynie ograniczeń tychże wolności, które muszą być wyczerpująco i ściśle przez ustawę określone[44].

Wydaje się, że tak naprawdę doniosłość każdego z przynależnych praw będzie różna w zależności od okoliczności, w jakich znajduje się jednostka szukająca aktualnie ochrony. Wypracowano przy tym zbiór tych praw, które należy uznać za priorytetowe oraz fundamentalne. Wystarczy powiedzieć, że prawo do życia będzie uznawane za istotniejsze aniżeli prawo do prywatności korespondencji,

[41] P. Hofmański, J. Satko (red.), *Przestępstwa przeciwko czci…*, dz. cyt., s. 23–24.
[42] A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych…*, dz. cyt., teza 2.
[43] L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna* [w]: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona* Warszawa 1997, s. 51.
[44] A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych…*, dz. cyt.

zakaz tortur w ocenie społecznej będzie zaś bardziej istotny niż prawo dostępu do edukacji. Absolutnie nie powinno to jednak prowadzić do dyskredytowania pewnej grupy wolności i praw, lecz winno dawać asumpt do utworzenia *sui generis* „drabiny" praw człowieka, która, w przypadku konfliktu dwóch zasad, pozwala rozstrzygnąć, naruszenie której jest mniej „szkodliwe" – zarówno dla jednostki, jak i dla społeczeństwa. Ponadto determinantem granic jednego prawa jest naruszenie praw innej jednostki – wolność jednej jednostki kończy się tam, gdzie zaczyna się wolność innej. Tak więc uprawnienie jednego podmiotu nie może ograniczać, umniejszać czy zmieniać prawa innej jednostki, to jest: ograniczać możności korzystania z niego.

W rozpatrywanym konflikcie występują dwie zasady – wolność słowa oraz prawo do ochrony czci, dobrego imienia i ogólnie pojętej godności jednostki. Nie można bowiem zaprzeczyć, iż ograniczenie wolności słowa podyktowane jest przede wszystkim ochroną wskazanych powyżej wartości. Swoboda wypowiedzi kończy się tam, gdzie zaczyna naruszać godność i dobre imię innej osoby.

Tak jak myśli i opinii nieuzewnętrznionych, wedle zasady *cogitationis poenam nemo patitur*, dotyczy ochrona bezwzględna i nawiązuje do prawa nazywanego „wolnością myśli", tak wolność słowa może w określonych przypadkach doznać ograniczenia. Już w art. 10 ust. 2 EKPCz pojawia się zastrzeżenie, wprowadzające możliwość limitowania tego prawa przez władze państwowe w określonych przypadkach, co świadczy o tym, że nie tylko nie jest to prawo bezwzględne, lecz również o tym, że w każdym państwie powinien być wprowadzony system regulacji stosowania tego uprawnienia, aby nie było realizowane w sposób sprzeczny, łamiący inne wolności i prawa człowieka, w tym m.in. dobre imię czy cześć innych podmiotów.

W świetle powyższego stanu rzeczy stwierdzić trzeba, że regulacja określona w art. 212 polskiego Kodeksu karnego nie tylko nie jest sprzeczna z regulacjami europejskimi, ale jest koniecznym gwarantem tej zasady, korespondującym z normą wynikającą z art. 10 ust. 2 EKPCz. Nie jest możliwe, zważywszy na ochronę wyżej wskazanych wartości, przyjęcie nieskrępowanej, niczym nieograniczonej zasady wolności słowa, istniejącej bez jakichkolwiek mechanizmów ją hamujących – właśnie wówczas, kiedy może prowadzić to do złamania zasady poszanowania godności, moralności lub dobrego imienia. Przypomnieć należy,

że art. 213 k.k. łagodzi wydźwięk normy z art. 212 k.k., wprowadzając tzw. kontratyp dozwolonej krytyki – rozszerza nieskrępowaną wolność słowa, pozostawiając karalnym tylko wąski zakres zachowań. Starając się odpowiedzieć na postawione wcześniej pytania, trzeba dojść do wniosku, że konflikt pomiędzy ochroną wolności słowa a ochroną dobrego imienia, czci oraz godności ma charakter li tylko pozorny w sytuacji, gdy granice jednego i drugiego prawa są wyznaczane rozsądnie i z poszanowaniem obowiązujących norm. W obecnym stanie prawnym nie ma możliwości legalnego łamania prawa do wolności słowa – zapisy w ustawodawstwie krajowym i europejskim dają władzom państwowym nieliczne możliwości ograniczania tego prawa, wprowadzając konkretne, podlegające ścisłej wykładni warunki lub powody, które muszą stanowić podstawę takiej decyzji. Ponownie wypada podkreślić, że nie zasługuje na aprobatę sytuacja, w której prawo do wolności słowa byłoby traktowane jako takie, które nie podlega żadnym ograniczeniom.

Oczywiste jest, że dla odpowiedniej ochrony tych dwóch dóbr (wolności słowa oraz godności jednostki) niezbędne jest wyznaczenie, w sposób wyważony, z pełnym poszanowaniem i respektowaniem wartości, rozsądnych granic – nieograniczających co do meritum wolności słowa, jednak wprowadzających ścisłe i legalne mechanizmy, umożliwiające reakcję organów państwowych na naruszenie, przez realizację wolności słowa, innych istotnych dóbr.

Przedstawiony stan rzeczy, przemawia więc za zasadnością tezy, że prawo do wolności słowa nie ma charakteru bezwzględnego (na co wskazuje chociażby art. 10 ust. 2 EKPCz) i jak najbardziej słuszne jest jego ograniczenie w przypadku wystąpienia określonych okoliczności. Z tego względu art. 212 k.k. nie jest wyrazem sprzeczności z prawem do wolności słowa, a należy go uznać za realizację uprawnień władz państwowych do utrzymywania mechanizmów hamujących, mających na celu ochronę innych, istotnych społecznie dóbr.

Ponadto sam Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*[45] podkreślił, że system ochronny Konwencji jest subsydiarny w stosunku do rozwiązań krajowych. Dotyczy to szczególnie regu-

[45] Wyrok ETPC z dnia 7.12.1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii,* nr skargi 5493/72, LEX nr 80798.

lacji z art. 10 ust. 2 EKPCz, ponieważ, jak zostało wskazane w orzeczeniu, nie jest możliwe wyznaczenie jednolitych europejskich granic pomiędzy wolnością słowa a ochroną moralności: „Poglądy prawne w zakresie wymogów moralnych różnią się w zależności od czasu i miejsca. Dotyczy to w szczególności dzisiejszych czasów charakteryzujących się szybkimi i daleko idącymi zmianami poglądów moralnych. Ze względu na bezpośredni i stały kontakt z tymi zjawiskami, władze krajowe, oceniając treść wymogów moralnych, jak również «konieczności», «ograniczenia» lub «sankcji», są zasadniczo w lepszej sytuacji niż sędzia międzynarodowy". Tym samym, nawet z orzecznictwa Trybunału wynika, że to do władz krajowych należy ocena, w jakim zakresie może dojść do ograniczenia prawa do wolności słowa, zaś Trybunał pełni tylko funkcję nadzorczą – podmiotu dbającego o stały rozwój demokracji i kontroli realizacji wspomnianego „marginesu".

W kontekście przepisów reglamentujących prawo do wolności słowa, wymienionych w europejskich aktach prawnych, należy więc stanowczo stwierdzić, że regulacja z art. 212 k.k. spełnia wszystkie wymienione w nich warunki – zarówno legalności (zapis w akcie prawnym o randze ustawy), jak i z perspektywy ochrony dóbr, ze względu na które prawo do wolności słowa może być ograniczone (np. ochrony moralności lub dobrego imienia innych osób).

