



STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2016 NR 2 (19)

STUDIES IN LAW
RESEARCH PAPERS

2016 No. 2 (19)

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

- Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
 - Teksty winny zostać dostarczone redakcji w języku polskim lub angielskim, drogą elektroniczną (e-mail: sp@ka.edu.pl).
 - Tekst artykułu powinien być złożony pismem Times New Roman o wielkości 12 punktów z interlinią 1,5. Pierwsza strona, poza tytułem pracy, winna zawierać imię i nazwisko autora, jego afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której pracuje oraz kraju.
 - Do tekstu autor powinien dołączyć abstrakt (maksymalnie 200 słów) oraz słowa kluczowe (3–5) – w języku polskim i angielskim.
 - Autor winien stosować przypisy dolne – z terminologią łacińską, polską lub angielską – konsekwentnie dla wybranej wersji językowej.
 - Teksty będą publikowane wyłącznie po uzyskaniu pozytywnej opinii recenzentów.
 - Szczegółowe informacje znajdują się na stronie internetowej czasopisma (www.ka.edu.pl).
-

THE BASIC INFORMATION FOR AUTHORS

- To publication will be accepted unpublished research papers as well as review articles, case reports, book reviews and reports connected with legal issues.
- Submitted manuscripts should be sent in electronic form by e-mail (sp@ka.edu.pl) and must be written in Polish or English.
- The text should be written in Times New Roman, 12-point font, 1,5 spaced. The first page of paper should contain: the title, the full name of the author (authors), affiliation with the name of the institution where the paper was written, the town and country.
- Author should also include a 200-word abstract (maximum) and 3–5 keywords in Polish and English.
- Author should use footnotes (at the bottom of the page), including the Latin, Polish or English terminology.
- All papers will be reviewed and published on the basis of opinions submitted in a peer review process.
- Detail information for authors can be find on the website of the journal www.ka.edu.pl.

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2016 NR 2 (19)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS 2016 NO. 2 (19)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl • www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Egidijus Kuris [Vilnius]
Andrij Bojko [L'viv]	Francesco Morandi [Sassari]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Stephen Riley [Utrecht]
Janina Czapska [Kraków]	Christian Rolfs [Köln]
Tomas Davulis [Vilnius]	Janusz Szwaja [Kraków]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Maria Tzanou [Keele]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Emod Veress [Cluj-Napoca]
Paweł Fries [Ivano-Frankivsk]	Jan Widacki [Kraków]
Harald G. Kundoch [Köln]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2016

ISSN: 1689-8052
e-ISSN: 2451-0807

Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” są dostępne w wolnym dostępie (open access).

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Adiustacja: Daria Podgórska

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2016
oficyna@afm.edu.pl

Sprzedaż prowadzi:
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Korekta tekstów i streszczeń w języku angielskim: Magdalena Górską, Piotr Krasnowolski

Projekt graficzny: Joanna Sroka

Skład: Joanna Sroka

Druk i oprawa: MKpromo

Spis treści

Artykuły i studia

Jan Widacki

prof. zw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Spór o technikę badań poligraficznych..... 9

Daniel T. Wilcox

prof., Wilcox Psychological Associates Ltd

Rosie Gray

dr, Wilcox Psychological Associates Ltd

*Wykorzystanie badań poligraficznych wobec przestępców seksualnych
w Wielkiej Brytanii*..... 25

Monika Augustyniak

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*The authorities of the commune in Poland and France.
Conclusions and postulates*..... 37

Adam Banaszkiewicz

dr, Karkonoska Państwowa Szkoła Wyższa w Jeleniej Górze

*Zmiany wprowadzane w roku 2015/2016 w ustawie
z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej – refleksje wybrane* 59

Jan Dytko

dr, Wyższa Międzynarodowa Szkoła Biznesu w Warszawie

Weryfikacja rozporządzeń wojewody w trybie nadzoru i samokontroli 77

Elżbieta Jabłońska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Alkohol jako czynnik kryminogeny i wiktymogeny w przestępstwach zabójstwa
na przykładzie spraw rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie*..... 89

Patrycja Wojtowicz-Pytel

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Usprawiedliwiony błąd co do znamion czynu zabronionego –
próba oceny zasadności nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 roku*..... 101

Marek Tomczyk

doktorant, UJK w Kielcach, Bruksela

*Kluczowe kontrowersje konstytucyjne związane z ustanowieniem
Prokuratury Europejskiej* 117

Lucyna Kinecka

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Zasada in dubio pro tributario jako gwarancja stabilności prawa podatkowego... 141

Krzysztof Flak

radca prawny

*Wpływ zmian prawa na emisję obligacji komunalnych
w III Rzeczypospolitej* 153

Jan Tarnawski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Geneza oraz ewolucja wykładni – art. 57 Prawa energetycznego 163

Paweł Szewczyk

adwokat, asystent, Uniwersytet Opolski

*Ograniczenia swobody przemieszczania się i pobytu obywateli UE uzasadnione
względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego* 181

Marek Danikowski

mgr, Uniwersytet Opolski

Skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich 193

Recenzje, Glosy, Sprawozdania, Varia

Daniel Karkut

dr, Uniwersytet Wrocławski

J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego
w prawie polskim* [Wrocław 2010, s. 904] 209

Iwona Moryc

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

R. Strugała, *Standardowe klauzule umowne adaptacyjne, salwatoryjne, merger,
interpretacyjne oraz pactum de forma* [Warszawa 2013, Wydawnictwo
C.H. Beck, s. 347] 215

Łukasz Mirocha

dr, adwokat

M.C. Nussbaum, *Nie dla zysku. Dlaczego demokracja potrzebuje humanistów,*
[Warszawa 2016, Fundacja Kultura Liberalna, s. 184] 219

Anna Ibek

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Analiza śledcza”,
Uniwersytet Opolski, Wydział Prawa i Administracji,
13 – 14 października 2016 r.* 223

Lista recenzentów 229

Contents

Articles and Studies

Jan Widacki

Prof., Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Polygraph testing method controversy 9

Daniel T. Wilcox

Prof., Wilcox Psychological Associates Ltd

Rosie Gray

PhD, Wilcox Psychological Associates Ltd

The Use of the Polygraph with Sex Offenders in the UK..... 25

Monika Augustyniak

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

The authorities of the commune in Poland and France.

Conclusions and postulates 37

Adam Banaszkiewicz

PhD, Karkonosze College in Jelenia Góra

Changes made at the turn of 2015 and 2016 in the Act of 21 November 2008

on the civil service – comments selected..... 59

Jan Dytko

PhD, Warsaw International Business School

Verification of voivode's ordinances by supervision and self-control 77

Elżbieta Jabłońska

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Alcohol as a criminogenic and victimogenic risk factor in offences of murder

as shown in the cases adjudicated by the District Court in Krosno..... 89

Patrycja Wojtowicz-Pytel

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

A justified mistake of fact – an attempt to assess the purposefulness

of amendments of 20th February 2015..... 101

Marek Tomczyk

Doctoral Student, The Jan Kochanowski University (JKU) in Kielce, MEP's Assistant, Brussels

The key controversial constitutional issues related to the establishment

of a European Public Prosecutor's Office..... 117

Lucyna Kinecka

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

The in dubio pro tributario principle as a guarantee of tax law's stability 141

Krzysztof Flak

Legal counsel

*Influence of changes in law on the issuances of municipal bonds
in Poland after 1989*..... 153

Jan Tarnawski

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Orgins and evolution of the interpretation of Article.57 of the Energy Law 163

Paweł Szewczyk

Assistant, Opole University, advocate

*Restrictions on freedom of movement and residence of EU citizens on grounds
of public policy and security* 181

Marek Danikowski

MA, Opole

Complain to European Ombudsman 193

Book Reviews, Reports, Varia

Daniel Karkut

PhD, University of Wrocław

J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar*. Ochrona dóbr osobistych zmarłego
w prawie polskim, [Wrocław 2010, s. 904] 209

Iwona Moryc

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

R. Strugała, Standardowe klauzule umowne adaptacyjne, salwatoryjne, merger,
interpretacyjne oraz pactum de forma, [Warszawa 2013,
Wydawnictwo C.H. Beck, s. 347]..... 215

Łukasz Mirocha

PhD, advocate

M.C. Nussbaum, Nie dla zysku. Dlaczego demokracja
potrzebuje humanistów, [Fundacja Kultura Liberalna, s. 184]..... 219

Anna Ibeł

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*Report of the Polish National Academic Conference 'Investigative Analysis',
The University of Opole, Faculty of Law and Administration,
13–14 October 2016* 223

Lista recenzentów 229

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Jan Widacki

prof. zw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Spór o technikę badań poligraficznych*

1.

W czasie, gdy prawnicy toczyli spory o dopuszczalność badań poligraficznych w procesie karnym i o znaczenie dowodowe wyników tych badań, w środowisku poligraferów i psychologów toczyły się spory o to, która technika badań poligraficznych jest lepsza i łatwiejsza do pogodzenia z wymogami procesu karnego. Technika pytań kontrolnych (właściwie: techniki pytań kontrolnych, bo jest ich wiele), czy technika Lykkena, w Polsce nazywana była „techniką wiedzy o czynie” lub... „techniką Kulickiego” (sic!)¹. Spór ten, choć niekiedy w formie nieco karykaturalnej², toczył się także w Polsce aż do ostatnich lat³. Niektórzy uczestnicy dyskusji nie wiedzieli nawet, że dyskutują nad koncepcją Lykkena (por. niżej) przypisując ją jednemu z polskich autorów. Sprawa w sumie jest dość żenująca i dająca nienajlepsze świadectwo autorom niektórych podręczników⁴. Warto wiedzieć, że przez pewien okres poligraferzy Policji w Polsce wykonywali badania poligraficzne wyłącznie techniką Lykkena (nazywając ją, „techniką wiedzy o czynie”). Sądono nawet, że „metoda Kulickiego”, w przeciwieństwie do technik pytań kontrolnych,

* Publikacja powstała w ramach projektu sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/11/B/HS5/03856.

¹ B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *Kryminalistyka*, Warszawa 2006, s. 275–276.

² Por. np. M. Kulicki, *Niepokojąca polemika*, „Gazeta Prawnicza” 16.12.1975, nr 24, s. 6, *idem*, *Kryminalistyka. Wybrane problemy teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994.

³ Por. np. J. Wójcikiewicz, *CIT czy CQT*, „Problemy Kryminalistyki” 2012, nr 275; J. Widacki, *W sprawie wyboru techniki badania poligraficznego. Czy technika oparta na testach GKT (CIT) jest lepsza od techniki opartej na testach CQT?*, „Problemy Kryminalistyki” 2011, nr 273.

⁴ Sprawę szczegółowo przedstawiona została w: J. Widacki, *Badania poligraficzne w polskich podręcznikach kryminalistyki*, [w:] *Badania poligraficzne w Polsce*, red. J. Widacki, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2014.

jest do pogodzenia z polskim kpk⁵. O rzekomej wyższości tej techniki nad technikami pytań kontrolnych zupełnie niedawno przekonywali Wójcikiewicz⁶ i Wilk⁷. O ile więc na świecie sprawa jest jednoznacznie rozstrzygnięta⁸, w Polsce ten dziwny spór jest ciągle aktualny.

2.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że od lat 20. XX wieku, kiedy po raz pierwszy wykorzystano badanie poligraficzne w śledztwie, aż do roku 1947, kiedy John Reid zaproponował nową technikę (por. niżej), stosowano wyłącznie technikę zwaną dziś „klasyczną” (albo „techniką Keelera”)⁹. Technika ta posługiwała się testami złożonymi z kilkunastu pytań, z których mniej więcej połowa była „związanych” ze sprawą, w literaturze polskiej zwanych także „krytycznymi” (ang. relevant question), oraz pytań niezwiązanych ze sprawą („obojętnych”, irrelevant question). Przy pomocy takich testów Amerykanie badali między innymi tych jeńców niemieckich, którzy deklarowali po wojnie współpracę z siłami okupacyjnymi na terenie Niemiec. Pytania krytyczne („związane”) były m.in. takie: „Czy należałeś do partii nazistowskiej?”, „Czy służyłeś w Gestapo?”, „Czy służyłeś w SS?” itp. Pytania obojętne („niezwiązane”) były tego rodzaju: „Czy znajdujemy się na Rhode Island?”, „Czy dziś jest czwartek?” Na pytania krytyczne (związane) badani odpowiadać mieli „nie”, na obojętne („niezwiązane”) – „tak”. W ramach jednego badania ten sam test, choć niekoniecznie z pytaniami w tej samej kolejności, powtarzano zwykle dwu lub trzykrotnie. Od końca lat 20. XX wieku testy klasyczne uzupełniano testami, które później otrzymały nazwę „testów szczytowego napięcia” (peak of tension, POT)¹⁰. Testy te skonstruowane są na innej zasadzie niż testy „klasyczne”. W „testach szczytowego napięcia” pytanie krytyczne (jedno w teście) umieszczone jest wśród innych podobnych pytań. Założenie jest takie, że nieszczerzy badany, zamierzający kłamać, wie które z pytań jest krytyczne. Dla osób nieznających szczegółów przestępstwa, wszystkie pytania są równie „krytyczne”. Tak na przykład, gdy zabójstwa dokonano za pomocą noża, a podejrzany poddany badaniom twierdzi, że nie tylko nie jest sprawcą,

⁵ B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *op. cit.*, s. 276.

⁶ J. Wójcikiewicz, *op. cit.*

⁷ *Kryminalistyka. Przewodnik*, red. D. Wilk, Toruń 2013.

⁸ Wedle standardów American Polygraph Association, technika Lykkena jest dopuszczalna, jednak jest rekomendowana do stosowania w celach wykrywczych, a nie dowodowych! (Meta-Analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Techniques, Polygraph 2011, 40, 1).

⁹ Por. J. Widacki, *Wprowadzenie do problematyki badań poligraficznych*, Wydawnictwo MSW, Warszawa 1981, s. 56 i nast.

¹⁰ Por. *ibidem*, s. 62 i nast.

ale nawet nie zna żadnych szczegółów przestępstwa, o popełnienie którego jest podejrzany, można dla niego ułożyć taki test „szczytowego napięcia”:

- 1) Czy uderzyłeś tego mężczyznę siekierą?
- 2) Czy uderzyłeś tego mężczyznę łomem?
- 3) Czy strzeliłeś do tego mężczyzny?
- 4) Czy uderzyłeś tego mężczyznę nożem? (pytanie krytyczne, „klucz”)
- 5) Czy udusiłeś tego mężczyznę?
- 6) Czy uderzyłeś tego mężczyznę łyżką do opon?

Takie testy stosowali zarówno Leonard Keeler, jak i Clarence D. Lee. Ten ostatni, jak podają Krapohl i Shaw¹¹, w liście do szefa FBI przekonywał do możliwości oparcia całego badania poligraficznego wyłącznie na testach POT. Leonard Keeler, obok typowych testów POT, skonstruował nowy rodzaj tych testów, tak zwany test POT-poszukiwawczy („searching peak”), przy którym zarówno poligrafer, jak i osoba niezwiązana ze sprawą nie znają prawidłowego „klucza”. Taki test stosowano (i jest stosowany nadal) do celów poszukiwawczych. Gdy na przykład nie ma pewności gdzie sprawca ukrył dowody przestępstwa, a z okoliczności sprawy wynika, że najprawdopodobniej je ukrył i badanie ma pomóc w ustaleniu miejsca ich ukrycia, taki test wygląda na przykład tak:

- 1) Czy schowałeś to u siebie w domu?
- 2) Czy schowałeś to w domu swojej dziewczyny?
- 3) Czy schowałeś to w miejscu pracy?
- 4) Czy schowałeś to w domu swoich rodziców?
- 5) Czy schowałeś to w domu u brata?
- 6) Czy schowałeś to w innym miejscu, o które jeszcze nie pytałem?

W roku 1947 John Reid, na łamach wydawanego przez Northwestern University w Chicago czasopisma „Journal of Criminal Law and Criminology”¹², ogłosił krótki artykuł: *A revised questioning technique In lie-detection tests*. W artykule tym autor zaproponował wprowadzenie do testów poligraficznych, obok pytań krytycznych i obojętnych, trzeciego rodzaju pytań: pytania kontrolne. Miały być one tak zbudowane, aby badany odpowiadając na nie powiedział „nie”, ale mówiąc „nie”, aby albo świadomie skłamał, albo nie był pewien czy nie skłamał. Ocena zapisu poligraficznego miała się teraz skupiać na porównaniu reakcji na pytanie krytyczne z reakcją na pytanie kontrolne. Wedle założeń Reida osobnik, który na pytanie krytyczne odpowiada nieszczerze, bardziej zareaguje na to pytanie krytyczne niż na pytanie

¹¹ D. Krapohl, P. Shaw, *Fundamentals of polygraph practice*, Elsevier, Academic Press, 2015, s. 27.

¹² „Journal of Criminal Law and Criminology” 1947, 37, 542.

kontrolne. I na odwrót. Osoba, która na pytanie krytyczne szczerze zaprzeczy, nie zareaguje na to pytanie, a zareaguje na pytanie kontrolne. Tak powstała technika pytań kontrolnych Reida, stosowana powszechnie w USA do końca lat 60. XX wieku, kiedy to pojawiły się nowsze techniki pytań kontrolnych (najpierw technika Backstera, później dalsze rozwinięcia tej techniki, w tym między innymi: Federal Zone Comparison Technique, Utah Zone Comparison Technique). W Polsce technika Reida stosowana była powszechnie do końca lat 80.¹³, a przez niektórych poligraferów bywa stosowana nawet i dziś, choć jest to już technika zdecydowanie przestarzała.

Układ testu pytań kontrolnych Reida wyglądał następująco¹⁴:

- 1) Czy znajdujemy się w Chicago? (obojętne)
- 2) Czy nazywają cię „Rudy”? (obojętne)
- 3) Czy ostatniej soboty strzelałeś do Johna Jonesa? (krytyczne)
- 4) Czy ty palisz? (obojętne)
- 5) Czy zabiłeś Jonesa w nocy w ostatnią sobotę? (krytyczne)
- 6) Czy oprócz tego, co mi powiedziałeś, ukradłeś coś jeszcze? (kontrolne)
- 7) Czy ty chodziłeś do szkoły? (obojętne)
- 8) Czy w ostatnią sobotę w nocy zabrałeś Jonesowi zegarek? (krytyczne)
- 9) Czy wiesz kto strzelał do Johna Jonesa? (krytyczne)
- 10) Czy kiedykolwiek ukradłeś coś w miejscu pracy? (kontrolne)

W ramach techniki Reida zalecane było, obok powtarzanych dwu lub trzykrotnie testów pytań kontrolnych, przeprowadzenie testów POT, o ile było to tylko możliwe.

3.

W 1959 roku profesor psychologii i psychiatrii na Uniwersytecie w Minnesocie, David Thorsten Lykken, opisał swoje eksperymenty¹⁵, rozpoczynając tym samym krytykę dotychczasowych technik badań poligraficznych. Trzeba przypomnieć, że Lykken nie zajmował się dotąd ani detekcją kłamstwa, ani psychologią sądową. Jego zainteresowania koncentrowały się na badaniach osobowości, w szczególności osobowości antysocjalnej, w których to dziedzinach był niekwestionowanym autorytetem. Do klasyki należy jego

¹³ Por. J. Widacki, *Analiza przesłanek diagnozowania w badaniach poligraficznych*, Wydawnictwo UŚ, Katowice 1982.

¹⁴ Por. J. Reid, F. Inbau, *Truth and Deception. The Polygraph (Lie-detector) Technique*, William & Wilkins Comp, Baltimore 1977, s. 31.

¹⁵ D.T. Lykken, *The GSR In detection of guilt*, „Journal of Applied Psychology” 1959, 43, 6, s. 385–386.

praca *A study of anxiety In the sociopathic personality*¹⁶, w której wskazał, że podstawowym objawem, a zarazem mechanizmem psychopatii (socjopatii), jest deficyt lęku. Badacz nie miał też żadnych doświadczeń śledczych. To ostatnie stało się zapewne jednym z ważniejszych powodów, dla których przyjął błędne dla swojej teorii założenia (por. niżej). Nie dysponował też wielokanałowym poligrafem. Z końcem lat 50. XX wieku standardowy poligraf był 3-kanałowy, zapisując przebieg czynności oddychania, zmiany w zakresie GSR oraz przebieg pracy układu krążenia. W swoim eksperymencie Lykken wykorzystał jedynie psychogalwanometr. Eksperyment ów, w którym uczestniczyli studenci, zgodnie z założeniami nie był eksperymentem zmierzającym do wykrycia kłamstwa (lie) czy nieszczerości (deception), ale do wykrycia winy (detection of guilt). Później Lykken sprecyzował, że wykrywał też nie „winę” (guilt), ale „świadomość winnego” (guilty knowledge). Swoich uczestniczących w eksperymencie studentów podzielił na dwie grupy. Pierwszą stanowili „winni”, którzy uczestniczyli w wyreżyserowanym „przestępstwie”. Druga, „niewinni” – nieuczestniczący w zdarzeniu, ani nieznający jego szczegółów. Obydwie grupy badane były testami, które były modyfikacją testów POT. Badani nie mieli, jak to ma miejsce w badaniach poligraficznych, odpowiadać na pytania, a jedynie siedzieć nieruchomo i słuchać zadawanych im pytań. Aby ułatwić im koncentrację na pytaniach, mieli zasłonięte oczy, a na uszach słuchawki, przez które zadawane im były pytania. W drugiej wersji eksperymentu, zamiast milczeć, mieli powtarzać zadawane im pytania. Tak więc, w żadnej z wersji eksperymentu, nie odpowiadali oni na pytania, a zatem nie mieli okazji kłamać. Pytania zadawane były według schematu testu POT. Rozpoczęcie ich zadawania poprzedzone było wstępem eksperymentatora: „jeżeli ty jesteś «mordercą», będziesz wiedział co było niezwykłym przedmiotem, prezentowanym w pokoju, w którym dokonano «morderstwa»”¹⁷. Po tym wstępie następowało wyliczanie przedmiotów, z których jeden, sztaluga malarska, był wyeksponowany na miejscu zdarzenia. Eksperymentator pytał:

- 1) Czy to był magnetofon?
- 2) Czy to była bombonierka?
- 3) Czy to były szachy?
- 4) Czy to była sztaluga?¹⁸

Dla wzmocnienia motywacji badanych, byli oni uprzedzani, że w przypadku wystąpienia reakcji na pytanie krytyczne, otrzymają niemiłe uderzenie

¹⁶ „Journal of Abnormal and Social Psychology” 1957, 55, 1, s. 6–10.

¹⁷ D.T. Lykken, *The GSR In detection of guilt...*, op. cit.

¹⁸ *Ibidem*.

prądem. W drugiej wersji, wyznaczono im nagrodę w wysokości 100 USD, co było kwotą dość znaczącą.

W pierwszym eksperymencie Lykken bezbłędnie wytypował 100% „nie-winnych” i aż 93,9% winnych. W drugim przypadku, w obydwu grupach, „winnych” i „niewinnych” trafnych wskazań miał 100%.

Były to wyniki lepsze niż te, które uzyskiwali eksperymetatorzy prowadzący eksperymentalne badania poligraficzne tradycyjnymi technikami, wyższe niż uzyskiwano w praktyce.

W oparciu o wyniki swych eksperymentów, Lykken dokonał surowej krytyki techniki klasycznej i techniki pytań kontrolnych (wówczas była to tylko technika Reida, w swej pierwotnej wersji). Uczony skrytykował same założenia techniki pytań kontrolnych. Uznał, że samo założenie porównywalności emocji wywołanej pytaniem krytycznym i kontrolnym jest, z teoretycznego punktu widzenia, nonsensem¹⁹. By miało sens – pytanie krytyczne i kontrolne musiałyby dotyczyć dwóch równie ciężkich przestępstw, co z oczywistych względów jest nie do zrealizowania.

Lykken krytykował też samą formę pytań zadawanych badanym w tradycyjnym badaniu poligraficznym, prowadzonym techniką klasyczną lub techniką pytań kontrolnych, takich jak „Czy to ty strzelałeś do Jonesa?” Jego zdaniem, reakcja osoby niewinnej (R_i) na tak zadane pytanie, wyglądałaby następująco:

$$R_i = L_i F_i \left(\frac{1 - C_i}{2} \right) + M1$$

Natomiast reakcja osoby winnej (R_g) wyglądałaby:

$$R_g = L_g F_g \left(\frac{1 + C_g}{2} \right) + M2$$

gdzie:

m – jest średnią reakcją na pytania niezwiązane (obojętne);

l – to reaktywność autonomiczna (labilność) badanego;

f – to strach badanego przed konsekwencjami uznania za winnego;

c – przekonanie badanego o skuteczności testu, przy czym poziom tego zaufania uszeregowany jest od -1 (brak zaufania) do +1 (pełne zaufanie)²⁰.

¹⁹ D.T. Lykken, *Psychology and lie-detection industry*, „American Psychologist” 1974, 29, 10, s. 732.

²⁰ *Ibidem*, s. 731.

Zgodnie z twierdzeniem Lykkena, jeśli osoba niewinnie podejrzana mówi prawdę i nie boi się, że będzie błędnie uznana za kłamcę, czyli faktycznie sprawcę przestępstwa, którego nie popełniła (wówczas $F=0$), a zatem:

$$Ri = 0 \left(\frac{1-C}{2} \right) + M$$

Czyli $Ri=M$, a zatem reakcja na pytanie krytyczne będzie równa przeciętnej reakcji na pytanie obojętne. Jednak w sytuacji, gdy osoba niewinna (prawdopodobna w badaniu) boi się badania, nie ma do niego pełnego zaufania, jej reakcja na pytanie krytyczne będzie silniejsza niż na pytanie obojętne. Wówczas wynik badania będzie taki, że zostanie ona uznana za osobę kłamiącą (nieszczerą)²¹. Co więcej Lykken podejrzewa, że niewinny i prawdopodobny badany o dużej labilności emocjonalnej, może na pytania krytyczne zareagować silniej niż osoba winna i kłamiąca, ale o osobowości psychopatycznej²².

Wszystko to odnosiło się do techniki klasycznej. Równie surowo jednak Lykken ocenił technikę pytań kontrolnych. Jego zdaniem, pytania kontrolne w takiej formie, jak to jest przyjęte w tej technice, nie mogą być standardem, bowiem ich waga emocjonalna nie jest adekwatna do wagi pytań krytycznych. Wedle założeń techniki pytań kontrolnych, spodziewany „rachunek kłamstwa” (lie-score) wygląda następująco:

$$x - Ry = LF \left(\frac{1-C}{2} \right) + M + LF \left(\frac{1-C}{2} \right) + M = 0$$

gdzie:

Rx – jest reakcją na pytanie krytyczne;

Ry – jest reakcją na pytanie kontrolne.

Natomiast u osoby niewinnej i prawdopodobnej wyglądałoby to następująco:

$$Rx - Ry = LF \left(\frac{1+C}{2} \right) + M - LF \left(\frac{1-C}{2} \right) + M = CLF$$

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

Tak by było, twierdzi Lykken, gdyby waga pytań kontrolnych odpowiadała wadze pytań krytycznych. Jednak z samej istoty rzeczy tak nie jest, zatem założenia teoretyczne techniki pytań kontrolnych są błędne²³.

Zdaniem Lykkena, jedyną poprawną metodologicznie i zgodną z wiedzą psychologiczną techniką badania poligraficznego jest technika zaproponowana przez niego. Owa technika rezygnuje z używania pytań, na które badany ma odpowiadać „tak” lub „nie”, przy założeniu, że kłamca/sprawca, odpowiadając na pytanie krytyczne słowem „nie”, będzie kłamał, a jego kłamstwo wykryć ma poligrafer. W technice Lykkena badany w ogóle nie odpowiada „tak” ani „nie”, nie ma więc okazji kłamać. To, co wykrywa technika Lykkena, to nie kłamstwo, ale „świadomość winnego” (guilty knowledge). Ta „świadomość winnego”, czyli znajomość szczegółów zdarzenia, które jest przedmiotem badania, różnicuje sprawców i nie-sprawców.

Posługując się językiem kryminalistyki można by powiedzieć, że zaproponowana przez Lykkena technika, jest techniką polegającą na obserwacji zmian emocjonalnych, które pozwalają wnioskować o istnieniu, bądź nieistnieniu u badanego pamięciowych śladów zdarzenia.

Konstrukcja testów w tej technice jest zasadniczo identyczna, jak znanych i stosowanych pomocniczo w ramach techniki klasycznej oraz techniki pytań kontrolnych testów szczytowego napięcia (Peak of Tension, POT).

Lykken propozycję swej techniki przedstawia na fikcyjnym przykładzie. Załóżmy, pisze Lykken, że dokonano napadu na jedną z kas pożyczkowych na Manhattanie, nazywającą się „Friendly Loan Company”. Sprawca podszedł do okienka, powiedział urzędnicze, że potrzebuje pożyczki, bowiem są mu potrzebne pieniądze na wysokie honorarium dla lekarza. W czasie rozmowy wyjął pistolet, zrabował pieniądze i zbiegł.

W takiej sprawie, zdaniem Lykkena, badanie podejrzanego powinno wyglądać tak, że przygotowano by kilka zestawów pytań. Przed ich zadaniem, poligrafer wygłaszałby wstęp: „Dokonano napadu na kasę pożyczkową na Manhattanie. Jeżeli to ty dokonałeś napadu, to znasz nazwę tej kasy. Teraz siedź spokojnie i powtarzaj za mną

- a) Czy to było Ideal Loan Company?
- b) Czy to było Continental Loan Company?
- c) Czy to było Guarante Loan Company?
- d) Czy to było Friendly Loan Company?
- e) Czy to było Fidelity Loan Company?”

Sprawca napadu ma świadomość, że napadu dokonano na Friendly Loan Company. To jest właśnie ta „świadomość winnego” (guilty knowledge), któ-

²³ *Ibidem*, s. 732.

rej siłą rzeczy nie ma osoba niewinna. Tę świadomość można wykryć badaniem poligraficznym, a badany wcale nie musi przy tym werbalnie kłamać. Prawdopodobieństwo, że badany przypadkowo zareaguje na właściwe pytanie, przy zadanych pięciu pytaniach, wynosi jak 1:5, czyli 20%, dlatego należy przeprowadzać następne testy. W następnym teście można na przykład więc pytać, co napastnik powiedział urzędnicze przed napadem, na co potrzebne mu są pieniądze.

Przypadkowa reakcja na właściwe pytanie w dwóch testach, z których każdy zawiera 5 pytań, wynosi $0,2 \times 0,2 = 0,04$. Czyli teoretycznie, osoba niewinna ma szanse przypadkowo zareagować na właściwe pytanie w dwóch kolejnych testach z prawdopodobieństwem 0,04, czyli w 4 przypadkach na 100.

Gdyby przeprowadzić trzy testy, prawdopodobieństwo przypadkowej reakcji we wszystkich trzech testach wynosiłoby $0,2 \times 0,2 \times 0,2 = 0,008$. Czyli w 8 przypadkach na 1000. W przypadku przeprowadzenia 10 testów (każdy po 5 pytań), jak łatwo policzyć przypadkowa reakcja na wszystkie pytania krytyczne wynosiłaby 1:1 000 000.

Zatem prawdopodobieństwo przypadkowego zareagowania przez osobę niewinną, niemającą „świadomości winnego”, można obliczyć wedle poniższego wzoru:

$$\left(\frac{1}{K}\right)^N$$

gdzie:

K – to liczba alternatywnych możliwości (liczba pytań w teście)

N – to liczba przeprowadzonych testów.

Swoje przemyślenia związane z własną, nową techniką badań poligraficznych, opierająca się na testach Guilty Knowledge Test (GKT; której nazwę w Polsce tłumaczono jako „technika wiedzy o czynie”), krytykę dotychczas stosowanych technik badań (klasyczną i pytań kontrolnych), a także krytykę amerykańskiego „przemysłu lie-detection”, Lykken zebrał w swojej książce *A tremor In the blood*, wydanej w roku 1981²⁴.

²⁴ D.T. Lykken, *The tremor In the blood*, McGraw-Hill Book Comp., New York, St. Louis, San Francisco (et All.) 1981.

4.

Proponowana przez Lykkena technika badań poligraficznych była nowością, jakkolwiek jednak jej podstawą były, nieco zmodyfikowane, testy szczytowego napięcia (Peak of Tension, POT). Testy tego typu znane były i stosowane w praktyce od lat 30. XX wieku, jako uzupełnienie technik klasycznej i pytań kontrolnych. Jak już wspomniano, oparcie techniki badań wyłącznie na testach POT postulował jeszcze w okresie międzywojennym Lee (w liście do szefa FBI Edgara Hoovera)²⁵. W latach 50. XX wieku, podobny postulat zgłaszał Burack²⁶. Lykken nie był więc pierwszym, który sugerował oparcie badania na testach szczytowego napięcia (POT). Co więcej, jeszcze przed Lykkenem stosowano także w technikach pytań kontrolnych testy, na które badany albo w ogóle nic nie odpowiadał (tzw. Silent Answer Test, „test milczących odpowiedzi”), albo bez względu na to, co było treścią pytań, miał odpowiadać „tak” („Yes-test”).

Krytycy Lykkena podnosili także, że bazę empiryczną nowej techniki stanowią zaledwie dwa eksperymenty ze studentami, których reakcje obserwowano jedynie przy pomocy psychogalwanometru²⁷. Powtórzenie eksperymentu Lykkena²⁸ nie potwierdziło tak wysokiej wartości diagnostycznej proponowanej techniki. Uzyskano jedynie 77,7% trafnych wskazań, a więc porównywalnie, a nawet mniej niż uzyskiwali eksperymetatorzy posługujący się techniką pytań kontrolnych.

Podnoszono także, że technika ta jest wysoce niepraktyczna, bowiem w realnej sprawie karnej trudno znaleźć kilka szczegółów, których znajomość różnicuje sprawców i nie-sprawców, a już na pewno ich znajomość nie różnicuje sprawców i świadków²⁹.

W praktyce polskiej lat 70. i 80. XX wieku, kiedy powszechnie stosowano technikę Reida (technikę pytań kontrolnych Reida) i zaczynano stosować technikę Backstera, zawsze kiedy tylko było to możliwe, obok testów pytań kontrolnych, wykonywano testy szczytowego napięcia (POT). Tak było w bli-

²⁵ Por. D. Krapohl, P. Shaw, *Fundamentals of polygraph practice*, Elsevier, Academic Press, 2015, s. 27.

²⁶ B. Burack, *A critical analysis of the theory and limitation of the lie-detector*, „Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science” 1955, 46, 3, s. 414–426.

²⁷ G. Ben Shakhar, I. Lieblich, S. Kugelmass, *Guilty Knowledge Technique: application of Signal detection measures*, „Journal of Applied Psychology” 1970, 54, 5, s. 409–413.

²⁸ *Ibidem*, s. 410.

²⁹ Por. J. Konieczny, M. Fraś, J. Widacki, *Pochodzenie ukrytej informacji a niektóre cechy osobowości w badaniu poligraficznym*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1984, 34, 1; por. także: M. Tarabula, M. Widacki, *The Mount of information remembered by the perpetrator in the context of application of the GKT In criminal investigation*, „European Polygraph” 2016, 10, 2 (36), s. 63–76.

sko 80% przeprowadzonych badań. Jednak nigdy nie udawało się skonstruować więcej niż dwa testy POT. Oznacza to, że nigdy w praktyce nie udało się odnaleźć więcej niż dwóch szczegółów zdarzenia, które w przeciwieństwie do osoby niewinnej, sprawca powinien był spostrzec i zapamiętać³⁰.

Tę niepraktyczność techniki Lykkena, wykazał później Podlesny, który po przeanalizowaniu 758 badań poligraficznych wykonanych przez FBI stwierdził, że w zaledwie 51 przypadkach (6,7%) teoretycznie badanie tą techniką było możliwe, to znaczy, że jedynie w tak niewielu sprawach spełnione były warunki do przeprowadzenia badań techniką GKT³¹. W sytuacji, w której założono by, zgodnie z sugestią Lykkena, że trzeba przeprowadzić aż 6 testów (inaczej mówiąc: gdyby chcieć znaleźć 6 szczegółów, których znajomość różnicuje sprawców od nie-sprawców), teoretycznie byłoby to możliwe tylko w 16 przypadkach (2,1%). Co więcej okazało się, że badania tą techniką dają średnio 5% wskazań pozytywnie fałszywych (uznanie 5% osób niewinnych za winnych) i aż 20% wskazań fałszywie negatywnych, czyli uznanie aż 20% winnych, mających „świadomość winnego” za niewinnych. Ten relatywnie wysoki, bo 20%, wynik wskazań fałszywie negatywnych, świadczy o tym, że każdorazowo na 100 winnych, 20 osób winnych uznanych zostanie za niewinne.

Krótko mówiąc, technika Lykkena (Guilty Knowledge Technique) okazała się techniką nie dość, że bardzo niepraktyczną, to jeszcze wykazującą wartość diagnostyczną nie lepszą od techniki pytań kontrolnych. Rodzić się może pytanie, dlaczego mimo takiej poprawności teoretycznej i metodologicznej, technika „Guilty Knowledge Technique” nie okazała się lepsza od technik pytań kontrolnych?

Wydaje się, że Lykken przyjął błędne założenie, że sprawca przestępstwa, zwłaszcza zabójstwa (w tych sprawach najczęściej wykorzystuje się badania poligraficzne), spostrzega i zapamiętuje wszystkie szczegóły zdarzenia. Otóż, jak pokazuje praktyka, a potwierdzają badania naukowe³², sytuacja emocjonalna sprawcy w chwili popełniania przestępstwa, szczególnie zabójstwa, jest tak szczególna, że dochodzi do zwężenia świadomości (oczywiście nie ma to

³⁰ Por. A. Krzyścin, *Badania poligraficzne wykonane techniką Reida- analiza doświadczeń polskich*, Katowice 1980 (niepublikowana praca doktorska); por. także: J. Widacki, *Analiza przesłanek diagnozowania w badaniach poligraficznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1982.

³¹ J.A. Podlesny, *A paucity of openable case facts restricts applicability of the Guilty Knowledge Technique In FBI criminal polygraph examinations*, „Forensic Sciences Communications” 2003, 5, 3.

³² Por. S.A. Christiansen, I. Frej, E. v. Kremnitzer, *Searching for offender's memories of violent crime*, [in:] *Offender's memories of violent crime*, ed. S.A. Christianson, John Wiley and Sons Ltd., 2007.

nic wspólnego z poczytalnością!), że nie spostrzega lub nie zapamiętuje wielu szczegółów, co do których jesteśmy przekonani, że sprawca powinien zapamiętać. Pytany o te niezapamiętane szczegóły, sprawca nie reaguje, podobnie jak nie reaguje osoba niewinna.

Dla przykładu można dodać, że w kilku ostatnich sprawach o zabójstwo, z praktyki jednej tylko kancelarii adwokackiej – zabójcy, którzy przyznali się do przestępstw, nie pamiętali jak ubrana była ofiara, którą zaatakowali z bliska, nie pamiętali nawet w przybliżeniu liczby ciosów, jakie ofierze zadali³³. W pierwszym przypadku sprawca, który faktycznie zadał ponad 40 ciosów nożem, był przekonany, że zadał ich nie więcej niż 3–4. W drugim przypadku sprawca zadał ofierze ponad 20 ciosów sądząc, że zadał ich nie więcej niż 4. Gdyby ci zabójcy nie przyznali się do zabójstw, a byli badani poligraficznie techniką GKT i byli pytani o ubranie ofiary lub liczbę zadanych ciosów, zareagowaliby tak, jak osoby niewinne.