5. Zakończenie

Kwestia wyznaczenia granicy pomiędzy ochroną podmiotów przed zniesławieniem a wolnością słowa nie jest zadaniem łatwym. Opiera się bowiem głównie na sądach ocennych, którym nie sposób przyznać statusu racji bądź jej braku. Pogodzenie wolności jednostek z wartościami uznawanymi za nadrzędne jest zadaniem trudnym, stawiającym wiele pytań o granice uprawnień czy możliwość ingerencji władzy. Jak trafnie zauważył Marian Filar, w przypadku wolności pojmowanej jako wolność słowa, w rzeczywistości nie chodzi o wolność do krytyki, lecz o wolność po krytyce[46]. W demokratycznym państwie prawa, ze względu na konieczność istnienia budującej dyskusji politycznej, niezbędna jest płaszczyzna, w ramach której jednostki mogą – nie obawiając się konsekwencji – korzystać

[46] M. Filar *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, PiP 1998, nr 9–10, s. 82.

z wolności słowa. Równowaga wartości i ich zbilansowanie jest rzeczą niezwykle trudną, często przybierającą postać stopniowalną. To skomplikowane zadanie winno być rozsądnie realizowane przez organy stosujące prawo, przy konieczności zachowania standardów, tak aby nie doszło do naruszenia podstawowych praw człowieka.

THE EUROPEAN STANDARD OF PROTECTION OF FREEDOM OF EXPRESSION AND CRIMINAL DEFAMATION IN THE POLISH CRIMINAL CODE

Summary

The author of the article tries to answer, whether criminal defamation in polish Criminal Code is contrary to the existing in European legislation freedom of opinion and expression and whether polish criminal law should be changed to be into line with the legislation of all EU Member States. For this purpose the article presents freedom of expression guaranteed in European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union and the International Covenant on Civil and Political Rights, making a comparison with regulation of polish crime of defamation. The article based on wide range of literature, sentences and decisions both polish courts and European Court of Human Rights.

Key words: human rights, freedom of expression, freedom of speech, European Union, defamation.

Bibliografia

Akty prawne

- Decyzja ETPCz z dnia 12 października 1994 r., *Spetz i in. przeciwko Szwecji*, nieopublikowana, nr skargi 20402/92.
- Decyzja ETPCz z dnia 3 marca 1986 r., *Stevens przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr skargi 11674/85, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-593 [dostęp: 24.03.2016].
- Decyzja ETPCz z dnia 9 października 1985 r., *Hammerdahls Stormarknad AB przeciwko Szwecji*, nr skargi 11532/85, Decisions and Reports. European Commission of Human Rights (1975–1999), t. 45.
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2007 r., Dz.U. UE C. 303 z 14.12.2007 ze sprost.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 r. Nr 61 poz. 284 z późn. zm.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2010 r., sygn. akt II KK 105/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 1963.
- Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr skargi 5493/72, LEX nr 80798.
- Wyrok ETPCz z dnia 12 czerwca 2012 r. w sprawie *Tatár i Fáber przeciwko Węgrom*, nr skargi 26005/08 i 26160/08, LEX nr 1164392.
- Wyrok ETPCz z dnia 14 października 2014 r. w sprawie *Stankiewicz i inni przeciwko Polsce*, nr skargi 48723/07, LEX nr 1521327.
- Wyrok ETPCz z dnia 21 października 2014 r. w sprawie *Murat Vural przeciwko Turcji*, nr skargi 9540/07, LEX nr 1521262.
- Wyrok ETPCz z dnia 23 maja 1991 w sprawie *Oberschlick przeciwko Austrii*, skarga nr 11662/85, LEX nr 81177.
- Wyrok ETPCz z dnia 26 marca 1987 r. w sprawie *Leander przeciwko Szwecji*, nr skargi 9248/81, LEX nr 81034.

- Wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1933 r., 3 K 1037/33, zb. orz. 1934, poz. 55.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 1938 r., sygn. akt 3 K 3152/37, zb. orz. 1939, poz. 29.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1973 r., sygn. akt V KRN 358/73, OSNKW 1974/2/27.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 1936 r., sygn. akt 2 K 1304/36, zb. orz. 1937, poz. 143.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. akt IV KK 132/04, OSNwSK 2004 nr 1, poz. 1982.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006 nr 9, poz. 128.

Opracowania

- Filar M. *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, PiP 1998, nr 9–10.
- Grześkowiak A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Hofmański P., Satko J. (red.), *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki, orzecznictwo (SN 1918–2000), piśmiennictwo*, Kraków 2002.
- Kalitowski M. [w]: Filar M. (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.
- Kulesza W. [w]: J. Warylewski (red.) *System Prawa Karnego*, t. 10, Warszawa 2012.
- Kulesza W. *Zniesławienie i zniewaga (ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe)*, Warszawa 1984.
- Lipowicz I., *Konstytucyjne prawo do informacji a wolność informacji* [w:] G. Szpor (red.), *Wolność informacji i jej granice*, Katowice 1997.

- Mrozek J.J., *Rozważania prawne wokół pojęcia „wolność słowa"* [w:] *Media. Kultura. Komunikacja społeczna*, t. 8, Olsztyn 2012.
- Raglewski J. [w]: Zoll A. (red.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2012.
- *Słownik języka polskiego*, Warszawa 2007.
- Stefański R. *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Surkont M. *Zniesławienie i znieważenie w polskim prawie karnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 1982.
- Surkont M., *Cześć i godność osobista jako przedmioty ochrony prawnokarnej*, Nowe Prawo 1980, nr 4.
- Van Dijk P., Van Hoof D.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, wyd. 3, The Hague 1998
- Wiśniewski L., *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna* [w]: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997.
- Wiśniewski L., *Wolność słowa i druku* [w]: R.Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław 1991.
- Wróbel A., Hofmański P., Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.
- Wróbel A., *Karta Praw Podstawowych. Komentarz,* komentarz do artykułu 11, Warszawa 2013.
- Zoll A. (red.) *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, Kraków, 1999.

Katarzyna Smyk
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

PRAWNO-MIĘDZYNARODOWE ASPEKTY DZIECI-ŻOŁNIERZY W KONFLIKTACH ZBROJNYCH

Zjawisko dzieci-żołnierzy obecnie dotyczy około trzydziestu krajów na całym świecie, co daje nam trzysta tysięcy dzieci zwerbowanych, porwanych i wcielonych do regularnych grup zbrojnych w ciągu ostatnich kilku lat[1]. Ze zjawiskiem tym mamy obecnie do czynienia w Kolumbii, Myanmarze, Somalii, Wietnamie, Sudanie Południowym, Czadzie oraz, co stanowi najbardziej jaskrawy przykład, w Ugandzie, gdzie działa Armia Bożego Oporu *(Lord's Resistance Army)* pod przywództwem Josepha Kony'ego. Ze względu na skalę problemu Organizacja Narodów Zjednoczonych powołała Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego ONZ ds. dzieci w konfliktach zbrojnych.

Na wstępie należy wyjaśnić, czym jest dziecko-żołnierz. Dzieckiem-żołnierzem jest każda osoba poniżej 18. roku życia, która jest członkiem rządowych lub wspieranych przez rząd sił zbrojnych oraz innych regularnych bądź nieregularnych sił albo grup zbrojnych, niezależnie od faktu, czy w danym momencie te siły biorą udział w konflikcie, czy też nie[2]. Dzieci są bardzo często wykorzystywane przez różne ugrupowania zbrojne, gdzie pełnią rolę tragarzy, szpiegów, przynęt (tzw. *decoys*), kucharzy, informatorów, żywych tarcz ochraniających sprzęt oraz, gdy chodzi o dziewczęta, niewolnic seksualnych, których liczba sięga nawet do 40% wszystkich dzieci. Według organizacji Human Rights Watch, od 25% do 50% wszystkich ugrupowań zbrojnych w Kolumbii składa się z dziewcząt poniżej 18. roku życia[3]. Należy zaznaczyć również, że w miarę zwiększenia dostępu do broni lekkiej walczą one na pierwszej linii ognia. Powodami zaistnienia tego zjawiska jest fakt, iż dzieci są mniejsze i zwinniejsze, podatne na manipulację, przez co bez

[1] Dane pochodzą ze strony Ośrodka Informacji ONZ w Warszawie www.unic.org.pl/rozbrojenie/dzieci-zolnierze.php [dostęp 4.04.2016].
[2] malizolnierze.org/problem/ [dostęp 4.04.2016], źródło: *Cape Town Principles and Best Practices.*
[3] Human Rights Watch, *„You'll learn no to cry": Child combatants in Colombia*, 2003.

oporów wykonują przekazane im rozkazy. Ponadto wykorzystywana jest ich ciężka sytuacja życiowa, determinująca zgodę na taki los w zamian za wyżywienie oraz ubranie. Ich działania wiążą się z ciągłym strachem o własne życie oraz życie i bezpieczeństwo rodziny. Jednakże najważniejszym powodem wykorzystywania dzieci w konfliktach zbrojnych jest to, że nie mogą one ponosić kary za zbrodnie wojenne.

Aby dokładniej przedstawić problem, istotne jest, by wytłumaczyć, kim jest dziecko. Według artykułu pierwszego Konwencji praw dziecka (dalej: KPD), „dziecko" oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej 18 lat, chyba że, zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka, uzyska ono wcześniej pełnoletność[4]. Jest to na tyle istotna grupa społeczna, że wymaga ona wielopłaszczyznowej i wielopoziomowej ochrony. Ustęp 9 Preambuły KPD mówi o tym, iż „dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu"[5]. Pomimo iż na dorosłość istoty ludzkiej wpływa wiele różnorodnych czynników socjologicznych, terytorialnych, ekonomicznych, to na potrzeby niniejszego wywodu skupię się *stricte* na regulacjach prawnych. Według art. 1 KPD dzieciństwo kończy się z chwilą ukończenia 18. roku życia, a więc posłużono się wymiarem wieku. Ustalenie górnej granicy końca dzieciństwa pozostaje w zgodzie z ustawodawstwem krajowym większości państw sygnatariuszy. Wyżej wspomniana regulacja dopuszcza wyjątki, gdy dana osoba uzyskuje wcześniej pełnoletność, ale wymagane jest, by było to wyraźnie określone przepisami krajowymi, które odnoszą się do tego podmiotu praw. Z jednej strony takie uregulowanie jest zasadne z punktu widzenia poszanowania prawa krajowego, a z drugiej strony tworzy lukę prawną. Jeżeli dziecko osiągnie pełnoletność przed ukończeniem 18 lat, wówczas prawa wymienione w KPD, nieodwołujące się do określonego wieku, nie znajdą zastosowania wobec osoby, która w świetle prawa krajowego, mającego do niej zastosowanie, uzyskała już pełnoletność[6]. Mankamenty Konwencji miał naprawić Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie udziału dzieci w konfliktach zbrojnych. Każde państwo-strona, ratyfikując protokół lub przystępując do niego, składa deklarację o charakterze wiążącym, w której określa minimalny wiek, od którego dopuszcza dobrowolne rekrutowanie do narodowych sił zbrojnych, i przedstawia gwarancje,

[4] Konwencja o prawach dziecka, Dz.U. z dnia 23.12.1991 r. Nr 120 poz. 526.
[5] Tamże.
[6] M. Prucnal, *Ochrona dzieci przed uczestnictwem w działaniach zbrojnych we współczesnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2012, s. 26.

które zapewnia, by takie rekrutowanie nie było przymusowe bądź obowiązkowe. Dodatkowo państwa, które dopuszczają dobrowolne wstąpienia do sił zbrojnych osób poniżej 18. roku życia, gwarantują, iż:

- takie rekrutowanie jest rzeczywiście dobrowolne;
- takie rekrutowanie odbywa się ze świadomą zgodą rodziców lub opiekunów prawnych takiej osoby;
- takie osoby są w pełni poinformowane o obowiązkach związanych z odbywaniem takiej służby wojskowej;
- takie osoby dostarczają wiarygodnego dowodu dotyczącego wieku przed ich przyjęciem do narodowej służby wojskowej[7].

Wydaje się oczywiste, iż do dzieci-żołnierzy zastosowanie mają przepisy prawa humanitarnego. Konwencje genewskie nie zawierają wprost definicji dziecka, tak samo jak protokoły dodatkowe do konwencji z 1977 r., gdyż KPD weszła w życie dopiero w 1989 roku. Problem niespójności uregulowań międzynarodowych przez długi czas dotyczył najniższej dla rekrutacji granicy wieku – czy to ma być 15., czy 18. rok życia. Pojęcie dziecka jest więc kluczowe dla rozwiązania tego problemu[8]. Konieczne jest zaznaczenie, że zarówno protokoły dodatkowe do konwencji genewskich, jak i postanowienia art. 38 KPD przyjęły granicę 15 lat dla legalnej rekrutacji dzieci[9]. Rodzi to oczywiste nieścisłości treściowe, bo Konwencja o prawach dziecka wyraźnie zaznacza, iż ochronie konwencyjnej podlegają istoty poniżej 18. roku życia, a możliwość rekrutacji i werbowania dzieci do wojska jest raczej ich narażeniem na niebezpieczeństwo, a nie podejmowaniem „wszelkich możliwych kroków" (*all feasible measures*) w celu ochrony dzieci w konfliktach zbrojnych.

W dalszej części pracy chciałabym poruszyć kwestie zbrodni wojennej, werbowania, wcielania oraz rodzajów uczestnictwa dzieci w konfliktach zbrojnych. Problem sankcjonowania praktyk wykorzystywania dzieci w działaniach zbrojnych został poruszony w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej: MTK) z dnia 17 lipca 1998 roku, który wszedł życie 1 lipca 2002 roku. Artykuł 8 ustęp 3 lit.

[7] A. Szpak, *Międzynarodowe prawo humanitarne*, Toruń 2014, s. 306.

[8] J. Nowakowska-Małusecka, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, Bydgoszcz-Katowice 2010, s. 130.

[9] Taż, *Sytuacja dziecka w konflikcie zbrojnym. Studium prawnomiędzynarodowe*, Bydgoszcz-Katowice 2012, s. 80.

(b) (xxvi) oraz art. 8 ust. 2 lit. (e) (vii) do zbrodni wojennych (*war crimes*) zalicza „wcielanie lub werbowanie dzieci poniżej 15. roku życia do narodowych sił zbrojnych lub faktyczne wykorzystywanie ich w działaniach zbrojnych"[10]. Statut MTK po raz pierwszy usankcjonował wykorzystywanie dzieci podczas działań zbrojnych oraz uznał je za zbrodnie wojenne. W dokumencie tym nakreślono elementy definicji, które muszą być wypełnione, aby dane zachowanie uznane zostało za zbrodnię wojenną, oraz wyodrębniono dwie zbrodnie. Pierwsza z nich to zbrodnia „wcielania lub werbowania dzieci poniżej 15. roku życia do narodowych sił zbrojnych lub faktycznego wykorzystywania ich w działaniach zbrojnych, popełniona w związku z toczącym się konfliktem zbrojnym o międzynarodowym charakterze". Elementy konieczne do pociągnięcia do odpowiedzialności to:

- Sprawca wcielił lub werbował w szeregi narodowych sił zbrojnych co najmniej jedną osobę lub wykorzystywał co najmniej jedną osobę do aktywnego uczestnictwa w działaniach zbrojnych.
- Osoba lub osoby wcielane/werbowane/wykorzystywane nie miały ukończonych 15 lat
- Sprawca wiedział lub powinien był wiedzieć, że osoba lub osoby takie nie osiągnęły jeszcze 15. roku życia.
- Praktyki te miały miejsce i były związane z międzynarodowym konfliktem zbrojnym.
- Sprawca był świadomy faktycznych okoliczności wskazujących na istnienie konfliktu zbrojnego[11].