Dlatego też do równania Lykkena:

$$\left(\frac{1}{K}\right)^N$$

należałoby dopisać warunek: „jeżeli sprawca pamięta szczegóły, o które jest pytany w testach GKT, to...”, czyli równanie to powinno wyglądać tak:

$$\left[p \rightarrow \left(\frac{1}{K}\right)^N\right] \wedge p \rightarrow \left(\frac{1}{K}\right)^N$$

(p – sprawca pamięta te szczegóły, o które jest pytany)

Przy okazji rodzi się pytanie, którego Lykken w swych rozważaniach nie przewidział. Co wtedy, gdy w 6. przeprowadzonych testach GKT badany zareaguje na pytanie krytyczne (pytanie „klucz”) na przykład tylko w 3 testach, a w trzech dalszych nie zareaguje? Jeśli idzie o krytyczne uwagi Lykkena, zgłoszone do techniki pytań kontrolnych, to twierdzenie, że z założenia pytanie kontrolne nie może spełnić przypisanej mu roli, bowiem jego waga emocjonalna zawsze będzie mniej-

³³ Sprawy: sygn. PO.I Ds.43.2016, Prokuratura Okręgowa w Krakowie; sprawa sygn. III K 337/02, Sąd Okręgowy w Krakowie; sprawa sygn. II 1 K 61/14, Sąd Okręgowy w Nowym Sączu.

sza od wagi pytania kontrolnego, nie potwierdza się w tysiącach badań wykonywanych w praktyce na całym świecie, ani też w licznych badaniach eksperymentalnych. Jedne i drugie potwierdzają relatywnie wysoką wartość diagnostyczną badań poligraficznych wykonywanych technikami pytań kontrolnych.

Natomiast uwagi Lykkena, dotyczące warunków poprawności testu pytań kontrolnych, są generalnie słuszne. Rzecz w tym, że Lykken uważa, że warunki te są nie do spełnienia, a praktyka na całym świecie pokazuje, iż można je spełnić. Nie zmienia to faktu, że Lykken świadomie czy nie, zwrócił uwagę na warunki poprawności badania poligraficznego techniką pytań kontrolnych. Aby to badanie miało sens, spełnione jednak muszą być pewne warunki. W szczególności osoba badana musi mieć zaufanie do skuteczności badania poligraficznego; musi mieć przekonanie, że badanie to rzeczywiście jest w stanie wykryć kłamstwo lub potwierdzić prawdomówność. Spełnienie tego warunku w dużej mierze zależy od tego, czy prawidłowo został przeprowadzony wywiad przedtestowy, czy właściwie dobrano pytanie kontrolne i czy należycie zostało ono w wywiadzie omówione. Kolejnym warunkiem jest prawidłowo przeprowadzony test stymulacyjny (np. test z cyfrą).

Jednakże uwagi Lykkena o wpływie osobowości badanego na sposób reagowania, w szczególności twierdzenie, że na pytania krytyczne w teście pytań kontrolnych labilny emocjonalnie niewinny – zareaguje jak winny, psychopatyczny winny – nie zareaguje, ergo – zareaguje jak osoba niewinna, nie doczekały się potwierdzenia ani w praktyce, ani w badaniach eksperymentalnych. Badania Barlanda i Raskina³⁴ nie wykazały różnic w reakcjach poligraficznych osób o najwyższym i najniższym wskaźniku psychopatii, mierzonym testem MMPI. Również inni autorzy, w tym Larson³⁵, Reid i Inbau³⁶ uważali, że psychopaci nie są gorszymi podmiotami badań poligraficznych niż nie-psychopaci.

Jeśli idzie o osoby neurotyczne (labilne emocjonalnie), to zdaniem Dufka³⁷, są najlepszymi obiektami badań poligraficznych. Spotkać też można pogląd, że poza nerwicą natręctw, żadna inna nie stanowi przeszkody w skutecznym badaniu poligraficznym³⁸.

³⁴ G. Barland, D. Raskin, *Psychopathy and detection of Deception In criminal suspects*, „Utah Polygraph Association Newsletter” 1974, 1, 11.

³⁵ J. Larson, *The cardio-pneumo psychogram and its use In the emotions with practical applications*, „Journal of Experimental Psychology” 1922, 5, s. 323–328.

³⁶ J. Reid, F. Inbau, *Truth and Deception. The polygraph (lie-detector) technique*, William & Wilkins, Baltimore 1977, s. 201.

³⁷ M. Dufek, *K problematycie polygrafického vysetrovani v kriminalistice*, [w:] *Doplnkové studijní materiály pro kriminalistický smer právnického studia*, Praha 1970, s. 70–71.

³⁸ Por. L. Wdowiak, R. Rutkowski, *Wpływ stanów psychopatologicznych na reakcje emocjonalno-vegetatywne człowieka w aspekcie badań wariograficznych*, Materiały Sympozjum, Toruń 1976, s. 14.

Abstract

Polygraph testing method controversy

Beginning with the 1920s polygraph examinations were conducted in the so-called „classical technique”, making use of two types of questions: critical – connected to the subject of the investigation, and background – unconnected to the issue at question and therefore indifferent. John Reid's Control Questions Technique (CQT) was a new technique of examination, introduced in 1947. Reid added a third type of questions, namely control questions, to polygraph testing. They were not connected to the investigated issue, yet they referred to matters that were similar in type to the ones addressed by critical questions. Control questions were formulated so that the examinee answered them „no”, and saying that either purposefully lied or was not sure whether he lied or not. The technique developed into a large family of control question techniques (Backster's technique and others based on it). In the 1960s, David Lykken questioned the methodological correctness of both classical and control questions techniques. In their place, he proposed his technique of examination, which he later called the Guilty Knowledge Technique (GKT). The charges put forward by Lykken were challenged, and his technique had two fundamental charges levelled against: first, that it follows an erroneous premise that the perpetrator remembers a great deal of detail from the moment of crime and that they can be elicited during the examination, while the other concerned its high impracticality. Nonetheless, the dispute with Lykken, whose charges were mostly rejected, made an impact as it improved the methodology of the control question techniques.

Key words: polygraph testing techniques, control questions techniques, Lykken technique

Streszczenie

Spór o technikę badań poligraficznych

Od lat 20. XX wieku badania poligraficzne wykonywane były tzw. „techniką klasyczną”, w której stosowane były dwa rodzaje pytań: krytyczne, związane ze sprawą stanowiącą przedmiot postępowania, oraz obojętne, niezwiązane z tą sprawą. Od 1947 roku zaczyna być stosowana nowa technika badań, technika pytań kontrolnych Johna Reida. Reid wprowadził do testów poligraficznych trzeci rodzaj pytań, pytania kontrolne. Pytania te, nie były związane ze sprawą, ale odnosiły się do kwestii rodzajowo podobnych jak te, z którą związane były pytania krytyczne. Pytania kontrolne były tak formułowane, aby badany odpowiadał na nie „nie”, ale mówiąc „nie”, aby albo świadomie skłamał, albo nie był pewien czy nie skłamał. Technika ta rozwinęła się w liczną rodzinę technik pytań kontrolnych (technika Backstera i techniki będące jej rozwinięciem).

W latach 60. XX wieku, David Lykken zakwestionował metodologiczną poprawność zarówno techniki klasycznej jak i techniki pytań kontrolnych. Zaproponował w ich

miejsce swoją technikę badania, którą z czasem nazwał „guilty knowledge technique”. W odpowiedzi na zarzuty Lykken, podważono zasadność zgłaszanych przez niego zarzutów, zaś jego technice postawiono dwa zarzuty podstawowe: po pierwsze, że opiera się na błędnym założeniu, że sprawca zapamiętuje sporo szczegółów z momentu przestępstwa i można je o nie pytać w czasie badania; po drugie zarzucono tej technice jej wysoka niepraktyczność.

Polemika z Lykkenem, którego zarzuty w dużej mierze odrzucono, niewątpliwie wpłynęła jednak na poprawę metodyki stosowania technik pytań kontrolnych.

Słowa kluczowe: techniki badań poligraficznych, techniki pytań kontrolnych, technika Lykkena

Daniel T. Wilcox

prof., Wilcox Psychological Associates Ltd

Rosie Gray

dr, Wilcox Psychological Associates Ltd

Wykorzystanie badań poligraficznych wobec przestępców seksualnych w Wielkiej Brytanii*

Wstęp

Badania poligraficzne w Wielkiej Brytanii od ponad dziesięciu lat stanowią przedmiot zwiększonego zastosowania wobec przestępców z motywów seksualnych. W tym czasie pojawiły się także opinie krytyczne¹. Jeden z badaczy, Craig w 2011 roku opisał badanie poligraficzne, jako „naczelnego winowajcę sporu”², głównie z powodu toczącej się polemiki w zakresie ich dopuszczalności naukowej³, dokładności, prawidłowości⁴ oraz postawy etycznej⁵. Niemniej jednak, w dużej mierze dzięki powszechnej akceptacji urzędnika, jakim

* *The Use of the Polygraph with Sex Offenders in the UK*, „European Polygraph” 2012, vol. 6, 1, przekład: Angelika Rzeźniczak, Łukasz Lep (doktoranci, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego).

¹ G. Ben-Shakhar, *The case against the use of polygraph examinations to monitor post-conviction sex offenders*, „Legal and Criminological Psychology” 2008, 13, s. 191–207; D.T. Lykken, *A tremor in the blood: Uses and abuses of the lie detector*, 2nd ed, NY: Plenum, New York 1998; E.H. Meijer, B. Verschuere, H.L.G.J. Merckelbach & G. Crombez, *Sex offender management using the polygraph: A critical review*, „International Journal of Law and Psychiatry” 2008, 31 (5), s. 423–429.

² L. Craig, *Book Review of „The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders: A Practitioner’s Guide*, [in:] ed. by D.T. Wilcox, *Forensic Update* 2011, 104, s. 59.

³ D. Grubin, *The case for polygraph testing of sex offenders*, „Legal and Criminological Psychology” 2008, 13, s. 177–189.

⁴ L. Madsen, *The Accuracy of Polygraph in the Treatment and Supervision of Sex Offenders*, [in:] D.T. Wilcox (ed.), *The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders: A Practitioner’s Guide*, UK: Wiley-Blackwell, Chichester 2009, s. 155–180.

⁵ J. Vess, *Ethical Practice in sex offender assessment: Consideration of actuarial and polygraph methods*, „Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment” 2010, Online Issue.

jest poligraf, procedura poddawania badaniom poligraficznym skazanych przestępców seksualnych [post-conviction sex offender polygraph testing – PCSOT] jest „obecnie coraz częściej postrzegana przez praktyków jako narzędzie o nieocenionej wprost wartości”⁶ w stosunku do skazanych przestępców z motywów seksualnych.

Pierwsze zastosowania badań poligraficznych wobec sprawców przestępstw na tle seksualnym w USA

Wilcox⁷ w swoich badaniach analizował kliniczne zastosowanie badań poligraficznych do oceny, nadzoru i monitorowania „w postępowaniu po wyroku skazującym” przestępców seksualnych. W Stanach Zjednoczonych badania poligraficzne stosowane były wobec przestępców seksualnych już na początku lat siedemdziesiątych, ale dopiero w 1980 roku naukowcy i praktycy, tacy jak Abrams⁸, zaczęli systematycznie badać potencjał badań poligraficznych wobec skazanych przestępców seksualnych. Kolejne badania⁹ wykazywały zwiększoną liczbę ujawnionych przestępstw na tle seksualnym przy stosowaniu badań poligraficznych (w porównaniu do innych technik wykrywania i ekspertyz).

Jednakże stosowanie badań poligraficznych w celach informacyjnych, do oceny ryzyka i zarządzania przestępcami z motywów seksualnych w Wielkiej Brytanii, jest wciąż stosunkowo nowe¹⁰. Z drugiej strony w USA badania poligraficzne są jednym z elementów programów leczenia dorosłych przestępców seksualnych, występują w prawie 80% wszystkich kuracji, a także

⁶ E.J. Holden, *Foreword*, [in:] D.T. Wilcox (ed.), *The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders: A Practitioner's Guide*, Chichester 2009, UK: Wiley-Blackwell, s. XXIV.

⁷ D.T. Wilcox, *Application of the clinical polygraph examination to the assessment, treatment and monitoring of sex offenders*, „Journal of Sexual Aggression” 2000, 5, s. 134–152.

⁸ S. Abrams, *The use of the polygraph with sex offenders*, „Annals of Sex Research” 1991, 4, s. 239–263.

⁹ S. Ahlmeyer, P. Heil, B. McKee, K. English, *The impact of polygraphy on admissions of victims and offences in adult sex offenders*. „Sexual Abuse, A Journal of Research and Treatment” 2000, 12, s. 123–138; K. English, L. Jones, D. Patrick, D. Pasini-Hill, S. Gonzales, *We need you to become experts in the post-conviction polygraph*, „Polygraph” 2000, 29, s. 44–62; M.A. O'Connell, *Polygraphy*, [in:] D.R. Laws, S.M. Hudson, T. Ward, (eds), *Remaking relapse prevention with sex offenders: A sourcebook*, Thousand Oaks, CA: Sage 2000.

¹⁰ T.A. Gannon, A.R. Beech, T. Ward, *Does the polygraph lead to better risk prediction for sexual offenders?*, „Aggression and Violent Behaviour” 2008, 13 (1), s. 29–44; T.A. Gannon, A.R. Beech, T. Ward, *Risk Assessment and the Polygraph*, [in:] D.T. Wilcox (ed.), *The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders: A Practitioner's Guide*, UK: Wiley-Blackwell, Chichester 2009, s. 129–154; D. Grubin, *The case for polygraph...*, *op. cit.*; D. Grubin, *A Trial of Voluntary Polygraph Testing in 10 English Probation Areas*. „Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment” 2010, 22 (3), s. 266–278; D.T. Wilcox, J. Buschman, *Case Studies in the Utility of the Polygraph*. „Sexual Offender Treatment” 2011, 6 (1), Online Issue.

w 50% programów obejmujących młodzież (młodocianych)¹¹. Holden¹² zauważył również, że badania z 2007 roku, przeprowadzone przez American Polygraph Association (APA) wykazały, że 46 z 50 amerykańskich stanów stosuje Post Conviction Sexual Offender Training (PCSOT; Sesje terapeutyczne oparte na badaniach poligraficznych dla skazanych przestępców seksualnych) do leczenia i nadzoru przestępców seksualnych, podczas gdy pozostałe cztery stany są obecnie w trakcie oceny przydatności ich zastosowania do potrzeb oraz okoliczności¹³.

Badania poligraficzne, ocena ryzyka i ochrona publiczna

Umieszczając badania poligraficzne w kontekście stosowanego prawa, autorzy zauważają, że w ostatnich latach brytyjskiego ustawodawstwa i polityki karnej położono duży nacisk na zarządzanie ryzykiem oraz ochronę ludności. Jednakże, o ile warunki wydawania wyroków skazujących za „poważne” przestępstwa wzrosły (np. trzeba pamiętać o „zapobiegawczych” wyrokach skazujących na podstawie ustawy Criminal Justice 1991 oraz wprowadzeniu nieokreślonych wyroków [Indeterminate Sentences] w obszarze ochrony publicznej, w ramach ustawy Criminal Justice 2003), w rzeczywistości istnieje tylko niewielka liczba skazanych przestępców, którzy nie zostaną w przyszłości zwolnieni warunkowo z zakładów karnych. W późniejszym czasie wielu skazanych przestępców zostanie przywróconych do społeczeństwa, zamiast odbywać karę pozbawienia wolności. Znaczna liczba skazanych przestępców w Wielkiej Brytanii otrzymuje wyroki ograniczenia aniżeli pozbawienia wolności. Dlatego bezpieczne zarządzanie oraz dokładne wyniki oceny ryzyka stwarzanego przez przestępców seksualnych w społeczeństwie ma pierwszorzędne znaczenie¹⁴, a jednocześnie być może zawyżane co pewien czas przez media, statystyki przestępstw popełnianych w warunkach recydywy wskazują na poważne problemy. W kompleksowej metaanalizie obejmującej istniejące

¹¹ R.J. McGrath, G.F. Cumming, B. Burchard, S. Zeoli, L. Ellerby, *Current Practices and Emerging Trends in Sexual Abuser Management: The Safer Society 2009 North American Survey*, Vermont: Safer Society Press, Brandon 2010.

¹² E.J. Holden, *op. cit.*

¹³ *Ibidem*, s. XXIV.

¹⁴ A.R. Beech, L.A. Craig, K.D. Browne, *Assessment and Treatment of Sex Offenders: A Handbook*, UK: Wiley-Blackwell, Chichester 2009; R.K. Hanson, K. Morton-Bourgon, *The accuracy of recidivism risk assessments for sexual offenders: A meta-analysis of 118 prediction studies*, „Psychological Assessment” 2009, 21, s. 1–21; R.K. Hanson, D. Thornton, *Improving risk assessments for sex offenders: A comparison of three actuarial scales*, „Law and Human Behavior” 2000, 24 (1), s. 119–136; D. Wilcox, A.R. Beech, H. Markall J., Blacker, *Actuarial risk assessment and recidivism in a sample of UK intellectually disabled sexual offenders*, „Journal of Sexual Aggression” 2009, 15, s. 97–106.

badania naukowe, Hanson i Morton-Bourgon¹⁵ zaobserwowali średni wzrost przestępstw na tle seksualnym popełnianych w warunkach recydywy o 13,7% i ogólny wzrost różnego rodzaju przestępstw popełnianych w warunkach recydywy przez tych przestępców seksualnych o 36,2%, przy przeciętnym okresie obserwacji, wynoszącym od pięciu do sześciu lat. Co więcej badania pokazują, że wskaźnik występowania przestępstw na tle seksualnym i przemocy znacznie przewyższa liczbę wydanych wyroków¹⁶. Z drugiej strony niektóre z nich sugerują, że w rzeczywistości skala zjawiska przestępstw popełnionych na tle seksualnym w warunkach recydywy, może być o 5,3 razy większa niż wynika to z oficjalnych statystyk dotyczących wyroków skazujących za przestępstwa popełnione na tym samym tle¹⁷.

Prezentowane dane stanowią wyzwanie stojące przed środowiskiem praktyków wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, których zadaniem jest dokonanie dokładnej oceny zagrożenia, efektywne i bezpieczne zarządzanie oraz leczenie osób o tego typu skłonnościach.

Z inicjatywy brytyjskiego wymiaru sprawiedliwości rozpoczęto wymianę informacji karnej poprzez ustalenia zawarte w Multi-Agency Public Protection Arrangements (MAPPA) (Criminal Justice i Trybunał Ustawy o Usługach, 2000) oraz rozwój programów leczenia przestępczości seksualnej¹⁸.

Przegląd wczesnych badań poligraficznych w Wielkiej Brytanii

Historycznie rzecz biorąc, rząd Wielkiej Brytanii wykorzystywał badania poligraficzne w celu poprawy lustracji sfery zatrudnienia i bezpieczeństwa. Było to w dużej mierze spowodowane odpowiedzią na szpiegostwo na wysokim poziomie krajowym, w okresie od słynnej sprawy Geoffrey'a Prime'a. W związku z tą sprawą Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne (British Psychological Society¹⁹) zobowiązane zostało do przygotowania formalnej oceny przydatności badań poligraficznych w stosunku do proponowanego zastosowania ich w celu ochrony poufnych informacji rządowych. Jednakże komitet

¹⁵ R.K. Hanson, K. Morton-Bourgon, *The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta-Analysis of Recidivism Studies*, „Journal of Consulting and Clinical Psychology” 2005, 73 (6), s. 1154–1163.

¹⁶ Np.: D. Pilkington, D. Farmer, *A review of the epidemiological research on child sexual abuse. Community and college student samples*, „Child Abuse Review” 1995, 4, s. 302–315; R. Taylor, *Predicting Reconvictions for Sexual and Violent Offences using the Revised Offender Group Reconviction Scale*, Home Office Research Findings 104, London 1999.

¹⁷ L. Falshaw, C. Friendship, A. Bates, *Sexual Offenders: Measuring reconviction, reoffending and recidivism: RDS*, Home Office Findings, 1983, London 2003.

¹⁸ Zob. A.R. Beech, L.A. Craig, K.D. Browne, *Assessment and Treatment...*, *op. cit.*

¹⁹ British Psychological Society, *A review of the current scientific status and fields of application of Polygraphic Deception Detection: Final Report*, Leicester 2004, UK: BPS.

Brytyjskiego Towarzystwa Psychologicznego uznał, że w ich opinii badania poligraficzne nie spełniają standardów wymaganych do akceptacji w środowisku naukowym. W odpowiedzi na to sprawozdanie i inne otrzymane przez rząd zalecenia, podjęto decyzję o zaniechaniu w tym czasie wykorzystania badań poligraficznych do tego typu zadań.

Przegląd praktycznego wykorzystywania badań poligraficznych przestępców na tle seksualnym

Pod koniec lat dziewięćdziesiątych, po otrzymaniu pozytywnych wyników zastosowania badań poligraficznych w Stanach Zjednoczonych²⁰ praktycy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, w dziedzinie przestępczości seksualnej w Wielkiej Brytanii, doszli do przekonania o ich skuteczności. Efektem tego były próbne badania poligraficzne, wprowadzane w ramach Krajowej Służby Kuratorskiej, z progresywnym wzrostem złożoności projektu oraz liczby uczestników²¹. W związku z wprowadzeniem wstępnych badań poligraficznych²², zastosowanie poligrafu zostało ponownie poddane analizie przez Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne²³, pomimo że uzyskane w efekcie ich przeprowadzenia wyniki nie odbiegały od tych przedstawionych w poprzednim raporcie.

W swoim sprawozdaniu Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne nadal utrzymywało, że nie było dostatecznych dowodów na potwierdzenie ogólnej skuteczności badań poligraficznych lub ich skuteczności w określonym obszarze wobec skazanych przestępców z motywów seksualnych (Post Conviction Sexual Offender Training – PCSOT). Jednak Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne nie zauważyło, że nie ma dowodów, które mogłyby sugerować, że przeprowadzenie badań poligraficznych może zachęcić przestępców seksualnych do ujawniania swoich myśli i zachowań dewiacyjnych w sposób, który mógłby pomóc osobom odpowie-

²⁰ A.C. Salter, *Sex Offender Assessment and Risk Management Issues*, National Organization for the Treatment of Abusers, (NOTA), „Annual Conference” 1997, Southampton, England; D.T. Wilcox, *Polygraph testing*, NOTA (National Organization for the Treatment of Abusers) News 1999, 30, s. 29–31.

²¹ D. Ramsey, M. Farmer, *Polygraphy with sexual offenders*, „Prison Service Journal” 2008, 178, s. 15–19.

²² D. Grubin, L. Madsen, S. Parsons, D. Sosnowski, B. Warberg, *A prospective study of the impact of polygraphy on high risk behaviours in adult sex offenders*, „Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment” 2004, 16, s. 209–222; D.T. Wilcox, D. Sosnowski, D. Middleton, *The use of the polygraph in the community supervision of sex offenders*, „Probation Journal” 1999, 46 (4), s. 234–240; D.T. Wilcox, D.E. Sosnowski, *Polygraph examination of British sexual offenders: A pilot study on sexual history disclosure testing*, „Journal of Sexual Aggression” 2005, 11 (1), s. 3–25.

²³ British Psychological Society, *op. cit.*

działnym za ich nadzór i leczenie. Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne uznało, że badania poligraficzne mogą być pomocne w rozwoju bardziej efektywnych metod samokontroli u przestępców seksualnych. Chociaż raport ten stwierdza, że efektywność badań poligraficznych wobec przestępców seksualnych nie została naukowo potwierdzona, należy zauważyć, że wnioski te nie służą powstrzymaniu rządu Wielkiej Brytanii od zbadania przydatności ich stosowania w przyszłości.

Rzeczywiście w połowie 2000 roku rząd Wielkiej Brytanii zgodził się, aby ocenić przydatność ekspertyz poligraficznych w pracy z osobami skazanymi za przestępstwa na tle seksualnym, poprzez wsparcie szkoleń brytyjskich specjalistów w tej konkretnej dziedzinie PCSOT. Ramsey i Farmer zauważyli, że „od 2005 roku, rząd brytyjski wprowadził obowiązkowe stosowanie badań poligraficznych w ramach nadzoru nad osobami skazanymi za popełnienie przestępstw na tle seksualnym”²⁴. Co więcej autorzy zwrócili uwagę, że „było to kontynuowane w 2007 roku w rządowym raporcie o ochronie dzieci przed przestępcami seksualnymi”, a związane z tym akcje, dotyczące obowiązkowych badań poligraficznych, „jako narzędzie w ramach nadzoru przestępców seksualnych dzieci, zawarto także w przepisach Offender Management Act 2007, ustawa ta wprowadziła obowiązek badań poligraficznych wobec osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej”.

Pierwsze badania, przeprowadzone w oparciu o dotychczasowe próby, którym poddani zostali skazani mężczyźni – przestępcy seksualni, dostarczyły jedynie informacji jakościowych, które następnie zostały udostępnione terapeutom i inspektorom nadzoru kuratorskiego. Badania te przeprowadzone zostały we wrześniu 1999 roku, w których na ochotnika jednorazowemu badaniu poligraficznemu poddało się pięciu mężczyzn posiadających wyroki w zawieszeniu za przestępstwa popełnione na tle seksualnym²⁵. „Wyniki sugerują, że kuratorzy byli w stanie uzyskać bardziej szczegółowe informacje na temat wskaźnika przestępstw, dodatkowych informacji w zakresie przestępstw seksualnych dokonanych w przeszłości, a także większej liczby informacji na temat krótkoterminowego ryzyka i nieprzestrzegania warunków kuratorskich”²⁶.

Dalsze poligraficzne badania ilościowe (n=14) były wspierane przez służby kuratorskie hrabstwa West Midlands i zostały przeprowadzone wiosną 2000 roku²⁷. Dostarczyły one statystycznie znaczących wskazań co do szeroko

²⁴ D. Ramsey, M. Farmer, *op. cit.*, s. 15.

²⁵ D. Middleton, D.T. Wilcox, D. Sosnowski, *Truth, Lies and The Polygraph*, Presentation to the National Annual Conference of the National Organization for the Treatment of Abusers (NOTA), York 1999.

²⁶ D.T. Wilcox, D. Sosnowski, D. Middleton, *The use of the polygraph...*, *op. cit.*, s. 234.

²⁷ D.T. Wilcox, D. Sosnowski, *Polygraph examination...*, *op. cit.*; D.T. Wilcox, *Polygraph Examination of British Sexual Offenders: A Pilot Study on Sexual History Disclosure Testing*. Unpublished, Doctoral Dissertation, University of Surrey, 2002, s. 148–248.

pojętych upodobań oraz zachowań parafilnych występujących u badanych mężczyzn, jak również informacji co do początkowego okresu oraz większego rozpowszechniania zachowań związanych z popełnionym przestępstwem niż te, które w przypadku każdego z mężczyzn znane były z nadzorów kuratorskich przed tymi badaniami. Zanim skazani poddali się badaniom, przeciętny wiek wystąpienia zaburzeń seksualnych o charakterze przestępczym wynosił, według oficjalnych źródeł, 28 lat. Podczas opracowywania wyników z badań poligraficznych, dotyczących historii życia seksualnego przestępców, okazało się, że wiek ten uległ zmniejszeniu do 13,5 roku życia. Wyłączając wyznania dotyczące przestępstw dokonywanych bez konieczności bezpośredniego kontaktu z ofiarą, takich jak podglądanie ludzi podczas zachowań seksualnych (voyeryzm) i publicznej masturbacji, stwierdzony w badaniach poligraficznych wiek wystąpienia pierwszych zachowań parafilnych wyniósł 16 lat. Liczba odnotowanych zachowań parafilnych po odbyciu jednego badania poligraficznego również wzrosła od wartości 2–4 do 6, przypadających przeciętnie na jednego przestępcę. Co więcej, podczas wykonywania badań poligraficznych ujawniono również dowody zbiegu różnych typów poważnych przestępstw oraz zwiększoną liczbę ofiar i incydentów przestępczych.

W przypadku przestępstw popełnianych bez bezpośredniego kontaktu z ofiarą wskaźnik wzrostu wynosił 4,7. Natomiast w przypadku tych, gdzie kontakt miał miejsce – 3,5. Przed badaniem poligraficznym średnia liczba ofiar przestępstw seksualnych, znanych kuratorom w przypadku tych skazanych, wynosiła 48,1. Z kolei średnia liczba epizodów przestępczych – 92. Po jednorazowym badaniu poligraficznym liczby te wzrosły odpowiednio do 185,6 i 418. Znalazło to odzwierciedlenie we wzroście wskaźnika na poziomie odpowiednio 3,9 i 4,5²⁸. Warto zauważyć, że w momencie badania, uczestnicy już wcześniej zaangażowani byli w liczącą średnio 141 godzin grupową terapię dla przestępców seksualnych pod nadzorem, przez co panowało ogólne przekonanie, że ich historia przestępstw została tego czasu dobrze poznana.

²⁸ D.T. Wilcox, D. Sosnowski, D. Middleton, D. Grubin, *British applications of the polygraph to sex offender work: An update*, *NOTA News* 2002, 41, s. 12–14.

Większa liczba kompleksowych badań poligraficznych

Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne uznało, że ekspertyza poligraficzna może pomagać przestępcom w rozwoju bardziej efektywnych metod samokontroli. Home Office (brytyjski odpowiednik polskiego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych) zlecił dwa badania pilotażowe dotyczące wykorzystania badań poligraficznych, które zaczęły się w roku 2002 i skończyły pod koniec 2005 roku. Badania te zapoczątkowały dalsze analizy przydatności ekspertyz poligraficznych PCSOT stosowanych wobec osób skazanych za przestępstwa popełnione na tle seksualnym²⁹.

Grubin i współnicy za pomocą poligrafu przebadali 32 przestępców seksualnych uczestniczących w programach ograniczenia wolności niezwiązanych z przebywaniem w placówkach zamkniętych. Z badań tych wynikało, że 97% spośród osób wchodzących w skład próby badawczej (n=31) ujawniło przy pierwszym badaniu ogólną liczbę 76 zachowań o wysokim stopniu ryzyka, które nie były uprzednio znane kuratorom. Większość ujawnień miało miejsce na wstępnym etapie badania, albo w czasie wywiadu prowadzonego przed samym badaniem. Warto zauważyć, że 78% (n=25) tych mężczyzn „nie zdało” badania poligraficznego (tzn. wykryto wprowadzenie w błąd, oszustwo), a 80% z tej grupy (n=20) poczyniło wyznania odnoszące się do zachowań o wysokim stopniu ryzyka. Wśród wykrytych przypadków odnotowano między innymi takie, w których mężczyzna miał nienadzorowany kontakt z dzieckiem będącym ofiarą przestępstwa; inny mężczyzna oskarżony był o kilkukrotny „frottage” (seks bez penetracji) w stosunku do młodych dziewcząt, a jeszcze inny o odwiedzanie publicznych toalet w celu poszukiwania potencjalnych dziecięcych ofiar. W dalszym toku badań 21 z 32 uczestników zostało poddanych ponownemu badaniu poligraficznemu. Jego wynik wykazał, że 71 % mężczyzn (n=15) ujawniło kolejne zachowania wysokiego ryzyka w liczbie 34 przypadków, choć 60% z nich (n=9) uprzedziło o tym fakcie nadzorującego ich funkcjonariusza przed rozpoczęciem powtórnego badania. Sugerowali oni, że sam poligraf skłaniał do większej otwartości w czasie realizacji nadzoru/terapii w sprawach, w których występował element ryzyka. Co więcej, o wiele mniej uczestników (29%, n=6) „nie zdało” drugiego badania poligraficznego (tzn. nie stwierdzono wprowadzania w błąd). Wyniki te potwierdziły wcześniejsze zapewnienia Grubina, że „badanie poligraficzne może

²⁹ D. Grubin, L. Madsen, S. Parsons, *A preliminary study of the contribution of periodic polygraph testing to the treatment and supervision of sex offenders*, „Journal of Forensic Psychiatry and Psychology” 2004, 15 (4), s. 682–695; D.T. Wilcox, M.L. Donathy, *The utility of the polygraph with sex offenders in England*, „Conférence Permanente Européenne de la Probation”, July 2008.

w znaczący sposób przyczynić się do sukcesów programów terapeutycznych pomagając przestępcom unikać typów zachowań, które zwiększają ryzyko popełnienia przez nich kolejnego przestępstwa: zachęca to przestępców do ujawnienia informacji, które są istotne dla instytucji terapeutycznych i nadzoru”³⁰. Grubin dowiódł, że w kontekście badań poligraficznych osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, poligraf może być lepiej postrzegany jako „urządzenie ułatwiające ujawnienie prawdy” w przeciwieństwie do jego potocznej nazwy „wykrywacz kłamstw”³¹ oraz że obawy co do rzetelności i trafności stosowania badań poligraficznych były mniej istotne w tym kontekście niż wtedy, gdy stosowany był w innych przypadkach.

W dalszych, bardziej zaawansowanych badaniach³², 347 skazanych za przestępstwa na tle seksualnym, którzy ukończyli programy penitencjarne w wybranych okręgach kuratorskich Anglii, dobrowolnie poddało się badaniom poligraficznym. Uzyskane wyniki porównano z próbą obejmującą przestępców podlegających nadzorowi w obszarach kuratorskich niewłączonych do badań, których nie poproszono o uczestnictwo w badaniach lub którzy poddali się takiemu badaniu wcześniej. Przy pierwszym badaniu poligraficznym zgłoszono 70% wykrytych nowych ryzykownych zachowań. Dla porównania – w przypadku próby osób niepoddanych badaniom poligraficznym uzyskano jedynie 14% takich zgłoszeń. Jeżeli chodzi o naturę wyznań dokonanych przez członków grupy poddanej badaniu, 27% zostało zaklasyfikowanych jako umiarkowane (wstępne zabiegi zmierzające do popełnienia przestępstwa – takie jak chodzenie w miejsca, gdzie znajdują się potencjalne ofiary), a 10% określono mianem poważnych (naruszenia norm zachowania lub rzeczywiste przestępstwo). Spośród 180 funkcjonariuszy nadzorujących całe badanie, 93% z nich oceniło PCSOT jako „przydatne w pewnym stopniu” lub nawet „bardzo pomocne” w pracy nad grupą. Grubin stwierdził, że „badania poligraficzne mają związek z widocznym wzrostem ilości i poprawą jakości nowych informacji przekazywanych przez przestępców. Czternastokrotnie większe szanse, że poddany badaniu przestępca wyjawiał istotne informacje sprawy związane były z terapią lub nadzorem w odróżnieniu od grupy niepoddanej opisywanemu badaniu”³³.

³⁰ D. Grubin, *The potential use of polygraphy in forensic psychiatry*, „Criminal Behaviour and Mental Health” 2002, 12, s. 48.

³¹ *Ibidem*, s. 51.

³² D. Grubin, *Polygraph Pilot Study: Final Report*, UK: Home Office, London 2006; *idem*, *A Trial of Voluntary Polygraph...*, *op. cit.*

³³ D. Grubin, *A Trial of Voluntary Polygraph...*, *op. cit.*, s. 274.

Zmiany w legislacji oraz dalsza debata naukowa

Uchwalona ustawa – Offender Management Act (s. 28–30) wprowadziła badania poligraficzne osób skazanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, w celu pozyskania informacji przydatnych w zarządzaniu ryzykiem w czasie okresu probacyjnego (gdy skazany otrzymuje karę co najmniej 12 miesięcy ograniczenia wolności za określony rodzaj przestępstwa na tle seksualnym). Ustawa została przygotowana tak, by badania pilotażowe były najpierw obowiązkowe w wybranych obszarach kuratorskich.

Niektórzy badacze sugerowali, że osoby, które dobrowolnie zgłosiły się na badanie poligraficzne, mogą być w sposób naturalny bardziej predysponowane do czynienia wyznań³⁴. Grubin wygłosił jednak opinię, że „ci przestępcy, którzy są zmotywowani, by nie popełnić danego czynu ponownie, uznali badanie poligraficzne za korzystne dla nich w odróżnieniu od tych, którzy takiej motywacji nie posiadali i badania unikali”³⁵. Wprowadzenie obowiązkowych badań poligraficznych dało możliwość porównania wyników między dobrowolnymi i obowiązkowymi uczestnikami tych badań, jak i odkrywania różnych perspektyw teoretycznych³⁶. Kluczowym punktem najnowszych badań pilotażowych było wykazanie, czy obowiązkowe badania poligraficzne są w stanie zapewnić kuratorom wzrost liczby ujawnionych informacji, a co najważniejsze, czy przestępcy seksualni, którzy podlegają obowiązkowi PCSOT, ujawnią więcej informacji na temat ich zachowań, postaw i myślenia, niż ci, którzy nie są przedmiotem regularnych badań poligraficznych³⁷. Badania pilotażowe zostały również przeznaczone do tego jak wykorzystać PCOST, do dalszej analizy zarządzania ryzykiem. Wstępny raport z badań dla Ministerstwa Sprawiedliwości (Ministry of Justice) zaleca, że w ramach pilotażu „wpływ ujawnionych informacji wywoływanych przez badania poligraficzne powinien być mierzony w kategoriach wpływu na zarządzanie ryzykiem. Powinien on obejmować rejestrowanie wszystkich czynności podejmowanych przez kuratorów przestępców w odpowiedzi na ujawnione przez tych sprawców informacje, a nie tylko zmiany w ocenie poziomu ryzyka”³⁸. Badania pilotażowe rozpoczęły się w kwietniu 2009 roku i były planowane do urucho-

³⁴ Np.: E.H. Meijer, B. Verschuere, H.L.G.J. Merckelbach, G. Crombez, *op. cit.*

³⁵ D. Grubin, *The potential use of polygraphy...*, *op. cit.*, s. 51.

³⁶ E.H. Meijer, B. Verschuere, H.L.G.J. Merckelbach, G. Crombez, *op. cit.*

³⁷ West Midlands MAPPA (2009–2010). Multi Agency Public Protection Arrangements: Annual Report, http://www.swmprobation.gov.uk/wpcontent/uploads/2010/11/WMids_Mappa_09-10_lr.pdf [dostęp: 03.01.2012].

³⁸ J. Wood, H. Kemshall, S. Westwood, A. Fenton, C. Louge, *Investigating disclosures made by sexual offenders: preliminary study for the evaluation of mandatory polygraph testing*, Research Summary 6/10, Ministry of Justice, London 2010.

mienia na przestrzeni trzech lat. Autorzy zauważają, że dalsze próby, w dniu 1 lipca 2011 roku, zostały zrealizowane podobno dlatego, że warunek w postaci wymaganej liczby przebadanych przestępców został spełniony dziewięć miesięcy wcześniej niż przewidywano.