Drugą sytuacją, odpowiadającą przesłankom zbrodni wojennej według Statutu MTS, jest „wcielanie lub werbowanie dzieci poniżej 15. roku życia do sił lub ugrupowań zbrojnych bądź faktyczne wykorzystywanie ich w działaniach zbrojnych, popełnione w związku z toczącym się konfliktem zbrojnym o niemiędzynarodowym charakterze".

Przesłanki konieczne do pociągnięcia do odpowiedzialności przedstawiają się następująco:

1. Sprawca wcielił lub zwerbował w szeregi sił zbrojnych lub ugrupowania zbrojnego co najmniej jedną osobę lub wykorzystywał co najmniej jedną osobę do aktywnego uczestnictwa w działaniach zbrojnych.

[10] Statut MTK.
[11] M. Prucnal, *Ochrona dzieci..., dz. cyt.*, s. 47.

2. Osoba lub osoby wcielane/werbowane/wykorzystywane nie miały ukończonych 15. lat.
3. Sprawca wiedział lub powinien wiedzieć, że osoba bądź osoby takie nie osiągnęły jeszcze 15. roku życia.
4. Praktyki te miały miejsce i były związane z niemiędzynarodowym konfliktem zbrojnym.
5. Sprawca był świadomy faktycznych okoliczności wskazujących na istnienie konfliktu zbrojnego.[12]

Jak można zauważyć, obie wyżej wymienione zbrodnie wojenne charakteryzują się prawie takimi samymi przesłankami. W szczególności należy zwrócić uwagę na użycie terminów „werbowanie" (*enlist*) oraz „wcielanie" (*conscript*). Celowo nie zastosowano słowa „rekrutować" (*recruit*). Wpływ na ten zabieg miała postawa Stanów Zjednoczonych Ameryki, które to państwo wskazywało na zbyt szerokie rozumienie tego ostatniego zwrotu. „Rekrutowanie" implikowałoby rozszerzenie zakresu działań uznanych za zbrodnie wojenne również na kampanie nawołujące młode osoby do wstąpienia do wojska. „Wcielanie" i „werbowanie" poczytuje się jako dwie odmiany „rekrutacji". Podążając za zwykłym znaczeniem, termin „wcielenie" rozciąga się na przymusowe wstąpienie w szeregi sił zbrojnych, natomiast „werbowanie" obejmuje zasadniczo dobrowolny akt wstąpienia do sił zbrojnych w drodze wpisu na listę prowadzoną przez organ wojskowy lub przez zaangażowanie ukierunkowane na członkostwo i wstąpienie do sił zbrojnych[13].

Co jest istotne, odpowiedzialność za wyżej wymienione zbrodnie wojenne nie spoczywa na państwach-stronach statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, lecz na konkretnych osobach, które dopuściły się tego czynu. Powoduje to brak anonimowości osób wykorzystujących dzieci do walk zbrojnych. Przykładem tego jest postępowanie prowadzone przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym toczące się obecnie przeciwko Dominicowi Ongwenowi – byłemu zastępcy Josepha Kony'ego, przywódcy Armii Bożego Oporu *(Lord's resistance Army*) w Ugandzie. Jurysdykcja MTK obejmuje zbrodnie popełnione po 1 lipca 2002, tzn. od dnia, w którym statut wszedł w życie. 8 lipca 2005 roku MTK wydało pierwszy w historii nakaz aresztowania skierowany przeciwko przywódcom LRA, tj. przeciwko Josephowi Kony'emu, Vincentowi Ottiemu, Rasce Lukwiyamu

[12] Tamże, s. 48.
[13] Tamże, s. 49.

i Oktowi Odhiambo. Postawiono im zarzuty ataków i plądrowania dóbr ludzi, uprowadzenia, gwałty, a także wykorzystywanie dzieci w działaniach zbrojnych. Samemu Kony'emu postawiono 33 zarzuty – 12 za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości, a 21 za zbrodnie wojenne[14]. Artykuł 26 statutu MTK równocześnie wyłącza odpowiedzialność osób, które w chwili popełnienia czynu nie ukończyły 18. roku życia. Regulacja ta wynika z faktu, że dzieci, jako istoty poniżej 18. roku życia, powinny być chronione i traktowane jako ofiary, a nie sprawcy przestępstw międzynarodowych. W tym momencie możemy zauważyć pewien paradoks, kiedy to osoby między 15. a 18. rokiem życia traktujemy jako ofiary, pozwalając jednocześnie w artykule 1 Konwencji o prawach dziecka na uznanie za dorosłego osobę poniżej tej górnej granicy wieku według prawa krajowego danej osoby. Odmienne rozwiązanie w stosunku do statutu MTK zastosowano w statucie Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone, powołanego w celu osądzenia zbrodni popełnionych w czasie wojny domowej w Sierra Leone, trwającej od 1991 do 2002 roku. Jego jurysdykcja obejmuje osoby, które w momencie popełnienia czynu zabronionego miały co najmniej 15 lat. Co więcej, artykuł 7 statutu Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone zaznacza, że jeżeli sprawca rzekomego czynu ma więcej niż 15 lat, a mniej niż 18 lat, to będzie ona traktowana w sposób godny, z poszanowaniem jej wartości, przy uwzględnieniu jej młodego wieku i w dążeniu do przywrócenia jej społeczeństwu, do ponownego włączenia i podjęcia przez nią aktywnego udziału w życiu społecznym, w sposób zgodny z międzynarodowymi standardami praw człowieka, zwłaszcza praw dziecka[15]. Jest to pierwszy przypadek w historii międzynarodowego postępowania karnego, w którym osoby poniżej 18. roku życia mogą być pociągnięte do odpowiedzialności karnej[16].

Dodatkowo, w świetle artykułu 4a ustęp 1 III konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych oraz artykułu 45 ustęp 1 protokołu dodatkowego, osoby między 15. a 18. rokiem życia, które brały udział w działaniach zbrojnych i zostały

[14] J. Czyżewski, *Dzieci żołnierze we współczesnych konfliktach zbrojnych*, Toruń 2009, s. 186.

[15] *Porozumienie dotyczące Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone i Statut Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone, Freetown, 16 stycznia 2002 r.* (United Nations Security Council Official Records, dokument 5/2002/246 dołączony do listu z dnia 6.03.2002 r. skierowanego przez Sekretarza Generalnego ONZ do Przewodniczącego Rady Bezpieczeństwa).

[16] J. Czyżewski, *Dzieci żołnierze...*, dz. cyt., s. 185.

wzięte do niewoli, traktowane są jak jeńcy wojenni i mają taki sam status prawny jak dorośli kombatanci i są tak samo traktowani[17].

Mówiąc o sytuacji wcielania i werbowania dzieci do armii, nie sposób ominąć tak istotnej kwestii, jak sposoby uczestnictwa dzieci w konfliktach. Udział w działaniach zbrojnych może przybrać formę udziału bezpośredniego i pośredniego (*direct/indirect participation*). Dokumenty prawa międzynarodowego nie podają definicji legalnych „udziału bezpośredniego" czy „pośredniego" w działaniach zbrojnych, choć posługują się tymi sformułowaniami, np. art. 1 protokołu fakultatywnego gdzie jest napisane, że państwa-strony „podejmą wszelkie możliwe środki dla zapewnienia, aby członkowie sił zbrojnych, którzy nie osiągnęli 18. roku życia, nie brali bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych"[18]. W wydanym przez siebie przewodniku do protokołu fakultatywnego w sprawie zaangażowania dzieci w konflikty zbrojne UNICEF zaznacza, że fraza „bezpośredni udział w konfliktach zbrojnych" *(direct part in hostilities*) znalazła się zarówno w tekście ostatecznym protokołu, jak i w jego *travaux preparatoires* (dokumenty przygotowawcze), co nie zostało poparte żadnym wytłumaczeniem definicji czy dywersyfikacji pojęć bezpośredniego i pośredniego udziału dzieci[19]. Pragnę zaznaczyć, że w komentarzu do protokołów dodatkowych z 1977 roku można przeczytać, iż „bezpośrednie uczestnictwo w działaniach zbrojnych oznacza bezpośredni związek przyczynowy między działalnością osób w nie zaangażowanych i szkodliwością dla wroga w czasie i miejscu czynu"[20]. Według UNICEF uczestnictwo bezpośrednie polega na aktywnym braniu udziału w walce, jak również pełnieniu funkcji wsparcia w walce poprzez pełnienie funkcji zwiadowców, sabotażystów, kurierów, asystentów w wojskowych punktach kontrolnych, kucharzy, wabików (tzw. *decoy*), tłumaczy, liderów obozów młodzieżowych czy niewolnic seksualnych i żon członków grup zbrojnych. Zakres „bezpośredniego udziału" w konfliktach zbrojnych dzieci żołnierzy został określony na sympozjum odbywającym się w Cape Town w dniach 27–30 kwietnia 1997 roku, które było poświęcone zapobieganiu rekrutacji dzieci

[17] Tamże, s. 58.

[18] Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, Dz.U. z dnia 24.05.2007 r.

[19] *Guide to the Optional Protocol of the Conwention on the Rights of the Child on Involvement Children in Armed Conflicts* [tłum. własne autorki], The United Nations Children's Fund (UNICEF), Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, New York 2003, s. 14.

[20] M. Prucnal, *Ochrona dzieci...*, dz. cyt., s. 38.

w szeregi sił zbrojnych oraz kwestii demobilizacji i społecznej reintegracji dzieci żołnierzy w Afryce (tzw. DDR), który to program wykorzystano przy rozwiązywaniu konfliktu w Sierra Leone.

Istnieje również drugie stanowisko, które reprezentowane jest m.in. przez F. Krill i A. Sheppard, którzy twierdzą, iż bezpośrednim uczestnictwem jest wyłącznie aktywne działanie w walkach zbrojnych. Uważają, iż termin „dziecko-żołnierz" odnosi się tylko do dzieci noszących broń. Inne funkcje wymienione wcześniej w mym wywodzie to jedynie przykłady pośredniego uczestnictwa[21].

Wcielenie lub werbowanie dzieci do grup zbrojnych odbija się na ich psychice i fizyczności. Dziecko jest oczywiście słabsze psychicznie od dorosłego człowieka, przez co częściej i łatwiej ulega urazom. U byłych dzieci-żołnierzy stwierdza się występowanie tzw. *Post Traumatic Stress Disorder*, czyli zespołu stresu pourazowego. Po wystąpieniu z formacji większość ocalałych dotkniętych jest kalectwem, niedożywieniem, a co najważniejsze – defektami psychicznymi. Dzieci-żołnierze cierpią na powracające w pamięci obrazy morderstw, tortur, okaleczeń, masowych egzekucji i zbiorowych gwałtów. Następuje ponowne doświadczenie i odtworzenie traumatycznych wydarzeń poprzez przeżywanie ich na nowo w czasie snu czy w formie retrospekcji na jawie (tzw. *flashbacks*)[22]. Artykuł 39 KPD stanowi, że „państwa-strony będą podejmowały wszelkie właściwe kroki dla ułatwienia rehabilitacji fizycznej i psychicznej oraz reintegracji społecznej dziecka, które padło ofiarą jakiejkolwiek formy zaniedbania, wyzysku lub wykorzystania, torturowania lub jakiejkolwiek innej formy okrutnego, nieludzkiego czy poniżającego traktowania albo karania bądź konfliktu zbrojnego. Taka rehabilitacja czy reintegracja przebiegać będzie w środowisku, które sprzyja zdrowiu, zapewnieniu własnego szacunku i godności dziecka"[23] W związku z tym organizacje międzynarodowe, takie jak UNICEF, tworzą specjalne programy, tzw. DDR (*disarmement, demobilisation, reintegration*). Procesy te mają na celu przywrócenie dzieci-żołnierzy do społeczeństwa, umożliwienie im normalnego funkcjonowania. Wdrażając procesy rozbrojenia, demobilizacji i reintegracji, dąży się do tego, by przy każdym działaniu pokojowym traktować dzieci jako grupę społeczną, której należy się szczególna pomoc.

[21] Tamże, s. 39.
[22] J. Czyżewski, *Dzieci żołnierze...*, dz. cyt., s. 177.
[23] Konwencja o prawach dziecka, Dz.U. z dnia 23.12.1991 r. Nr 120 poz. 526.

Skala problemu na całym świecie okazała się w ostatnich latach na tyle duża, iż postanowiły się nim zająć największe organizacje broniące praw człowieka, m.in. Amnesty International, Organizacja Narodów Zjednoczonych czy UNICEF. Rozpoczęto kilka kampanii społecznościowych informujących o losie dzieci w krajach dotkniętych konfliktami zbrojnymi. Organizacja Invisible children w roku 2012 poprzez rozklejanie plakatów przez wolontariuszy na całym świecie zainicjowała najgłośniejszy projekt o nazwie KONY 2012. Natomiast ONZ propaguje hasło #childrennotsoldiers. W dziesiątą rocznicę wejścia w życie protokołu fakultatywnego Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne organizacja Child Soldiers International opublikowała swój raport *Głośniej niż słowa: Plan działań by zakończyć wykorzystywanie przez państwa dzieci-żołnierzy*, gdzie zamieszczono informacje o dwudziestu krajach, gdzie ten proceder ma miejsce.

INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS OF CHILD SOLDIERS IN ARMED CONFLICTS

Summary

The work deals with the problem of child soldiers in armed conflicts and their legal protection in international law in particular humanitarian law. The statement explains the basic concepts of the subject, inter alia, the definition of "child" as well as it distinguishes the terms "enlist" and "conscript". Furthermore it explains the conditions of responsibility for committing a war crime. The work has included such provisions of the Geneva Conventions, the Convention on the Rights of the Child, as well as the results of the reports of international organizations dealing with the problem.

Key words: child, child soldier, armed conflict, international law, Geneva Convention, Convention on the Child Rights, war crime, recruitment, enlist, cinscript, Interntional Criminal Court.

Bibliografia

Akty prawne

- Konwencja o Prawach Dziecka, Dz.U. z dnia 23 grudnia 1991 r. nr 120 poz. 526.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego.
- Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne, Dz.U. z dnia 24 maja 2007 r.