Wnioski

Wyniki z ostatnich prób badań poligraficznych nie zostały jeszcze opublikowane, choć rząd Wielkiej Brytanii wyraźnie wykazuje silne zainteresowanie w odkrywaniu najlepszych praktyk w leczeniu przestępców seksualnych, ocen ryzyka i nadzorcze, o czym świadczą poglądy wybitnych kuratorów i naukowców z Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Krajowej Instytucji Publicznej Służby Kuratorskiej³⁹. Jednak w prasie popularnej odnotowano podniesione zarzuty, że plan zastosowania badań poligraficznych został porzucony wcześniej, z uzasadnieniem, że wcześniejsze rozwiązanie obecnego trzyletniego procesu nastąpiło z powodu ograniczeń budżetowych rządu⁴⁰. Niemniej jednak, w tym samym artykule, rzecznik prasowy Ministerstwa Sprawiedliwości poinformował, że „jesteśmy obecnie w trakcie oceny wyników (badań), które będą w stanie rozważyć nasze możliwości”. Podczas gdy w Ameryce wiele stanów posiada obowiązkową rezerwę finansową na badania poligraficzne skazanych przestępców seksualnych, według dostępnych informacji przepisy wprowadzone przez rząd Wielkiej Brytanii (Ustawa Offender Management 2007) reprezentują tylko uregulowania krajowe wspierające przyjęcie PCSOT. Ponadto, chociaż nikt oficjalnie nie uznał wyników badania pilotażowego w publicznym oświadczeniu, nieformalne opinie na jego temat, które zostały zdobyte nadal są pozytywne i wspierają możliwość zastosowania badań poligraficznych w ramach dalszego obszaru pracy nad przestępcami z motywów seksualnych w Wielkiej Brytanii.

Co ciekawe, gazeta „The Times”, z dnia 31 grudnia 2011 roku, zamieściła artykuł zatytułowany *Suspects to face police lie detector for first time* („Podejrzani po raz pierwszy twarzą w twarz z policją i wykrywaczem kłamstw”)⁴¹. Informacja ta odzwierciedla, że policja zaczęła wykorzystywać badania poligraficzne w sprawach podejrzanych o popełnienie przestępstw z motywów seksualnych jednocześnie dopisując, że badania poligraficzne zostały zastosowane w ostatnich 25 śledztwach, „aby przyspieszyć proces oceny ryzyka”. Badania poligraficzne zostały przeprowadzone po raz pierwszy w stosunku do podej-

³⁹ *Ibidem*; D. Ramsey, M. Farmer, *op. cit.*

⁴⁰ T. Dunn, *Lie detector tests for paedos axed*, „The Sun”, <http://www.thesun.co.uk> [dostęp: 30.08.2011].

⁴¹ F. Hamilton, *Suspects of face police lie detector for first time*, „The Times”, <http://www.the-times.co.uk> [dostęp: 31.12.2011].

rzanych przestępców, którzy sami z własnej woli zgłosili się do współpracy z policją, choć żaden z dowodów podczas przeprowadzonych badań nie został dopuszczony w sądzie. Szef Oddziału Ochrony Dzieci Policji z Hertfordshire powiedział, że badania poligraficzne powinny być traktowane jako dodatkowe narzędzie, które znacznie skraca czas dochodzenia, a także często dostarcza uzupełniających informacji, dotyczących nieznanых dotąd przestępstw. Badania pilotażowe, koncentrowały się na wykorzystaniu badań poligraficznych w celu podejmowania decyzji co do tego, czy podejrzanym powinny zostać postawione zarzuty, a ponadto dostarczyły przydatnych informacji na temat zarządzania ryzykiem w czasie okresu probacyjnego (gdy skazany otrzymuje karę co najmniej 12 miesięcy ograniczenia wolności za określony rodzaj przestępstwa na tle seksualnym), w przyszłości przewiduje się dalszy dwunastomiesięczny proces, rozpoczynający się w kwietniu 2012 roku.

Abstract

The Use of the Polygraph with Sex Offenders in the UK

This is a translation of the article „The Use of the Polygraph with Sex Offenders in the UK” by Daniel T. Wilcox and Rosie Gray, appeared in a European Polygraph volume number 1 in the 2012. This article is about of how the polygraph can be used to work with sexual offenders in the United Kingdom Publication it's important for the development of Polish penal policy, the possible solutions of new regulations in Polish legislation, and as a result of the use of research possibilities of Post Conviction Clinical Polygraph Examination Testing (Lie Detector Testing) offers significant opportunities for monitoring sex offenders.

Key words: Polygraph, sex offender assessment, UK sex offender legislation

Streszczenie

Wykorzystanie badań poligraficznych wobec przestępców seksualnych w Wielkiej Brytanii

Jest to przekład artykułu „The Use of the Polygraph with Sex Offenders in the UK” autorstwa Daniela T. Wilcoxa i Rosie Gray’a, który ukazał się w „European Polygraph” numer 1 w 2012 roku. Artykuł dotyczy problematyki badań poligraficznych stosowanych wobec przestępców seksualnych w Wielkiej Brytanii. Publikacja ta jest ważna dla rozwoju polskiej polityki karnej, możliwych rozwiązań nowych regulacji w polskim prawodawstwie, a na skutek wykorzystania możliwości badawczych ekspertyz poligraficznych PCSOT, stosowanych wobec skazanych za przestępstwa popełnione na tle seksualnym, oferuje znaczne szanse monitorowania przestępców seksualnych.

Słowa kluczowe: poligraf, przestępcy seksualni, regulacje prawne dotyczące przestępców seksualnych w Wielkiej Brytanii

Monika Augustyniak

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

The authorities of the commune in Poland and France. Conclusions and postulates*

Introduction

The commune is the basic local government unit in Poland and France. In both these legal systems, it consists of two elements: the residents and the appropriate territory. This affiliation by way of law of a citizen to a commune creates for him, as an individual, specific rights and obligations in relation to a given local community, including the „secondary entities of authority”¹, namely decision-making and executive authorities of the commune.

The issues raised in this article present the organization and the tasks of the commune authorities in the Polish and in the French legal system, indicating their decision-making and executive function. The regulations concerning the organization and the operation of the commune authorities, outlined on the basis of the statutory regulations and the internal regulations, the output of the doctrine and the jurisprudence of administrative courts, are intended to identify the elements common and specific to these bodies. Creating good relations between the community authorities is of fundamental importance for the efficient exercise of power at the local level, hence the present issues are deemed crucial. *De lege lata* analysis of the research problems at hand will help to raise comments and postulates in the final assessment in respect of the relations between decision-making and executive authorities in the commune of both a personal as well as functional nature.

* Research project carried out at the Faculty of Law, Administration and International Relations of Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, financed from the funds for the statutory activities on the basis of Decision No. WPAiSM/DS/15/2015 - KON.

¹ A. Szewc, [in:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławewski, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz [Act on local government in commune. Commentary]*, Warsaw 2010, s. 150ff.

1. The commune as the basic unit of local government in the Polish and in the French legal system – normative context

Pursuant to art. 164 paragraph 1 of the Polish Constitution², the commune is the basic unit of local government, implementing the principle of decentralization and subsidiarity in the Polish legal system. Other local government units have been left by the legislator in the statutory regulation, without indicating their names nor the division of responsibilities and competence between them. The legislator indicated, however, that the commune shall perform all the tasks of local government not reserved to other units of local government³. The fact of granting legal personality to the commune is determined by art. 165 paragraph 1 of the Polish Constitution. This attribute is also set forth in art. 2 paragraph 2 of the Act of 8 March 1990 on the communal local government⁴. The fact of granting legal personality to a commune means that this unit has acquired the status of a legal person and can be active in the course of the conduct of civil law transactions⁵. The concept of the authority in the commune corresponds to the performance of the tasks of the public authorities by the authorities of the commune that belong to the secondary entities of authority. The primary entities of authority are the residents who carry out certain decisions by means of public voting in the form of elections and the referendum⁶.

In the current territorial division of the country, under the provisions of the Act of 24 July 1998 on the introduction of three-tier division of the country⁷, the commune constitutes the basic unit of the territorial division. Creating, merging, dividing and liquidating communes, determining their boundaries and the seats of their authorities take place by way of a regulation of the Council of Ministers, after the consultation with the residents and pursuant to the requirements of law. According to these requirements, the commune should cover an area possibly most homogeneous from the perspective of the settlement and spatial system as well as from the point of view

² Act of 2 April 1997, the Constitution of the Republic of Poland (Journal of Laws, no. 78, item 483 as amended).

³ See art. 164 paragraph 3 of the Polish Constitution.

⁴ Act on commune local government of 8 March 1990 (Journal of Laws of 2016, item 446 as amended) – hereinafter referred to as commune local government act.

⁵ See the judgment of the Supreme Administrative Court of 17 September 2009, (case file number: II OSK 1387/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

⁶ See art. 11 of commune local government act. See A. Wiktorowska, [in:] *Prawo administracyjne [Administrative law]*, ed. M. Wierzbowski, Warsaw 2013, s. 227.

⁷ Journal of Laws No. 96, item 603, as amended. This statute introduced, as of 1 January 1999, a three-tier territorial division of the country into communes, districts and provinces.

of social and economic ties, providing the ability to carry out public tasks. Specific issues in this regard are regulated by articles 4–4f of commune local government act. The commune is the basic institution of the political system of the state. According to art. 1 of the commune local government act, the community is understood as a local government community (formed by the residents) and the relevant territory⁸. The conjunction of these two elements is a *sine qua non* condition of its creation. This right and, at the same time, the obligation, in respect of a given territorial community, arises *ex lege* and is not transferable. The legal determinants of the commune as a local government community include⁹:

- the execution of public tasks by the commune in its own name and at its own responsibility,
- legal personality of the commune,
- legally protected autonomy of the commune,
- the determination of the rules and procedures of supervision over the activities of the commune, based on the criterion of legality.

The obligation of the affiliation of the resident to the communal community is correlated with certain privileges, for example, with the right to information in terms of the operation of its authorities, the right to articulate and promote one's interests, the benefits of one's entitlements provided for in art. 101 and art. 101a of the commune local government act¹⁰. Furthermore, the term „local government community” corresponds with the concept of „local interest”¹¹, which *de facto* determines the rationale of the existence of a particular community, including the commune¹².

⁸ The territory of the commune is the territory of one of the kinds of units of the basic territorial division of the country, which means that when determining it, there should be taken into account the social, economic and cultural ties, in order to provide to a given commune the capacity to perform its public tasks.

⁹ The classification adopted after A. Szewc – see A. Szewc, [in:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławewski, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz* [Act on local government in commune. Commentary], Warsaw 2010, s. 35.

¹⁰ See more on the entitlements: E. Olejniczak-Szałowska, *Konsultacje we wspólnocie samorządowej* [Consultations in the local government community], „Local Government” 1997, No. 1–2, s. 8.

¹¹ See B. Dolnicki, who emphasises that in the light of art. 6 and 7 of the commune local government act the commune matters have two characteristics: public character and local significance, thus clearly indicating the recognition by the legislator of the existence of local interest distinct from that of the state or social interest – B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny* [Local government], Warsaw 2009, s. 63.

¹² See: M. Augustyniak, *Organizacja i funkcjonowanie rady gminy* [The organisation and the functioning of the commune council], Warsaw 2012, s. 19ff.

According to art. 72 of the Constitution of the Fifth Republic of 4 October 1958¹³, France introduced territorial division of the country into communes, departments and local government regions. The legislator also takes into account communities with special legal status and overseas territories governed by art. 74 of the Constitution of the French Republic. In accordance with the provisions of Code général des collectivités territoriales (hereinafter called the General Code of Territorial Communities or CGCT), each commune, department and region have been equipped by the legislator with decision-making and executive authorities. Territorial communities are not hierarchically subordinate, and there are excluded any supervisory powers among them. Territorial communities can take decisions on all matters which, in accordance with their competence, can be best implemented at their level. The French legislator based the operation of the territorial communities on the subsidiarity principle. The legislator granted to the authorities of the communities (commune council, departmental council and regional council) the power to issue local laws, including the power (on the basis of statutory authorizations) of derogating – albeit to a limited extent – the provisions of state laws relating to their competence. Along with the delegation of tasks to the community, the legislator has guaranteed a transfer of the relevant funds for these tasks. According to art. 72–2 of the Constitution of the French Republic, the legislator guarantees to the communities their own funds (as well as participation in taxes), that should be an essential part of their resources. It should be noted that the French legislator granted to the voters of each of the territorial communities the right to request the consideration of a particular matter by the council (decision-making authority of the community) and the right of the council to order a local referendum¹⁴. They were also granted the right to file a petition and the right to request the inclusion in the agenda of the council of the matters being of interest to them, within the scope of competence of this decision-making body.

Territorial community (*collectivité territoriale*) is a legal concept. The commune, being the basic type of such a community is a legal entity, performs its own tasks, it is independent from the central government (decentralization of tasks) and it holds the right to take decisions on local matters guaranteed by law. The fact of granting legal personality is associated with equipping the commune in decision-making bodies (in the form of commune council /

¹³ Constitution du 4 octobre 1958 (JORF n° 0238 du 5 octobre 1958, page 9151) – hereinafter referred to as the Constitution of the French Republic.

¹⁴ See art. 72–1 of the Constitution of the French Republic. See: P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych* [Constitutional regimes of modern states], ed. 5, Warsaw 2013, s. 229.

conseil municipal) and executive bodies (in the form of a mayor). A necessary condition for the existence of the community is its representativeness of the community, i.e. the requirement that the method of appointing the decision-making body should guarantee this property. The consequence of granting the commune with the legal personality is that it holds the capacity to be a party in court proceedings, hence the French commune can be a party to legal proceedings. The creation of a new commune takes place in the manner and on the terms specified in art. L2113-2 of CGCT.

Conseil municipal manages local matters, which belong to the competence of the commune council pursuant to the relevant laws of statutory rank. Decentralization in France took place on the basis of the Act of 1982¹⁵, which has set some goals: municipal council is elected in common public elections, the executive power is elected from among the municipal council and is not appointed by the state, the commune is vested with independence and legal autonomy, including financial autonomy, the mayor has his own competence, separate from the municipal (commune) council¹⁶.

The tasks of the commune include, among others:

- social and pro-health activities (kindergartens, nurseries, retirement homes, creating urban centres of social assistance);
- adoption of local rules of spatial planning and land use;
- activities related to cultural policy (municipal libraries, communal museums, municipal archives, elementary education in the field of music, dance, and drama);
- communal waste management;
- water management related to the tasks concerning drinking water distribution and treatment of this water;
- the creation and organization of communal public services (e.g. vital records office);
- management of communal property;
- developing programs in the field of housing;
- organization and preparation of elections;
- activities concerning education (primary education);
- activities concerning sport (construction and maintenance of local sports facilities);
- activities concerning infrastructure (communal roads and rail transport);

¹⁵ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JOFR du 3 mars 1982, s. 730.

¹⁶ See also: E. Vital-Durant, *Les collectivités territoriales en France*, Paris 2013, s. 27.

- activities concerning transport (financing and organization of school transport in urban areas, the organization of public transport);
- activities concerning financial matters (e.g. adoption of the budget);
- tasks concerning public safety (*police municipale*);
- representation of the commune in public institutions¹⁷.

The act of 27 January 2014 (La loi MAPTAM du 27 janvier 2014) highlights the role of the city as a leader in respect of the conditions of the joint action of local authorities and their public institutions in the exercise of the powers relating to sustainable mobility, the organization of local public services, area planning and local development¹⁸.

II. Decision-making authorities in the commune in the Polish and French legal order

Pursuant to art. 166 of the Polish Constitution, local government performs its own as well as delegated tasks. The commune's own tasks are public tasks whose purpose is to meet the needs of the local community and they are performed by the basic unit of the local government. According to art. 166 paragraph 2 of the Constitution, if it follows from the legitimate needs of the state, the statute may order the commune to perform other public duties. The said act specifies the mode of delegating and the manner of performing the assigned tasks¹⁹. Commune local government act formulates the principle of the presumption of tasks and competences of the commune as the basic unit of the local government. According to art. 6 of commune local government act, the scope of the activities of the commune comprises all public matters of local significance, not reserved by law to other entities. The legislator has determined that the task of meeting the collective needs of the community constitutes the commune's own responsibility. Art. 7 of the commune local government act presents an open (sample) catalogue of these tasks. They include both optional and compulsory tasks. Statutes determine which of them are compulsory²⁰.

¹⁷ See more broadly on this topic: J. Girardon, *Les collectivités territoriales*, 3e edition, Paris 2014, s. 94–96.

¹⁸ More on this topic, see: E. Aubert, D. Cervell, *Les collectivités territoriales. Une approche juridique et pratique de la décentralisation*, Paris 2015, s. 47.

¹⁹ More information on own and assigned tasks, see: B. Dolnicki, [in:] *Samorząd terytorialny w Polsce i w Portugalii. Analiza porównawczo-prawna* [Local government in Poland and Portugal. Comparative legal analysis], ed. D. Dolnicki, Warsaw 2015, s. 55ff.

²⁰ See, for example, art. 17 paragraph 1 of the Act of 12 March 2004 on social assistance (consolidated text: Journal of Laws of 2016, item 930, as amended). For more on this topic see: M. Augustyniak, [in:] *Prawo administracyjne* [Administrative law], ed. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2016, s. 383ff.

The elections to the commune council in Poland, according to art. 169 paragraph 2 of the Polish Constitution, are universal, equal, direct and shall be conducted by secret ballot. The rules and the procedure for nominating the candidates and conducting the elections as well as the terms of the validity of the elections are specified in the Election Code of 5 January 2011²¹. Depending on the number of inhabitants in a given commune, the number of councillors is set out in art. 17 of the commune local government act. The council consists of the councillors who, prior to the implementation of the mandate, are obliged to take the oath. The term of office of the council is four years. The commune council decides local issues at the council meetings, through resolutions which are a form of the decisions of a collegial body, preceded by a debate at the sessions and at the committee meetings. Standing and *ad hoc* committees, as the internal bodies of the council, represent the first place of the debate, a forum in which there are prepared positions, opinions and conclusions presented later to the commune council. The committees may have the right of initiative to adopt resolutions. The composition of the standing and *ad hoc* committees include only the communal councillors.

French communes are entitled to a presumption of competence in matters of local importance. This competence includes all local matters not reserved for the department and the region²² or for government administration. In the French legal system, the commune council decides the local issues at the meetings of the council. *Conseil municipal* is a decision-making body, elected in common and direct elections for a period of 6 years. The number of councillors depends on the size of the population and in the communes of less than 100 inhabitants it amounts to 7 councillors, while in the communes consisting of at least 300,000 inhabitants, the maximum number of councillors is 69 (see art. L2121-2 of CGCT). Some exceptions are: Lyon (73 councillors), Marseille (101 councillors) and Paris (163 councillors). These cities are divided into districts called *arrondissements*. Paris, Lyon and Marseille have, respectively, 20, 16 and 9 *arrondissements*, while those in Marseille are joined by two in a given sector (district), hence there are in fact 8 of them. Each *arrondissement* or their group is equipped with the council which includes municipal councillors and *arrondissement* councillors elected in a given *arrondissement*, according to the principles stipulated by the election code

²¹ The act of 5 January 2011 – Election Code (Journal of Laws No. 21, item 112, as amended), hereinafter referred to as the election code.

²² The new division of powers between territorial communities (especially between the department and the region) has been introduced under the act on the new territorial organization of the Republic, called NOTRe (la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République – NOTRe- JORF n°0182 du 8 août 2015 page 13705).

(see art. L271 to art. 273 of Code électoral²³). The number of *arrondissement* councillors is two times the number of municipal councillors, while it may not be less than 10 or greater than 40 people (see art. L2511-8 of CGCT). The operation of the communes in Paris, Marseille and Lyon is governed by the rulings of the respective commune councils and by certain limited powers laid down in CGCT regulations by district/county councils (*conseils d'arrondissement*). The meetings of the municipal councils are prepared and conducted by the mayor, while the meetings of d'arrondissement council – by the mayor of the district / county (*le maire d'arrondissement*).

In the Polish legal system, the commune council meets in sessions convened as required, not less frequently than once a quarter. Organizing the work of the council and the conduct of its meetings rests within the competence of the chairman. The chairman is elected by an absolute majority of votes in the presence of at least half of the statutory composition of the council in a secret ballot. The same procedure applies also to his dismissal. The commune council may appoint one to three deputies from among its members, in a secret ballot, by an absolute majority of votes²⁴ in the presence of at least half of the statutory composition of the council. It should be noted that the chairman of the council and a deputy chairman are not the bodies of the municipal council, since they are not included in the scope of the entities referred to in art. 11a of the commune local government act whose catalogue is closed. The duties of the chairman shall be solely the organisation of the work of the council and the conduct of council meetings. The chairman may designate a vice-chairman to carry out his duties. In the absence of a chairman and in case of a failure of appointing a vice-chairman, the tasks of the chairman shall be performed by the oldest vice-chairman. The chairman shall convene a council meeting. The convention of the session consists of two elements: formal and material. The formal element includes a designation of: the place of the meeting, the date and the time of convening the session, while the material element includes the agenda and the draft resolutions to be submitted to the councillors in the form specified in the internal regulations (e.g. in electronic form). There shall be drawn the minutes from the council meeting and the minutes shall be placed in the bulletin of public information. The council adopts resolutions by a simple majority of votes in the presence of at least half of the statutory composition of the council, in an open vote, unless

²³ See: H. Cauchois, *Code électoral* 2014, Paris 2014, s. 198ff.

²⁴ The term „absolute majority of votes” should be understood as obtaining at least one vote more than the sum of the remaining valid votes cast, and therefore votes against and abstentions – see the judgment of the Provincial Administrative Court in Poznań dated 11 May 2011, II SA/Po 188/11.

otherwise provided by law. The commune council sits while maintaining the quorum, which covers at least half the councillors present at the session. The councillors vote in person. It is not permitted to vote by the representative.

In France, in turn, at the first meeting of the *conseil municipal*, the council shall elect a chairman, who at the same time becomes the mayor of the commune. Then, the council determines the number of mayor deputies and elects them by secret ballot. Council meetings are convened by the mayor, at least once a quarter, and also in each case when the mayor deems it necessary (see art. L2121-7 and L2121-9 of CGCT). The mayor notifies all councillors of the council meeting²⁵. A failure to report or an incorrect notification of at least one councillor result in invalidating the conduct of the said meeting²⁶. The convention of the meeting shall include the agenda, which is indicated in the registry of the session and is announced on the notice board at the mayor's office and made public²⁷. At the beginning of each meeting the council shall elect from among its members the secretaries of the meeting who may be assisted by assistants selected from among the commune employees. These assistants cannot fail to participate in the session, and their role is to answer questions from councillors as well as to provide substantive and technical support of the meetings (see art. L2121-15 of CGCT). At the first meeting of the council, immediately after the election of the mayor and his deputies, the mayor reads out the oath of the councillor (*la charte de l'elu local*), according to art. L1111-1-1. of CGCT and provides a copy of this document to the councillors. According to art. L2121-13 of CGCT, every councillor has the right to be informed, through his exercised mandate, about all matters relating to the commune, which are the subject of the council meeting and which are available to the public. The councillors have the right to submit interpellations (oral questions - *questions orales*) concerning matters of a given commune. In the communes with more than 3,500 inhabitants, the principles and the procedure for submitting interpellations (including the frequency of their submission) and for providing answers to them are regulated by the provisions of the internal rules of procedure. The commune council sits at the meetings while maintaining the condition of a quorum, which means that the majority of the councillors is present at the meeting. As a rule, the resolutions are adopted by an absolute majority of votes (see art. L2121-20 second paragraph of CGCT). The councillors vote in person or by written proxy in the name of another councillor, absent on the day of the voting²⁸. In the event of a tie (with the exception of a secret ballot), the

²⁵ See art. L2121-10 of CGCT.

²⁶ See CAA Nancy, 2 févr. 2006, Commune d'Amnéville, no 03NC0090, AJDA, 2006, s. 948.

²⁷ See art. L2121-10 of CGCT.

²⁸ See art. L2121-20 of CGCT.

chairman of the council has a casting vote. The voting at the council meetings is public. However, at the request of the mayor and three councillors, the council may decide (without holding a discussion on this subject), by an absolute majority of the councillors, to hold the meeting in camera (see art. L2121-18 of CGCT). In contrast, a secret ballot shall be carried out at the request of 1/3 of the council members present at the session or in personal matters relating to the nomination. There shall be prepared the minutes of the council meeting which shall be within a week from the date of the meeting posted on the website of the commune and shall be announced in the mayor's office. Every natural or legal person is entitled to request a copy of the minutes of the commune council meeting, of the financial statements, and commune regulations.

Both in the Polish and in the French legal system the councillors are obliged to participate in the meetings of standing and ad hoc committees (see art. 24 of the commune local government act and art. L2121-5 of CGCT). The commune council may decide to set up a committee at any of its meetings, stating its personal substrate and scope of activities. In both legal systems the committees are not equipped with decision-making competence. The principles and functioning of the committees shall be set forth, respectively, in the statutes of the commune / internal regulations of *conseil municipal*. As part of *conseil municipal* there are set up commune committees (*les commissions municipales*), which include a mayor (as a chairman of the committee by operation of law), deputies and councillors. The committees meet within eight days from taking the decision on their appointment. At the first meeting of the committee, the members of the committee shall elect a deputy chairman (*vice-président*), who has the power to convene the next meetings and to preside over them in the absence of the mayor or in case of the inability to perform these duties by him²⁹. The council may appoint standing committees (e.g. the committee in respect of finances, culture, sport, employment, housing) as well as ad hoc or specialized committees to perform specific tasks. These committees prepare documents and reports on their activities, formulate opinions and *de lege ferenda* conclusions, presenting them to the commune authorities. Ad hoc committees, to be appointed ad hoc, include the committees formed with the aim of preparing the internal rules of procedure of the commune council, which present to the council the draft rules for their adoption³⁰.

²⁹ See: *Comprendre la vie municipale. Communes et intercommunalités*, ed. P. Nicolle, J.P. Muret, Paris 2014, s. 23.

³⁰ According to art. L2121-8 of CGCT, municipal council in Lyon has set up an ad hoc committee to present the internal rules of procedure of the council, which for this purpose has gathered at the first and the last meeting of this committee on 18 June 2014.

In the Polish legal system the internal organization and the operation of the commune council and its bodies are defined by the statutes of the commune, which shall be published in the provincial official gazette, as an act of local law. It is the law that is not subject to a respective term of office³¹. Commune local government act defines obligatory regulations of the statutes (e.g. the principles and the mode of operation of the audit committee), possibly with the inclusion of the regulations of optional character. In France, in turn, the organization and the functioning of the commune council is determined by the internal rules of procedure of the council which should be adopted within 6 months from the election of the council (this provision applies to the communes with at least 3,500 residents – see L2541-5 of CGCT). The internal rules of procedure of the previous council shall apply until the adoption of new regulations. The absence of such regulations does not indicate the invalidity of all meetings of the council. However, if the chairman of the council refuses to submit to the council its regulations for the purpose of their adoption, this will be deemed as an abuse of power and the act of exceeding its authority³². However, the failure to comply with the internal rules of procedure adopted by the council may lead, under certain circumstances, to the annulment of the specific meetings³³. The communes of over 3,500 inhabitants are required to adopt the internal regulations of the operation of the commune council for the term of their office. In small communes with fewer than 3,500 inhabitants, the adoption of the regulations in question is optional. The internal rules of procedure aim to specify the normative regulations concerning the functioning of the commune council, as defined in the General Code of Territorial Communities. The legal provisions refer to the detailed regulations contained in the internal rules of procedure of the councils within the following three procedures: the organization of the budget debate (art. L2312-1 of CGCT), the conditions for conducting consultations in respect of the contracts and public procurement (art. L2121-12 of CGCT), the conditions of submitting and answering the interpellations (art. L2121-19 of CGCT). The internal rules of procedure may be challenged to the administrative

³¹ K. Korczak, *Statuty jednostek samorządu terytorialnego i jednostek pomocniczych gmin* [Statutes of local government units and of auxiliary units of communes], [in:] *Granice samodzielnosci wspólnot samorządowych* [Limits of the independence of local government communities], Rzeszów 2005, s. 137.

³² Rep. min. no 42396, JOAN Q. 1er mai 2000, s. 2751 – see P. Lacaïlle, *L'élú municipal. Statut de l'élú et fonctionnement du conseil municipal*, Paris 2014 (5e édition), s. 173ff.

³³ CAA Douai, 5 juin 2002, Commune de Gaillon, CTI, no 16, janv. 2003, concl. A.F. Roul sur CE, 14 mars 2005, Élect. maire et adjoints de pignan, BJCL, no 5/05, s. 292.

tribunal³⁴. In the French legal system, unlike in the Polish one, most of the regulations concerning the organization and functioning of the council are contained in the codes rather than in the regulations of a lower rank than a statute.

In the Polish legal system, the commune council is the decision-making and the controlling body. In the context of the decision-making powers, the council adopts resolutions that have different legal nature. Some of them have the value of the act of local law (e.g. the statutes of the commune, the zoning plan), while others not (e.g. the appointment of the chairman of the council). Within the framework of its controlling activities, the council supervises the activities of the mayor, of the commune organizational units and auxiliary units, hence the said control includes the performance of the commune's own as well as delegated tasks³⁵. Controlling activity is carried out mainly through the actual operations (e.g. adopting the report on the activities of the mayor; inspections, interpellations, inquiries)³⁶. Control is an important element of the subjectivity of the commune community³⁷, which provides the opportunity of its proper management. Decision-making and control functions do not always have a dichotomous character (e.g. the resolution on the acknowledgement of the fulfilment of duties, which is an emanation of both the controlling institution as well as of decision-making powers of the commune council).

In the French legal system *conseil municipal* enjoys a presumption of competence which means that all matters not reserved for another body constitute its competence. The commune council adopts the budget, approves its implementation, discharges the mayor of his duties, creates and abolishes services and public utilities enterprises, and safeguards the communal property. One should note that a number of laws vesting the competence confer on the council specific tasks and competence in the area of local matters. The control on the part of the council is manifested in the mayor's obligation to inform the commune council about the manner of implementing the resolutions. The mayor is obliged to respond to questions addressed by the council collegially or to individual questions asked by the councillors, both during

³⁴ More broadly on this topic, see: B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, 3^e édition, Paris 2014, s. 110ff.

³⁵ On the topic of delimitation of own and delegated tasks, see: E. Olejniczak-Szałowska, *Zadania własne i zlecone samorządu terytorialnego* [Local government's own and delegated tasks], Local Government 2000, No. 12, s. 3.

³⁶ See A. Szewc, T. Szewc, *Uchwalodawcza działalność organów samorządu terytorialnego* [Resolution-making activities of the local government bodies], Warsaw 1999, s. 16, 20.

³⁷ Cf. B. Kumorek, *Komisja rewizyjna i kontrola wewnętrzna w gminie* [Audit committee and internal control in the commune], Poznań–Zielona Góra 1996, s. 168.

the meeting and outside it. The council may adopt resolutions, expressing its position as to the manner of implementing its resolutions, but they do not involve any legal consequences, in particular the liability of the mayor. However, the mayor and the council must cooperate together, because the decision-making paralysis is the basis to resolve the council, resulting in cancellation of both these bodies. The cooperation also provides the electoral system guaranteeing a permanent majority in the council from which the mayor is elected³⁸. Although the mayor is elected by the commune council, the latter has no right to dismiss him³⁹. The commune council also has consultative powers. It issues opinions in cases required by law or if it is requested by the representative of the state. It expresses the expectations of the local community on all issues covered by the local interest.

III. Executive bodies of the commune in the Polish and in the French legal order

In the Polish legal system the mayor is, by operation of law, the executive body of the commune, which means that he performs the tasks arising from the content of the resolutions of the commune council and performs legal duties assigned exclusively to him under law. The mayor has the possibility of issuing order regulations, referred to in art. 41 paragraph 2 of the commune local government act. It is the controlling and the supervisory body in relation to the bodies of the auxiliary units of the commune. The statutes of a given entity determine the scope and the forms of controlling and supervising the commune authorities (see art. 35 paragraph 3 point 5 of the commune local government act). The mayor also supervises the activities of the heads of commune organisational units⁴⁰.

The mayor is the executive body in the commune, but also a local authority of the government administration, elected by the councillors from among the members of the commune (municipal) council. As a representative of the state, he organizes the elections and performs tasks related to security and public order. He has the status of an officer of the judicial police. Thus, the mayor has a dual legal status of a functional nature. The mayor performs the tasks entrusted by the commune, as defined in art. L2122-21 (e.g. property

³⁸ See art. L2122-16 of CGCT. See also: M. Krzemiński, [in:] *Prawo francuskie [French law]*, ed. A. Machowska, K. Wojtyczek, Zakamycze, Kraków 2005, s. 170.

³⁹ See: B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, 3^e édition, Paris 2014, s. 246.

⁴⁰ See: A. Szewc, [in:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławewski, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz [The act on commune local government. Commentary]*, Warsaw 2010, s. 364. See the supervisory decision of the governor of Łódź of 20 April 2008, ON-I-0911/242/08, LEX No. 492920.

and financial management of the commune and external representation of the communes) as well as other tasks entrusted by the state (e.g. the preparation of the vital records, the organization of elections). In the case of delegated tasks, the mayor is subject to the prefect or the procurator, who can address him with binding requests.

In the light of art. 169 paragraph 3 of the Polish Constitution, the principles and the procedure for electing the executive body of the commune in the Polish legal system are defined in the Election Code. The election of the commune head⁴¹ (mayor, city president) takes place in common, equal and direct voting, by secret ballot. The mayor is the executive body of the commune where the seat of the authorities is located in the city placed in the territory of this commune. The executive body of the commune may be a person who holds Polish citizenship. According to art. 26 paragraph 4 of the commune local government act, in the cities of over 100,000 inhabitants, the executive body is the city president. This also applies to cities where until the date of entry into force of the said Act, the city president was an executive and managing authority. The commune head may appoint his deputy or deputies by way of an order, specifying their number. The number of deputies is proportional to the number of inhabitants, however, it cannot exceed a certain threshold specified in the Act (see art. 26a paragraph 2a of the commune local government act). The term of office of the commune head shall begin on the date of the commencement of the term of office of the commune council or on the date of his appointment by the commune council and shall expire on the date of the expiry of the term of office of the commune council. The commune head and his deputies are covered by the ban on combining certain statutorily specified functions and positions referred to in art. 27 of the commune local government act. According to this article, the commune head may not combine his function with the function of the commune head or his deputy in another commune, with his membership in the bodies of the local government units, including the commune in which he is the commune head or the deputy of the commune head, with the employment in the government administration or with the duties of a member of a lower or higher chamber of parliament.

The mayor is elected from among the councillors, in a secret ballot, by an absolute majority of votes. If, after two rounds of voting, no candidate received an absolute majority of votes, there shall be carried out a third round of voting, where the election is made based on the relative majority of votes. In the event

⁴¹ Whenever the article mentions the commune head, it should be understood as the mayor and city president.

of a tie, the oldest candidate is chosen as the mayor. The mayor is appointed at the first session of the council, for the term of six years, together with his deputies (*adjoints du maire*). Mayor deputies are elected in the number set by the commune council⁴², but not exceeding 30% of its number, in secret ballot, in the manner and on the terms specified in CGCT regulations⁴³. The term of office of the mayor commences on the date of his election by the council (usually at the first meeting of the council) and ends with the expiry of the term of office of the commune council. The mayor assumes his duties at the moment of his election, which is evidenced by conducting the session of the commune council. The deputies of the mayor assume their offices at the moment when the mayor assigns duties to them. The mayor is subject to the ban on combining certain statutorily specified functions and positions referred to in art. L2122-4 of CGCT, including but not limited to the function of the chairman of the departmental and regional council. The councillor elected as a mayor or his deputy must have French nationality. The term of office of the mayor may, however, be shortened as a result of death, resignation submitted to the prefect, the loss of the eligibility due to a conviction or under a decree of the Council of Ministers, after an earlier order by the Minister of the Interior suspending the mayor in the exercise of his functions for a period of 1 month.

In the Polish legal system the commune head has its own competence, what makes him, in fact, the undisputed leader of the commune executive⁴⁴. His competencies include implementing the resolutions of the commune council and the commune tasks prescribed by law. According to art. 30 paragraph 2 of the commune local government act, the catalogue of the competences of the commune head include, in particular:

- preparation of draft resolutions of the commune council;
- preparation of development programs in the manner specified in the regulations on the principles of development policy;
- specifying how the resolutions should be implemented⁴⁵;
- management of commune property⁴⁶;
- execution of the budget;
- hiring and dismissing the heads of the commune organisational units.

⁴² See art. L2122-2 of CGCT.

⁴³ CGTC provides for another mode of electing the deputies in the communes with fewer than 1,000 inhabitants – see art. L2122-7-1 of CGCT.

⁴⁴ L. Rajca, *Pozycja ustrojowa zarządu gminy i jego przewodniczącego* [*The position of the board of the commune and its chairman*], ST 2002, No. 4, s. 4.

⁴⁵ See the judgment of the Provincial Administrative Court in Gorzów Wielkopolski of 8 January 2010 (II SA/Go 1011/09, Official Journal, lubuskie province, No. 29, item 450).

⁴⁶ See the judgment of the Provincial Administrative Court in Białystok of 13 November 2007 (II SA/Bk 632/07, LEX no. 460545).

In the implementation of the commune's own tasks the commune head shall be subject exclusively to the commune council⁴⁷. This regulation restricts the interference of third parties in the sphere of the implementation of the commune's own tasks, without creating a new relationship between the decision-making body and executive body⁴⁸.

The office is held by the head of the commune and the latter shall exercise the powers of the official superior in relation to the office staff and the heads of the commune organizational units. This entitlement cannot be taken over by the commune council⁴⁹. The commune head may entrust the handling of certain issues of the commune to his deputy or to the commune secretary. The powers of the commune head include the management of the daily matters of the commune⁵⁰ (*pro foro interno*) and its representation *pro foro externo* in the sphere of public and private law.

The duties of the commune head include the development of an operational plan for flood protection. Additionally, the commune head announces and cancels flood emergency and alarm. The executive body of the commune may also order the evacuation of the areas directly threatened, if the immediate danger to human life or to property cannot be otherwise removed. In case of announcing the state of natural disaster the commune head operates pursuant to the principles set out in separate regulations. According to art. 39 paragraph 1 of the commune local government act, the commune head is the competent authority to issue decisions in individual cases, unless specific provisions stipulate otherwise. This regulation establishes a presumption of decision-making competence of the commune head. Issuing decisions by the executive authority is subject to the regime of the Administrative Procedure Code⁵¹. The commune head submits declarations of intent on behalf of the commune in respect of management of the property, either individually or it is undertaken by the deputy of the commune head, under the latter's authorisation, acting either individually or together with another

⁴⁷ See art. 30 paragraph 3 of the commune local government act.

⁴⁸ See: R. Budzisz, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz* [Commune local government act. Commentary], ed. P. Chmielnicki, Warsaw 2013, s. 529.

⁴⁹ See the judgment of the Provincial Administrative Court in Wrocław of 9 March 2010, III SA/Wr 857/09, LEX no. 574897.

⁵⁰ Current affairs require immediate action of the executive body, which means that they cannot be reserved for the matters falling within the exclusive competence of the council. The division of tasks into current and the remaining should be regulated by the statute – see: B. Dolnicki, *Wpływ nowych zasad wyboru wójta (burmistrza, prezydenta miasta) na relację z radą gminy* [The impact of new rules of electing the commune head (mayor, city president) on the relationship with the community council], PPP 2007, No. 1–2, s. 81.