Opracowania

- Czyżewski J., *Dzieci żołnierze we współczesnych konfliktach zbrojnych,* Toruń 2009.
- *Guide to the Optional Protocol of the Conwention on the Rights of the Child on Involvement Children in Armed Conflicts,* The United Nations Children's Fund (UNICEF), Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, New York 2003.
- *Human Rights Watch, „You'll learn no to cry": Child combatants in Colombia,* 2003.
- malizolnierze.org/problem/ [dostęp 4.04.2016], źródło: *Cape Town Principles and Best Practices.*
- Nowakowska-Małusecka J. (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, Bydgoszcz–Katowice 2010.
- Nowakowska-Małusecka J., *Sytuacja dziecka w konflikcie zbrojnym. Studium prawnomiędzynarodowe,* Bydgoszcz–Katowice 2012.
- Prucnal M., *Ochrona dzieci przed uczestnictwem w działaniach zbrojnych we współczesnym prawie międzynarodowym,* Warszawa 2012.
- Strona Ośrodka Informacji ONZ w Warszawie www.unic.org.pl/rozbrojenie/dzieci-zolnierze.php [dostęp 4.04.2016].

Janusz Tomczak
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Śląski
Zwycięzca XIX Ogólnopolskiego Konkursu na Glosę do Orzeczenia Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego

GLOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 17 KWIETNIA 2015 R., SYGN. AKT III CZP 11/15

Stan faktyczny, na którego kanwie zostało wydane omawiane orzeczenie, przedstawia się następująco: pomiędzy wspólnikami spółki z o.o. została zawarta umowa sprzedaży udziałów, w wyniku której sprzedający wręczył kupującemu kilka weksli, w tym weksel *in blanco* na blankiecie urzędowym[1], który – oprócz podpisu wystawcy – zawierał określoną sumę, tj. „250 000 – dwieście pięćdziesiąt tysięcy", bez oznaczenia waluty. Dla tego weksla nie została sporządzona deklaracja wekslowa. Pozostałe weksle, które sprzedający wydał kupującemu, były wekslami zupełnymi i opiewały na zobowiązania w walucie polskiej. Powód przed wytoczeniem powództwa wypełnił weksel, starając się go opatrzyć brakującymi elementami wymaganymi przez przepis art. 101 Prawa wekslowego[2] (dalej: PrW) dla weksla własnego. Jedną z ingerencji było wpisanie nazwy waluty, tj. słowa „złotych" po kwocie 250 000 w prawym górnym rogu blankietu. Na tej podstawie został wydany przez Sąd Okręgowy nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, a następnie wyrok zasądzający należność. Po wniesieniu apelacji Sąd Apelacyjny przedstawił to zagadnienie do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Uchwała Sądu Najwyższego rozstrzygająca niniejszą kwestię zapadła dnia 17 kwietnia 2015 roku. Starając się uprościć rozumowanie Sądu Najwyższego, związanego przy podejmo-

[1] Blankiety te, w celu uiszczania opłaty skarbowej, były stosowane do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 16.11.2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. z 2006 r. Nr 225 poz. 1635), która zniosła obowiązek jej wnoszenia w stosunku do weksli.

[2] Zgodnie z tym przepisem weksel własny zawiera: nazwę „weksel" w samym tekście dokumentu w języku, w jakim go wystawiono, przyrzeczenie bezwarunkowe zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej, oznaczenie terminu płatności, oznaczenie miejsca płatności, nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana, oznaczenie daty i miejsca wystawienia wekslu, podpis wystawcy weksla.

waniu uchwały treścią postawionego mu pytania, można by je przedstawić następująco: „nieistotne dla oceny ważności weksla jest miejsce oznaczenia waluty na blankiecie, o ile jest ona wskazana na jego przedniej stronie". Z przyjętym w treści niniejszej uchwały stanowiskiem Sądu Najwyższego, w świetle przepisów prawa, a także poglądów judykatury i doktryny, zgodzić się nie sposób. Należy pamiętać, iż warunkiem, aby dokument mógł być traktowany jako weksel własny, jest posiadanie **w momencie przedstawienia do zapłaty** elementów wymienionych w art. 101 PrW[3]. Dokument dołączony przez Powoda do pozwu inicjującego postępowanie, w którym powzięto wzmiankowaną uchwałę, nie zawiera prawidłowego oznaczenia sumy pieniężnej, składającej się z kwoty i waluty zobowiązania[4], przez co nie spełnia wymogu stawianemu w art. 101 pkt 2 PrW i nie jest możliwe traktowanie go jako ważnego weksla własnego, a co się z tym wiąże – stosowanie do niego rygoru wekslowego[5].

Na wstępie rozważań podkreślić należy, iż Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zagadnienia prawnego *explicite* wyraził swoje zapatrywanie na niniejsze zagadnienie, wskazując na to, że „w realiach przedmiotowej sprawy więcej argumentów mogłoby przemawiać za przyjęciem stanowiska uznającego weksel za nieważny". W tym świetle pogląd przyjęty przez Sąd Najwyższy tym bardziej zasługuje na analizę.

Stanowisko Sądu Najwyższego nie jest możliwe do zaakceptowania z uwagi na formalizm, jakim cechuje się prawo wekslowe. Należy stanąć na stanowisku doktryny[6], odrzucającym możliwość zastosowania przy wykładni weksla tzw. kombinowanej metody wykładni, przyjmowanej na gruncie przepisu art. 65 Kodeksu cywilnego (dalej: KC). Ścisła skrupulatność zobowiązania wekslowego jest jednym

[3] Moment ten jest decydujący do oceny tego, czy weksel *in blanco* został wypełniony we właściwy sposób, by móc go traktować jako weksel zupełny. Tak m.in. L. Bagińska, M. Czarnecki, *Prawo wekslowe i czekowe*, Warszawa 2013, s. 106.

[4] Tak m.in. R. Mroczkowska, R. Mroczkowski, *Weksel in blanco w praktyce gospodarczej*, Gdańsk 2006, s.106, L. Bagińska, M. Czarnecki, *Prawo wekslowe i czekowe*, dz. cyt., s. 109 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.10.2009 r. (I CSK 107/09).

[5] Wspomnieć należy o wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1995 roku, w którym na kanwie nieco innego stanu faktycznego Sąd uznał, iż „brak oznaczenia waluty, w jakiej wyrażono sumę wekslową, powoduje, że odnośny dokument nie jest uważany za weksel" (III CZP 105/95).

[6] Wyraża je m.in. K. Piasecki oraz A. Szpunar oraz Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29.06.1995 r. (III CZP 66/95) wskazując, że treść zobowiązania wekslowego ustala się na podstawie tekstu weksla.

z elementów, dla których ustawodawca znacząco uprościł procedurę sądowego dochodzenia praw z weksla i umożliwił wydawanie na ich podstawie nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym oraz – fakultatywne – nadawanie orzeczeniom zasądzającym należność z weksla rygoru natychmiastowej wykonalności. Konsekwencją przyznania zwiększonych uprawnień prawnych posiadaczom weksli musi być jednocześnie nałożenie na nich dodatkowych obowiązków. Jako jeden z nich wskazać należy konieczność zachowania wszelkich rygorów przewidzianych przez przepisy prawa wekslowego. W razie ich niezachowania brak jest podstaw do uprzywilejowanego traktowania osób dochodzących praw ze zobowiązania wekslowego. Okoliczność, iż zdecydowana większość weksli jest kreowana na podstawie istniejącego stosunku podstawowego pomiędzy trasantem a remitentem (najczęściej jako zabezpieczenie zawartej między nimi umowy), nie powoduje całkowitej utraty ochrony prawnej przez wierzycieli w sytuacji niespełnienia wymogów prawa wekslowego. Utrudni im jedynie ich dochodzenie, zmuszając do zaspokajania roszczeń na podstawie stosunku podstawowego. Patrząc również przez pryzmat postulatów – zarówno pewności prawa, jak i bezpieczeństwa obrotu – omawiane orzeczenie wywołuje negatywne skutki.