⁵¹ See the Code of Administrative Procedure of 14 June 1960 (unified text of 2016, item 23 as amended, hereinafter referred to as the administrative procedure code).

person authorised by the commune head⁵². According to art. 233 of the Act on public finances of 27 August 2009⁵³, the commune head has an exclusive initiative in respect of drafting a budget resolution, an interim budget resolution or a resolution concerning the amendments to budget resolution. The commune head is also entitled to the exclusive initiative to draw up a draft resolution on the long-term financial forecast and its changes.

In the French legal system, the mayor performs the functions of a public official and of the official of the commune executive authority. As a public official, in accordance with art. L2122-27 of CGCT, the mayor performs the functions in respect of: the publication and the implementation of statutory provisions and secondary (executive) regulations, public order (he protects the overall functioning of the administration in the commune, including the organisation of the elections and the conduct of the general registry of the inhabitants) as well as he performs special duties assigned to him under statutes. The mayor is, at the same time, the civil state officer. This also applies to his deputies⁵⁴. The mayor, as the executive authority of the commune, has the following powers:

- preparation of draft resolutions of the commune and their implementation (including the obligatory preparation of the draft budget);
- chairing the meetings of the commune council and its committees;
- hiring and dismissing the employees of the local government (the mayor is the head of the commune employees and security guards);
- external representation of the commune (including carrying out legal and procedural activities);
- submitting to the commune council the report on the implementation of the budget;
- management of the commune assets and the management of the commune services;
- the right to supervise and control the municipal enterprises⁵⁵.

When executing the resolutions of the council, the mayor is vested with a margin of discretion. He can also affect their content using the right of the initiative to adopt resolutions. On the other hand, his actions are subject to the control of the council and of the local representative of the government. The commune council may authorize the mayor to perform certain activities in the scope of its duties, for example those concerning the management of

⁵² See art. 46 paragraph 1 of the commune local government act.

⁵³ The act on public finances of 27 August 2009, unified text: Journal of Laws of 2013, item 885 as amended, hereinafter referred to as public finances act.

⁵⁴ See art. L2122-32 of CGCT.

⁵⁵ See art. L2122-21 of CGCT.

commune property, setting the charges (e.g. charges for road transport or for parking), conclusion and signing communal contracts (see art. L2122-22 of CGCT). These powers are strictly defined in the statute. The authorization to carry out these activities is granted for the duration of the mayor's mandate and is assigned to a given person, which means that it cannot be exercised by other persons who replace the mayor in the performance of his duties. The mayor is obliged to submit reports of the tasks performed under the mandate⁵⁶.

The duties of the mayor also include the issues of security and public order. He also performs the functions of the commune police, thus providing local order. In the communes where there is no state police, the mayor performs the regulatory functions with the help of the commune police. The mayor is the chief of regulatory services in the commune. The commune council is devoid of the influence of exercising this competence, while the control in this scope is exercised by the local delegate of the government. The mayor also takes measures to prevent natural disasters. His duties also include issuing permits for the sale of alcoholic beverages and the authorization to hold assemblies, drafting army enlistments and verifying electoral lists. The mayor is the head of the commune administration (the officer holding the power of administration – see art. L2122-18 of CGCT). He may delegate some of his functions to the deputies. The power of attorney in this respect should be well defined and clearly limited as to its scope.

Conclusions and proposals

The system of local government in Poland and France is based on the principle of subsidiarity and decentralization, however, it should be noted that the French local government functions, nevertheless, within a certain administrative duality. The French commune is the example of the administrative model combining the elements of decentralization and deconcentration, because, in fact, in the structure of the commune, the mayor, as an executive body, is at the same time the representative of the government (the power derived from the state – the element of deconcentration) and the power attributed to the territorial community (under the principle of decentralization).

In the Polish legal system, as a result of introducing the principle of direct election of the commune head, the legislator has in a fundamental way strengthened the position of the executive body in relation to the commune council as a decision-making and controlling authority. There is clearly visible a tendency to increase the role and the significance of the executive body of the commune and to

⁵⁶ See: M. Krzemiński, [in:] *Prawo francuskie [French law]*, ed. A. Machowska, K. Wojtyczek, Zakamycze, Kraków 2005, s. 170.

expand the independence of its actions. This tendency is gradually reinforced by the laws granting to it the exclusive competence (e.g. the Act on Public Finances of 27 August 2009). A strong legal position of the executive body refers not only to granting it more independence in implementing the tasks and greater powers, but also a certain independence of the personal relations between the authorities of the commune. The council may not dismiss the executive body elected in the direct and common elections, hence the council does not have influence on its decisions (as was often the case in the previous legislation, when the executive body was elected from among the members of the council). Without a doubt, the current mode of electing the commune head strengthens his position, but can contribute to more difficult relations with the council, especially when there is a lack of support for his activities in the form of the absence of the majority of the council. I agree with the views expressed in the doctrine⁵⁷ that the concept of restoring normal relations between the decision-making body and the executive body in the commune in the Polish legal system consists in placing the commune head with the leading function in the commune council, on the condition of the absence of the possibility of dismissing him by the council, as is the case in the French model. These two bodies should closely interact (and not compete) due to the purpose of their appointment, namely the purpose of performing local tasks and satisfying the needs of the residents of the units of the basic territorial division of the state.

The commune council begins to play a more consultative role than an equal role in respect of the executive body, therefore there should be raised a postulate to strengthen its position so that it does not become only the instrument that confirms or verifies the operations of the executive body. It should be noted that the commune council has a limited scope of the legal forms of interfering in the activities of the commune head⁵⁸. The commune council does not hold any legal instrument to oblige the commune head to execute the resolution adopted by the council. The absence of any mechanisms for an effective influence on the commune head causes a weakening of

⁵⁷ J. Jagoda, *Tryb wyborów organów wykonawczych a ich relacje z organami stanowiącymi jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] *Pozycja ustrojowa organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego* [Procedures for the election of executive bodies and their relationship with the decision-making authorities of local government units, [in:] *Systemic position of executive bodies of local government units*], ed. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warsaw 2014, s. 101. See also: M. Kulesza, *Konsolidacja zarządzania w samorządzie – wybrane zagadnienia. Uwagi do dyskusji* [Consolidation of management in local government – selected issues. Comments to a discussion], „Samorząd Terytorialny” 2006, no. 7–8, s. 8–9.

⁵⁸ See: B. Dolnicki, *Wpływ nowych zasad wyboru wójta (burmistrza, prezydenta miasta) na relacje z radą gminy* [The impact of the new rules to elect the commune head (mayor, city president) on the relations with the commune council], „Przegląd Prawa Publicznego” [Overview of Public Law] 2007, no. 1–2, s. 88.

the functional relationships between these authorities. This also applies to the controlling functions of the commune council, which tend to be apparent (e.g. the institution of discharging certain bodies from their duties and the consequences of a failure to discharge the executive body from its duties).

Mutual relations between the commune authorities guarantee the effective exercise of public duties, thus providing the foundation for the exercise of democracy at the local level. Hence, a beneficial arrangement of the levels of co-operation between the commune authorities allows an effective management of the local community. The relations between the executive and decision-making authorities should be to a greater extent based on the principle of cooperation⁵⁹, including cooperation in the area of competence, rather than on the basis of exclusivity which often leads to the concentration of power in the hands of a single authority and to an abuse of competence and lack of cooperation between the authorities. Therefore, I do believe that the French model concerning the organization of the local administration is a model based on such division of powers between the commune authorities (including personal relations) that ensures a greater cooperation between the commune authorities, and thus an effective execution of the tasks of the local community⁶⁰.

Abstract

The authorities of the commune in Poland and France. Conclusions and postulates

The issues raised in this article present the organization and the tasks of the commune authorities in the Polish and in the French legal system, indicating their decision-making and executive function. The regulations concerning the organization and the operation of the commune authorities, outlined on the basis of the statutory regulations and the internal regulations, the output of the doctrine and the jurisprudence of administrative courts, are intended to identify the elements common and specific to these bodies. Creating good relations between the community authorities is of fundamental importance for the efficient exercise of power at the local level, hence the present issues are deemed crucial. De lege lata analysis of the research problems at hand will help to raise comments and postulates in the final assessment in respect of the relations between decision-making and executive authorities in the commune of both a personal as well as functional nature.

Key words: the authorities of the commune, the commune as the basic unit of local government, effective execution of the tasks of the local community, mutual relations between the commune authorities, cooperation between the commune authorities

⁵⁹ Some form of cooperation in the French model is, for example, the mayor's chairing the standing committees, which aims to ensure constant coordination between the decision-making and the executive body of the commune.

⁶⁰ This aspect is emphasised by the French doctrine of the administrative law – see: B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, 3^e édition, Paris 2014, s. 236.

Streszczenie

Organy gminy w Polsce i we Francji. Wnioski i postulaty

Problematyka poruszana w przedmiotowym artykule przedstawia organizację i zadania organów gminy w polskim oraz we francuskim porządku prawnym, wskazując na ich funkcję stanowiącą i wykonawczą. Unormowania dotyczące organizacji i działania organów gminy, nakreślone w oparciu o regulacje ustawowe oraz statutowe, dorobek doktryny, a także orzecznictwa sądownoadministracyjnego, mają na celu wskazanie elementów wspólnych dla tych organów oraz rozłącznych. Ułożenie dobrych relacji między organami gminy ma fundamentalne znaczenie w zakresie efektywnego wykonywania władzy na poziomie lokalnym, stąd ta problematyka jawi się jako istotna. Analiza de lege lata przedmiotowej problematyki badawczej pozwoli w ocenie końcowej na wysunięcie wniosków i postulatów dotyczących relacji między organami stanowiącymi i wykonawczymi w gminie zarówno o charakterze personalnym, jak i funkcjonalnym.

Słowa kluczowe: organy gminy, gmina jako podstawowa jednostka samorządu terytorialnego, efektywne wykonywanie zadań wspólnoty lokalnej, wzajemne relacje organów gminy, współdziałanie organów gminy

Adam Banaszkiewicz

dr, Karkonoska Państwowa Szkoła Wyższa w Jeleniej Górze

Zmiany wprowadzane w roku 2015/2016 w ustawie z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej – refleksje wybrane

Wprowadzenie

Asumpt do sformułowania poniższych refleksji stanowi nowe podejście do polskiej służby cywilnej, którego wyrazem jest kierunek, jaki przyjmuje nowelizacja ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej. Może być ona odbierana jako zupełnie nowy sposób myślenia, którego ostatnim etapem stanie się całkowite upolitycznienie służby cywilnej i uzależnienie jej od aktualnej ekipy rządzącej, której doraźne interesy s.c. miałyby realizować i której elektorat, pozwalający przez kolejny okres cieszyć się profitami władzy, miałyby pozyskiwać.

W art. 53a ustawy z dnia 30 grudnia 2015 roku o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz niektórych innych ustaw¹ przewidziano, że w odróżnieniu od poprzedniego stanu prawnego, osoby zajmujące wyższe stanowiska w służbie cywilnej (wymienione w art. 52 ust. 1) będą ustalane w drodze powołania, a nie w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru. Taki kształt przepisów stwarza możliwość doboru kadry nie według predyspozycji czy zdolności (celowo nie został tu użyty termin „przydatności”), ale biorąc pod uwagę wskazane podmioty powołujące – po linii politycznej. Znaczenie tej zmiany każe się skupić głównie na niej, a nie chociażby na kwestiach dotyczących Szefa Służby Cywilnej czy zastąpieniu Rady Służby Cywilnej Radą Służby Publicznej.

¹ Ustawa z dnia 30 grudnia 2015 roku o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 roku, poz. 34.

Najlepszą ilustracją intencji inicjatorów zmian mogą być słowa, wypowiedziane notabene przez osobę będącą z wykształcenia prawnikiem: „Chcemy, by pękł ten szklany sufit – dzisiaj te urzędy są dostępne tylko dla wybranych!”².

Być może jest to wizja przesadzona, jednakże trzeba pamiętać, że uczynienie wyłomu w ugruntowanej zasadzie, jakim jest zmiana sposobu obsadzania wyższych stanowisk w służbie cywilnej, otwiera drogę do zaprzeczenia jej samej, czyli zupełnej zmiany charakteru służby, poprzez zmianę jej składu personalnego. Osoby zajmujące wyższe stanowiska w służbie cywilnej są członkami korpusu służby cywilnej. Inny sposób obsadzania tych stanowisk prowadzi do podwójnych standardów, jakie pojawiają się w ramach instytucji, której sensem istnienia jest niezależność polityczna i profesjonalizm w wykonywaniu powierzonych zadań. Wątpliwa jest faktyczna apolityczność osób realizujących polecenia przełożonych, reprezentujących w sposób jawny określone sympatie i przynależność partyjną. Wprowadzane zmiany mogą też znaleźć swą kontynuację w ujednoceniu zasad naboru do służby cywilnej (rozwińnięciu przyjętej linii), co będzie jej końcem jako takiej. Powstaje zasadnicze pytanie, komu taki stan rzeczy miałby służyć (na początek – czy jest on korzystny dla Polski i Polaków) oraz czy przy aktualnym kształcie regulacji prawnych ma on sens (jest potrzebny, skoro zapewniają one dokładnie ten sam rezultat)?

Zagadnienia podstawowe – pojęcie i istota służby cywilnej

Na początek należałoby przypomnieć, że termin „służba cywilna” występuje najczęściej w trzech znaczeniach. W ujęciu przedmiotowym oznacza on realizację zadań państwa w sposób oparty na określonych zasadach ogólnych³. W literaturze wskazuje się, że do najważniejszych cech służby cywilnej należą: lojalność urzędników wobec prawa i rządu, bezstronność, uczciwość, profesjonalizm oraz neutralność polityczna. Urzeczywistnieniu tych wartości w działalności administracji sprzyjać powinny nie tylko odpowiednie rozwiązania normatywne, ale także tradycja i wysoka świadomość obywatelska społeczeństwa.

W drugim znaczeniu – instytucjonalnym (strukturalnym) – służba cywilna to określona struktura organizacyjna, wyodrębniona w aparacie

² Zob. np. strona internetowa: <http://wpolityce.pl/polityka/275363-pis-rusza-ze-zmiana-ustawy-o-sluzbie-cywilnej-wassermann-chcemy-by-pekl-szklany-sufit-dzisiaj-te-urzed-y-sa-dostepne-tylko-dla-wybranych-wideo>.

³ Por. J. Jagielski, [w:] J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy o służbie cywilnej*, Warszawa 2001, s. 15.

państwowym. Wyrazem owego wyodrębnienia jest powołanie Szefa Służby Cywilnej, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach służby cywilnej. Wyodrębnienie służby cywilnej nie jest obecnie (pod rządami ustawy z 2008 roku) tak wyraźne, jak to miało miejsce w okresie obowiązywania wcześniejszych ustaw – z 1996 i z 1998 roku, niemniej jednak nie może być kwestionowane, zwłaszcza w porównaniu do ustawy o służbie cywilnej z 2006 roku, kiedy na czele służby cywilnej stał *de facto* Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

W ostatnim wreszcie znaczeniu – podmiotowym – służba cywilna to korpus pracowników (urzędników) wykonujących określone zadania państwa (pełniących służbę państwową).

Jak przy tym podkreśla J. Stelina, wyodrębnienie organizacyjne służby cywilnej w aparacie państwowym oznacza w istocie jej podwójne zaczepienie w systemie organów państwa. Z jednej strony, służba cywilna jest strukturą rozproszoną w systemie organów i urzędów administracji rządowej, pracownicy i urzędnicy służby cywilnej podlegają więc merytorycznemu zwierzchnictwu kierownictwa urzędów, w których pracują. Z drugiej jednak strony, służba cywilna, pomimo swego rozproszonego charakteru, jest formacją posiadającą własną hierarchię organizacyjną i własne organy, o których będzie jeszcze mowa, natomiast w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej orzekają komisje dyscyplinarne urzędu oraz Wyższa Komisja Dyscyplinarna Służby Cywilnej⁴.

Według przedstawicieli doktryny idea służby cywilnej została po raz pierwszy sformułowana we Francji w okresie III Republiki w postaci znanego powiedzenie, iż „rządy i parlamenty odchodzą, a administracja pozostaje”⁵. Chodzi w niej o zapewnienie ciągłości profesjonalnego wykonywania zadań państwa, mimo zmian politycznych ekip rządzących, poprzez oddzielenie stanowisk politycznych od neutralnych politycznie i stabilnych stanowisk wykonawczych – urzędniczych. Idea służby cywilnej jest zaprzeczeniem tzw. systemu łupów, niemal do końca XIX wieku praktykowanego w Stanach Zjednoczonych, gdzie przedstawiciele partii, która wygrała wybory prezydenckie, obejmowali niemal wszystkie stanowiska w administracji rządowej⁶.

Z Francji idea służby cywilnej rozpowszechniła się w całej Europie Zachodniej, a pod koniec XIX wieku dotarła też do USA, wcielana w różnych krajach w różne konkretne rozwiązania prawne. Różny jest między innymi jej zakres podmiotowy – najszerszy we Francji, gdzie poza pracownikami

⁴ J. Stelina, *Prawo urzędnicze*, Warszawa 2009, s. 159 i n.

⁵ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2000, s. 207.

⁶ Zob. np. E. Ura, *Prawo urzędnicze*, LexisNexis 2004, s. 17.

urzędów państwowych obejmuje ona też nauczycieli szkół publicznych oraz pracowników publicznej służby zdrowia i opieki społecznej. W większości państw ogranicza się jednak do pracowników urzędów państwowych, a niekiedy także samorządowych (np. w Danii); w niektórych spośród nich (np. w Wielkiej Brytanii) tylko do urzędów administracji rządowej⁷.

Co istotne i tłumaczące z taką właśnie ideą ukształtowania *modus operandi* podmiotów działających w ramach określonych instytucji administracji rządowej, służba cywilna funkcjonuje zgodnie z tzw. modelem kariery służbowej, wywodzącym się jeszcze z tradycji pruskiej i napoleońskiej, a występującym nadal we Francji, Hiszpanii, Portugalii i Grecji. Polega na stworzeniu dla funkcjonariuszy służby państwowej zasadniczo odmiennego statusu (wyodrębnieniu ich spośród ogółu pracowników). Wstąpienie do służby oznacza rozpoczęcie kariery przy zapewnieniu gwarancji zatrudnienia. Stopniowo w tej służbie następują awanse, przechodzenie na wyższe stanowiska – aż do osiągnięcia wieku emerytalnego. Przez okres służby funkcjonariusz zobowiązany jest do zdyscyplinowania, karności, lojalności i wierności. Legitymować się musi odpowiednim przygotowaniem fachowym oraz wykazywać wysokimi walorami moralnymi i etycznymi, nie tylko w trakcie służby, ale również „poza nią”. Co więcej w okresie służby musi bezwzględnie wykonywać polecenia przełożonych. Zwiększony zakres odpowiedzialności i obowiązków ma być zrekompensowany przez zapewnienie stabilizacji stosunku pracy. Stosunek służbowy łączy funkcjonariusza z państwem i co istotne – ma charakter publicznoprawny. W całości podlega prawu administracyjnemu⁸. Ten model „stosowany” był przede wszystkim w okresie przed II wojną światową.

Jednocześnie słusznie zauważa T. Liszcz, że rozwiązania dotyczące zatrudniania w służbie cywilnej są różne. W praktyce występują najczęściej rozwiązania łączące w sobie elementy obydwu modeli (modelu kariery i modelu zatrudnienia służbowego). Model kariery, w przypadku którego podmiotem zatrudniającym urzędnika jest państwo i jest on zatrudniany w korpusie służby cywilnej lub w jednej z kategorii korpusu, a nie na konkretne stanowisko, mając stabilny stosunek zatrudnienia, pewne uposażenie i pokonując kolejne szczeble kariery służbowej stabilną emeryturę, znajduje zastosowanie m.in. we Francji, w Niemczech i w Austrii. Model zatrudnienia (stanowisk), w przypadku którego podmiotem zatrudniającym urzędnika nie jest państwo jako całość, a konkretny urząd i jest on zatrudniany na konkretnym stanowisku, będąc zobowiązanym spełniać dopasowane do tego stanowiska wymaga-

⁷ G. Rydlewski, *Służba cywilna w Polsce. Przegląd rozwiązań na tle doświadczeń innych państw i podstawowe akty prawne*, Warszawa 2001, s. 16 i n.

⁸ Por. W. Sanetra, *Status pracowniczy funkcjonariuszy aparatu samorządu terytorialnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Wrocław 1993, nr 1470, s. 116.

nia, można odnaleźć m.in. w Wielkiej Brytanii, krajach skandynawskich oraz we Włoszech.

Rekrutacja do służby cywilnej w krajach Unii Europejskiej odbywa się na zasadzie otwartości (jawności), konkurencyjności oraz jednakowych dla wszystkich, upublicznionych kryteriów (warunków wstępnych) i procedur. Wśród warunków wstępnych występują zazwyczaj: wiek, zdolność do działań prawnych, odpowiednie wykształcenie, dobry stan zdrowia, uregulowany stosunek do służby wojskowej, nieskazitelna przeszłość, czy znajomość języka urzędowego danego państwa⁹.

W większości krajów służba cywilna dzieli się na kategorie lub korpusy.

W celu zapewnienia neutralnego politycznie i bezstronnego wykonywania przez urzędników zadań państwa, ustawy regulujące zatrudnienie w służbie cywilnej nakładają na urzędników, o czym będzie jeszcze mowa, wiele ograniczeń, w szczególności: zakaz przynależności do partii lub manifestowania poglądów politycznych i uczestniczenia w działalności politycznej, zakaz łączenia statusu urzędnika z pełnieniem mandatu parlamentarnego, ograniczenie praw związkowych, a zwłaszcza prawa udziału w strajku i innych formach protestu, które mogłyby zakłócić pracę urzędu, zakaz lub ograniczenie możliwości łączenia pracy w charakterze urzędnika z prowadzeniem działalności gospodarczej, zakaz zatrudnienia przez określony czas w podmiocie, którego sprawą załatwiał urzędnik w czasie pełnienia swojej funkcji¹⁰.

Historia służby cywilnej w Polsce

Nie oddają istoty rzeczy słowa, jakie można usłyszeć m.in. z ust znanego polskiego reżysera filmowego, Krzysztofa Zanussiego, że źródłem niewłaściwej jakości kadr administracyjnych jest w naszym kraju brak tradycji urzędniczych. Pierwszym aktem prawnym urzeczywistniającym ideę służby cywilnej w Polsce była ustawa z dnia 17 lutego 1922 r. o państwowej służbie cywilnej¹¹. Obejmowała ona nie tylko urzędników i niższych funkcjonariuszy państwowych zatrudnionych w administracji rządowej, lecz także w innych

⁹ Jeżeli chodzi o wymóg posiadania obywatelstwa państwa, w którym chciałoby się być członkiem korpusu służby cywilnej, po zaskarżeniu do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) Trybunał wydał w dniu 26 maja 1982 r. orzeczenie, w którym zakwestionował zgodność z prawem europejskim wymogu obywatelstwa w odniesieniu do wszystkich stanowisk urzędniczych, gdy kandydatem jest obywatel innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Po tym orzeczeniu większość stanowisk urzędniczych jest dostępna dla obywateli innych państw Unii. Zob. np. T. Grosse, *Rekrutacja i selekcja do służby cywilnej w państwach Unii Europejskiej*, BSC 1999, nr 3, s. 26.

¹⁰ Zob. np. T. Liszcz, *Prawo urzędnicze*, Lublin 2005, s. 16–17.

¹¹ Dz.U. Nr 21, poz. 164, z późn. zm.

urzędach państwowych, w szczególności w Kancelarii Sejmu i Senatu oraz w Cywilnej Kancelarii Prezydenta RP. Formalnie ustawa ta została uchylona dopiero z dniem 31 grudnia 1975 roku, przez art. IV pkt 2 ustawy z dnia 12 czerwca 1974 roku – przepisy wprowadzające Kodeks pracy¹². Wcześniej jednak była ona istotnie modyfikowana.

Idea prawdziwej służby cywilnej odżyła w Polsce dopiero po przełomie politycznym lat 1989–1990. Kolejne rządy opracowały własne projekty odpowiedniej ustawy. Udało się ją jednak uchwalić dopiero w 1996 roku koalicji Sojuszu Lewicy Demokratycznej oraz Polskiego Stronnictwa Ludowego. Była to ustawa z dnia 5 lipca 1996 roku o służbie cywilnej¹³. Ustawa ta powołała do życia korpus służby cywilnej, który tworzyli wyłącznie urzędnicy służby cywilnej, zatrudnieni na jej podstawie w drodze mianowania w urzędach administracji rządowej. Poza korpusem pozostali pracownicy urzędów administracji rządowej zatrudniani są na podstawie ustawy o pracownikach urzędów państwowych w drodze mianowania (przed 27 stycznia 1995 roku). Mogli oni na ogólnych zasadach przystępować do postępowań kwalifikacyjnych i ubiegać się o mianowanie na podstawie ustawy o służbie cywilnej.

Po wyborach parlamentarnych w 1997 roku uformowała się koalicja AWS-Unia Wolności, która nie zaakceptowała wielu rozwiązań ustawy z 5 lipca 1996 roku¹⁴. Przystąpiła ona zatem do przygotowywania własnej ustawy, która została uchwalona dnia 18 grudnia 1998 roku, ale weszła w życie dopiero z dniem 1 lipca 1999 roku ze względu na skierowanie jej przez Prezydenta w trybie kontroli przewencyjnej do Trybunału Konstytucyjnego¹⁵. Ustawa ta utrzymywała zasadę, że korpus służby cywilnej działa tylko w strukturach administracji rządowej, jednakże istotnie zmieniła strukturę korpusu (m.in. zlikwidowała kategorie urzędnicze i podzieliła członków korpusu na dwie grupy: urzędników oraz pracowników służby cywilnej)¹⁶.

Ustawa z 1998 roku obowiązywała aż do 27 października 2006 roku. Zastąpiła ona zastąpiona przez ustawę o służbie cywilnej z dnia

¹² Dz.U. Nr 24, poz. 142.

¹³ Dz.U. Nr 89, poz. 402, z późn. zm.

¹⁴ Chodziło m.in. o wymagania stosunkowo długiego stażu pracy na kierowniczych stanowiskach, które wyraźnie preferowały ludzi „poprzedniego reżimu”.

¹⁵ Wyrokiem z 28 kwietnia 1998 roku (K 3/99, OTK 1999, nr 4, poz. 73) Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z art. 153 Konstytucji przepisy, które włączały do korpusu służby cywilnej osoby zatrudnione poza urzędami administracji rządowej, tj. w regionalnych izbach obrachunkowych i samorządowych kolegiach odwoławczych.

¹⁶ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 roku o służbie cywilnej, Dz.U. z 1999 roku, Nr 49, poz. 483, z późn. zm. Zob. np. T. Liszcz, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 17–23.

24 sierpnia 2006 roku¹⁷, której politycznym inicjatorem była, zwycięska w wyborach przeprowadzonych w 2005 roku, partia Prawo i Sprawiedliwość. Dwuletni okres obowiązywania ustawy z 2006 roku bez wątpienia dostarczył argumentów potwierdzających słuszność i celowość wprowadzenia zmian. Zakres zawartych w niej uregulowań prawnych odnoszących się do służby cywilnej był nieprawidłowo określony, ponieważ upolityczniał tą część administracji.

Generalnie nie sposób nie podzielić zdania E. Ury, że w każdym etapie przeobrażeń ustrojowych następowało dowolne, wygodne dla „władzy rządzącej” dostosowanie regulacji prawnych do aktualnej polityki. Zmiana opcji rządzącej powodowała od razu zainteresowanie prawem urzędniczym (w tym zwłaszcza służbą cywilną) i tworzeniem nowych projektów zmieniających to prawo, co nie wpływało pozytywnie na spójność obowiązujących rozwiązań prawnych¹⁸.

Nie można zaprzeczyć, że aktualnie obowiązująca regulacja prawna również stanowi konsekwencję „zmiany władzy” w Polsce. Została ona przygotowana przez nowe siły rządzące po tym, jak przedterminowe wybory parlamentarne w 2007 roku wygrała Platforma Obywatelska¹⁹. Jej treść nawiązuje jednak do najlepszych, wcześniej funkcjonujących w przedmiotowej materii, rozwiązań, a możliwe wypaczenia dokonywane przez stosującą ją podmioty są już zupełnie inną sprawą.

Aktualny stan prawny – ustawa z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej

Rozpocząć należałoby od przypomnienia, że instytucja służby cywilnej ma obecnie w Polsce swoje umocowanie konstytucyjne. Zgodnie z treścią art. 153 polskiej ustawy zasadniczej korpus służby cywilnej, działający w urzędach administracji rządowej jest powołany w celu zapewnienia zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa. Zwierzchnikiem korpusu służby cywilnej jest Prezes Rady Ministrów²⁰. Wszystkie wskazane w tym artykule cele powinny być realizowane łącznie, zaś ich osiągnięcie ma być zagwarantowane w ustawie. Realizacja tych celów

¹⁷ Dz.U. Nr 170, poz. 1218, z późn. zm.

¹⁸ Zob. np. E. Ury, *Prawo urzędnicze...*, *op. cit.*, s. 21.

¹⁹ Należy nadmienić, że ustawa z 21 listopada 2008 roku zastąpiła także ustawę z dnia 24 sierpnia 2006 r. o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych, Dz.U. Nr 170, poz. 1217, z późn. zm.

²⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz.U. z 1997 roku, Nr 78, poz. 483, z późn. zm., art. 153.

możliwa jest jedynie przez stworzenie odpowiedniego mechanizmu ustawowego, który pozwoli na zapewnienie wykonywania zadań publicznych przez odpowiednio do tego przygotowaną kadrę urzędniczą.

Konstytucja, ze względu na swój charakter, nie wskazuje szczegółowo zasad naboru do służby cywilnej, jej funkcjonowania, czy kwalifikacji osobistych i zawodowych osób wchodzących w skład korpusu służby cywilnej. Przesądza jednak o konieczności powołania takiego korpusu w ramach struktury administracji rządowej oraz precyzyjnie określa cztery podstawowe cele, dla których służba ta jest tworzona. Konstytucyjne cele służby cywilnej ograniczają swobodę ustawodawcy w zakresie ustalania zasad rekrutacji, funkcjonowania, organizacji i statusu służby cywilnej. Realizacja tych celów jest możliwa jedynie przez stworzenie określonych standardów oraz odpowiednich mechanizmów prawnych. Konstytucja, mimo że nie przesądza o szczegółowych rozwiązaniach w tym zakresie, tworzy ograniczone ramy dla instytucjonalnych rozwiązań na poziomie ustawowym. Rozwiązania te wprowadza przede wszystkim ustawa z dnia 21 sierpnia 2008 roku o służbie cywilnej.

Wskazując, w ramach zamieszczonych w tej ustawie przepisów ogólnych, *ratio legis* przedmiotowej regulacji stwierdzono, powtarzając za przepisami ustawy zasadniczej, że służbę cywilną ustanawia się w celu zapewnienia zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa²¹. Jak łatwo zauważyć, oprócz przymiotników, które znalazły się także w art. 1 ustawy o pracownikach samorządowych, wymieniono tutaj polityczną neutralność²².

Ideą istnienia służby cywilnej w Polsce, od czasu jej reaktywacji, czyli od 1996 roku, kiedy to uchwalona została pierwsza ustawa regulująca jej organizację i funkcjonowanie (w tym zasady naboru i weryfikacji kadr), jest zapewnienie administracji rządowej, a więc i państwu, ale także całemu systemowi sprawowania władzy publicznej, zespołu nieangażujących się w partijną politykę, wysoko kwalifikowanych i ustabilizowanych na swoich pozycjach zawodowych, a więc niezależnych od zmiennych w demokracji politycznych koniunktur wykonawców, gwarantujących – głównie w rezultacie swojej neutralności politycznej – ciągłość oraz przewidywalność działania aparatu państwowego²³. Osoby zatrudnione w urzędach administracji

²¹ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej, art. 1. Zob. też zarządzenie nr 114 Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 października 2002 r. w sprawie ustanowienia Kodeksu Etyki Służby Cywilnej, M. P. z 2002 roku, Nr 46, poz. 683.

²² Można zaryzykować tezę, że w przeważającej mierze administracja samorządowa w swym postępowaniu kieruje się wartościami, które cechują służbę cywilną w znaczeniu przedmiotowym.

²³ Por. np. W. Sokolewicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, t. II*, Warszawa 2001.

rządowej, wskazanych w art. 2 przedmiotowej ustawy (urzędnicy i pracownicy wchodzący w skład korpusu służby cywilnej), powinni być wysokiej klasy profesjonalistami, dla których nie mają znaczenia interesy partyjne czy środowiskowe, w tym rodzinne, podczas realizacji ich zadań, a którzy kierują się w swym działaniu interesem publicznym i interesem obywateli oraz potrafią te interesy odpowiednio wyważyć, a także urzeczywistnić.

Wymaganie profesjonalizmu w służbie cywilnej zawiera w sobie, oprócz aspektu związanego z zapewnieniem odpowiedniego poziomu zawodowego obejmującego przygotowanie merytoryczne pracowników i posiadanie przez nich odpowiednich kwalifikacji do realizacji zadań państwowych, czemu służy system naboru do służby, również obowiązek stałego rozwijania i doskonalenia wiedzy zawodowej przez urzędników, uczestniczenia w szkoleniach, kursach i innych formach kształcenia oraz poddawania się okresowym ocenom. Wiąże się z tym także aspekt szczególnej postawy członka tej służby, przejawiającej się w traktowaniu swoich działań jako spełnienie powinności na rzecz społeczeństwa, państwa i interesu publicznego, dochowywaniu lojalności wobec państwa oraz urzędu, gotowości do przedłożenia potrzeb służby i urzędu nad interesy osobiste.

Kluczowe dla określenia, o jakie osoby *de facto* chodzi, jest wyliczenie znajdujące się w art. 2 ustawy. Wskazano w nim, gdzie trzeba być zatrudnionym, aby wchodzić w skład tzw. korpusu służby cywilnej, przez które to pojęcie rozumie się pracowników służby cywilnej -zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zgodnie z zasadami określonymi w ustawie, urzędników służby cywilnej - zatrudnionych na podstawie mianowania zgodnie z tymi zasadami oraz osoby zatrudnione na wyższym stanowisku w służbie cywilnej²⁴.

Jednocześnie wyraźnie określone zostały wymagania wstępne, jakie musi spełniać zainteresowany podjęciem zatrudnienia w służbie cywilnej oraz

²⁴ Korpus służby cywilnej tworzą pracownicy zatrudnieni na stanowiskach urzędniczych w: 1) Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, 2) urzędach ministrów i przewodniczących komitetów wchodzących w skład Rady Ministrów oraz urzędach centralnych organów administracji rządowej, 3) urzędach wojewódzkich oraz innych urzędach stanowiących aparat pomocniczy terenowych organów administracji rządowej podległych ministrom lub centralnym organom administracji rządowej, 4) Biurze Krajowej Informacji Podatkowej, 5) komendach, inspektoratach i innych jednostkach organizacyjnych stanowiących aparat pomocniczy kierowników zespolonych służb, inspekcji i straży wojewódzkich oraz kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej, 6) Centralnym Biurze Śledczym Policji, 7) Biurze Nasiennictwa Leśnego, 8) jednostkach budżetowych obsługujących państwowe fundusze celowe, których dysponentami są organy administracji rządowej. Korpus służby cywilnej tworzą także powiatowi i graniczni lekarze weterynarii oraz ich zastępcy. Stanowiska urzędnicze w urzędach mogą zajmować także osoby oddelegowane na podstawie odrębnych przepisów do wykonywania zadań poza jednostką organizacyjną, w której są zatrudnione. Prawa i obowiązki członków korpusu służby zagranicznej oraz zasady organizacji i funkcjonowania tej służby określają przepisy o służbie zagranicznej.

obowiązki wskazanych podmiotów związane z weryfikacją tych wymagań mającą, rzecz jasna, zapewnić, aby osoby przyjmowane do pracy odpowiadały ustanowionym kryteriom oraz założeniom (idei i sensowi ich funkcjonowania w ramach administracji publicznej).

Za mającą fundamentalne znaczenie uznać przy tym należy treść art. 6 ustawy, zgodnie z którą nabór do służby cywilnej jest otwarty oraz konkurencyjny, z zastrzeżeniem przepisów rozdziału 4, dotyczącego wyższych stanowisk w służbie cywilnej.

Jeżeli zatem nie chodzi o któreś z tych stanowisk, wymienionych w art. 52, w toku naboru do korpusu służby cywilnej zastosowanie powinny znajdować szandarowe zasady prawa urzędniczego, a więc: 1) zasada oddzielenia stanowisk politycznych, czyli takich, które służą kształtowaniu, wykonywaniu i realizacji celów politycznych, od stanowisk urzędniczych, których istotą jest wykonywanie prawa, zwłaszcza poprzez rozstrzyganie spraw administracyjnych²⁵; 2) zasada otwartości w dostępie do wszystkich stanowisk urzędniczych w administracji, nie tylko w administracji rządowej, przejawiającą się zwłaszcza w publicznym ogłaszaniu informacji o wolnych stanowiskach pracy; 3) zasada równości, oznaczająca stosowanie takich samych wymagań i procedur wobec wszystkich zgłaszających się kandydatów na dane stanowisko pracy; 4) zasada konkurencyjności, prowadząca do zatrudniania w wyniku postępowania dającego możliwość porównania potencjałów (predyspozycji, walorów) poszczególnych kandydatów; i wreszcie 5) zasada profesjonalizmu, podkreślająca fachowość, jako jedno z zasadniczych kryteriów przyjmowania do pracy²⁶.

²⁵ Zasada ta ściśle wiąże się z wyodrębnieniem w służbie publicznej korpusu politycznego oraz korpusu wykonawczego administracji. Jak zauważa A. Jurczuk, ten pierwszy tworzą ludzie, „którzy otrzymali swoje stanowiska dlatego, że oprócz profesjonalnych predyspozycji prezentują określone poglądy polityczne, należą do określonych partii politycznych lub z nimi sympatyzują”. Chodziło będzie tutaj, w odniesieniu do centralnej władzy wykonawczej, o osoby wchodzące w skład Rady Ministrów, sekretarzy i podsekretarzy stanu, wojewodów i wicewojewodów, a także doradców w gabinetach politycznych. Regułą jest wymiana osób zajmujących takie stanowiska wraz ze zmianą rządu (*de facto* partii politycznej decydującej o obsadzie stanowisk). Korpus wykonawczy składa się z „podmiotów zawodowych”, którym powierzono określoną pracę tylko i wyłącznie ze względu na ich profesjonalizm, przygotowanie zawodowe, podejście do wykonywanych obowiązków oraz wysoki poziom moralny (etyczny). H. Izdebski i M. Kulesza wyróżniają dwa poziomy organizacyjne administracji: pierwszy – właściwy dla władzy politycznej – poziom rządowy (ministerstw), a także drugi – służący administracji wykonawczej – poziom władz i instytucji administracji centralnej. Tym samym można niejako wydzielić administrację rządzącą oraz administrację wykonawczą. Członkowie korpusu służby cywilnej powinni stanowić element tej ostatniej. A. Jurczuk, *Korpus polityczny Rzeczypospolitej Polskiej i etyczne uwarunkowania jego prac*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 12, s. 22 oraz H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2000, s. 125–127.

²⁶ Zob. art. 2–9 i art. 52 ustawy o służbie cywilnej, ustawa z dnia 27 lipca 2001 roku o służbie zagranicznej, Dz.U. Nr 128, poz. 1403, z późn. zm.

O uzyskaniu zatrudnienia w służbie cywilnej nie powinny decydować (czy nawet w najmniejszym stopniu na nie wpływać) żadne inne kryteria, w szczególności zaś względy natury politycznej (przynależność partyjna czy sympatie polityczne osoby zainteresowanej, z którymi wiąże się określona szczególna dyspozycyjność i podległość).

Jak na to zwraca uwagę J. Stelina, nie wchodzi w skład służby cywilnej w znaczeniu podmiotowym kierownicy urzędów administracji rządowej. Osoby te pełnią bowiem funkcję organów administracji. Stanowiska kierowników urzędów są obsadzane – zależnie od rodzaju urzędu – według klucza politycznego (np. organy naczelne) albo zgodnie z zasadami otwartego i konkurencyjnego naboru, określonymi w przepisach prawa ustrojowego. Wyjątkiem są powiatowi i graniczni lekarze weterynarii, którzy jako kierownicy powiatowej i granicznej inspekcji weterynaryjnej, będącej częścią niezespolonej administracji rządowej, wchodzi w skład korpusu służby cywilnej z mocy wyraźnej dyspozycji ustawowej.

Członkowie korpusu służby cywilnej, a więc nie tylko urzędnicy, ale również pracownicy, korzystają z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Ochronę tę zapewniają m.in. przepisy Kodeksu karnego²⁷.

Na służbę cywilną w sensie instytucjonalnym składa się zespół organów, które spełniają określone role i funkcje w zakresie tworzenia oraz zarządzania korpusem służby cywilnej, a także które we właściwych sobie kompetencjach dotyczą tworzenia, następnie wypełnienia zadań przez korpus służby cywilnej, jak również realizowania ich uprawnień i obowiązków. Aktualnie strukturę organizacyjną służby cywilnej tworzą: Szef Służby Cywilnej, Rada Służby Publicznej, dyrektorzy generalni urzędów, a także komisje dyscyplinarne urzędów oraz Wyższa Komisja Dyscyplinarna Służby Cywilnej²⁸.

Zapewnieniu właściwych standardów funkcjonowania służby cywilnej, czyli, mówiąc kolokwialnie, odpowiadającej założeniom i idei powołania s.c. do życia jakości osób ją tworzących (przekładającej się na jakość i efektywność działania administracji publicznej), ale na etapie już po ich zatrudnieniu i podjęciu przez nie realizacji przypisanych im zadań, służą przepisy ustawy o służbie cywilnej określające obowiązki członków korpusu służby cywilnej, czyli tak urzędników, jak i pracowników zatrudnionych w wymienionych na początku ustawy instytucjach, umieszczone w Rozdziale 6 ustawy. Obok obowiązków oczywistych, wskazanych przede wszystkim w art. 76, takich jak chociażby przestrzeganie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i innych

²⁷ J. Stelina, *Prawo urzędnicze...*, op. cit., s. 161 oraz ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

²⁸ Art. 10–25 ustawy o służbie cywilnej oraz np. A. Banaszkiewicz, *Prawo urzędnicze. Zarys wykładu*, Wrocław 2010, s. 73 i n.

przepisów prawa, chronienie interesów państwa oraz praw człowieka i obywatela, jak też rzetelne oraz bezstronne, sprawne, a także terminowe wykonywanie powierzonych zadań²⁹, w ramach wymienionych obowiązków znalazły się również takie (art. 78 ust. 2, 5, 6 oraz 7), jak przestrzeganie zakazu publicznego manifestowania poglądów politycznych, czy też – jeżeli chodzi o urzędników oraz osoby zajmujące wysokie stanowisko w służbie cywilnej – tworzenia partii politycznych oraz uczestniczenia w nich (w odniesieniu do tych ostatnich także pełnienia funkcji w związkach zawodowych)³⁰.

Jednym z zasadniczych powodów nadania przepisom ustawy z 2008 roku (jak również poprzednich regulacji) takiego kształtu, było wynikające z samej definicji i istoty służby cywilnej, dążenie do zapewnienia, ze strony członków korpusu służby cywilnej, politycznej neutralności.

Neutralność ta (tzw. apolityczność) zakłada przede wszystkim, że urzędnicy służby cywilnej nie mogą być w żadnym stopniu w swoim działaniu determinowani własnymi przekonaniem politycznymi, religijnymi, ideologicznymi, interesami partyjnymi, grupowymi itd. Postawa urzędnika i jego działanie mają być zobiektywizowane i zdystansowane.

Apolityczność urzędnika służby cywilnej należy rozumieć w tym znaczeniu, że nie bierze on udziału w szeroko pojmowanej grze politycznej i jest wolny w swym funkcjonowaniu od swoistego „kompleksu” jakiegokolwiek partii, opcji politycznej, ideologii, religii, determinant i uwarunkowań. Neutralność polityczna służby cywilnej powinna być postrzegana nie tylko jako niezależność od partii, stronnictw politycznych, ale także uniezależnienie od wpływów innych organizacji. Zapewnieniu neutralności politycznej służby cywilnej służyć ma rozdzielenie stanowisk o charakterze politycznym, obsadzanych według kryteriów politycznych, od stanowisk urzędniczych, administracyjnych, obsadzanych na podstawie przesłanek natury merytorycznej. Ponadto, podobnie jak w odniesieniu do wymagania bezstronności, neutralność służby zapewnić mają wspomniane już obowiązki urzędnika oraz ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności (którym nie podlega ogół obywateli)³¹.

Pojęcie to, w kontekście realiów i potrzeb ustrojowych, objaśniał niejedenkrotnie Trybunał Konstytucyjny, m.in. w orzeczeniu z dnia 12 grudnia

²⁹ Nietrudno zauważyć ogromne podobieństwo tego, mającego charakter przykładowy, katalogu, do wyliczenia zamieszczonego w art. 17 ustawy z dnia 16 września 1982 roku o pracownikach urzędów państwowych (Dz.U. z 1982 roku, Nr 31, poz. 214 z późn. zm.), która stanowiła wzór określonych rozwiązań zarówno dla przedmiotowej ustawy, jak i ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2008 roku, Nr 223, poz. 1458 z późn. zm.). Fakt zainspirowania się regulacją z 1982 roku widać również w dalszych przepisach obowiązującej ustawy o służbie cywilnej.

³⁰ Zob. art. 76–84 ustawy o służbie cywilnej.

³¹ Por. J. Jagielski, K. Rączka, *op. cit.*, s. 17.

2002 r. (K 9/02)³², w części dotyczącej art. 144a ustawy o służbie cywilnej z dnia 18 grudnia 1998 r., pozwalającego na tymczasowe obsadzenie wyższego stanowiska w służbie cywilnej bez przeprowadzania konkursu, który był jedynym przewidzianym przez ustawę sposobem obsadzenia takiego stanowiska. Trybunał rozważał w tym przypadku neutralność polityczną służby cywilnej, rozumianej jako pewna skomplikowana organizacja, której zadaniem jest wspieranie demokratycznie wybranych władz publicznych. Z tego punktu widzenia Trybunał stwierdził, że „Podstawowym i koniecznym elementem służącym realizacji tego celu jest takie ustawowe ukształtowanie mechanizmu powoływania i funkcjonowania służby cywilnej, które zagwarantuje brak jakichkolwiek, choćby przejściowych, możliwości ingerencji w tym zakresie ze strony polityków sprawujących władzę. Mechanizm ten powinien być zatem wolny od możliwości jakiegokolwiek ingerencji polityki czy prób narzucania konkretnych rozstrzygnięć”.

Odwołując się do swojego wcześniejszego orzecznictwa, dotyczącego nie tylko służby cywilnej, Trybunał przypominał, że neutralność polityczna wymaga takich mechanizmów prawnych, w których świat polityki nie ma możliwości wpływu na działalność (rozumianego wówczas wężej) korpusu służby cywilnej. Łącząc tak rozumianą neutralność polityczną z zasadą zawodowości korpusu służby cywilnej (rozumianą z jednej strony jako gotowość członków korpusu służby cywilnej do wiązania na stałe swojej kariery zawodowej ze służbą państwową, a z drugiej strony rozumianą jako konieczność posiadania przez członków korpusu odpowiednich kwalifikacji i przygotowania zawodowego) Trybunał uznał, że „ustawa o służbie cywilnej powinna stwarzać obiektywne, jasne i precyzyjne kryteria funkcjonowania instytucjonalnego służby cywilnej”. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest to możliwe bez zapewnienia stabilności wskazanych powyżej mechanizmów (powoływania i funkcjonowania służby cywilnej). Jakakolwiek ingerencja ustawodawcy, choćby o przejściowym, epizodycznym charakterze w raz stworzony spójny system działania służby, musi być nie tylko szczególnie uzasadniona, ale przede wszystkim nie może naruszać albo prowadzić do przekreślenia ustalonych, przejrzystych i gwarantujących realizację wskazanych konstytucyjnie celów zasad funkcjonowania tej służby.

Już wcześniej uwypukloną myśl trafnie oddaje W. Sokolewicz podkreślając, że dla uzyskania przez korpus służby cywilnej nakazanego konstytucyjnie charakteru nader ważne znaczenie ma wolna od podejrzeń o partyjną stronnictwość, a więc oparta na możliwie zobiektywizowanych kryteriach, proce-

³² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2002 r. (K 9/02). Zob. np. strona internetowa <http://trybunal.gov.pl/rozprawy-i-ogloszenia-orzeczen-wyroki-i-postanowienia/art/5602-sluzba-cywilna/> [dostęp: 1.03.2016].

dura rekrutacji do korpusu, a następnie awansowania już w jego obrębie, a zwłaszcza przegrupowywania z kategorii pracowników do urzędników, a potem urzędników zajmujących wyższe stanowiska. Dla osiągnięcia tego celu ustanowiono ogólną zasadę, co prawda tylko na poziomie ustawy zwykłej, otwartości oraz konkurencyjności naboru kandydatów do k.s.c. (art. 5)³³.

W nowelizacji ustawy z dnia 30 grudnia 2015 roku rozszerzono zakres podmiotowy pojęcia korpusu służby cywilnej, jednocześnie różnicując sposoby naboru i wyłączając w stosunku do niektórych kategorii członków korpusu obowiązywanie tej zasady.

Poprzednia, wspomniana już, ustawa z dnia 24 sierpnia 2006 roku, w pełni tę i inne zasady, z których ujęcia w tekście prawnym wynikać miało zapewnienie założonego charakteru służby cywilnej oraz odpowiedniej realizacji jej celów, przyjmowała. Brzmienie jej artykułu 1 nie odbiega sensem od brzmienia obowiązującej ustawy. Wyraźnie podkreślono w nim zamiar zapewnienia politycznej neutralności regulowanej struktury.

W jej artykule 5 stwierdzono, że każdy obywatel ma prawo do informacji o wolnych stanowiskach pracy w służbie cywilnej, a nabór do niej jest otwarty oraz konkurencyjny.

Szczegóły dotyczące tego naboru, również w swym sednie i ogólnym zarysie niczym nieróżniące się od tych, które umieszczono w treści ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. – w brzmieniu wiążącym od chwili jej uchwalenia – określono w art. 9–30 poprzednio obowiązującej ustawy³⁴. Na gruncie całości jej unormowań służba cywilna miała być w pełni tym, co wynika z jej koncepcji i idei funkcjonowania. Z całą zaś pewnością miała być instytucją odporną na naciski polityczne i służącą Polsce, a nie konkretnym ugrupowaniom mającym w danym momencie większość sejmową.

Być może zostało to już dostatecznie podkreślone, jednak po raz kolejny przypomnę, że sztyldem służby cywilnej, od początku jej istnienia, miały być fachowość (profesjonalizm) oraz apolityczność, będąca w zasadzie korelatem tej pierwszej i warunkiem koniecznym jej istnienia. Osoby wchodzące w skład korpusu służby cywilnej powinny realizować zadania korzystne państwa i jego obywateli w dłuższej perspektywie. Ich działaniom powinna towarzyszyć myśl o zrównoważonym rozwoju kraju przez znacznie więcej lat,

³³ W. Sokolewicz, *Partie polityczne w polskim prawie konstytucyjnym: wczoraj, dziś, jutro*, „Studia Prawnicze” 1991, nr 4, s. 4 i 17. Zob. też *Zasada neutralności politycznej*, [w:] „Przegląd Służby Cywilnej”, Departament Służby Cywilnej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, czerwiec 2014, strona internetowa https://dsc.kprm.gov.pl/sites/default/files/dt_psc_330mc_20141_0.pdf [dostęp: 01.03.2016] oraz M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, wyd. Wolters Kluwer 2007, s. 55–56.

³⁴ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2006 roku o służbie cywilnej, art. 1, art. 5 oraz art. 9–30.

i nie powinny one służyć realizowaniu doraźnych celów określonych przez rządzących, z natury rzeczy myślących w kategoriach bieżącej kadencji, niemających podstaw do formułowania dalszych planów, które zapewniałyby ciągłość realizowanych działań.

Służba cywilna z kolei ma być gwarantem takiej właśnie ciągłości wysiłków, mających zapewnić na dłużej i wszystkim, a nie tylko przedstawicielom własnej partii, bezpieczeństwo, dobrobyt i rozwój. Te natomiast cele, które formułowane są w ramach „korpusu politycznego”, mogą być przecież wynikiem niedoświadczenia osób go tworzących, będących wszakże politykami, a nie urzędnikami, czy pracownikami administracji, co nie wyklucza tym samym nie tylko braku efektywności w realizowaniu zadań, ale również popełniania błędów, których koszty, w tym koszty finansowe, ponowić będziemy my wszyscy jako obywatele. Nie jest też czymś nietypowym sytuacja, w której założone cele i planowane zadania służyć mają tak naprawdę umocnieniu dotychczasowego, a może również pozyskaniu nowego elektoratu, w praktyce – w dalszej perspektywie czasowej – są zaś szkodliwe dla państwa. Niezbędna jest zatem służba, która by nie była w pełni dyspozycyjna i zależna od rządzących w taki sposób, że gotowa byłaby popełnić każde głupstwo w imię niewłaściwie pojmowanej lojalności wobec państwa, którego uosobieniem jest przecież naród, a nie partia rządząca.

Realizacja założeń polityki rządu nie jest dobrem nadrzędnym, uzasadniającym przedsięwzięcie wszelkich środków, z pozbawieniem służby cywilnej, która miałaby z niewiadomego powodu (biorąc pod uwagę, jakie wymagania merytoryczne i moralne/etyczne są stawiane urzędnikom) przeszkadzać lub opóźniać oczekiwane efekty, niezależności, włącznie. Sprawna realizacja tej polityki, służąca wprowadzeniu subiektywnie pojętej „dobrej zmiany”, nie może prowadzić do likwidacji swoistego wentylu bezpieczeństwa przed krótkowzrocznymi i w dłuższej perspektywie szkodzącymi Polsce rządami.

Nie jest prawdą, że pozbawienie służby cywilnej jej apolitycznego charakteru oraz położenie kresu tworzenia korpusu przez osoby niezależne, dobre na podstawie ich kwalifikacji, przydatności jako fachowców i sprawności działania, a nie poglądów, w tym dotyczących tego, co dobre dla Polski, jest jedynym sposobem uniknięcia potencjalnego utrudniania lub uniemożliwiania przez nią wprowadzania reform. Zresztą gdyby zmiany te w powszechnym poczuciu były rzeczywiście dobre i nie miały alternatywy, nikt rozsądny oraz myślący w kategoriach prawdziwego dobra państwa i jego mieszkańców, nie chciałby tego robić.

Obowiązujące prawo już przecież od dawna zawiera mechanizmy uniemożliwiające członkom korpusu służby cywilnej działalności na szkodę

państwa (interesu publicznego) oraz interesów indywidualnych obywateli. Pierwszą gwarancją i „przeszkodą” są tutaj wymagania stawiane osobom, które mają wejść w skład korpusu służby cywilnej. I im bardziej odpowiedzialne zadania na tych osobach spoczywają, tym wymagania te są wyższe. Do służby cywilnej mogą w praktyce trafić tylko osoby, które będą dobrze wypełniały przewidzianą rolę.

Oprócz zapewnienia, by służbę cywilną tworzyli ludzie o odpowiednich kwalifikacjach i właściwościach, mający należytą świadomość swej roli i odpowiedzialności w całokształcie realizacji zadań państwa oraz będącego celem ich realizacji zaspokajania potrzeb obywateli, niemniej istotna jest druga gwarancja, odnosząca się do osób już zatrudnionych, których postawa mogłaby przecież ulec zmianie i których działania mogłyby stać się mniej skuteczne, a nawet szkodliwe. Są nią, jak już wspomniano, obowiązki określone w ustawie.

Zgodnie z treścią art. 76 ustawy o służbie cywilnej, członek korpusu służby cywilnej jest obowiązany, między innymi, przestrzegać Konstytucji RP i innych przepisów prawa.

Istotny jest wprost wyrażony wymóg, by osoby wchodzące w skład korpusu chroniły interesy państwa oraz prawa człowieka i obywatela. Z założenia więc ich działalność nie może być z tymi interesami niezgodna i dla tych praw szkodliwa.

Do kolejnych obowiązków, o których trzeba wspomnieć w kontekście realizacji poprzez działania osób, na które obowiązki te zostały nałożone, interesu publicznego i urzeczywistniania dobra państwa oraz jego obywateli, należą: racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, dochowywanie tajemnicy ustawowo chronionej, jak również rzetelne i bezstronne, sprawne oraz terminowe wykonywanie powierzonych zadań³⁵.

Jeżeli członek korpusu rażąco narusza swoje obowiązki i nie spełnia swej roli, a nie skutkują inne kary dyscyplinarne, wymienione w art. 114 ustawy, usuwa się go ze służby³⁶. Nie są potrzebne żadne dodatkowe zabezpieczenia (ani też nowe konstrukcje prawne).

W powiązaniu z tym stwierdzeniem należy podkreślić, że nie jest konieczne jakieś dodatkowe wymuszanie posłuszeństwa na członku korpusu służby cywilnej, który funkcjonuje prawidłowo i jest w pełni świadom, co (oraz dlaczego) ma robić, a także w jaki sposób ma to robić (co zakładałyby same wymagania wstępne dotyczące jego wiedzy oraz obowiązek stałego jej rozwijania). Podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do urzędników państwowych

³⁵ Art. 76 ustawy o służbie cywilnej.

³⁶ *Ibidem*, art. 114.

pozarządowych oraz pracowników samorządowych, członek korpusu służby cywilnej jest obowiązany wykonywać polecenia służbowe przełożonych. Stanowi o tym wprost i w sposób niebudzący wątpliwości art. 77 ustawy o służbie cywilnej. Dopiero gdy osoba będąca członkiem korpusu jest przekonana, że polecenie jest niezgodne z prawem albo zawiera znamiona pomyłki, powinna na piśmie poinformować o tym przełożonego. W razie zaś pisemnego potwierdzenia polecenia, ma obowiązek je wykonać. Nie wolno jej natomiast tego zrobić tylko wówczas, gdy wykonanie polecenia prowadziłoby do popełnienia przestępstwa lub wykroczenia (o czym niezwłocznie powinna poinformować dyrektora generalnego urzędu).

Jakie więc przesłanki mogłyby stać za przypuszczeniem, że członek korpusu służby cywilnej miałby nie wykonać polecenia, którego wykonanie nie rodziłoby skutków niezgodnych z prawem? Gdyby do takiej sytuacji doszło, byłaby to prosta droga do negatywnej weryfikacji takiej osoby jako urzędnika lub pracownika instytucji, do których ma zastosowanie ustawa o służbie cywilnej i musiałaby ona szukać innego zatrudnienia. Przesądza o tym ustawa w jej obecnym brzmieniu.

Podsumowanie

Tytułem krótkiego podsumowania można stwierdzić, że pozbawianie służby cywilnej jej przyrodzonego charakteru, decydującego o jej tożsamości i istocie, nie ma sensu, jeżeli tylko zakłada się, że podejmowane działania, których realizację służba ta miałaby zapewniać, są dobre dla Polski. Inaczej stwarza się wrażenie, że chciałoby się pozbyć formuły, która mogłaby stanowić zaporę albo co najmniej instrument (źródło) alarmowania opinii publicznej oraz elit intelektualnych o nieprawidłowościach i negatywnych tych działań konsekwencjach (czy wręcz nawet o ich przestępczym charakterze).

Abstract

Changes made at the turn of 2015 and 2016 in the Act of 21 November 2008 on the civil service – comments selected

Article refers to some elements of the content of the amendment of the Act of 21 November 2008 on the civil service, which was made by the Law of 30 December 2015. In one of the provisions, the amendment changed the manner of selection of candidates for senior positions in the civil service. At the same time the people it concerned were included in the civil service corps. Free and competitive recruitment was replaced by vocation, which in some cases is undertaken by entities performing their functions in the political way. The question is whether it will not affect the operation of these people, and above all, on the criteria for their selection. First the author reminds

the essence of the civil service, the idea of its creation and history in Poland, and then refers to the current legal status. In the key part of the article the author points out the importance of political neutrality, which is one of the principles on which civil servants should base their action. Apart from that he expressed an opinion, what will the effects be in case of deviation from this principle (at the same time, then it may be motivated by a purposeful activity).

Key words: state of law, civil service, the principle of professionalism, political neutrality

Streszczenie

Zmiany wprowadzane w roku 2015/2016 w ustawie z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej – refleksje wybrane

Artykuł odnosi się do niektórych elementów treści nowelizacji ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o służbie cywilnej, jaka została dokonana ustawą z dnia 30 grudnia 2015 roku. W jednym z przepisów tej nowelizacji zmieniony został sposób doboru kandydatów na wyższe stanowiska w służbie cywilnej, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że na mocy nowych przepisów osoby zajmujące te stanowiska będą stanowiły część korpusu służby cywilnej. Wolny i konkurencyjny nabór został zastąpiony powołaniem, którego w niektórych przypadkach dokonują podmioty piastujące swe funkcje z nadania politycznego, co rodzi pytanie, czy nie wpłynie to na sposób funkcjonowania osób powołanych, przede wszystkim zaś na kryteria ich doboru. Autor przypomina najpierw samą istotę służby cywilnej, ideę jej utworzenia i historię w Polsce, następnie zaś odnosi się do aktualnego stanu prawnego. W kluczowej części artykułu autor przypomina, jak ważna jest polityczna neutralność, będąca jedną z zasad, na których służba cywilna powinna opierać swoje działanie, formułuje również opinię dotyczącą tego, do czego może prowadzić odejście od tej zasady (równocześnie, czym może być ono motywowane jako działalność celowa).

Słowa kluczowe: państwo prawa, służba cywilna, zasada profesjonalizmu, neutralność polityczna

Jan Dytko

dr, Wyższa Międzynarodowa Szkoła Biznesu w Warszawie

Weryfikacja rozporządzeń wojewody w trybie nadzoru i samokontroli

Cechy prawa miejscowego

Akt prawa miejscowego jest zbiorczym określeniem odmiennie zatytułowanych źródeł prawa¹. Przepisy nie wprowadzają jednak legalnej definicji aktu prawa miejscowego. Decydujące znaczenie ma w tym wypadku charakter norm prawnych i ukształtowanie przez te normy sytuacji prawnej ich adresatów². Adresatem aktu prawa miejscowego nie może być ani konkretna osoba fizyczna, ani konkretna osoba prawna³. Z powszechności aktu prawa miejscowego wynika natomiast, że może być on adresowany *erga omnes*, ale także do węższego kręgu adresatów (np. instytucji i zakładów pracy, których funkcjonowanie zostaje czasowo ograniczone w związku z ogłoszeniem stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii – art. 46 ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁴).

O zakwalifikowaniu danego aktu normatywnego do prawa miejscowego nie decyduje dłuższy, bądź krótszy okres jego obowiązywania, lecz generalny i abstrakcyjny charakter norm tego aktu⁵. Należy mieć jednakże na uwadze, że podział norm prawnych na generalne i abstrakcyjne oraz indywidualno–konkretne nie jest podziałem ściśle rozłącznym. Pomiedzy dwoma rodzajami

¹ T. Szewc, *Nazewnictwo form aktów prawa miejscowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, Nr 2, s. 83.

² Por. wyrok NSA z dnia 18 lipca 2006 r. (I OSK 669/06), LEX Nr 275445.

³ Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 6 stycznia 2006 r. (III SA/Wr 326/05), „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2006, Nr 1, poz. 20.

⁴ Tj. Dz.U. z 2013 r., poz. 947 z późn. zm.

⁵ Postanowienie WSA w Białymstoku z dnia 13 lutego 2007 r. (II SA/Bk 751/06), LEX Nr 284725.

tych norm mogą bowiem wystąpić normy o charakterze złożonym, które łączą w sobie elementy obu typów norm⁶.

Tytuł każdego aktu normatywnego zasadniczo składa się ze wskazania rodzaju aktu oraz organu, który akt wydaje⁷. Konstytucja nie wskazuje wprost ani organów upoważnionych do lokalnego prawotwórstwa, ani także formy prawnej, w jakiej to prawotwórstwo winno się odbywać⁸. NSA w wyroku z dnia 1 marca 2001 r. stwierdził, że o ile na szczeblu centralnym jedyną formą i nazwą aktu normatywnego, wydawanego przez organy administracji publicznej, jest rozporządzenie, o tyle na szczeblu terenowym nazwa ma charakter generalny – „akty prawa miejscowego” – nie przesądzający ani o formie, ani o nazwie aktu⁹. Przyjmuje się więc, że w przypadku, gdy przepisy prawa upoważniają organy administracji do stanowienia aktów prawa miejscowego, nie wskazując jednocześnie rodzaju aktu, to organy te mają swego rodzaju swobodę wyboru formy takiego aktu.

Określone normatywnie rodzaje aktów prawa miejscowego wynikać będą z ustaw ustrojowych oraz ustaw materialnego prawa administracyjnego, upoważniających organy administracji do podjęcia takich aktów. Określających zwykle także ich postać¹⁰. Nadanie zatwierdzonej nazwy aktowi prawa miejscowego nie ma jednak istotnego znaczenia, albowiem nazwa aktu jest jedynie formą, w jakiej wyraża się wola organu stanowiącego prawo. Nazwa aktu nie zmienia bowiem charakteru aktu, jak i jego mocy prawnej. T. Szewc zastrzega jednak, że w przypadku organów monokratycznych istnieje ograniczenie co do formy podejmowanych przez te organy aktów normatywnych o charakterze powszechnie obowiązującym, albowiem organy te nie mogą podjąć uchwały – formy wyłącznej dla organów kolegialnych¹¹.

Rozporządzenie wojewody jako źródło prawa miejscowego

Przedmiotem niniejszego opracowania objęto tradycyjną formę stanowienia przez wojewodę aktów prawa miejscowego – rozporządzenia. Celem opracowania jest ukazanie nadzoru nad tego typu źródłami prawa, który należy sytuować jako nadzór w układzie scentralizowanym. W układzie takim za kryterium nadzoru uchodzi nie tylko sama legalność aktu prawnego, ale tak-

⁶ M. Bogusz, *Przepisy administracyjne jako forma działania administracji*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 391.

⁷ T. Szewc, *op. cit.*, s. 83.

⁸ D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007, s. 192.

⁹ SA/Bk 1532/00, OSP 2002, poz. 138.

¹⁰ T. Szewc, *op. cit.*, s. 85.

¹¹ *Ibidem*, s. 88.

że jego celowość i zgodność z polityką rządu. To zasadniczo różna koncepcja nadzoru w stosunku do innych źródeł prawa lokalnego – aktów prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego, albowiem nad tego typu źródłami prawa nadzór sprawowany jest tylko pod kątem legalności.

Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie¹² *expressis verbis* nie określa formy, w jakiej wojewoda wydaje akty prawa miejscowego o charakterze wykonawczym¹³. Przepis art. 59 ust. 1 tej ustawy stanowi, że na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawach, wojewoda (także organy niezespółonej administracji rządowej) stanowi akty prawa miejscowego obowiązujące w województwie lub jego części. Natomiast w przypadku przepisów o charakterze porządkowym, ustawa wprost określa, że przepisy takie zostają wprowadzone w formie rozporządzenia (stosownie do art. 60 ust. 1 ustawy, w zakresie nieuregulowanym w przepisach powszechnie obowiązujących wojewoda może wydawać rozporządzenia porządkowe, jeżeli jest to niezbędne do ochrony życia, zdrowia lub mienia oraz do zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego). Rozporządzenia porządkowe są aktami o bardziej samoistnym charakterze niż rozporządzenia wykonawcze, albowiem zawierają „normy nowe”. Wydanie rozporządzenia porządkowego nie jest związane z realizacją jakiegokolwiek konkretnego upoważnienia ustawowego, lecz związane z unormowaniem określonego stanu faktycznego w przypadkach i w zakresie nieuregulowanym w przepisach szczególnych. Chodzi o unormowanie sytuacji lokalnych o nadzwyczajnym charakterze, które nie zostały ujęte w przepisach ogólnopństwowych¹⁴. Należy mieć jednakże na uwadze, że rozporządzenia porządkowe nie mogą regulować jeszcze raz tego, co już zostało uregulowane innym aktem porządkowym, wydanym przez inny upoważniony organ (np. wójta).

Nadawanie formy rozporządzenia wszelkim aktom prawa miejscowego jest powszechną praktyką wojewodów¹⁵. Przykładowo: ustalenie kryteriów wydawania zezwoleń na pracę cudzoziemców (art. 10 ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹⁶); czasowe zawieszenie na terenie województwa lub jego części organizowania imprez artystycznych i rozrywkowych ze względu na żałobę (art. 37 ust. 2 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności

¹² Tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 525.

¹³ D. Dąbek, [w:] *Komentarz do ustawy o administracji rządowej w województwie*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2007, s. 293.

¹⁴ R. Prażmo-Nowomiczka, E. Stobiecki, *Prawo miejscowe w III Rzeczypospolitej Polskiej*, „Radca Prawny” 2001, Nr 6, s. 13.

¹⁵ D. Dąbek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 192.

¹⁶ Tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 149 z późn. zm.

kulturalnej¹⁷); coroczne ustalenie średniej miesięcznej kwoty dotacji dla osób z zaburzeniami psychicznymi (art. 51c ust. 3 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej¹⁸). Stąd przyjmuje się, że rozporządzenie jest klasyczną formą, w jakiej administracja stanowi prawo. Rozporządzenie przejmując na siebie ciężar dokonania szczegółowej regulacji, której podstawy zawarto w ustawach. Nie zawiera jednak w swej treści norm prawnych pierwotnie i niezależnie kształtujących określony fragment stosunków społecznych¹⁹. Pomiędzy rozporządzeniem pochodzącym od wojewody a rozporządzeniem centralnego organu administracji państwowej zachodzi różnica w postaci organu sprawczego oraz terytorialnego zasięgu oddziaływania (w przypadku wojewody – zasięgu zawsze ograniczonego lokalnie lub regionalnie). W pozostałym zakresie akty te cechują liczne podobieństwa: 1) pochodzenie od organu administracji; 2) podustawowy charakter; 3) powszechna moc wiążąca; 4) gwarancja obowiązywania w postaci przymusu państwowego; 5) jednakowa pozycja w hierarchii źródeł prawa²⁰.

W nauce prawa dominuje pogląd, że używanie wobec aktów prawa miejscowego wojewodów nazwy rozporządzenie nie oznacza, iż jest to rozporządzenie w znaczeniu konstytucyjnym. Konstytucja nadała bowiem rozporządzeniu materialne znaczenie, jako aktu wykonawczego do ustawy, stanowiącego przez organy o ogólnokrajowym zasięgu działania²¹. W świetle regulacji konstytucyjnej rozporządzenie jest aktem podustawowym, do którego wydania uprawnieni są: Prezydent; Rada Ministrów; Prezes Rady Ministrów; ministrowie; przewodniczący komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów i Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji²².

Rozporządzenie stanowi tę formę działania wojewody, której wynikiem jest wiążący akt woli zmierzający do rozstrzygnięcia określonej sprawy publicznej o charakterze lokalnym, oparty na ustawowym upoważnieniu i należycie ogłoszony²³. Ogłoszenie jest warunkiem wejścia w życie rozporządzenia²⁴. Data tego ogłoszenia jest datą początkową, od której rozporządzenie może

¹⁷ Tj. Dz.U. z 2012 r., poz. 406 z późn. zm.

¹⁸ Tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 163 z późn. zm.

¹⁹ J. Boć, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Kolonia Limited 2010, s. 82.

²⁰ Por. P. Dobosz, *Quasi – akty prawa miejscowego*, [w:] *Problemy prawne w działalności samorządu terytorialnego*, red. S. Dolata, Opole 2002, s. 136.

²¹ D. Dąbek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 193.

²² Odpowiednio: art. 142 ust. 1; art. 146 ust. 4 pkt 2; art. 148 pkt 3; art. 149 ust. 2; art. 149 ust. 3; art. 213 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

²³ D. Dąbek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 193.

²⁴ Art. 88 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej..., *op. cit.*

wejść w życie²⁵. Podobnie jak wszystkie inne akty normatywne, zawierające przepisy powszechnie obowiązujące (ogłaszane w dziennikach urzędowych), rozporządzenia wykonawcze wojewody będą wchodziły w życie po upływie czternastu dni od dnia ich ogłoszenia, chyba że w rozporządzeniu będzie wskazany termin dłuższy. W uzasadnionych przypadkach rozporządzenia wykonawcze wojewody mogą wchodzić w życie w terminie krótszym niż czternaście dni. Jeżeli jednak ważny interes państwa wymaga natychmiastowego wejścia w życie rozporządzenia i zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie, dniem takiego wejścia może być nawet dzień ogłoszenia rozporządzenia w wojewódzkim dzienniku urzędowym. Reguła ta nie dotyczy jednak rozporządzeń porządkowych, które wchodzi w życie po upływie trzech dni od dnia ich ogłoszenia (wyjątkowo w terminie krótszym lub z dniem ogłoszenia, jeżeli zwłoka w wejściu w życie takiego rozporządzenia mogłaby spowodować nieodwracalne szkody lub poważne zagrożenia życia, zdrowia albo mienia)²⁶. Ogłoszenie rozporządzenia porządkowego wojewody następuje w drodze obwieszczeń, a także w sposób zwyczajowo przyjęty na danym terenie lub w środkach masowego przekazu. Za dzień ogłoszenia rozporządzenia porządkowego uważa się dzień wskazany w obwieszczeniu. Ogłoszenie rozporządzenia porządkowego w formie obwieszczenia i w sposób przyjęty zwyczajowo oraz w środkach masowego przekazu, nie zwalnia wszakże wojewody z obowiązku jego ogłoszenia w wojewódzkim dzienniku urzędowym²⁷.

Nadzór nad rozporządzeniami wojewody

Rozporządzenia wojewody, będące aktami prawa miejscowego, podlegają nadzorowi Prezesa Rady Ministrów, który ma kompetencję do ich uchylenia²⁸. Nauka prawa przyjmuje, że uchylenie rozporządzenia wojewody przez Prezesa Rady Ministrów może dotyczyć części aktu albo całości. Uchylenie rozporządzenia w całości będzie możliwe wtedy, gdy wadliwa jest tylko część rozporządzenia, o ile wadliwość tej części jest na tyle istotna dla całości, że bez tej części rozporządzenie nie będzie w stanie zrealizować założonego celu regulacji²⁹. Ustawy szczególne mogą wskazywać także inne organy i okoliczności,

²⁵ Wyrok NSA z dnia 9 listopada 2001 r. (III SA 1170/01), „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2002, Nr 1, poz. 23.

²⁶ Art. 4 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Tj. Dz.U. z 2011 r., Nr 197, poz. 1172 z późn. zm.).

²⁷ Art. 14 ustawy o ogłaszaniu..., *op. cit.*,

²⁸ Art. 61 ust. 1 ustawy o wojewodzie..., *op. cit.*,

²⁹ M. Karpiuk, [w:] *Akty normatywne i akty administracyjne*, red. M. Karpiuk, Warszawa 2009, s. 103.

w których może dojść do uchYLENIA rozporządzenia wojewody. Przykładowo, na podstawie art. 23 ust. 6 ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie kłęski żywiółowej³⁰, minister właściwy do spraw administracji publicznej może uchylić w całości lub w części rozporządzenie wojewody w sprawie ograniczenia wolności i praw w stanie kłęski żywiółowej.

Podstawą uchYLENIA rozporządzenia wojewody jest niezgodność z ustawami lub aktami wydanymi w celu ich wykonania. Aktem wydanym w celu wykonania ustawy są rozporządzenia, przez co z tak pojmowanego kryterium nadzoru D. Dąbek wyprowadza wniosek, że rozporządzenia wojewody powinny być także zgodne z rozporządzeniami wydanymi przez centralne organy administracji państwowej³¹. UchYLENIE rozporządzenia wojewody może nastąpić również z powodu niezgodności z polityką rządu lub z powodu naruszenia zasad rzetelności i gospodarności. Jest to o tyle uzasadnione, że wojewoda, jako przedstawiciel Rady Ministrów w województwie (organ *de facto* politycznym), zobligowany jest do podejmowania działań w zakresie sprawowania administracyjnej władzy ogólnej i koordynacji oraz kontroli działań poszczególnych organów specjalistycznych³². Stanowienie przez wojewodę prawa miejscowego winno być zatem postrzegane także przez pryzmat wykonywania innych kompetencji tego organu.

Kryteria oceny rozporządzenia wojewody są szersze aniżeli kryteria oceny aktu prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego, których weryfikacja odbywa się wyłącznie pod kątem ich legalności³³. Ten poszerzony katalog kryteriów kontroli rozporządzeń wojewody z pewnością bardziej ogranicza swobodę w stanowieniu prawa miejscowego, albowiem działalność legislacyjna tego organu jest w istocie weryfikowana nie tylko pod kątem legalności, ale także ze względu na samą treść i celowość danego unormowania³⁴. Stąd, uchYLENIE rozporządzenia wojewody może mieć charakter obligatoryjny albo fakultatywny. Obligatoryjny wówczas, gdy podstawą uchYLENIA jest niezgodność rozporządzenia z ogólnym porządkiem prawnym, fakultatywny natomiast, gdy za podstawę przyjmuje się niezgodność rozporządzeniem z polityką rządu lub zasadami rzetelności albo gospodarności. W tym wypadku Prezes Rady Ministrów działa w granicach uznania, może więc, ale nie musi, uchylać rozporządzenia³⁵. Obligatoryjne uchYLENIE rozpo-

³⁰ Tj. Dz.U. z 2014 r., poz. 333.

³¹ D. Dąbek, [w:] *Komentarz do ustawy o administracji rządowej...*, op. cit., s. 319.

³² R. Lewicka, *Kontrola prawotwórstwa administracji o charakterze powszechnie obowiązującym*, Warszawa 2008, s. 154.