Starając się dokonać oceny glosowanej uchwały, nie można pominąć ogólnych zasad, jakimi kierował się ustawodawca przy uchwalaniu przepisów prawa wekslowego. Jedną z idei przewodnich, jakie mu towarzyszyły, był postulat umieszczania całości elementów istotnych (tzw. rekwizytów) dla oceny ważności i prawidłowości zobowiązania wekslowego w osnowie dokumentu. Jej przejawem jest wskazanie w art. 1 pkt 1 PrW jako podstawowego elementu weksla trasowanego słowa „weksel" w samym tekście dokumentu. Identyczne uregulowanie tej kwestii zawiera odnoszący się do weksla własnego art. 101 pkt 1 PrW.

Negatywnie ocenić należy wskazany w orzeczeniu pogląd o prawnej relewantności wskazania sumy wekslowej w prawym górnym rogu. Znaczna część doktryny[7] (co zauważyły sądy wypowiadające się w niniejszej sprawie) odmawia jakiegokolwiek prawnego znaczenia takiemu oznaczeniu sumy wekslowej, łącząc skutki prawne jedynie z oznaczeniem sumy w zwrocie, który zawiera bezwarunkowe pole-

[7] Tak m.in. R. Mroczkowska, R. Mroczkowski, *Weksel in blanco w praktyce gospodarczej*, Gdańsk 2006, s. 106, A. Szpunar, M. Kaliński, *Komentarz do prawa wekslowego i czekowego*, Warszawa 2003, s. 51–52, I. Heropolitańska, *Prawo wekslowe. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2011, s. 43–44, J. Jastrzębski, M. Kaliciński, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 112.

cenie lub przyrzeczenie zapłaty. Pogląd też należy uznać za zgodny z art. 1 pkt 2 i 101 pkt 2 PrW, który traktuje polecenie lub przyrzeczenie zapłaty i oznaczenie sumy wekslowej jako jeden element, dlatego też określenie obu tych elementów powinno mieć miejsce w jednym miejscu[8].

Nawet gdyby wskazanie w prawym górnym rogu sumy wekslowej miało wpływ na ważność weksla, pogląd Sądu Najwyższego o istnieniu ścisłego związku art. 1 pkt 2 i art. 102 pkt 2 z art. 6 PrW, mającego wpływ na rozstrzygnięcie, nie wydaje się słuszny. Przepis ten pozwala rozstrzygać w sytuacjach różnicy w kwotowym oznaczeniu sumy pieniężnej, jednak nie ma zastosowania do sytuacji, w której w wekslu zostałyby oznaczone różne waluty, co wyklucza zastosowanie tego przepisu jako środka pomocnego przy ustalaniu waluty sumy wekslowej. Ponadto art. 6 PrW rozstrzyga w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dwoma lub więcej oznaczeniami kwoty sumy wekslowej, a nie tak, jak w przypadku będącym podstawą uchwały, czyli wyłącznie pojedynczego oznaczenia sumy wekslowej[9].

Wspomnieć należy, iż powzięta uchwała może spowodować negatywne skutki dla obrotu wekslowego w zakresie nieuprawnionej zmiany waluty zobowiązania. Całkiem realna jest sytuacja, w której określenie waluty nie zostało zamieszczone w poleceniu bądź przyrzeczeniu zapłaty, a wskazane jedynie w prawym górnym rogu blankietu wekslowego (bądź też tak, jak w dokumencie załączonym do pozwu – w poleceniu albo przyrzeczeniu zapłaty określona będzie jedynie wysokość zobowiązania, a waluta w prawym górnym rogu blankietu wekslowego). Posiadacz takiego weksla mógłby przed przedstawieniem do zapłaty lub wytoczeniem na jego podstawie powództwa odciąć górną część blankietu i na pozostałej części ponownie wpisać kwotę zobowiązania, zmieniając walutę, czym spowodować mógłby zmianę wysokości tegoż zobowiązania[10]. Przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym waluta zobowiązania obligatoryjnie musi zostać wskazana w samej treści weksla, pozwalałoby na uniknięcie takowego niebezpieczeństwa i zwiększałoby bezpieczeństwo obrotu.

[8] Por. I. Heropolitańska, *Prawo wekslowe*..., dz. cyt., s. 43, L. Bagińska, M. Czarnecki, *Prawo wekslowe i czekowe*, dz. cyt., s. 110 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z dnia 12.01.1928 r. (I C 1930/27).

[9] I. Heropolitańska, *Prawo wekslowe*..., dz. cyt., s. 43–44.

[10] Dla uzmysłowienia wystarczy przemyśleć, jakie skutki dla wysokości zobowiązania miałaby zmiana waluty z polskiego złotego na funt brytyjski.

Krytycznie należałoby ustosunkować się do nieuwzględnienia przez Sąd Najwyższy – pomimo jego wskazania w treści uzasadnienia uchwały – jednego z podstawowych postulatów dotyczących interpretacji przepisów prawa wekslowego, tj. nakazu nadawania zawartym w tekście weksla zwrotom takiego znaczenia, jakie mają one dla typowego, przeciętnego uczestnika obrotu wekslowego, i odpowiadającego przyjętemu w obrocie wekslowym znaczeniu zwyczajów lub znaczeniu, jakie nadają im przepisy ustawy[11]. Praktyka umieszczania w prawym górnym rogu blankietu wekslowego sumy wekslowej co do zasady „pełni funkcję informacyjną, tudzież kontrolną" – jak wskazuje za Sądem Apelacyjnym Sąd Najwyższy – w związku z czym nie jest zasadne stanowisko przyjęte w uchwale. Jednym z powodów do wytworzenia i utrwalenia dwukrotnego oznaczania sumy wekslowej było zwiększenie pewności obrotu wekslowego. Jak już zostało wykazane wcześniej, przyjęcie rozumienia zgodnego z uchwałą może powodować zmniejszenie pewności, co powoduje wypaczenie sensu istnienia zwyczaju dwukrotnego oznaczania sumy wekslowej. Podobną argumentację, wskazującą na cel umieszczania dopisku na dokumencie weksla, przyjął Sąd Najwyższy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2005 r. (I CK 71/05), stwierdzając, że braku oznaczenia waluty nie może sanować jej określenie w oznaczeniu kwoty opłaty skarbowej w złotych polskich[12].

Nierozstrzygnięta definitywnie – zarówno przez ustawodawcę, naukę, jak i praktykę – jest kwestia, która chwila jest decydująca dla skutecznego powstania weksla[13], z czym wiąże się inkorporowanie w nim prawa majątkowego. Ścierają się zasadniczo trzy teorie: kreacyjna[14], emisyjna[15] oraz dominująca obecnie teo-

[11] Por. orzecznictwo powołane w uchwale, tj. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29.06.1995 r. (III CZP 66/95) oraz z 10.10.2013 r. (III CZP 54/13), a także wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 28.06.1935 r. (C III 231/34), 20.09.2001 r. (II CKN 271/99), 12.02.2004 r. (V CK 183/03), 12.05.2005 r. (V CK 588/04), 18.01.2012 r. (II CSK 296/11).

[12] Jak już wzmiankowano, weksle do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 16.11.2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. z 2006 r. Nr 225 poz. 1635) objęte były obowiązkiem uiszczenia opłaty skarbowej.

[13] Czy szerzej papieru wartościowego.