³³ D. Dąbek, [w:] *Komentarz do ustawy o administracji rządowej...*, op. cit.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ P. Lisowski, A. Ostapski, *Akty prawa miejscowego stanowione przez terenowe organy administracji rządowej*, Kolonia Limited 2008, s. 84.

rządzenia wojewody ma zawsze związek z kolizją pomiędzy przepisem prawa powszechnie obowiązującym a niezgodnym z tym przepisem unormowaniem występującym w rozporządzeniu³⁶. Zakres tej niezgodności nie ma wpływu na uchylenie rozporządzenia, gdyż każda sprzeczność przepisu rozporządzenia z przepisem powszechnie obowiązującym może być podstawą uchylenia.

Weryfikację rozporządzenia wojewody w trybie nadzoru poprzedza kontrola tego aktu zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie trybu kontroli aktów prawa miejscowego ustanowionych przez wojewodę i organy niezespolonej administracji rządowej³⁷. Znacząca jest tutaj rola ministra do spraw administracji publicznej, który sprawuje ogólny nadzór nad działalnością wojewody, na podstawie kryterium zgodności jego działania z powszechnie obowiązującym prawem, a także pod względem rzetelności i gospodarności³⁸. Minister właściwy do spraw administracji publicznej może, w uzasadnionych przypadkach, z własnej inicjatywy dokonać kontroli rozporządzenia wojewody lub wystąpić do właściwego rzeczowo ministra o wydanie opinii w zakresie zgodności tego aktu z przepisami powszechnie obowiązującymi³⁹. Właściwy rzeczowo minister sporządza taką opinię i przekazuje ją wnioskującemu. Minister właściwy do spraw administracji publicznej, biorąc pod uwagę opinię właściwego rzeczowo ministra, dokonuje kontroli zgodności rozporządzenia wojewody z przepisami powszechnie obowiązującymi, a także z zasadami rzetelności i gospodarności.

Niezależnie od powyższego, obowiązkiem wojewody jest niezwłoczne przekazanie wydanego rozporządzenia ministrowi właściwemu do spraw administracji, wraz z jego uzasadnieniem za pośrednictwem właściwego rzeczowo ministra, a gdy akt ten reguluje sprawy należące do właściwości dwóch lub więcej ministrów – za pośrednictwem wszystkich właściwych rzeczowo ministrów⁴⁰. Przepisy prawa nie normują jednak przypadku, gdy wojewoda zaniecha wykonania tego obowiązku⁴¹. Prezes Rady Ministrów może jednak w takiej sytuacji zastosować środki dyscyplinujące wobec wojewody, jest on bowiem organem nadrzędnym osobowo i służbowo nad wojewodą. Jednakże zastosowanie tych środków uzależnione jest od wiedzy organu nadzoru, że określone rozporządzenie zostało wydane. Jeżeli więc Prezes Rady Ministrów uzyskuje wiedzę o wydaniu przez wojewodę rozporządzenia ze znacz-

³⁶ M. Karpiuk, *op. cit.*, s. 102.

³⁷ Dz.U. Nr 222, poz. 1754.

³⁸ Art. 8 ust. 3 ustawy o wojewodzie..., *op. cit.*

³⁹ § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie trybu..., *op. cit.*

⁴⁰ § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie trybu..., *op. cit.*

⁴¹ J. Ronowicz, *Akty prawa miejscowego wojewody*, „Studia Lubuskie” 2012, T. VIII, s. 130.

nym opóźnieniem od momentu tego wydania, to wówczas może zastosować środek nadzoru w każdym czasie, zatem nawet po kilku latach. Nie jest więc ograniczony żadnym terminem⁴². Taka koncepcja znajduje swoje uzasadnienie w braku możliwości zaskarżenia przez organ nadzoru rozporządzenia wojewody do sądu administracyjnego, wzorem skargi na akt prawa miejscowego organów nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego⁴³. Nie oznacza to jednak, że rozporządzenie wojewody nie podlega kontroli sądowej. W miejscu tym nie sposób nie zasygnalizować, iż zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy o wojewodzie i administracji rządowej w województwie, na rozporządzenie wojewody, będące aktem prawa miejscowego, może być wniesiona skarga sądu administracyjnego przez każdego, kogo interes prawny lub uprawnienie zostały naruszone przepisem tego aktu. M. Stahl zaznacza, że interes prawny skarżącego nie musi być naruszony w dacie podejmowania aktu, przy czym naruszenie tego interesu musi być aktualne w dacie wniesienia skargi⁴⁴. Interes prawny zawsze jest sytuacją, która ma wpływ na uprawnienia lub obowiązki określonego podmiotu prawa. Istnieje wtedy, gdy można wskazać przepis prawa, z którego wolno wywieść dla danego podmiotu określone prawa lub obowiązki⁴⁵. We współczesnej nauce prawa administracyjnego interes prawny postrzegany jest jako możliwość zastosowania w konkretnej sytuacji nie tylko normy prawa administracyjnego, ale także normy należącej do innej gałęzi prawa⁴⁶. Źródłem interesu prawnego może być więc każda norma prawna kształtująca sytuację podmiotu prawa⁴⁷.

Rozporządzenie wojewody wraz z opinią właściwego rzeczowo ministra oraz informacją o wynikach kontroli ministra właściwego do spraw administracji publicznej, zostaje przekazane Prezesowi Rady Ministrów w celu zastosowania środka nadzoru. Do rozporządzenia zostaje załączony także projekt zarządzenia nadzorczego w sprawie uchylenia rozporządzenia⁴⁸. J. Ronowicz wyraża pogląd, że projekt zarządzenia nadzorczego dotyczy wyłącznie uchybień stwierdzonych w wyniku kontroli dokonywanej przez ministra, a więc zgodności rozporządzenia wojewody z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz zasadami rzetelności i gospodarności. Możliwe jest jednak, że kontrola ministerialna nie wykaże żadnego naruszenia prawa przez rozporządze-

⁴² D. Dąbek, [w:] *Komentarz do ustawy o administracji rządowej*, *op. cit.*, s. 321.

⁴³ *Ibidem*, s. 322.

⁴⁴ M. Stahl, *Zagadnienia proceduralne sądowej kontroli aktów prawa miejscowego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013, nr 3, s. 46.

⁴⁵ Wyrok NSA z dnia 25 stycznia 2010 r. (II OSK 1865/09), LEX Nr 560892.

⁴⁶ A. Skóra, *Współuczestnictwo w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2009, s. 233.

⁴⁷ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 27 lutego 2008 r. (II SA/Rz 1150/06), LEX Nr 587334.

⁴⁸ § 2 ust. 2–5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie trybu..., *op. cit.*

nie, a Prezes Rady Ministrów uzna, iż jest ono niezgodne z polityką rządu⁴⁹. Jakkolwiek Prezes Rady Ministrów może również uchylić rozporządzenie wojewody także z innych przyczyn, nie wskazanych w uzasadnieniu projektu zarządzenia nadzorczego⁵⁰.

Zarządzenie nadzorcze jest formą zastosowania środka nadzoru względem działalności prawotwórczej wojewody⁵¹. Może budzić pewne wątpliwości, czy jest to forma najwłaściwsza, gdyż podstawą zarządzenia nadzorczego jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie trybu kontroli aktów prawa miejscowego ustanowionych przez wojewodę i organy niezespolonej administracji rządowej. Tymczasem, zgodnie z art. 93 ust. 2 Konstytucji, zarządzenia powinny być wydawane tylko na podstawie ustawy.

Zarządzenie nadzorcze w sprawie uchylenia rozporządzenia wojewody podlega ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym⁵². Rozporządzenie wojewody uchylone zarządzeniem nadzorczym traci swoją moc z chwilą wejścia w życie zarządzenia, co następuje po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia aktu nadzoru. Natomiast w przypadku zarządzeń nadzorczych, uchylających rozporządzenia porządkowe, zasadą powinno być wejście w życie takich zarządzeń po upływie trzech dni od dnia ogłoszenia. W tym wypadku nie wchodzi w grę ogłoszenie zarządzenia nadzorczego w obwieszczeniu, jak to jest przyjęte dla samych aktów porządkowych⁵³.

Samokontrola rozporządzenia przez wojewodę

Nadzór nie stanowi wyłącznego trybu usuwania z obrotu prawnego wadliwych rozporządzeń wojewody. Wojewoda jest bowiem uprawniony do samokontroli wydanego przez siebie rozporządzenia, choć następuje to nie z jego własnej inicjatywy⁵⁴. Na gruncie zasad techniki prawodawczej, samokontrolę należy traktować jako nowelizację aktu prawnego. Jest to zmiana aktu polegająca na uchyleniu niektórych jego przepisów albo zastąpieniu danych przepisów przepisami o innej treści, czy też dodaniu przepisów nowych. Nowelizacja następuje zawsze w drodze innego aktu, w którym zawarty jest przepis wyraźnie wskazujący dokonywane zmiany⁵⁵. Rozporządzenie wojewody, wydane w ramach samokontroli, może zawierać przepisy uchylające,

⁴⁹ J. Ronowicz, *op. cit.*, s. 131.

⁵⁰ P. Lisowski, A. Ostapski, *op. cit.*, s. 87.

⁵¹ J. Ronowicz, *op. cit.*, s. 132.

⁵² Art. 13 pkt 4 ustawy o ogłaszaniu..., *op. cit.*

⁵³ P. Lisowski, A. Ostapski, *op. cit.*, s. 85.

⁵⁴ R. Lewicka, *op. cit.*, s. 156.

⁵⁵ § 82 i 83 pkt 1 oraz 85 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908).

przepisy zastępujące albo przepisy uzupełniające rozporządzenie zmieniane. W ramach samokontroli normowane jest to samo zagadnienie, przy czym wojewoda ma także szansę na skorygowanie aktu również pod kątem zmieniających się lokalnych potrzeb⁵⁶.

Samokontrolę rozporządzenia przez wojewodę inicjuje minister właściwy do spraw administracji publicznej. Może on wystąpić do wojewody o uchylenie lub zmianę rozporządzenia, które kwestionuje. Jednakże jeśli wojewoda nie uchyli ani nie zmieni rozporządzenia w terminie 14 dni, minister właściwy do spraw administracji publicznej występuje do Prezesa Rady Ministrów o zastosowanie środka nadzoru⁵⁷. Podobnego typu uprawnienie przysługuje także prokuratorowi, który na podstawie art. 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze⁵⁸, może zwrócić się do wojewody o zmianę lub uchylenie rozporządzenia, jeśli jest ono niezgodne z prawem. Uprawnienie takie przysługuje każdemu prokuratorowi, w tym także Prokuratorowi Generalnemu⁵⁹. Jednakże tylko Prokurator Generalny może wystąpić do Prezesa Rady Ministrów o uchylenie rozporządzenia wojewody w trybie nadzoru⁶⁰. Oczywiście trzeba wykluczyć w takim wypadku dwutorowość działania. Oznacza to, że jeżeli dane rozporządzenie jest już objęte nadzorem, na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej, Prokurator Generalny nie powinien inicjować jego uchylenia. Podobnie, minister właściwy do spraw administracji publicznej może uwolnić się od obowiązku kontroli rozporządzenia wojewody i wszczęcia procedury nadzorczej, jeśli prokuratura zainicjowała uprzednio weryfikację rozporządzenia wojewody. Interwencja prokuratury jest możliwa w sytuacji, gdy wojewoda zaniechał przekazania rozporządzenia ministrowi do spraw administracji publicznej, a niezgodność z prawem rozporządzenia została ujawniona w innych okolicznościach. Uchylenie rozporządzenia w trybie nadzoru na wniosek Prokuratora Generalnego jest możliwe także wtedy, gdy wojewoda nie zastosował się do wezwania prokuratora o zmianę lub uchylenie rozporządzenia w ramach samokontroli.

⁵⁶ M. Karpiuk, *op. cit.*, s. 103–104.

⁵⁷ § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie trybu..., *op. cit.*

⁵⁸ Tj. Dz.U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 z późn. zm.

⁵⁹ A. Bojańczyk, *Immunitet Prokuratora Generalnego w świetle przepisów ustawy o prokuraturze z 1985 r.*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 10, s. 82.

⁶⁰ § 198 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2014 r., poz. 1218 z późn. zm.).

Konkluzje

Rozporządzenia wojewody wpisują się w szeroko pojętą legislację administracyjną, której natura tkwi w ustanawianiu norm generalno–abstrakcyjnych, adresowanych do nieoznaczonego kręgu adresatów lub adresatów wyodrębnionych ze względu na określoną cechę. Rozporządzenie wojewody sytuowane jest w hierarchii źródeł prawa powszechnie obowiązującego, aczkolwiek w znaczeniu konstytucyjnym nie jest to akt adekwatny do rozporządzeń wydawanych przez organy administracji o właściwości ogólnokrajowej. Warunkiem wejścia w życie rozporządzenia wojewody jest jego promulgacja, od której uzależnione jest uzyskanie przez ten akt mocy wiążącej. Moc taka może ustać wskutek ingerencji nadzorczej i w rezultacie uchylenia tego aktu przez organ nadzoru. Alternatywnym rozwiązaniem dla ingerencji nadzorczej jest samokontrola rozporządzenia przez wojewodę, aczkolwiek wojewoda korzysta z tej kompetencji tylko z inspiracji organu nadzoru. Zarówno nadzór, jak i samokontrola odnoszą ten sam skutek w postaci usunięcia rozporządzenia wojewody z obrotu prawnego.

Uchylenie rozporządzenia wojewody w trybie nadzoru można zasadnie porównywać ze stwierdzeniem nieważności aktu prawa miejscowego organu jednostki samorządu terytorialnego. Oczywiście różnica pomiędzy modelem nadzoru w układzie zdecentralizowanym a scentralizowanym jest taka, że w tym pierwszym przypadku eliminacja wadliwego aktu z obrotu prawnego ma charakter deklaratoryjny (*ex tunc*), czyli następuje z mocą wsteczną, podczas, gdy uchylenie rozporządzenia wojewody jest konstytutywne (*ex nunc*)⁶¹. Ta różnica okazuje się jednak nie mieć wpływu na powstanie i dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu wadliwego aktu. W obydwu bowiem przypadkach roszczenia takie znajdują swoje źródło w unormowaniu zawartym w art. 417¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny⁶², z którego wynika, że naprawienie szkody wyrządzonej wydaniem aktu normatywnego jest możliwe dopiero po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu niezgodności tego aktu z prawem. W omówionym przypadku jest to postępowanie nadzorcze nad rozporządzeniem wojewody, a w odniesieniu do aktów prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego – postępowanie nadzorcze w sprawie stwierdzenia nieważności tych aktów.

⁶¹ Por. D. Dąbek, [w:] *Komentarz do ustawy o administracji rządowej, op. cit.*, s. 320.

⁶² Tj. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.

Abstract

Verification of voivode's ordinances by supervision and self-control

Voivodes' ordinances are manifestations of local law-making in the domain of public duties pertinent to government administration. There is an established praxis that voivodes legislate local law in shape of ordinances which are in force in the given voivodship or part thereof. Ordinances have their place in the constitutional system of sources of law albeit they cannot be equated to regulations issued by the national administrative organs. Since the issuance of ordinances by voivodes is indicative of legislative activity of centralized administration, supervision of this activity is based not only on the criterion of lawfulness but also on the criterion of reliability and economy, and compliance with government policy. Supervision, however, is not exclusive form of verification of voivodes' ordinances because these authorities may, in the framework of self-control, overrule or change their acts on their own. This happens, nevertheless, under the inspiration of the supervisory authority. Verification of the voivode ordinance, one way or another, entails that an act shall cease to apply and is removed from the legal system, and is replaced with a new legal regulation.

Key words: Local law, ordinance, voivode, supervision

Streszczenie

Weryfikacja rozporządzeń wojewody w trybie nadzoru i samokontroli

Rozporządzenia wojewodów są przejawem lokalnego prawotwórstwa, w obszarze wykonywania zadań publicznych przynależnych administracji rządowej. Utrwaloną praktyką jest, że w formie rozporządzenia wojewodowie ustanawiają prawo miejscowe, obowiązujące na terenie województwa lub jego części. Rozporządzenia wojewodów posiadają swoje miejsce w konstytucyjnym systemie źródeł prawa, aczkolwiek nie można ich utożsamiać z rozporządzeniami wydawanymi przez ogólnokrajowe organy administracyjne. Ponieważ wydawanie rozporządzeń przez wojewodów jest przejawem aktywności prawodawczej administracji scentralizowanej, nadzór nad tą aktywnością oparty jest nie tylko na kryterium legalności, ale także na kryterium rzetelności i gospodarności oraz zgodności z polityką rządu. Nadzór nie stanowi jednak wyłącznej formy weryfikacji rozporządzeń wojewodów, albowiem organy te mogą w ramach samokontroli dokonywać uchyleń lub zmian swych aktów we własnym zakresie. Dzieje się to wszakże z inspiracji organu nadzoru. Weryfikacja rozporządzenia wojewody, w takim czy innym trybie powoduje, że ów akt przestaje obowiązywać i zostaje usunięty z obrotu prawnego. W jego miejsce można jednak ustanowić nową regulację prawną.

Słowa kluczowe: prawo miejscowe, rozporządzenie, wojewoda, nadzór

Elżbieta Jabłońska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Alkohol jako czynnik kryminogeny i wiktymogeny w przestępstwach zabójstwa na przykładzie spraw rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie

Alkoholizm, według Światowej Organizacji Zdrowia, to „...wszelki sposób picia, który wykracza poza miarę tradycyjnego i zwyczajowego spożycia (...), przyjętego w całej społeczności, picia towarzyskiego bez względu na czynniki, które do tego prowadzą”¹. Alkoholizm to nie tylko choroba, ale i zaburzenie w rozwoju osobowości, które czyni alkoholika niewrażliwym na potrzeby innych, to także przyczyna wielu chorób, które dokonują spustoszenia w całym organizmie człowieka². Amerykański lekarz czeskiego pochodzenia, E. Morton Jellinek, w swojej pracy pt. *Koncepcja alkoholizmu jako choroby* przedstawił sposób, w jaki powstaje i pogłębiania się uzależnienie od alkoholu. Proces powstawania choroby podzielił na fazy: wstępną – trwającą od kilku miesięcy do kilku lat; ostrzegawczą – zaczynającą się w momencie pojawienia się luk pamięciowych; krytyczną – rozpoczynającą się w momencie utraty kontroli nad piciem oraz fazę przewlekłą – zaczynającą się wraz z wystąpieniem wielodniowych ciągów alkoholowych. Autor zaznaczył, że zatrzymanie choroby jest możliwe na każdym jej etapie. W 1983 r. George Villant potwierdził i pogłębił pojęcie alkoholizmu jako choroby. Według niego alkoholizm ma charakter postępujący, jednak objawy występują w innej kolejności niż przedstawił to Jellinek.

Uzależnienie od alkoholu jest chorobą chroniczną i potencjanie śmiertelną. Nie można całkowicie wyleczyć się z alkoholizmu, a jedynie zahamować narastające objawy i szkody zdrowotne z nim związane. W świetle nowoczesnej wiedzy uzależnienie od alkoholu jest chorobą wieloczynnikową, bio-psycho-społeczną, zaburzającą funkcjonowanie człowieka w sferze somatycznej, psychologicznej, społecznej i duchowej³. Alkohol jest

¹ T. Pilch, *Encyklopedia XXI wieku*, PWN, Warszawa 2000.

² S. Kozak, *Patologie wśród dzieci i młodzieży*, DIFIN, Warszawa 2007, s. 81–82.

³ www.parpa.pl [dostęp: 23.03.2016].

substancją psychoaktywną, co oznacza, że oddziałuje na ośrodkowy układ nerwowy. Przyjmowany w celu doznania przyjemności oddziałuje na organizm człowieka powodując różne zmiany, wpływa na sprawność psychofizyczną człowieka, ogranicza kontrolę zachowań i impulsów, powodując szkody w wielu różnych obszarach.

Już na początku XX wieku badacze wskazali, że alkohol jest jednym z czynników determinujących przestępczość. Leon Wachholz w *Rozważaniach o przyczynach zbrodni*⁴ (1927) zauważył, że nadużywanie alkoholu wpływa na przestępczość zarówno pośrednio, jak i bezpośrednio. Bezpośrednio, gdy nietrzeźwość znosi hamujący wpływ rozumu na zachowanie, a także gdy choroba alkoholowa prowadzi do urojeń zazdrości, co może skutkować zabójstwem żony lub jej urojonego kochanka. Natomiast pośrednio, obciążając dzieci różnymi patologiami sprzyjającymi ich zejściu na drogę przestępstwa⁵. Współcześni autorzy o alkoholu, jako czynnika kryminogennym, piszą w podręcznikach do kryminologii podkreślając, że alkohol zwiększa prawdopodobieństwo wejścia na drogę przestępstwa osób, które są pod jego wpływem. Z uwagi na to, że alkohol powoduje osłabienie działania hamulców moralnych (będących istotnym mechanizmem powstrzymującym przed zachowaniami przestępczymi) zwiększa się prawdopodobieństwo, że dojdzie do popełnienia przestępstwa przez osobę będącą pod jej wpływem. Nierzadko zdarza się, że w chwili popełnienia przestępstwa sprawca i ofiara znajdowali się pod wpływem alkoholu, a nawet spożywali go razem⁶. Efektem nadużywania alkoholu są patologiczne więzi wewnątrz rodziny, w szczególności: przemoc, kłótnie, co skutkuje rozwozem rodziców i rozpadem rodziny.

W pracy uwzględnione zostało tło społeczne, w którym przebiegała socjalizacja sprawców, ich dojrzewanie oraz rozwój psycho-społeczny. Zmienne socjalizacyjne to: typ rodziny, atmosfera wychowawcza w domu, uzależnienie rodziców od alkoholu; a w aspekcie pozarodzinnym to: opinie środowiska, karalność, kłopoty w nauce, trudności wychowawcze w szkole, pobyty w zakładach wychowawczych i poprawczych, wykształcenie, wzorce zachowań agresywnych z grup rówieśniczych.

Badacze, zajmujący się środowiskiem rodzin, gdzie nadużywany był alkohol, zgodnie stwierdzili, że nałóg rodziców zaburza prawidłowy proces dorastania dziecka⁷. W domu, gdzie problem z piciem alkoholu występuje

⁴ L. Wachholz, *Rozważania o przyczynach zbrodni*, Kraków 2008.

⁵ L. Wachholz, *Alkoholizm a przestępstwo 1927*, [w:] *Leona Wachholza rozważania o przyczynach zbrodni*, wyb. i oprac. J. Władcki, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2008, s. VIII, 63–69.

⁶ M. Kuć, *Kryminologia*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s.135.

⁷ Zob. S. Forward, *Toksyczni rodzice*, Jacek Santorski & CO Agencja Wydawnicza, Warszawa 1989; E. Jarosz, *Interwencje wobec zjawiska krzywdzenia dzieci w rodzinie jako czynnika ryzyka przestępczości – możliwości i ograniczenia w świetle teorii i praktyki*, [w:] *Problemy profilaktyki*

u jednego lub obojga rodziców, brak jest niezbędnych czynników dla prawidłowego rozwoju dzieci. Szczególne znaczenie mają tu: poczucie bezpieczeństwa, troskliwa opieka, konsekwentne i ujednolicone metody wychowawcze. Dlatego dzieci z rodzin z problemem alkoholowym rozwijają się gorzej niż ich rówieśnicy, pod względem psychicznym i fizycznym oraz społecznym, mają zaniżone poczucie własnej wartości, częściej wchodzi w konflikt z prawem⁸.

W analizowanych przez Wolską⁹ sprawach 50 zabójstw alkohol nie odgrywał roli bezpośredniej w wyznaczeniu i wywołaniu agresji, jednak pośrednio ułatwiał podjęcie czynu obniżając lub znosząc moralno-etyczne hamulce¹⁰. Gierowski z kolei alkohol uważa za najczęściej spotykany czynnik dekompensujący, który powoduje u jednostki zachowanie pozbawione pełnej, racjonalnej oceny. Ponadto w taki sposób wpływa na zachowanie, że jednostka nie kieruje się swoimi rzeczywistymi możliwościami i nie w pełni rozumie znaczenie swojego czynu¹¹. O istotnym znaczeniu alkoholu, jako czynnika wpływającego na liczbę zabójstw, pisze w swej pracy habilitacyjnej Szymusik, który u 50% badanych przez siebie przypadków stwierdził, że alkohol miał w chwili popełnienia czynu działanie wyzwalające w aspekcie zrealizowanego zachowania¹². Podgórecki ocenia, że 2/3 sprawców, ofiar lub zarówno jednych, jak i drugich piło alkohol w czasie bezpośrednio poprzedzającym zabójstwo¹³. Heitzman zachowanie agresywne uzależnia od ilości spożytego alkoholu¹⁴. Według niego dopiero tzw. faza euforyczna

oraz interwencji społecznej i prawnej wobec zjawisk paraprzestępczych i przestępczych, red. nauk. J.M. Stanik, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Pedagogicznej TWP, Warszawa 2007; E. Jarosz, *Przemoc w rodzinie – analiza zjawiska*, [w:] *Encyklopedia Pedagogiczna XXI wieku. T. 4*, red. nauk. T. Pilch, Wydawnictwo Akademickie „Żak”, Warszawa 2005; H. Marczak, *Młodzież a współczesne dewiacje i patologie społeczne. Dzieci z rodzin dotkniętych alkoholizmem, ich sytuacja psychiczna i formy pomocy*, Toruń 2001; J. Mazur, *Przemoc w rodzinie: teoria i rzeczywistość*, „Żak”, Warszawa 2002; M. Ochmański, *Alkoholizm ojców a sytuacja rodzinna i szkolna dzieci*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997; I. Pospiszyl, *Patologie społeczne*, PWN, Warszawa 2012; H. Wójtowicz, *Przemoc w rodzinie – cierpienie w ciszy*, [w:] *Patologie zachowań społecznych: rzeczywistość przełomu wieków XX i XXI: rodzina dysfunkcyjna, przemoc*, red. nauk. K. Dymek-Balcerek, wyd. 3 zm., Politechnika Radomska, Radom 2000; M. Ziemska, *Rodzina a osobowość*, Państwowe Wydawnictwo „Wiedza Powszechna”, Warszawa 1973; A. Zwoliński, *Krzywdzenie dzieci : zagrożenia współczesnego dzieciństwa*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2012.

⁸ H. Marczak, *Młodzież a współczesne dewiacje...*, *op. cit.*, s. 138–139.

⁹ A. Wolska, *Zabójcy – studium...*, *op. cit.*

¹⁰ Za J.K. Gierowskim: A. Wolska, *Psychologiczne wyznaczniki zabójstw*, niepublikowana praca doktorska, Poznań 1981.

¹¹ J.K. Gierowski, *Motywacja zabójstw*, rozprawa habilitacyjna, Kraków 1989.

¹² A. Szymusik, *Psychopatologia zabójców*, (praca habilitacyjna) Biblioteka Medyczna UJCM, 1971.

¹³ A. Podgórecki, *Patologia życia społecznego*, PWN, Warszawa 1969, s.143–165.

¹⁴ J. Heitzman, *Upicie alkoholowe jako przedmiot ekspertyzy sądowo-psychiatrycznej*, [w:], *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, red. J. Gierowski, J. Godlewski, J.R. Jędrzejowska, S. Kołakowski, K. Rutkowski, A. Szymusik, Collegium Medicum UJ, Kraków 1996.

(1,0–2,0‰ alkoholu we krwi) powoduje, że czyny są szczególne agresywne i wtedy dochodzi do zabójstwa lub usiłowania, gwałtu lub podpalenia. Również tzw. faza „ekscytacyjna” (od 2,0–3,0 ‰ alkoholu we krwi) stanowi znaczny czynnik ryzyka ze względu na występujące zaniki uczuciowości wyższej i krytycyzmu, pobudzenie psychoruchowe, zaburzenia mowy i równowagi oraz zahamowanie procesów myślowych. Badania wykazują, że rodziców z problemami alkoholowymi charakteryzuje duże prawdopodobieństwo zaniedbywania swoich dzieci¹⁵, szczególnie, że przeżycia dzieci z wczesnego dzieciństwa mają ogromne znaczenie dla całego późniejszego rozwoju ich osobowości. W domu, w którym nadużywany jest alkohol, dzieci żyją w atmosferze zagrożenia, konfliktów między rodzicami oraz przykrych emocji (lęku, gniewu, wstydu). Z problemem tym wiąże się często zanikanie więzi uczuciowych w rodzinie, co powoduje u dzieci nerwowość, poczucie zagrożenia i frustrację¹⁶. Najbardziej niekorzystna sytuacja wychowawcza występuje wówczas, gdy oboje rodzice nadużywają alkohol, zwłaszcza jeśli są od niego uzależnieni, wtedy dziecko nie znajduje w nikim oparcia, ani obrony¹⁷.

Prezentacja wyników analiz z powyższej tematyki stanowi wycinek szerszego problemu dotyczącego dzieciństwa badanych zabójców.

Celem tej części artykułu jest prezentacja i analiza zmiennych charakterystycznych dla wybranej grupy sprawców. W 2014 i 2015 r. metodą obserwacji pośredniej przeprowadzono analizę dokumentacji, w trakcie której wykorzystano dane zawarte w aktach sądowych, a w szczególności w opiniach psychologiczno–psychiatrycznych oraz wywiadach środowiskowych kuratorów zawodowych, sporządzonych w latach 1998–2014 we wszystkich sprawach o przestępstwo z art. 148 k.k. i art. 13 § 1 w zw. z art. 148 k.k. rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie. Badań dokonywali biegli: psychiatrzy i psycholodzy pełniący obowiązki biegłych Sądu Okręgowego w Krośnie oraz pracownicy jednostek specjalistycznych, takich jak: Oddział Obserwacji Sądowo–Psychiatrycznej Szpitala przy Areszcie Śledczym w Krakowie przy ul. Montelupich, Katedra i Zakład Medycyny Sądowej Akademii Medycznej w Lublinie, UJ – Collegium Medicum, Państwowy Szpital Kliniczny, Instytut Neurologii, Zakład Neuroradiologii w Krakowie, Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Jarosławiu, Oddział Psychiatrii Sądowej.

¹⁵ W. Ambroziak, *Sytuacja społeczna dziecka rodziny alkoholicznej w kulturowo zaniedbanym rejonie wielkiego miasta*, UAM, Seria Psychologiczna, nr 56, Poznań 1983.

¹⁶ M. Ochmański, *Losy młodzieży z rodzin alkoholicznych i jej charakterystyka psychospołeczna*, SKP, Ciechanów 1987.

¹⁷ H. Marczak, *Młodzież a...., op. cit.*, s. 137.

W celach badawczych poddano analizie akta sądowe, udostępnione w Sądzie Okręgowym w Krośnie. Zebrany materiał empiryczny dotyczył grupy 60 sprawców zabójstw i stanowił wszystkie sprawy o zabójstwo rozpoznawane w latach 1998–2014 przez ten sąd.

Początkową klauzulę czasową (1998 r.) wyznacza wejście w życie nowego kodeksu karnego z 1997 r., a końcową (2014 r.) zakończenie badania spraw karnych przez autora badania.

Tabela 1. Stan trzeźwości sprawców w chwili dokonania zabójstwa

Stan nietrzeźwości sprawcy	Liczba zabójców	%
0‰	12	20
do 1‰	8	13
od 1,1–2‰	18	30
od 2,1–3‰	10	17
powyżej 3‰	1	2
Brak szczegółowych danych, z zeznań wynika, że pili alkohol w dniu popełnienia zabójstwa	9	15
Brak danych	2	3
Łącznie	60	100%

Źródło: opracowanie własne w oparciu o badania krwi na zawartość alkoholu, informacje zawarte w aktach spraw Sądu Okręgowego w Krośnie o sygnaturach: II K 7/98; II K 9/98; II K 13/98; II K 14/98; II K 21/98; II K 24/99; II K 40/99; II K 14/00; II K 31/00; II K 41/00; II K 1/01; II K 12/01; II K 29/01; II K 10/02; II K 25/02; II K 27/02; II K 41/02; II K 16/03; II K 33/03; II K 42/03; II K 52/03; II K 21/04; II K 35/04; II K 19/05; II K 25/05; II K 1/06; II K 18/06; II K 40/06; II K 1/07; II K 17/07; II K 29/07; II K 25/08; II K 26/08; II K 2/09; II K 9/09; II K 32/09; II K 44/99; II K 5/10; II K 19/10; II K 23/10; II K 30/10; II K 45/10; II K 14/11; II K 25/11; II K 33/11; II K 48/11; II K 11/12; II K 18/12; II K 36/12; II K 1/13; II K 35/13; II K 46/13; II K 56/13; II K 60/13; II K 1/14; II K 41/14; II K 43/14.

Tabela 2. Stan trzeźwości ofiary w chwili zabójstwa

Stan nietrzeźwości ofiary	Liczba ofiar	%
0 ‰	22	37
do 1 ‰	6	10
od 1,1–2 ‰	5	8
od 2,1–3 ‰	9	15
powyżej 3 ‰	10	17
Brak szczegółowych danych, z zeznań wynika, że pili alkohol w dniu popełnienia zabójstwa	6	10
Brak danych	2	3
Łącznie	60	100%

Źródło: opracowanie własne w oparciu o badania krwi na zawartość alkoholu, informacje zawarte w aktach spraw Sądu Okręgowego w Krośnie..., *op. cit.*

Tabele nr 1 i 2 prezentują nietrzeźwość sprawcy lub ofiary w chwili zabójstwa. Wynika z nich, że aż 46 osób z 60 (77%) w momencie popełnienia czynu znajdowało się pod wpływem alkoholu, w tym u 28 z nich zdiagnozowano od 1,1‰ do 3‰ alkoholu we krwi. Według Heitzmana „to fazy upojenia alkoholowego”, w których czyny charakteryzują się szczególną agresją¹⁸. Taki poziom stężenia alkoholu we krwi powoduje nie tylko zaniki uczuciowości wyższej, ale i zahamowanie procesów myślowych, a co za tym idzie najczęściej dochodzi wówczas do popełnienia najcięższych z przestępstw (zabójstw, gwałtów czy podpażeń). Również w przypadku ofiar zabójstw (tabela nr 2), 36 (60%) znajdowało się pod wpływem alkoholu. U 14 z nich poziom stężenia alkoholu we krwi obejmował od 1,1‰ do 3‰, a aż u 10 osób – powyżej 3‰.

Z powyższych danych wynika, że alkohol mógł mieć bezpośredni związek z zabójstwem, zwłaszcza gdy poziom stężenia jest wysoki, a agresor z ofiarą byli w konflikcie. Jak już wspomniano powyżej alkohol może wpływać na sprawcę w różny sposób, może obniżać jego samokontrolę w sytuacjach, gdy ofiara zachowywała się agresywnie, prowokowała go. Alkohol w tym wypadku wzmógł agresję i wzmocnił jej siłę, osłabiając kontrolę zachowań i impulsów. Nierzadko, bo aż w 36 przypadkach, będąc w stanie nietrzeźwym ofiara mogła prowokować sprawcę, również niekontrolując swojego zachowania.

W zeznaniach uwydatnia się podłoże dokonanych czynów, na przykład długotrwałe konflikty (np. sąsiedzkie – 1 przypadek, spór o granicę). Alkohol może mieć wpływ na zmianę trafności spostrzegania sytuacji obiektywnej i jej ocenę, ułatwiać decyzję o podjęciu ataku, który według sprawcy jest jedynym sposobem na rozwiązanie problemów i konfliktów (agresja w sytuacjach pozornie błahych – 20 przypadków). Jarosław S. wyjaśniał: „wpadłem w szal, bo nie chciał oddać mi czapki”¹⁹, dlatego udusił kolegę kablem od telefonu. W innym przypadku Piotr G. zabił babcię, bo zwróciła mu uwagę, że za głośno słucha muzyki²⁰. W jeszcze innym przypadku Piotr R. zabił swoją konkubinę, „bo był na nią zły, że kłamała”²¹. Wcześniej często się nad nią znęcał, bił ją i kopał. Z dokumentacji sądowej wynika, że pił alkohol od wielu lat: „piję ile się da, wszystko oprócz smoły, do urwania filmu...”²² wyjaśnił. Skazany pochodzi z rodziny patologicznej, rodzice nadużywali alkohol i leczyli się psychiatrycznie. Przebywał w zakładzie poprawczym, a po wyjściu nie miał stałego miejsca zamieszkania, pomieszkował u znajomych, nie miał kontaktu

¹⁸ J. Heitzman, *Upicie alkoholowe jako przedmiot...*, *op. cit.*

¹⁹ Akta Sądu Okręgowego w Krośnie II K 36/12, zeznania skazanego.

²⁰ Akta Sądu Okręgowego w Krośnie II K 5/10, zeznania skazanego.

²¹ Akta Sądu Okręgowego w Krośnie II K 32/09, zeznania skazanego.

²² Akta II K 32/09, *op. cit.*

z rodzicami. Podobnie Tomasz Ś. urodził się i wychował w rodzinie patologicznej. Pytany o warunki w domu zeznaje: „atmosfera w domu była bardzo zła, matka była na odwyku, to ćpunka i k...., leczyła się psychiatrycznie, a ojciec wysyłał mnie po alkohol”²³. W rodzinie z problemem alkoholowym rodzice często dostarczają dziecku nieprawidłowych wzorców zachowania, które mają tendencję do utrwalania. Przykład rodziców ma fundamentalne znaczenie dla prawidłowego wychowania dziecka. Swoim postępowaniem tracą oni w oczach dziecka szacunek i zaufanie. W domu Heleny O. alkohol często był nadużywany, „mąż pił do utraty przytomności, podporządkowałam mu się we wszystkim, żeby nie wyrzucił mnie z domu, był na swoim. Najpierw walczyłam z nałogiem męża, potem zaczęłam pić razem z nim”²⁴ – wyjaśnia skazana. Większość żon alkoholików jest niedożywiona, osłabiona, cierpi na różne schorzenia nerwowe. Stają się często ofiarami przemocy, są bite i maltretowane, przejmują na siebie rolę osoby zabezpieczającej byt rodzinie. Nierzadko także są ofiarami brutalnych stosunków płciowych, do których zmusza je pijany mąż/partner.

Stosunek dziecka do rodziców jest odbiciem stosunków panujących między rodzicami, odzwierciedleniem tego, co dzieje się w domu, a więc wzajemnego zrozumienia, współdziałania, pomocy w pracy, lecz także kłótni, konfliktów, awantur, złego traktowania, bicia. Dzieci są bardzo wrażliwe na atmosferę panującą w domu, silnie przeżywają wszelkie nieporozumienia między rodzicami, których powodem najczęściej jest ojciec. Zachowanie ojca było przyczyną tragedii w domach Mariusza S., Andrzeja G. i Jaceka B., którzy zabili swoich ojców, ponieważ znęcali się nad ich matkami. Jacek B. uważał się wręcz za „wybawiciela” rodziny. Po zabójstwie ojca powtarzał: „wreszcie cię zabiłem, nie będę musiał się męczyć. Zrobiłem to dla was, mówił do młodszego rodzeństwa”. W rozmowie z psychologiem powiedział, że marzy o domu, w którym jest cisza i spokój. „Gdy byłem mały ojciec przychodził do domu i robił burdy, nawet na trzeźwo poniżał mamę i zmuszał do seksu. Atmosfera w domu była nerwowa, baliśmy się, bił nas z byle powodu”²⁵.

Zdecydowana większość zabójców to mężczyźni (93%), tylko w 4 przypadkach sprawcami były kobiety.

²³ Akta Sądu Okręgowego w Krośnie II K 1/07, zeznania skazanego.