[14] Zgodnie z tym poglądem, proponowanym przez Z. Fenichela (Z. Fenichel, *Istota zobowiązania wekslowego*, PPH 1934, nr 5) i S. Janczewskiego (S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1994, s. 405), do powstania zobowiązania wekslowego wystarczy samo jego podpisanie przez wystawcę.

[15] Opiera się ona na założeniu, zgodnie z którym do ważności weksla potrzebna jest jego kreacja przez wystawcę oraz wydanie go remitentowi w celu zaciągnięcia zobowiązania wekslowego. W polskiej doktrynie optowali za nią m.in. W. Opalski i T. Komosa (W. Opalski, T. Komosa,

ria umowna[16], za którą to opowiedział się Sąd Apelacyjny. Przyjęcie jednej z nich prowadzi w konsekwencji do różnej oceny m.in. w zakresie oceny istnienia, jak i elementów porozumienia pomiędzy wystawcą i remitentem. Podkreślić w tym miejscu należy, że – zgodnie zasadami prawa wekslowego – zarówno kwestia istnienia, jak i treści porozumienia, nie jest ważna, gdyż z samej istoty weksla *in blanco* jego wręczenie obejmuje domniemanie, że wystawca zgadza się na wypełnienie weksla przez jego prawnego posiadacza[17]. Sąd Apelacyjny wskazał na okoliczność, iż w chwili wręczenia weksla *in blanco* dochodzi do zawarcia porozumienia, do którego należy stosować reguły interpretacji zgodne z art. 65 KC, jednak zauważa również brak „wyraźnego porozumienia wekslowego pomiędzy stronami postępowania". Można by więc pokusić się o stwierdzenie, że w momencie wręczenia weksla *in blanco*, do którego nie została sporządzona stosowna deklaracja wekslowa (a uzupełnienie brakujących elementów weksla pozostaje w wyłącznej gestii remitenta lub innego prawnego posiadacza weksla i trasant nie ma prawnych możliwości ingerencji w sposób ich uzupełnienia) brak jest możliwości udowodnienia treści porozumienia, pozostając zgodnie z powszechnie akceptowanym poglądem, że interpretacji w przypadku weksla może podlegać jedynie tekst, układ, elementy i ich relacja. Zaaprobować należy w tej sytuacji pominięcie w uzasadnieniu uchwały przez Sąd Najwyższy kwestii porozumienia stron co do możliwości uzupełnienia weksla *in blanco* na kwotę 250 000 wyrażoną w złotych.

Brak jest w tej sytuacji jakichkolwiek przesłanek do stwierdzenia, że intencją wystawcy było zaciągnięcie zobowiązania wekslowego opiewającego na walutę polską. Okoliczność, iż wszystkie weksle zupełne, wydane w efekcie zawarcia pomiędzy stronami umowy sprzedaży udziałów, opiewały na kwoty w złotych polskich, nie jest prawnie relewantna dla oceny tegoż przypadku. Przez Sąd Najwyższy zostało dostrzeżone zawężenie dopuszczalnego pola do interpretacji jedynie do tekstu weksla. W tej sytuacji, a także podnoszonej już kwestii braku możliwości odnie-

Prawo handlowe, Prawo wekslowe, Prawo czekowe. Komentarz, Warszawa 1996, s. 5) oraz S. Wróblewski (S. Wróblewski, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*, Kraków 1936, s. 20).

[16] W jej myśl zobowiązanie wekslowe jest rezultatem umowy pomiędzy wystawcą i remitentem. Na jej podstawie powstaje stosunek prawny, którego skutkiem jest wystawienie i wydanie weksla. Za jej przedstawicieli w Polsce uznać przede wszystkim należy L. Bagińską i M. Czarneckiego (M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 37), M. Kalińskiego (M. Kaliński, *Umowny charakter zobowiązania wekslowego*, cz. II, PPW 2000, nr 12) oraz A. Szpunara (A. Szpunar, *O powstaniu zobowiązania wekslowego*, PUG 1992, nr 1).

[17] Tak wskazał m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28.05.1998 r. (III CKN 531/97).

sień do treści porozumienia łączącego wystawcę z remitentem, istotny po stronie trasanta jest tylko fakt chęci zaciągnięcia zobowiązania wekslowego. Nie sposób postawić znaku równości pomiędzy sumami oznaczonymi „250 000" i „250 000 zł". W podobnym stanie faktycznym[18] Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 września 1995 r. (III CZP 105/95) orzekł, iż nie można z napisów na blankiecie wekslowym, znajdującym się poza tekstem samego weksla, wnioskować o jego treści.

Sąd, mając na względzie unifikację prawa wekslowego wynikającą z Konwencji genewskiej w sprawie jednolitej ustawy o wekslach trasowanych i własnych z 7 czerwca 1930 roku, odwołał się również do poglądów jurysprudencji w Szwajcarii, Austrii oraz Niemczech na rozpoznawane zagadnienie[19]. Nie zostało jednak przedstawione, dlaczego, pomimo różnic w podejściu, Sąd Najwyższy przychylił się do jednego z nich. Taki arbitralny wybór argumentów, bez pełnego uzasadnienia, powtarza się również w pozostałych rozpoznawanych aspektach. Prowadzi to do spostrzeżenia, iż uchwała została wydana w wyniku pominięcia części tez oraz bez odpowiedniego i słusznego umotywowania.

Zgodnie z przedstawionymi powyżej argumentami, przemawiającymi za tym, by nie podzielać rozstrzygnięcia zawartego w uchwale Sądu Najwyższego, pożyteczne byłoby, gdyby przedstawione w niej stanowisko nie stało się powszechną praktyką i zostało odrzucone zarówno przez przedstawicieli nauki, jak i judykatury. Należy oczekiwać, że problem ten będzie wracał, a omówione orzeczenie nie stanowi zamknięcia dyskusji o sposobie prawidłowego oznaczania sumy wekslowej. Być może w przyszłości swoje zapatrywanie zmieni również Sąd Najwyższy, gdyż uchwała została wydana przez trzyosobowy skład orzekający i wiąże jedynie w danej sprawie.

[18] Weksel wystawiony i płatny w Polsce, napisany w języku polskim, na polskim urzędowym blankiecie i mający oznaczoną opłatę skarbową w polskich złotych.

[19] Aprobujących konieczność umieszczania całości sumy wekslowej w osnowie dokumentu weksla, tj. wyroku szwajcarskiego Sądu Najwyższego z dnia 18.12.1973 r. (99 II 324) oraz wyroku austriackiego Sądu Najwyższego z dnia 8.01.1936 r. (zob. H. Primmer, *Wechselgesetz und Scheckgesetz samt den Genfer Abkommen und den sonstigen einschlägigen Vorschriften min Erläuterungen und einer* Übersicht *der Rechtsprechung*, Wien 1992, poz. 33 na s. 6) oraz odrzucającego taką konieczność orzeczenia niemieckiego Sądu Najwyższego z dnia 13.02.1967 r. (II ZR 208/65).

LISTA RECENZENTÓW WSPÓŁPRACUJĄCYCH PRZY PRZEGLĄDZIE PRAWNICZYM EUROPEJSKIEGO STOWARZYSZENIA STUDENTÓW PRAWA ELSA POLAND:

dr hab., prof. nadzw. UWR Artur Kozłowski

dr hab., prof. nadzw. UŁ Rafał Kubiak

dr hab., prof. nadzw. UŚ Piotr Pinior

dr hab. Agnieszka Grzelak

dr hab. Justyn Piskorski

dr Jerzy Akińcza

dr Maja Klubińska

dr Justyna Ożegalska-Trybalska

dr Mariusz Nawrocki

dr Krzysztof Stefański

dr Aleksander Raczyński

dr Roman Uliasz