²⁴ Akta Sądu Okręgowego w Krośnie II K 40/06, zeznania skazanej.

²⁵ Akta Sądu Okręgowego w Krośnie II K 1/06, opinia psychologiczno-psychiatryczna.

Tabela 3. Płeć zabójców

Płeć zabójców	Liczba	%
Mężczyzna	56	93
Kobieta	4	7
Łącznie	60	100%

Alkoholizm u kobiet, ze względu na ich niższą odporność fizyczną oraz pełnione role społeczne, jest bardziej destrukcyjny. Kobiety znacznie szybciej się uzależniają, chociaż faktem jest, że mężczyźni piją alkohol częściej i w większych ilościach, to jednak kobiety szybciej oraz w większym stopniu doświadczają jego destrukcyjnego działania. Ponadto od kobiet alkoholiczek częściej odchodzą partnerzy (lub one ich opuszczają) niż od mężczyzn alkoholików. W przypadku kobiet alkoholizm w większym stopniu rzutuje na ich życie i więzi. Kobiety są bardziej od mężczyzn podatne na niekorzystne następstwa nadużywania alkoholu, znacznie szybciej zapadają na choroby spowodowane spożywaniem alkoholu. Również wymagania etyczne i moralne, a także oczekiwania wobec mężczyzn i kobiet są różne. Kobiecie zwyczajowo wielu rzeczy nie wypada, mężczyźnie uchodzi np. bycie pijanym na ulicy, co jest też powodem, że kobiety piją głównie w samotności. Kobieta pijąca nie jest akceptowana przez społeczeństwo, jest odpowiedzialna za dom, wychowanie dzieci, a więc za jakość życia rodzinnego, dlatego zaniedbania spowodowane piciem alkoholu przez kobietę są bardziej widoczne²⁶.

Dorota S. zabiła obrażającego ją, pijanego konkubenta, dla którego wcześniej zostawiła dzieci i męża. Ofiara Tomasz S. uciekała z domu, aby kupić alkohol, potem spała na melinach z przypadkowymi mężczyznami, tam też zginęła. W chwili śmierci miała 3,5‰ alkoholu we krwi. Dla nałogu została męża i troje dzieci.

Rodzina pełniąc wiele funkcji jest najważniejszym miejscem, gdzie odbywa się socjalizacja jednostki. W przeprowadzonych badaniach zwrócono uwagę na: typ rodziny, w której wychowywali się zabójcy; atmosferę wychowawczą w domu; uzależnienia rodziców; jak również na zmienne socjalizacji pozarodzinnej – karalność, kłopoty w nauce i trudności wychowawcze.

Z badań wynika, że w grupie 60 zabójców 35 wychowywanych było w niekorzystnej atmosferze, na co wpływały: negatywne stosunki panujące w rodzinie, nadużywanie przez rodziców alkoholu, kłótnie, złe warunki bytowe i materialne rodziny. W pozytywnej atmosferze wychowywało się 18 zabójców, a do pozostałych 7 osób – brak danych.

²⁶ P. Szczukiewicz, *Problemy alkoholowe kobiet*, „Świat Problemów” 2009, 3, s. 5–8.

Tabela 4. Atmosfera wychowawcza w rodzinie zabójcy

Atmosfera wychowawcza	Liczba sob	%
Pozytywna	18	30
Negatywna	35	58
Brak danych	7	12
Razem	60	100%

Tabela numer 4 prezentuje kontekst atmosfery wychowawczej w rodzinie zabójcy. Porównując atmosferę wychowawczą w domu zabójców ze sprawianymi przez nich kłopotami wychowawczymi i trudnościami w nauce można zauważyć, że 23 z 26 osób, które miały problemy wychowawcze, pochodziło z rodzin, gdzie atmosfera w domu była negatywna. Nie miała ona jednak związku z karalnością, bo tylko 12 z 35 zabójców wychowujących się w nieodpowiednich warunkach było wcześniej karanych.

Tabela 5. Związek między problemami wychowawczymi u zabójców, a kłopotami w nauce

Kłopoty w nauce i problemy wychowawcze	Liczba	%
Występowały	26	43
Nie występowały	34	57
Razem	60	100%

Mimo że sprawcy nie stwarzali poważniejszych kłopotów wychowawczych i w większości nie mieli kłopotów z nauką, to tylko 8 ukończyło szkoły średnie, a 2 studia wyższe. Ponadto 4 z nich ma wykształcenie specjalne, 22 podstawowe, 1 gimnazjalne, a 23 zawodowe. W domu z problemem alkoholowym dzieci szybko starają się zdobyć zawód i osiągnąć samodzielność, ponieważ nie mają oparcia w rodzicach, którzy nierzadko sami borykają się z problemami nie tylko finansowymi.

Tabela 6. Wykształcenie zabójców

Wykształcenie zabójców	Liczba	%
Specjalne	4	7
Podstawowe	22	37
Gimnazjalne	1	2
Zawodowe	23	38
Średnie	8	13
Wyższe	2	3
Razem	60	100%

Stosując kategorię karalności dokonano podziału badanych na dwie grupy. Pierwszą stanowią osoby, u których zabójstwo było pierwszym czynem karalnym, z kolei druga to osoby karane więcej niż jeden raz. Pierwsza grupa liczy 36 osób, druga 24.

Tabela 7. Karalność sprawców

Karalność	Liczba osób	%
Pierwszy raz	36	60
Więcej razy	24	40
Razem	60	100%

Większość z badanych zabójców, bo aż 33 osoby wychowało się w rodzinach pełnych, 23 osoby w rodzinach niepełnych, co do 4 jednak brak jest danych.

Tabela 8. Typy rodzin zabójców

Typ rodziny	Liczba osób	%
Pełna	33	55
Niepełna	23	8
Brak danych	4	7
Razem	60	100%

Założeniem pracy było przedstawienie wyników badań zabójców w przyjętych grupach zmiennych, opisujących warunki ich socjalizacji w środowisku rodzinnym i pozarodzinnym. Dla rozwoju dziecka i jego pomyślnego dorastania obszarem najważniejszym jest dom rodzinny. W badanych przypadkach atmosfera wychowawcza ich życia rodzinnego była w przeważającej części niekorzystna. Często nadużywany alkohol, zwłaszcza przez ojców zabójców, negatywnie wpłynął na ich wychowanie.

Rozwój i kształtowanie dziecka dokonuje się poprzez dostarczanie mu wzorów od osób znaczących (rodziców/opiekunów), które opierają się na określonych wartościach, wymogach, normach i oczekiwaniach. Akceptacja rodziców, ich ciepły stosunek do dziecka, zachęta, dodawanie otuchy, oddziałują dodatkowo na całość kształtu jego dorastania. Rodzina nie tylko stwarza warunki rozwoju i dostarcza wzorców, inspiruje, jest podstawową grupą odniesienia przy określeniu przez młodych celów życiowych, może być pozytywna, jak i negatywna. W badanych przypadkach wzorce rodziców nie zachęcały do rozwoju i kształcenia. Większość zabójców ukończyła szkoły podstawowe lub zawodowe, a ich późniejsza praca (głównie dorywcza) polegała na wykonywaniu niezbyt skomplikowanych czynności. Patologiczne postawy i zachowania rodziców, szczególnie nadużywanie alkoholu i przestępczość, nie ułatwiły życia badanym zabójcom.

Istotna jest także socjalizacja w środowisku pozarodzinnym, tj. w szkole, grupie rówieśniczej, instytucjach wychowawczych. Kłopoty w nauce sprawców wyrażały się głównie powtarzaniem klas, wagarowaniem, niechęcią do nauki, pobytem w placówkach poprawczych i wychowawczych. Zauważono

wyraźną zależność między negatywną atmosferą wychowawczą w domu zabójców, a kłopotami wychowawczymi i trudnościami w nauce. Jednak warunki te nie miały większego wpływu na karalność zabójców, dla większości z nich był to bowiem pierwszy czyn karalny. Przeprowadzona analiza wyników badań sugeruje zależność pomiędzy porównywanymi zmiennymi, potwierdza przypuszczenie, że większość zabójców pochodziła z rodzin, gdzie nadużywany był alkohol, również osoby nadużywające alkohol, częściej niż niepijący, stają się zabójcami, bądź ofiarami zabójstw.

Wszystkie relacje, w jakich znajdzie się dziecko – z rodzicami, rodzeństwem, dziadkami, dalszymi krewnymi, przyjaciółmi, innymi rówieśnikami – tworzą kontrast, w którym rozwijają się wszystkie funkcje psychiczne. To poprzez te związki dzieci spotykają się ze światem zewnętrznym, dowiadują się co jest ważne, warte uwagi, uczą się, porozumiewają i wyrabiają w sobie sposób spostrzegania własnej osoby w stosunku do świata. Gdy dziecko, w swoim najbliższym otoczeniu, nie znajduje żadnych właściwych wzorów do naśladowania, często powiela błędy swoich najbliższych i też sięga po alkohol. Wczesne doświadczenia i przeżycia dzieci w domu rodzinnym mają decydujące znaczenie dla ich całego późniejszego rozwoju. Atmosfera wychowawcza panująca w rodzinach nadużywających alkoholu jest szczególnie niepomyślna. Dzieci z tych rodzin żyją w atmosferze nieustającego zagrożenia wynikającego z konfliktu między rodzicami, awantur wywoływanych przez stopniowe zmiany psychiczne – zubożenie osobowości rodzica. Z nadużywaniem alkoholu przez rodziców wiąże się bardzo często zanikanie więzi uczuciowych w rodzinie, co u dzieci powoduje zagrożenie, frustrację, wzmacnia u nich ogólną nerwowość, prowadzącą do występowania objawów zaburzeń nerwicowych.

Společne następstwa alkoholizmu są bardzo poważne, powodują zazwyczaj rozbięcie rodziny, rozluźnienie więzów społecznych i zawodowych, zmniejszenie dyscypliny pracy. Są jednym z głównych czynników w rozwoju przestępczości. Alkohol jest ważną przyczyną pośredniczącą między zaburzeniem osobowości a nasiloną agresją, która nierzadko prowadzi do zabójstwa człowieka.

Abstract

Alcohol as a criminogenic and victimogenic risk factor in offences of murder as shown in the cases adjudicated by the District Court in Krosno

Alcohol abuse causes many negative effects. These often include the loosening of social and professional ties. Alcohol abuse is considered to be one of the risk factors which contributes to criminal actions. By influencing behavioural problems, it potentiates aggression, undermines self-control and contributes to organic changes which result in

personality disorders. The study advances a hypothesis that the pathologies which occur in a particular family, especially alcohol abuse, can significantly influence the formation of the personality of a future murderer. These studies have been based on the psychological and psychiatric opinions which are among the records of the District Court in Krosno in cases involving offences under Article 148 and Article 13 § 1 in relation to Article 148 of the Polish Criminal Code (1999–2014). As a result of the study carried out, the hypothesis that most of the murderers belonged to the families which were affected by alcohol abuse has been confirmed. Furthermore, it has been also found that those who abuse alcohol are more prone to become murderers, or victims of murders.

Key words: murder, murderer, alcohol

Streszczenie

Alkohol jako czynnik kryminogeny i wiktymogeny w przestępstwach zabójstwa na przykładzie spraw rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie

Nadużywanie alkoholu powoduje wiele negatywnych skutków, w tym często rozluźnienie więzów społecznych i zawodowych. Jest uznawane za jeden z czynników sprzyjających przestępczości; wpływając na zaburzenie zachowania, nasila agresję, osłabia samokontrolę, powoduje zmiany organiczne skutkujące zaburzeniami osobowości.

W badaniach założono hipotezę, że patologie występujące w rodzinie, w szczególności nadużywanie alkoholu, mogą w sposób znaczący wpływać na kształtowanie się osobowości przyszłego zabójcy. Badania oparto na opiniach psychologicznych i psychiatrycznych znajdujących się w aktach Sądu Okręgowego w Krośnie w sprawach o przestępstwo z artykułu 148 i artykułu 13 § 1 w związku z artykułem 148 k.k. z lat 1998–2014.

W wyniku przeprowadzonych badań potwierdzona została hipoteza, że większość zabójców pochodziła z rodzin, gdzie nadużywany był alkohol, a nadto, że to osoby nadużywające alkohol częściej niż osoby niepijące stają się zabójcami, bądź ofiarami zabójstw.

Słowa kluczowe: zabójstwo, zabójca, alkohol

Patrycja Wojtowicz-Pytel

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Usprawiedliwiony błąd co do znamion czynu zabronionego – próba oceny zasadności nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 roku

Jedną z instytucji, podlegających istotnym zmianom w wyniku ustawy nowelizującej Kodeks karny z dnia 20 lutego 2015 roku¹, jest błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, uregulowany w art. 28 § 1 Kodeksu karnego². Aby właściwie przeprowadzić analizę zmian, należy przypomnieć inicjatywę ustawodawcy w zakresie regulacji przedmiotowej instytucji w Kodeksie karnym z 1997 roku. Mianowicie w Uzasadnieniu do Kodeksu karnego w następujący sposób sprecyzowano efekt pracy nad regulacją: „Określenie błędu co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego nie odbiega merytorycznie od regulacji z 1969 r. Wydaje się jednak sformułowaniem lepszym. Błąd taki wyłącza popełnienie umyślnego czynu zabronionego, i to jest jego funkcją. Stąd problem odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne pozostawiono wyłącznej regulacji przepisów stanowiących o odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne (art. 8 i 9 § 2). Uniknięto w ten sposób powtórzenia, które istnieje w kodeksie z 1969 r.”³ Skoro istotnie, przepis art. 28 § 1 k.k. jest niejako powtórzeniem art. 24 § 1 k.k. z 1969 roku, przypomnijmy jego pełne brzmienie: „Art. 24 § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu pod wpływem błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, z wyjątkiem gdy chodzi o występki nieumyślne, a błąd był wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.”⁴ Zarówno w przypadku zastosowania art. 24 § 1 k.k. z 1969 roku, jak i art. 28 § 1 k.k. z 1997 roku konsekwencje przy przypi-

¹ Zob. Ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 396.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

³ *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, wyd. 1, Wydawnictwo Prawnicze Sp. z o.o., Warszawa 1998, s. 133.

⁴ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku Kodeks karny, Dz.U. z 1969 nr 13, poz. 94.

saniu odpowiedzialności karnej są takie same. Obydwa stanowią bowiem o wyłączeniu odpowiedzialności za przestępstwo umyślne. Co do nieumyślności natomiast, przepis art. 24 § 1 k.k. z 1969 roku regulował w swojej treści kwestię odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa nieumyślnego, a dotychczasowy art. 28 § 1 k.k. z 1997 roku w tej materii pozostaje milczący, gdyż ustawodawca przyjął za jego uzasadnienie uporządkowanie warunków popełnienia nieumyślnego czynu zabronionego, kryminalizacji czynu popełnionego w tych warunkach i wreszcie przypisania sprawcy winy za popełnienie czynu zabronionego⁵.

Systematyka przepisu art. 28 § 1 k.k. z 1997 roku również nie jest odmienna od przyjętej w przypadku art. 24 § 1 k.k. z 1969 roku, bowiem kwestia błędu co do okoliczności, stanowiącej znamię czynu zabronionego, uregulowana została w Rozdziale III, noszącym niezmiennie tytuł „Wyłączenie odpowiedzialności karnej”. Umieszczenie przepisu art. 28 § 1 k.k. z 1997 roku w jego formie sprzed nowelizacji wzbudzało jednak w doktrynie prawa karnego uzasadnione wątpliwości. W niniejszym rozdziale ustawodawca sklasyfikował zarówno okoliczności wyłączające bezprawność, jak i okoliczności wyłączające winę. W przypadku art. 28 § 1 k.k. mówimy o okoliczności wyłączającej winę, zgodnie z ugruntowanymi poglądami. Niemniej jednak taka klasyfikacja instytucji błędu co do znamion czynu zabronionego była niejednokrotnie kwestionowana. W związku z jego wykładnią, która wyraźnie wskazuje na to, że w przypadku, gdy sprawca nie jest świadom wszystkich znamion czynu zabronionego określonego w ustawie, jako typ umyślny, to nie wypełnia on swoim zachowaniem określonych znamion strony podmiotowej. Kolejno wskazuje to na zdekompletowanie strony podmiotowej typu czynu zabronionego w formie umyślnej, ale nie do uchylenia winy. Co za tym idzie, konkluzja o braku bezprawności w przypadku niewypełnienia wszystkich znamion czynu zabronionego określonego w ustawie prowadziłaby do równoczesnego uznania, że niedopuszczalna byłaby w tych warunkach obrona konieczna⁶. W literaturze wykazuje się jednak podobne wnioski za błędne, które niejako wynikają z uznaniem czysto normatywnej teorii winy⁷. Istotnie, powołując się na wyrok SN z dnia 20 lutego 1997 roku, który uznał, iż „[...] błąd co do przedmiotowego znamienia czynu, o ile jest istotny, wyłącza winę

⁵ G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglowski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, pod red. A. Zolla, Tom I, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 450–451.

⁶ M. Błaszczuk, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Zółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31*, Tom I, pod red. M. Królikowskiego, R. Zawłockiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 732–733.

⁷ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Lex a Wolters Kluwer business, 2010, s. 101.

umyślną. Natomiast nie wyklucza odpowiedzialności za występki nieumyślny”⁸, powyższą koncepcję można zdecydowanie uznać za nietrafną.

W konsekwencji nierównoznacznej i niejednolitej wykładni regulacji błędu co do znamion czynu zabronionego, zawartego w art. 28 § 1 k.k., pojawiły się głosy podważające utrzymanie go w treści, w jakiej pozostawał. A. Zoll zaproponował inne jego brzmienie, tj. „Nie popełnia przestępstwa nieumyślnego, kto działa w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię przedmiotowe czynu zabronionego.”⁹ Kolejno zarzucano mu wewnętrzną sprzeczność, polegającą na powiązaniu skutków popełnienia czynu w warunkach błędu ze strukturą czynu zabronionego, ale nie ze strukturą przestępstwa. W tym przypadku dalej idące wnioski, wynikające z owej sprzeczności, prowadzą do stwierdzenia, że skoro umyślność należy do znamion czynu zabronionego, to brak umyślności przesądza o jego braku. Następnie gdy nie mamy do czynienia z nieusprawiedliwionym błędem, popełnionym w warunkach nieumyślności, to w ogóle nie możemy mówić o popełnieniu czynu zabronionego. W obliczu niniejszych wniosków wskazano na zmianę treści przepisu tak, aby stanowił on, łącznie z pozostałymi uregulowaniami w Rozdziale III, spójną całość, szczególnie jeśli dotyczyć ma to skutków prawnych błędu. Dlatego też J. Lachowski zaproponował zmianę: „nie popełnia umyślnie czynu zabronionego” na „nie popełnia przestępstwa z winy umyślnej” w treści przepisu art. 28 § 1 k.k. z 1997 roku¹⁰.

Ponieważ celem niniejszej pracy nie jest wskazanie drogi legislacyjnej¹¹, w tym kolejno proponowanych zmian dotyczących instytucji błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, powyższe uwagi powinny stanowić wystarczający asumpt do dalszych rozważań w związku z nowelizacją z dnia 20 lutego 2015 roku. Stanowiąc bowiem one mają punkt odniesienia do próby analizy i oceny trafności takowej modyfikacji oraz kierunku, w jakim poszedł ustawodawca zmieniając treść przepisu, obecnie obowiązującego. Jest to o tyle ważne, że elementy jego struktury dotyczą fundamentalnych instytucji. Przepis art. 28 § 1 k.k. w wyniku nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 roku otrzymał ostatecznie następujące brzmienie: „Art. 28 § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje

⁸ Wyrok SN z dnia 20 lutego 1997 roku, V KKN 188/96, Orz. Prok. I Pr. 1998, nr 5, poz. 1.

⁹ A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 11/2012, s. 9.

¹⁰ J. Lachowski, [w:] M. Błaszczuk, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31...*, op. cit.,

¹¹ Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, data publikacji: 18.04.2015 w: www.czp.k.pl, pozycja w wydaniu internetowym: 3/2015.

w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego¹²”. W tym miejscu, w celu upełnienia rozważań co do zmian, jakie zaistniały w wyniku nowelizacji, należy wskazać konkretne zmiany, jakie zaszły. Mianowicie w znowelizowanym przepisie nie mamy już do czynienia z *czynem zabronionym*, a z *przestępstwem*. Przypomnijmy więc jak interpretowane jest każde z tych pojęć. Mianowicie, według art. 115 § 1 k.k. *czynem zabronionym* jest „[...] zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej¹³”. Zachowanie to, zarówno działanie, jak i zaniechanie oraz każde z nich, będzie rozpatrywane jako czyn. *Znamiona czynu* natomiast to najprościej ujmując jego cechy. Są to pewne pojęcia, określenia, które łącznie stanowią i definiują, dookreślają typ czynu zabronionego. *Czyn zabroniony* jest podstawą do określenia, czy doszło do popełnienia *przestępstwa*, ponieważ każde przestępstwo musi być czynem zabronionym, tj. wypełniać znamiona określone w ustawie karnej. Ponieważ Kodeks karny nie podaje wprost definicji przestępstwa, należy ją skonstruować zgodnie z art. 1 § 1–3 k.k. Biorąc pod uwagę wszystkie elementy, jakie ustawodawca zalicza do struktury przestępstwa, uznaje się, że jest to „[...] bezprawny czyn człowieka będący zachowaniem o znamionach określonych w ustawie karnej, z uwzględnieniem wskazanej w niej formy jego popełnienia, popełniony umyślnie albo nieumyślnie, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę jako występki albo zbrodnie, którego społeczna szkodliwość jest wyższa niż znikoma, sprawcy, któremu można przypisać winę¹⁴”. W orzecznictwie również dookreśla się kwestię odpowiedzialności karnej, będącej konsekwencją popełnienia przestępstwa konstatując: „Zgodnie z art. 1 § 1 K.k. odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, przez co rozumieć należy popełnienie czynu zabronionego opisanego w taki sposób, jak w przepisach ustawy, a nie w sposób opisany dowolnie czy wręcz dalece odbiegający od brzmienia przepisu ustawy karnej¹⁵”. Reasumując powyższe – w przypadku przestępstwa, dla jego uznania należy wziąć pod uwagę jego przesłankę materialną w postaci społecznej szkodliwości oraz możliwość przypisania sprawcy winy – stopień zawinienia. Nie każdy bowiem czyn zabroniony

¹² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny..., *op. cit.*

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

¹⁴ M. Krolkowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 144–145.

¹⁵ Wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 września 2015 roku, II AKa 250/15, System Informacji Prawnej Legalis Nr 1359231.

zawsze stanowi przestępstwo¹⁶. Czyn zabroniony, jaki sprawca popełnia w warunkach wyłączających bezprawność albo winę, nie jest przestępstwem. Dla istnienia przestępstwa konieczne jest wypełnienie wszystkich przesłanek, kryjących się pod pojęciem definicji formalnej przestępstwa, jak i materialnej jego definicji¹⁷. Dla uzupełnienia należy powołać treść postanowienia SN z dnia 2 czerwca 2015 roku, które brzmi następująco: „Samo formalne naruszenie przepisów prawa jest niewystarczające do przypisania odpowiedzialności karnej. Zgodnie bowiem z ustawową definicją, przestępstwem jest czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę pod groźbą kary (art. 1 § 1 KK). Dla uznania jakiegoś czynu za przestępstwo konieczne jest wykazanie, że narusza on istotne wartości społeczne, ale w stopniu wyższym niż znikomy (art. 1 § 2 KK). Element karygodności jako niezbędny składnik struktury przestępstwa wprowadził ustawodawca w § 2 art. 1 KK. Karygodność wiąże się z wyższym niż znikomy stopniem społecznej szkodliwości, co z kolei stanowi rację dla sankcji karnej¹⁸”. Ustalenie czym faktycznie jest czyn zabroniony i przestępstwo niewątpliwie będzie przydatne w toku dalszych rozważań. Już teraz, po wskazaniu wykładni ich definicji, podsumowując powyższe możliwe jest określenie błędu co do znamion czynu zabronionego, które po znowelizowaniu stanowi okoliczność, w jakiej sprawca realizuje określone znamiona przedmiotowe czynu zabronionego pod groźbą kary¹⁹, ale nie popełnia przestępstwa na skutek tego, że nie realizuje znamion podmiotowych.

Warto w tym miejscu określić konsekwencje, jakie ustawodawca wiąże z brakiem możliwości przypisania sprawcy popełnienia przestępstwa, tj. odpowiedzialności karnej. Dotychczas w omawianym przepisie regulowano wyłączenie odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego w warunkach, rzadko już w doktrynie uznawanej, tzw. formy winy umyślnej. Pytanie rodzi regulacja powstała w związku z nowelizacją z 20 lutego 2015 roku. Ponieważ konsekwencja błędu została wprost sprowadzona do całkowitego braku przestępności czynu, należy uznać, że błąd co do okoliczności stanowiącej zamię czynu zabronionego stanowi okoliczność wyłączającą winę. Zależnie od przyjętej koncepcji winy, róż-

¹⁶ A. Grześkowiak, K. Wiak, F. Cieplý, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hyps, D. Szeleszczuk, *Prawo karne*, pod red. A. Grześkowiak, A. Wiaka, Wydawnictwo C.H. Beck, 5. wyd. popraw. i uzupełn., Warszawa 2015, s. 720–721.

¹⁷ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, 2004, s. 118.

¹⁸ Postanowienie SN Izba Kar z dnia 2 czerwca 2015 roku, V K.k. 41/15, System Informacji Prawnej Legalis Nr 1303604.

¹⁹ A. Barczak-Opustil, M. Bielski, G. Bogdan, W. Górski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, M. Małecki, K. Mamak, K. Pałka, A. Pilch, M. Pyrcak, J. Raglewski, T. Sroka, Sz. Tarapata, W. Wróbel, D. Zajac, P. Zakrzewski, A. Zoll, W. Zontek, *Nowelizacja prawa karnego 2015*, pod red. W. Wróbla, Kraków 2015, s. 44.

nie będzie wyglądała kwestia jej wyłączenia w przypadku błędu. W literaturze przeważa równocześnie pogląd, iż błąd nie będzie wyłączał winy zawsze²⁰.

Pierwsza część przepisu – *nie popełnia przestępstwa* – wskazuje na to, że sprawca, który jak wyżej wspomniano, wypełnia znamiona określające typ czynu zabronionego określonego w ustawie karnej, ale w związku z tym, że nie można mu przypisać winy w czasie czynu – nie popełnia on przestępstwa. Idąc dalej, można by przyjąć, że nie popełnia zarówno zbrodni, jak i występku, według art. 7 § 1 k.k. Wcześniej natomiast mowa była o niepopełnieniu czynu zabronionego umyślnie, ale możliwe było popełnienie czynu zabronionego nieumyślnie. Zbrodnię, jak wiadomo, zgodnie z art. 8 k.k.²¹ można popełnić wyłącznie umyślnie. A występki również nieumyślnie, jeśli ustawa tak stanowi, tj. jeśli w katalogu występku znajduje się typ czynu zabronionego odpowiadający czynowi sprawcy, to można mu przypisać odpowiedzialność karną za jego popełnienie w warunkach nieumyślności. Natomiast jeśli takiego typu czynu zabronionego opisanego w ustawie nie ma, to zgodnie z zasadą niewypełnienia znamion typu czynu zabronionego – nie ma mowy o jego popełnieniu²². Ustalenia te są o tyle istotne, o ile w literaturze i doktrynie podkreśla się podwójną rolę umyślności i nieumyślności w całościowej strukturze przestępstwa. Odchodząc od określania form winy jako umyślnej i nieumyślnej, są to elementy strony podmiotowej, które wspólnie z innymi znamionami określają typ czynu zabronionego oraz są konieczne, łącznie z innymi czynnikami o samym istnieniu winy oraz jej stopniu²³.

Konkludując ocenę dyspozycji przepisu art. 28 § 1 k.k. po nowelizacji, nasuwa się wniosek, że sprawca działając w warunkach błędu co do znamion czynu zabronionego, nie popełnia *przestępstwa*, ponieważ nie można mu przypisać winy, co wynika właśnie z niewypełnienia znamion strony podmiotowej²⁴. Teza ta niech stanowi punkt wyjścia nad dalszą analizą przypisania, bądź nieprzypisania odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego, który popełnia go w okoliczności błędu co do jego znamion. Niezbędnym

²⁰ F. Cieply, A. Grześkowiak, M. Gałazka, R. G. Hałas, S. Hyps, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, wyd. 3., Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 239.

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

²² G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Tom I, pod red. A. Zolla, Wydawnictwo Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 453–454.

²³ M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, A.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, wyd. 4., Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 22–23.

²⁴ Zob. też M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności...*, *op. cit.*

w tym miejscu jest wysunięcie podstawowych definicji dotyczących strony podmiotowej oraz winy, co również stanowić będzie asumpt dla kontynuacji analizy instytucji błędu co do znamion czynu zabronionego, a przede wszystkim ocenie jego miejsca i funkcji w całości systemu prawa karnego.

Na określenie elementu strony podmiotowej w postaci umyślności, najbardziej trafnym będzie powołanie się na bardzo rzetelny jego opis, tj. postanowienie SN z dnia 13 maja 2015 roku: „Przepis art. 9 § 1 K.k. przewiduje, że czyn popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. Pierwsza postać zamiaru, wynikająca z przywołanego przepisu, tj. zamiar bezpośredni, wiąże się nierozdzielnie z chęcią popełnienia czynu zabronionego. Chęć ta, wyrażająca aspekt woluntatywny, łączy się z aspektem intelektualnym, tj. świadomością realizacji znamion typu czynu zabronionego - nie można przecież czegoś chcieć bez wcześniejszego uświadomienia sobie przedmiotu chęci. W wypadku drugiej postaci zamiaru, tj. zamiaru wynikowego, sprawca może przewidywać, że zamiast albo obok objętego chęcią stanu rzeczy zrealizuje inny, który nie jest już objęty chęcią. Czynnikiem różniącym zamiar wynikowy od zamiaru bezpośredniego jest element woluntatywny, który ustawa określa mianem godzenia się na popełnienie czynu zabronionego. Niezależnie od różnych teoretycznych koncepcji zamiaru wynikowego (zgody, obojętności woli, nietolerowanego ryzyka, prawdopodobieństwa, czy obiektywnej manifestacji) zamiar wynikowy różni od zamiaru bezpośredniego brak chęci popełnienia czynu zabronionego”²⁵. Biorąc pod uwagę poprzednio obowiązującą wersję przepisu stanowiącego o instytucji błędu co do znamion czynu zabronionego, według którego wyłączona była umyślność, powołane postanowienie na pewno pomocne będzie przy dookreśleniu rzeczywistych okoliczności, jakie dotąd – na podstawie przedmiotowej regulacji – podlegały wyłączeniu, a jakie podlegały przypisaniu odpowiedzialności karnej. Zgodnie bowiem z interpretacją art. 28 § 1 k.k. sprzed nowelizacji, możliwe było przypisanie odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego w warunkach nieumyślności. Szerzej o tym poniżej.

Zgodnie z art. 9 § 2 k.k. czyn popełniony jest nieumyślnie, jeśli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że popełnienie tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć²⁶. Regulacja pozwala na wysunięcie tezy o podstawowych cechach nieumyślności w postaci braku

²⁵ Postanowienie SN Izba Karna z dnia 13 maja 2015, II K.k. 60/15, System Informacji Prawnej Legalis Nr 1285380.

²⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

zamiaru popełnienia czynu zabronionego, niezachowanie ostrożności, jaka obiektywnie w podobnych okolicznościach powinna być zachowana, zaistnienie związku pomiędzy rzeczonym niezachowaniem ostrożności a realizacją znamion typu czynu zabronionego, potencjalna albo rzeczywista możliwość przewidzenia skutku czynu zabronionego oraz wypełnienie elementu motywacyjnego, jakim jest wskazanie możliwości w postaci przewidywalności. Wyraża się ona w sformułowaniu *mimo że*²⁷. Przy umyślności wyróżniamy dwie postaci zamiaru, mianowicie *dolus directus*, czyli zamiar bezpośredni oraz *dolus eventualis*, określane zamiarem ewentualnym; z kolei przy nieumyślności można wyodrębnić dwie jej formy, tj. lekkomyślność i niedbalstwo. Inaczej mówiąc, jak to określa się w literaturze, jest to świadoma nieumyślność i nieświadoma nieumyślność. W obu przypadkach mamy do czynienia z różnymi typami braku elementu woluntatywnego, oczywiście nienakierowanego na wypełnienie znamion czynu zabronionego, jak to w przypadku zamiaru przy umyślności. Świadoma nieumyślność, czyli lekkomyślność to sytuacja, w której sprawca świadom jest możliwości naruszenia wymaganych reguł, jest ostrożny i równocześnie jest świadomy możliwości wypełnienia znamion czynu zabronionego. Nieświadoma nieumyślność natomiast, czyli niedbalstwo to sytuacja, w której sprawca nie spełnia stawianych przed nim wymagań normatywnych, które wyrażają się w obiektywnym wzorcu należnego w tej sytuacji zachowania²⁸. Kolejno „podstawową przesłanką odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne jest naruszenie zasady ostrożności. Nie można bowiem przypisać nikomu popełnienia przestępstwa nieumyślnego, jeżeli działa on zgodnie z zasadami ostrożności wymaganej w danej sytuacji. Do ustalenia, że czyn zabroniony został popełniony nieumyślnie, ustawa (art. 9 § 2 KK) wymaga, aby jego popełnienie miało miejsce na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, w jakich podmiot podejmuje zachowanie ryzykując naruszenia dobra prawnego. Oznacza to, że reguły ostrożności nie są ustalane w oderwaniu od określonej sytuacji faktycznej, lecz muszą być dostosowane do aktualnie występujących warunków”²⁹.

W uznaniu wielu teoretyków, gruntowne zrozumienie form strony podmiotowej jest punktem wyjścia dla całościowej oceny instytucji błędu co do znamion czynu zabronionego³⁰, a tym bardziej przy stosowaniu przepisu art. 28

²⁷ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 196.

²⁸ M. Błaszczuk, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31...*, op. cit., s. 374.

²⁹ Postanowienie SN z dnia 5 listopada 2014 roku, V K.k. 162/14, System Informacji Prawnej Legalis Nr 1180517.

³⁰ Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności...*, op. cit.

§ 1 k.k. w jego formie po nowelizacji³¹. Ze stwierdzenia wynika, że sam błąd jest zaprzeczeniem umyślności w związku z rozbieżnością między stanem faktycznym, rzeczywistym a jego odbiciem, odzwierciedleniem w świadomości sprawcy. Istotnie, nie można przypisać sprawcy zamiaru, tj. umyślności przy tym kiedy popełnia on czyn zabroniony, których to znamion nie był świadom. Nie ma więc tutaj woli wypełnienia znamion typu czynu zabronionego, ponieważ sprawca o nich nie wie, nie może bowiem chcieć czegoś, czego nie obejmuje w danej okoliczności swoją świadomością³². Stronę podmiotową określają wyłącznie znamiona, które ściśle związane są z wewnętrznymi przeżyciami sprawcy, czyli tym wszystkim, co znajduje odbicie w jego świadomości, umyśle³³.

Nieumyślność, jako formę strony podmiotowej przy przypisywaniu odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego, wyłączał wprost art. 28 § 1 k.k. przed jego reformą 20 lutego 2015 roku w okoliczności, gdy sprawca pozostawał w błędzie co do jakiegokolwiek znamienia opisującego typ czynu zabronionego. W tym miejscu należy wyjaśnić, czym w istocie jest błąd. Polega on mianowicie na mylnym odbiciu obiektywnej rzeczywistości, stanu faktycznego w umyśle sprawcy³⁴. Innymi słowy, błąd to sytuacja, w której w umyśle sprawcy, podczas pewnego procesu poznawczego³⁵, dochodzi do niezgodności pomiędzy tym, co istnieje w rzeczywistości, a tym, co istnieje w tym samym momencie w świadomości sprawcy. Ta niezgodność może być rezultatem istnienia pewnych elementów w rzeczywistości, natomiast nieuświadamiania sobie ich przez samego sprawcę, albo mylnego wyobrażenia sprawcy o istnieniu pewnych elementów w rzeczywistości. Warunkiem koniecznym wystąpienia błędu na gruncie prawa karnego jest nieświadomość. Nieświadomość znamienia pozytywnego, istotnie będącego częścią opisu typu czynu zabronionego, jak i nieświadomość nieistnienia znamienia negatywnego, którego w tym opisie typu czynu zabronionego nie ma, natomiast sprawca w swojej świadomości utrzymuje, że ono w nim występuje³⁶. Dlatego

³¹ P. Kozłowska-Kalisz, [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, wyd. 6. zaktual. i uzupeł., Wydawnictwo Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 96–97.

³² Zob. T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szewczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, wyd. 2, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008, s. 82.

³³ D. Tokarczuk, *Nieumyślność w świetle propozycji nowelizacji kodeksu karnego – w odpowiedzi Doktor Katarzynie Banasik*, „Palestra”, nr 1–2/2014, s. 142.

³⁴ G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 643.

³⁵ Zob. też J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Wydawnictwo Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.

³⁶ G. Bogdan, T. Bojarski, Z. Ćwiąkałski, P. Gensikowski, J.K. Gierowski, Z. Jędrzejewski, P. Kardas, M. Królikowski, R. Kubiak, J. Kulesza, J. Lachowski, J. Majewski, L.K. Paprzycki,

też przy nieświadomości, będącej podstawą wymaganą dla uznania pozostawania w błędzie, nie można sprawcy przypisać odpowiedzialności za umyślne popełnienie czynu zabronionego, gdy ten pozostawał w błędnym przekonaniu, że znamię pozytywne nie istnieje, bądź znamię negatywne istnieje w rzeczywistości, to znaczy jest elementem opisu typu czynu zabronionego. Inaczej miałyby się natomiast sytuacja z przypisaniem odpowiedzialności karnej przy urojeniu znamienia pozytywnego albo nieświadomości znamienia negatywnego, które zgodnie z założeniami doktryny powinny doprowadzić do przypisania sprawcy odpowiedzialności za czyn zabroniony, ale w warunkach usiłowania nieudolnego³⁷.

Błąd co do znamienia czynu zabronionego, zgodnie z interpretacją art. 28 § 1 k.k., razem z jego treścią sprzed nowelizacji, może dotyczyć każdego relewantnego – na gruncie prawa karnego – znamienia, ale leżącego po stronie przedmiotowej czynu zabronionego. Niemożliwe byłoby przypisanie sprawcy odpowiedzialności za popełnienie czynu zabronionego popełnionego umyślnie, jeśli zgodnie z art. 9 § 1 k.k. sprawca musi dla przyjęcia zamiaru jego popełnienia wypełnić wszystkie znamiona określonego typu czynu zabronionego. Co ważne, błąd – jaki został unormowany w tym przepisie – nie musiał być usprawiedliwiony. Nie miało żadnego znaczenia, czy doszło do naruszenia reguł ostrożności podczas procesu poznawczego oraz czy postępowanie według tych reguł pozwoliłoby na to, że sprawca nie uległby błędowi. Tak samo nieistotne było to, jakie konkretnie okoliczności doprowadziły do takiego stanu, że sprawca w rezultacie znalazł się w błędzie³⁸. „Obojętne jest, czy błąd sprawcy dotyczy jednego znamienia czy też wszystkich znamion, którymi ustawa określa czyn zabroniony; w konsekwencji oznacza to, że prawne skutki wywołuje już błąd co do jednego znamienia”³⁹.

Ł. Pohl, J. Raglewski, *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Tom 4, pod red. L.K. Paprzyckiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 574–575.

³⁷ M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, A.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 133.

³⁸ P. Daniluk, T. Gardocka, R. Giętkowski, A. Herzog, S. Hoc, R. Janiszewski-Downarowicz, R. Kokot, W. Konarska-Wirzosek, J. Kosonoga, W. Kozielewicz, B. Kunicka-Michalska, W. Kutzmann, M. Leciak, T. Oczkowski, Ł. Pohl, J. Potulski, T. Przesławski, J. Skorupka, J. Skupiński, J. Sobczak, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, Z. Świda, A. Walczak-Zochowska, J. Warylewski, A. Wilkowska-Płóciennik, W. Zalewski, *Kodeks karny. Komentarz, Komentarze kodeksowe*, pod red. R.A. Stefańskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 265–266.

³⁹ Wyrok SN z dnia 9 marca 1983 r., Rw 82/83, OSNKW 1983, z. 9, poz. 70.

Najważniejsze było jednak to, że błąd był istotny. Kwestia istotności błędu była kluczowa dla oceny, czy dany czyn popełniony przez sprawcę można rozpatrywać w kontekście tego błędu. Nieistotnymi z punktu widzenia prawa karnego błędami będą bowiem te, które nie dotyczą strony przedmiotowej przestępstwa, w tym takie osoby (*error in personam*), związki przyczynowe (*error in faciendo*) oraz tzw. zboczenie działania (*aberratio ictus vel iactus*). Nie mogą być one przedmiotem błędu znamiona strony podmiotowej, na co wprost kieruje uwagę SN w wyroku z 20 lutego 1997 roku, formułując następującą wypowiedź: „Błąd [...] nie może dotyczyć wszakże takich elementów lub znamion czynu, które same są aktami świadomości bądź procesami psychicznymi sprawcy. Inaczej mówiąc, błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego może dotyczyć tylko znamion przedmiotowych, a nie znamion podmiotowych. Przedmiotem błędu mogą być wszelkie znamiona charakteryzujące przedmiotową stronę czynu, niezależnie od tego, czy mają charakter opisowy czy oceny, czy dotyczą faktów, czy też pojęć prawnych. Nieświadomość jednej choćby tylko okoliczności, należącej do zespołu przedmiotowych znamion stypizowanego czynu zabronionego, wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne”⁴⁰. W tym miejscu zauważmy, że w trakcie oceny całokształtu powyższych okoliczności, w przypadku gdy sprawca pozostaje w błędzie co do znamion czynu zabronionego, bowiem jak już wyżej wspomniano – nie obejmuje pewnego znamienia swoją świadomością, nie można mu przypisać odpowiedzialności karnej. Jeśli okoliczność błędu była jednak wynikiem naruszenia reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, czyli przyczyna jest efektem lekkomyślności lub niedbalstwa, można było przypisać sprawcy nieumyślne popełnienie czynu zabronionego. Z tego też względu mówiono o błędzie zawinionym i niezawinionym. Błąd zawiniony to taki, który popełniony jest w warunkach lekkomyślności bądź niedbalstwa, natomiast niezawiniony to taki, w okoliczności którego sprawca odwrotnie – zachowuje wymagane w danej sytuacji reguły ostrożności, a sprawca skutku czynu zabronionego nie mógł ich przewidzieć, a nawet nie powinien⁴¹. Jeśli więc można sprawcy przypisać odpowiedzialność karną za popełnienie czynu zabronionego w warunkach niezachowania reguł ostrożności i niezachowanie tych reguł będzie zarzuczalne – sprawca popełnia wówczas czyn zabroniony w warunkach nieumyślności⁴².

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 20 lutego 1997 roku, V KKN 188/96, Prok. I Pr. 1998, z. 5, poz. 1.

⁴¹ R.A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Wydawnictwo Difin, 2012, s. 172.

⁴² M. Berent, J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, A.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 136.

Już w poprzednio obowiązującym brzmieniu przepisu art. 28 k.k., w § 2 dotyczącym konwersji znamienia z typu podstawowego w typ uprzywilejowany, spotykamy się z nowym znamieniem, jaki poprzez nowelizację z 20 lutego 2015 r. wchodził również w opis instytucji błędu co do znamienia typu czynu zabronionego. To znaczy mowa tu o usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność, która przemawia za łagodniejszą odpowiedzialnością karną. Znamieniem tym było usprawiedliwienie, innymi słowy usprawiedliwiony błąd. Ocena czy błąd co do okoliczności przewidującej łagodniejszą odpowiedzialność jest usprawiedliwiony, albo też nieusprawiedliwiony, zależy od ewentualnej możliwości obiektywnego przypisania skutku, możliwości dokonania prawidłowej oceny prawdopodobieństwa nastąpienia skutków, możliwości zachowania reguł ostrożności w danych okolicznościach wymaganych oraz dostępności informacji co do charakteru popełnianego czynu, czyli obiektywnej możliwości świadomości zakazu⁴³. Ustawodawca ma na myśli ocenę, czy rzeczywiście w obiektywnie przyjętych identycznych okolicznościach, biorąc pod uwagę pewien wzorzec postępowania, następuje jakakolwiek okoliczność, która sprawia, że błędu nie dało się uniknąć.

W znowelizowanym przepisie § 1 k.k. art. 28 jako nowość wprowadza właśnie znamię usprawiedliwionego błędu. Idąc za innymi regulacjami, w tym powyższą z art. 28 § 2 k.k. oraz art. 29 k.k. i art. 30 k.k., ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do tekstu ustawy kryterium usprawiedliwionego i nieusprawiedliwionego błędu co do znamienia czynu zabronionego. Kryterium to jest podobne do tego, jakiego należy dokonać przy usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności łagodzącej odpowiedzialność. Błąd usprawiedliwiony to taki, którego nawet przy odpowiednio podjętych czynnościach oraz posiadanej wiedzy, jaka pozwalałaby na prawidłową ocenę stanu faktycznego – nie dałoby się uniknąć. Słusznie zaznacza się w literaturze jego ocenny charakter, co w istocie może znacznie osłabić funkcję gwarancyjną prawa karnego⁴⁴. Ocena czy istnieje przypuszczenie, że inny człowiek na miejscu sprawcy, przyjmując ten stan faktyczny, w jakim sprawca się znalazł, zachowałby się w identyczny sposób, jest oceną subiektywną. Istnieje również ryzyko potrzeby oceny sytuacji precedensowej, takiej która dotychczas była niespotykana albo też, która zaszła w sytuacji niepowtarzalnej⁴⁵. Wydawałoby

⁴³ M. Błaszczuk, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31...*, *op. cit.*, s. 534–535.

⁴⁴ F. Cieply, A. Grześkowiak, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 240.

⁴⁵ A. Barczak-Opustil, M. Bielski, G. Bogdan, W. Górski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, M. Małecki, K. Mamak, K. Pałka, A. Pilch, M. Pyrcak, J. Raglewski, T. Sroka, Sz. Tarapata, W. Wróbel, D. Zając, P. Zakrzewski, A. Zoll, W. Zontek, *Nowelizacja...*, *op. cit.*, s. 48.

się, najprawdopodobniej słusznie, że faktycznym kryterium, podejmowanym w celu uznania błędu za usprawiedliwiony jest możliwość postawienia sprawy zarzutu popełnienia czynu zabronionego, to znaczy przypisania sprawcy winy⁴⁶. Rzeczywiście, zagadnienie można uznać za skomplikowane w związku z zupełnie różnymi miejscami, na jakich etapie oceniane są okoliczności związane z usprawiedliwionym błędem co do znamion czynu zabronionego. Ponieważ zagadnienie związane z usprawiedliwieniem rozpatrujemy równocześnie z badaniem wypełnienia znamion strony podmiotowej oraz kwestii zawinienia, to w istocie konieczne jest rozpatrzenie innych okoliczności, jakie samodzielnie sprawiają, że sprawcy nie można postawić zarzutu. Należy wziąć pod uwagę motywy oraz wielopłaszczyznową interpretację przepisu art. 28 § 1 k.k. zgodnie z jego treścią, jaką uzyskał nowelizacją. Mianowicie trafną jest interpretacja *a contrario*, według której sprawca, będąc w sytuacji usprawiedliwionego błędu co do znamion czynu zabronionego, przestępstwa nie popełnia. Popełnia jednak przestępstwo ten, kto wypełnia znamiona czynu zabronionego pod wpływem nieusprawiedliwionego błędu. Popełnia wówczas czyn zabroniony. Ponieważ błąd to nieświadomość, wyłączająca umyślność – sprawca ponosi odpowiedzialność za przestępstwo popełnione w warunkach nieumyślności. Oczywiście, gdy jest ona zarzucalna oraz gdy ustawa przewiduje typ czynu zabronionego w tej postaci, który może być popełniony nieumyślnie⁴⁷. Ustawodawca przesuwając moment oceny możliwości zarzucenia sprawcy popełnienia czynu zabronionego na etap, po którym stwierdzono już, że wypełnione zostały znamiona zarówno strony podmiotowej, jak i przedmiotowej. Kolejność oceny powinna być więc następująca: najpierw należy ocenić i stwierdzić, czy znamiona strony przedmiotowej zostały wypełnione. Kolejno musi zostać określona strona podmiotowa, mianowicie czy sprawca działa w warunkach umyślności czy nieumyślności. Dopiero stwierdzenie, że sprawca nie działał w okoliczności niemożliwości przewidzenia popełnienia czynu zabronionego, nakazuje odszukać w ustawie występki, bowiem może on zostać popełniony również nieumyślnie, a także dokonać subsumpcji. Jeśli jednak typu czynu zabronionego nie ma opisanego w ustawie, sprawcy nie można przypisać popełnienia żadnego czynu zabronionego. I właśnie w tym momencie aktywizuje się problem usprawiedliwionego i nieusprawiedliwionego błędu. Ponieważ sprawca działa nieumyślnie, a odpowiedniego typu czynu zabronionego ustawa nie przewiduje, dalsze rozpatrywanie kwestii usprawiedliwienia i nieusprawiedliwienia staje się w isto-

⁴⁶ M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności...*, *op. cit.*, s. 6–7.

⁴⁷ F. Cieply, A. Grześkowiak, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 242.

cie bezzasadne i bezprzedmiotowe. Z drugiej strony, gdy mamy do czynienia z typem czynu zabronionego, którego odpowiednik popełniony w formie nieumyślnej w ustawie się znajduje, oceniamy czy sprawca – naruszając zasady reguł ostrożności – mógł przewidzieć przestępność zachowania, czy też w obiektywnej sytuacji wzorowy obywatel zachowałby się w podobny sposób; przypisujemy sprawcy popełnienie czynu zabronionego w warunkach zarzucanej nieumyślności. Dopiero potem zachodzi potrzeba oceny, czy sprawcy przypisać można winę popełnienia przestępstwa⁴⁸.

W literaturze pojawiają się głosy wykazujące wątpliwość, czy omawiany przepis ma dotyczyć wyłącznie przestępstw umyślnych, czy także przestępstw nieumyślnych. Formuła postawiona na początku przepisu w dość jednoznaczny sposób wskazuje na odniesienie do sytuacji popełnienia czynu zabronionego przy pozostawaniu w usprawiedliwionym błędzie co do jednego z jego znamion. W efekcie takich rozważań wnioski z nich płynące wskazują, że znowelizowany przepis dotyczy wyłącznie przestępstw nieumyślnych. Nie ułatwia to jego interpretacji. Prawidłowym jest uzasadnienie tej trudności w możliwości wykorzystania przepisu w sytuacji, gdy sprawca wypełnia znamiona typu czynu zabronionego, ale powołuje się na błąd co do jednego z nich. Wyklucza to oczywiście działanie w świadomości. Przy dodatkowym uznaniu, że sprawca działa w usprawiedliwionym błędzie, prowadzi do wykluczenia możliwości przypisania mu popełnienia tego typu czynu zabronionego⁴⁹. Pytanie jednak, czy według dotąd obowiązującego brzmienia przepisu art. 28 § 1 k.k., zgodnie z brzmieniem art. 9 § 2 k.k., nie mielibyśmy do czynienia z identyczną sytuacją i kwalifikacją. To znów prowadzi do pytania, czy zmiana brzmienia omawianego przepisu była konieczna i czy jego redakcja istotnie prowadzi do ujednolicenia systemu prawa karnego.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że zmiana normatywna w zakresie znamion strony podmiotowej, jak i w zakresie okoliczności wyłączających winę, nie zaszła. Intencję zmiany możemy jedynie zaobserwować i jednocześnie stwierdzić, jeśli ustawodawcy chodzi o funkcję instytucji błędu. Dotychczasowa redakcja przepisu nie przewidywała konieczności usprawiedliwienia błędu do co znamienia, po zmianie jaką wprowadziła ustawa nowelizacyjna organy postępowania karnego muszą rozpatrywać kwestię usprawiedliwienia błędu. Ma to istotne znaczenie, bowiem poprzez ustalenie,

⁴⁸ Zob. A. Barczak-Opustil, M. Bielski, G. Bogdan, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, M. Małecki, K. Mamak, K. Pałka, A. Pilch, M. Pyrcak, J. Raglewski, T. Sroka, Sz. Tarapata, W. Wróbel, D. Zajac, P. Zakrzewski, A. Zoll, W. Zontek, *Nowelizacja...*, *op. cit.*, s. 50.

⁴⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, 19 wydanie zmienione, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 145.

że zachodzi błąd sprawcy co do znamienia typu czynu zabronionego, nastąpi aktywizacja postanowień przepisu art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., a więc zostaną spełnione przesłanki wyłączające wszczęcie postępowania oraz co do zasady – jego umorzenie⁵⁰. Zmiana „nie popełnia umyślnie czynu zabronionego” w „nie popełnia przestępstwa” również zdaje się być trafną w związku z systematyką instytucji błędu co do znamion czynu zabronionego⁵¹. Nie oznacza to jednak, że w literaturze nie pojawiają się głosy o trudnościach w kwestii określenia funkcji błędu. Należy założyć jego funkcję podwójną; z jednej strony wyłączenie strony podmiotowej czynu nieumyślnego, z drugiej strony zniesienie możliwości postawienia sprawcy zarzutu popełnienia przestępstwa. Inni natomiast przypisują dwie funkcje instytucji winy „[...] tj. dopuszczeniu możliwości uwzględnienia tych samych momentów przedmiotowych w ocenie strony podmiotowej i winy, ale przy zachowaniu wymuszonych regulacją kodeksową dwóch poziomów argumentacji polegających na zbadaniu realizacji znamion typu i możliwości postawienia sprawcy zarzutu – stwierdzenie braku wypełnienia znamion znosi obowiązek przeprowadzenia rozumowania dotyczącego zarzucalności i uchyla odpowiedzialność karną za przestępstwo umyślne”⁵².

Zabieg zmiany redakcji przepisu z reguły oceniany jest dobrze⁵³. Wciąż otwartą kwestią pozostaje wymóg cechy spójności, jaka powinna charakteryzować wszystkie instytucje prawa karnego. Strona podmiotowa i wina, jako podstawowe instytucje prawa karnego, muszą zarówno w teorii i praktyce pozostawać w prawidłowej korelacji z błędem co do znamion czynu zabronionego⁵⁴.

Reasumując, należy uznać prawidłowość intencji ustawodawcy przy wprowadzeniu zmian do ocenianej regulacji art. 28 § 1 k.k. Na pewno niesie ona za sobą potrzebę radykalnego odróżnienia oceny spełnienia znamion czynu zabronionego strony przedmiotowej i podmiotowej od możliwości zarzucalności i stopniowania winy. Na pewno też przewidywalność popełnienia czy-

⁵⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

⁵¹ Zob. A. Barczak-Opustil, M. Bielski, G. Bogdan, W. Górski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, M. Małecki, K. Mamak, K. Pałka, A. Pilch, M. Pyrcak, J. Raglewski, T. Sroka, Sz. Tarapata, W. Wróbel, D. Zając, P. Zakrzewski, A. Zoll, W. Zontek, *Nowelizacja...*, *op. cit.*

⁵² M. Królikowski, [w:] M. Błaszczuk, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1 – 31...*, *op. cit.*, s. 534.

⁵³ Zob. M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności...*, *op. cit.*

⁵⁴ F. Cieply, A. Grześkowiak, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hyps, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Kodeks karny...*, *op. cit.*

nu zabronionego, rozpatrywana dotychczas jako przesłanka nieumyślności, winna przestać być odnoszona do strony subiektywnej, a powinna, od dnia wejścia zmian, być rozpatrywana jako element strony przedmiotowej.

Abstract

A justified mistake of fact – an attempt to assess the purposefulness of amendments of 20th February 2015

One of the institutions, which underwent some significant changes as a result of the act amending The Criminal Code of 20th February 2015, is a mistake of fact under the Article 28 (1) of the Criminal Code. This institution is related to such basic issues of The Criminal Code as fault and a subject party. On the one hand, it standardises exclusion from criminal liability but on the other hand it entails certain doubts with regards to the amended law. It is questioned whether the amendment was actually necessary. As many theoreticians indicate, the consequences of the implementation of this regulation basically remain the same as in the case of the previous one. This amendment is perceived as a meaningless change only connected to its form. What is more, there is a new element added to the institution of a mistake of fact, namely justification. However, this element is not a novelty in the Criminal Code. The aim of this work is to assess the amendment and its purposefulness.

Key words: mistake, subject party, amendment, inadvertence, elements of a crime

Streszczenie

Usprawiedliwiony błąd co do znamion czynu zabronionego – próba oceny zasadności nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 roku

Jedną z instytucji, podlegających istotnym zmianom w wyniku ustawy nowelizującej Kodeks karny z dnia 20 lutego 2015 roku jest błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, uregulowany w art. 28 § 1 Kodeksu karnego. Instytucja ta jest powiązana z podstawowymi kwestiami nauki prawa karnego, jak wina i strona podmiotowa. Z jednej strony w wyniku nowelizacji przepisu mamy do czynienia z ujednoliceniem w kwestii wyłączenia odpowiedzialności karnej, z drugiej jednak strony pojawiły się co do znowelizowanego przepisu w nauce prawa karnego wątpliwości. Przede wszystkim czy istotnie nowelizacja w tym zakresie była niezbędna, jako że wielu teoretyków wskazuje na konsekwencje zastosowania regulacji, które nie są inne niż przy zastosowaniu poprzedniej regulacji. W związku z tym zmiana traktowana jest jako kosmetyczna dotycząca jedynie konstrukcji samego przepisu. Co więcej pojawiło się nowe znamię dodane do opisu instytucji błędu co do znamion czynu zabronionego, to znaczy usprawiedliwienia. Nie jest to jednak znamię nieznane nauce prawa karnego. Celem niniejszej pracy jest próba oceny nowelizacji i analizy jej celowości.

Słowa kluczowe: błąd, strona podmiotowa, nowelizacja, nieumyślność, znamiona przestępstwa

Marek Tomczyk

doktorant UJK w Kielcach, asystent posła do PE, Bruksela

Kluczowe kontrowersje konstytucyjne związane z ustanowieniem Prokuratury Europejskiej

Wprowadzenie

Projekt powołania Prokuratury Europejskiej jest emanacją unijnej polityki zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii Europejskiej, której początki sięgają lat 70. ubiegłego wieku. W tamtym okresie zapadły pierwsze decyzje mające kluczowy wpływ na ukształtowanie się tego obszaru zainteresowań instytucji wspólnotowych (z wiodącą rolą Komisji WE). Zdecydowano wówczas m.in. o nadaniu autonomii budżetowej Wspólnotom Europejskim¹, powołany został Trybunał Obrachunkowy², a istotne uprawnienia w zakresie kontroli budżetowej zyskał także Parlament Europejski, pochodzący z pierwszych bezpośrednich wyborów w 1979 r.³ Koncepcja Prokuratury Europejskiej *explicite* pojawiła się pod koniec lat 90. w nowatorskim, jak na tamte czasy, projekcie *Corpus Iuris*⁴ przewidującym utworzenie na terytorium Unii Europejskiej jednolitego europejskiego obszaru sądowego

¹ Zob. *Council Decision of 21 April 1970 (70/243/ECSC, EEC, Euratom) on the replacement of financial contributions from Member States by the Communities' own resources* (Dz. Urz. L 94 z 28 kwietnia 1970 r.).

² Na mocy tzw. drugiego traktatu budżetowego podpisanego w Brukseli w dniu 22 lipca 1975 r. (*Treaty amending certain financial provisions of the Treaties establishing the EEC and of the Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the EC* – Dz. Urz. L 359 z 31 grudnia 1977 r.).

³ Zob. *Main aspects of European development during the period June 1979–June 1980*, Directorate General for Research and Documentation European Parliament, Luksemburg 1980, s. 23.

⁴ M. Delmas-Marty, *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Economica, Paryż 1997. Wydanie polskie – *Corpus Iuris zawierający przepisy karne mające na celu ochronę interesów finansowych Unii Europejskiej*, red. B. Namysłowska, C.H. Beck, Warszawa 1999.

(*Single European Legal Area*) dla celów ścigania transgranicznych przestępstw godzących w budżet Unii. Koncepcja ta niwelowała utrudnienia wynikające z rozdrobnienia systemów prawnych państw członkowskich Unii oraz mankamenty tradycyjnej współpracy w sprawach karnych. Zakładała odejście od tradycyjnych metod pomocy prawnej, unifikację definicji przestępstw na szkodę interesów finansowych Unii oraz ustalenie sankcji i środków karnych. Trzon projektu *Corpus Iuris* stanowiły jednak przepisy formalnoprawne zakładające utworzenie nowego, ponadnarodowego organu wspólnotowego, uprawnionego do prowadzenia dochodzeń i ścigania sprawców przestępstw przeciwko interesom finansowym UE – bezpośrednio na terytorium wszystkich państw członkowskich. Kompetencje prokuratorskie to jednak tradycyjny atrybut władzy państwowej (*ius puniendi*), dlatego koncepcja ustanowienia Prokuratury Europejskiej od samego początku nie cieszyła się uznaniem państw członkowskich. Z jednej strony, nie przywiązywały one w owym czasie istotnego znaczenia do zwalczania przestępczości wymierzonej w „obcy” budżet Wspólnot Europejskich⁵, z drugiej zaś, aż nadto obawiały się przekazania części własnego *imperium*⁶ na poziom wspólnotowy. W efekcie, zamiast zdecydować się na pogłębienie integracji wymiarów sprawiedliwości, na plan pierwszy konsekwentnie wysuwano aspekt horyzontalnej współpracy międzyrządowej w ramach trzeciego filara UE (wymagana jednomyślność i pełna kontrola państw członkowskich, formuła tradycyjnych konwencji wymagających ratyfikacji)⁷.

Na przestrzeni kolejnych lat koncepcja Prokuratury Europejskiej była szczegółowo analizowana pod kątem jej ewentualnego wdrożenia do porząd-

⁵ Na tym tle m.in. zapadło precedensowe orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 21 września 1989 r. w sprawie tzw. greckiej kukurydzy (sygn. 68/88). Władze Grecji zostały zawiadomione przez Komisję o oszustwie polegającym na sprzedaży – przez jedną z firm greckich do Belgii – dwóch kontyngentów kukurydzy prowadzonej wcześniej z Jugosławii, bez odprowadzenia należnego Wspólnocie podatku importowego. Z ustaleń Komisji wynikało, że w proceder zamieszani byli greccy urzędnicy państwowi. Pomimo wszczęcia postępowania administracyjnego przez rząd Grecji, ustalenia nie dały żadnych rezultatów. W efekcie Komisja wszczęła przed Trybunałem Sprawiedliwości procedurę w trybie uchybienia przez państwo członkowskie zobowiązaniom traktatowym (art. 169 TEWG). W wydanym wyroku, Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że państwa członkowskie mają obowiązek przyjmować takie same środki do zwalczania nadużyć finansowych naruszających interesy finansowe Wspólnoty, jakie podejmują do zwalczania nadużyć wymierzonych w ich własne budżety.

⁶ Por. J. Vervaele, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?*, ERA Forum 15/2014, s. 86.

⁷ Por. J. Vervaele, *The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, European Legal Studies, Research Papers in Law 3/2005, College of Europe, Brugia 2005, s. 21–22.

ków prawnych – wówczas jeszcze piętnastu – państw członkowskich⁸. Silnie motywowana, przez Parlament Europejski⁹, Komisja zdecydowała także o przeprowadzeniu szeroko zakrojonej debaty publicznej na temat poprawy efektywności ochrony środków budżetowych Unii. W 2001 r. opublikowana została zielona księga w sprawie ustanowienia Prokuratury Europejskiej¹⁰, w której przedstawiono wyniki dotychczasowych badań oraz możliwe scenariusze powołania tego organu. Celem tego dokumentu było nie tylko pogłębienie – prowadzonej już od czasów *Corpus Iuris* – debaty i szersze zaprezentowanie założeń koncepcji europejskiej opinii publicznej, lecz także opracowanie propozycji rewizji traktatów – do przedstawienia Konwentowi Europejskiemu¹¹ – przewidującej wprost możliwość powołania Prokuratury Europejskiej¹². Ostatecznie, w związku z fiaskiem ratyfikacji Traktatu Konstytucyjnego¹³, ustanowienie w prawie pierwotnym przepisów przewidujących powołanie Prokuratury Europejskiej stało się możliwe dopiero wraz z wejściem w życie Traktatu z Lizbony. Dzięki reformie traktatowych podstaw współpracy karnej i uwspółnotowaniu trzeciego filara – znacznie zwiększyła się w tym obszarze rola Parlamentu Europejskiego, Komisji i Trybunału Sprawiedliwości. Wyznaczone zostały także nowe ramy europejskiej polityki i programów zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych UE¹⁴. Stanowią one obecnie zintegrowany element realizacji jednego z głównych celów Unii, jakim jest obowiązek zapewnienia obywatelom UE wysokiego poziomu bezpieczeństwa w ramach przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości¹⁵. Wśród instrumentów służących realizacji tego celu przewidziano

⁸ M. Delmas-Marty, J. Vervaele, *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, t. I–IV, Intersentia, Antwerpia, lata 2000–2001.

⁹ Zob. m.in.: *resolution containing Parliament's recommendations to the Commission on introducing protection under criminal law of the Union's financial interests* (A5-0002/2000); *resolution on the 1998 annual report by the Commission on protecting the Communities' financial interests and the fight against fraud* (C5-0058/2000); *resolution on the Commission communication 'Protection of the Communities' financial interests – The fight against fraud – For an overall strategic approach* (C5-0578/2000).

¹⁰ Zob. *Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor*, COM(2001)715, Bruksela, 11 grudnia 2001 r.

¹¹ O zwołaniu Konwentu w sprawie przyszłości Europy postanowiła Rada Europejska podczas szczytu w Laeken, w dniach 14–15 grudnia 2001 r. Celem jego prac miało być przygotowanie dokumentu końcowego z propozycją zmiany traktatów, która następnie miała być przedmiotem prac konferencji międzyrządowej. Por. konkluzje ze spotkania Rady Europejskiej w Laeken, pkt III.

¹² *Green Paper on criminal-law protection...*, op. cit., pkt 1.3.

¹³ Powołanie Prokuratury Europejskiej przewidywał przepis art. III-274 Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy (Dz. Urz. C 310 z 16 grudnia 2004 r.).

¹⁴ Zob. art. 310 ust. 6 TFUE w związku z art. 325 TFUE.

¹⁵ Zob. art. 3 ust. 2 TUE w związku z art. 67 ust. 3 TFUE.

m.in. reformę istniejących struktur instytucjonalnych¹⁶ oraz możliwość ustanowienia nowych organów unijnych, w tym Prokuratury Europejskiej¹⁷. Na kanwie tych zmian, Komisja Europejska przystąpiła do zdecydowanych działań¹⁸. W marcu 2011 r. opublikowany został wniosek dotyczący nowelizacji rozporządzenia w sprawie Europejskiego Urzędu ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF)¹⁹, mający na celu poprawę skuteczności prowadzonych postępowań, a następnie – w lipcu 2012 r. – propozycja tzw. nowej dyrektywy PIF (*protection des intérêts financiers*)²⁰, zakładająca harmonizację przepisów prawnych w zakresie wspólnych definicji przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii oraz kar za ich popełnienie. Punktem kulminacyjnym tej aktywności Komisji było przyjęcie, w lipcu 2013 r.²¹, projektu rozporządzenia Rady w sprawie ustanowienia Prokuratury Europejskiej²², celem „prowadzenia dochodzeń w sprawach przestępstw godzących w unijny budżet, ścigania odpowiedzialnych za nie podmiotów, a także wnoszenia do sądów państw członkowskich spraw związanych z przestępstwami tego rodzaju”²³.

¹⁶ Zob. art. 85 TFUE zakładający reformę Eurojustu.

¹⁷ Zob. art. 86 TFUE.

¹⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie ochrony interesów finansowych UE przez prawo karne i w drodze dochodzeń administracyjnych – Zintegrowana polityka służąca ochronie pieniędzy podatników – Bruksela, 26 maja 2011 r. – COM(2011)293.

¹⁹ Zob. Zmieniony wniosek Komisji, Rozporządzenie Parlamentu i Rady zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1073/99 dotyczące dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) i uchylające rozporządzenie (Euratom) nr 1074/99, Bruksela 17 marca 2011 r. – COM(2011)135.

²⁰ Zob. wniosek Komisji: Dyrektywa Parlamentu i Rady w sprawie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych unii za pośrednictwem prawa karnego, Bruksela 11 lipca 2012 r. – COM(2012)363.

²¹ Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Lepsza ochrona interesów finansowych Unii: ustanowienie Prokuratury Europejskiej i reforma Eurojustu – Bruksela, 17 lipca 2013 r. – COM(2013)532.

²² Zob. wniosek Komisji – rozporządzenie Rady w sprawie ustanowienia Prokuratury Europejskiej – Bruksela, 17 lipca 2013 r. – COM(2013)534. Nb. na bieżącym etapie prac legislacyjnych w Radzie przyjęta została skonsolidowana część projektu rozporządzenia obejmująca przepisy art. 1 – art. 35 (dokument Rady o sygn. 15100/15). Niektóre z założeń dotyczących funkcjonowania Prokuratury Europejskiej uległy diametralnym zmianom w stosunku do przedstawionych przez Komisję we wniosku. Mając to na uwadze, w artykule zostaną przywołane najbardziej aktualne rozwiązania „projektu Rady” (tj. wniosku Komisji w wersji zmienionej przez Radę), z kolei odwołania poczynione we „wniosku Komisji” dotyczą pierwotnego projektu rozporządzenia.

²³ Zob. komunikat prasowy Komisji Europejskiej – Ochrona pieniędzy podatników przed nadużyciami finansowymi: Komisja proponuje powołanie Prokuratury Europejskiej oraz wzmacnia gwarancje procesowe w postępowaniu przed OLAF (IP 13/709, Bruksela 17 lipca 2013 r.).

Kontrowersje związane z ustanowieniem Prokuratury Europejskiej

Jak wspomniano wcześniej, Prokuratura Europejska była od samego początku przedmiotem politycznego sporu pomiędzy państwami członkowskimi a instytucjami wspólnotowymi. Z jednej strony, Parlament i Komisja Europejska silnie akcentowały konieczność powołania tego ponadnarodowego organu, co nieodzownie wiązało się z przekazaniem części kompetencji państwowych na poziom unijny – z drugiej zaś, państwa członkowskie oponowały przeciwko propozycji nowego podziału kompetencji oraz przejęcia przez Prokuraturę Europejską części ich własnych obowiązków w zakresie zwalczania przestępczości, gdyż mogłoby to pośrednio prowadzić do podważenia ich dotychczasowego sposobu zarządzania wymiarem sprawiedliwości, a także zakwestionowania priorytetów polityki karnej²⁴. Wskazywano ponadto, że wdrożenie w życie koncepcji Prokuratury Europejskiej wymagałoby także nowelizacji konstytucji niektórych państw członkowskich²⁵. W efekcie, ostateczna zgoda państw członkowskich na umieszczenie w Traktacie Lizbońskim podstawy prawnej przewidującej możliwość powołania Prokuratury Europejskiej została okupiona znacznymi ustępstwami, co odzwierciedla konstrukcja przepisu art. 86 TFUE²⁶ (m.in. wymóg utworzenia Prokuratury „z Eurojust”, ograniczenie jej właściwości rzeczowej, wymagana jednomyslność w Radzie, procedura hamulca bezpieczeństwa, wzmocniona współpraca²⁷). W przepisie tym

²⁴ Zob. K. Ligeti, M. Simonato, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, „New Journal of European Criminal Law”, t. 4, nr 1–2/2013, s. 8.

²⁵ Zob. J. Monar, *Eurojust and European Public Prosecutor Perspective – From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?*, „Perspectives on European Politics and Society”, t. 14, nr 3, Routledge 2013, s. 352. Na możliwość wystąpienia kolizji między przepisami projektowanego rozporządzenia Rady a normami konstytucji RP wskazuje np. B. Hlawacz w artykule *Propozycja Komisji Europejskiej dotycząca rozporządzenia Rady w sprawie utworzenia Prokuratury Europejskiej (część III)*, „Prokuratura i Prawo”, nr 9/2014, s. 134 i nast.

²⁶ Por. A. Grzelak, T. Ostropolski, *Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Współpraca wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych i współpraca policyjna*, System prawa Unii Europejskiej, tom XI, część 1, EuroPrawo 2011, s. 76.

²⁷ Z dokumentu końcowego, opracowanego przez Konwent Europejski, przedłożonego Radzie Europejskiej wynika, że warunkiem wstępnym powołania Prokuratury Europejskiej była specjalna procedura ustawodawcza z dominującą pozycją państw członkowskich (tj. ustawa „Rady Ministrów” za zgodą Parlamentu Europejskiego) oraz wymóg osiągnięcia jednomyslności w Radzie. Warunkiem wstępnym było także ścisłe powiązanie Prokuratury z Eurojust – organem współpracy horyzontalnej w zupełności zależnym od państw członkowskich (por. CONV 850/03, art. III–175, s. 140). Pomimo szerokiego konsensusu wokół tego dokumentu, podczas posiedzenia Rady Europejskiej powrócono do kilku newralgicznych tematów, w tym Prokuratury Europejskiej. W efekcie, w ostatecznym tekście Traktatu Konstytucyjnego, spod kognicji Prokuratury wyłączono zwalczanie poważnej przestępczości transgranicznej (por. art. III–274 TK). W trakcie negocjacji tekstu Traktatu z Lizbony, do przepisu art. 86

zawarto jedynie ogólne wytyczne dotyczące trybu powołania Prokuratury, jej ram instytucjonalnych i zakresu kompetencji. Jednocześnie, wszelkie kwestie formalnoprawne (statut, organizację Prokuratury, zasady proceduralne, dopuszczalność dowodów i zasady sądowej kontroli czynności procesowych) odesłano do uregulowania w rozporządzeniu Rady. Stwarza to niewątpliwie szerokie pole do interpretacji art. 86 TFUE przez Radę, co było zapewne wyrazem chęci zachowania przez państwa członkowskie²⁸ (będące „panami traktatów²⁹”) możliwie największej kontroli nad ostateczną treścią rozporządzenia. Niestety stało się także przyczyną zasadniczych rozbieżności interpretacyjnych³⁰, które pod znakiem zapytania stawiają efektywne wykorzystanie wartości dodanej wynikającej z funkcjonowania przyszłej Prokuratury Europejskiej³¹.

Model Prokuratury Europejskiej

Jedną z istotnych kwestii budzących od samego początku kontrowersje na tle interpretacji traktatowych podstaw przyszłego funkcjonowania Prokuratury Europejskiej – jest model, w jakim powinna ona zostać powołana³². Z brzmienia przepisu art. 86 ust. 1 TFUE wynika, że Rada może ustanowić Prokuraturę „w oparciu o Eurojust” (*from Eurojust*). Sformułowanie to jest dość nieprecyzyjne, gdyż nie ma jasności, co do interpretacji wymienione-

TFUE wprowadzone zostały kolejne zmiany będące wynikiem ustępstw na rzecz państw członkowskich (procedura hamulca bezpieczeństwa, możliwość podjęcia wzmocnionej współpracy).

²⁸ Zob. K. Ligeti, *The European Public Prosecutor's Office*, [w:] V. Mitsilegas, *Research Handbook on EU Criminal Law*, Elgar Publishing 2016, s. 483.

²⁹ Por. uzasadnienie wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie połączonych wniosków o zbadanie zgodności z niemiecką ustawą zasadniczą niektórych przepisów uchwalonych w związku z ratyfikacją Traktatu z Lizbony (sygn. 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08 i in.), pkt 150, 231, 298 i 334.

³⁰ Por. m.in. K. Ligeti, *The European Public Prosecutor's Office: Which Model?*, [w:] A. Klip, *Substantive Criminal Law of the EU*, Antwerpia 2011, s. 51–65; M. Caianiello, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes or Nothing Changes?*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Justice”, nr 21/2013, s. 115–125; S. White, *Towards a Decentralised European Public Prosecutor's Office?*, „New Journal of European Criminal Law”, t. 4, nr 1–2/2013, s. 22–39; M. Królikowski, K. Ujazdowski, *Spór o kształt Prokuratury Europejskiej*, „Forum Prawnicze”, nr 4/2013, s. 25–37; S. Pawelec, *Uwagi na temat zakresu kompetencji przyszłej Prokuratury Europejskiej*, „Palestra”, nr 5–6/2014, s. 25–41.

³¹ Zob. A. Erbežnik, *European Public Prosecutor's Office (EPPO) – too much, too soon, and without legitimacy?*, EuCLR – „European Criminal Law Review”, t. 5/2015, nr 2, s. 221.

³² Por. F. Ruggieri, *Eurojust and the European Prosecutor's Office After the Lisbon Treaty*, [w:] *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, red. S. Ruggieri, Springer 2013, s. 215–228.

go wyrażenia, sugerującego bliżej nieustalone powiązanie Prokuratury Europejskiej z Eurojustem³³. Z pewnością jednak, zakres kompetencji Eurojustu został ukształtowany w taki sposób, by wykluczyć możliwość wykonywania przez tę agencję funkcji czysto prokuratorskich³⁴, które traktat wyraźnie zastrzegł dla Prokuratury Europejskiej³⁵.

W ramach prac przygotowawczych nad wnioskiem, Komisja rozważała różne modele ustanowienia Prokuratury Europejskiej, w tym również w kontekście jej relacji z Eurojustem³⁶. Analizowano m.in. możliwość utworzenia Prokuratury w ramach Eurojust z wykorzystaniem jego zasobów, jako „agencji-matki” (*parent agency*)³⁷. Efektywność wdrożenia tej opcji przez Komisję została jednak oceniona relatywnie nisko, w związku z wyraźnym konfliktem interesów pomiędzy zależnym w całości od państw członkowskich – Eurojustem a mającą działać w ramach jego struktur – niezależną Prokuraturą Europejską³⁸.

Rozważana była także opcja ustanowienia Prokuratury Europejskiej odrębnej od Eurojustu, lecz działającej w formule kolegalnej (*college-type EPPO*), czyli tożsamej z modelem, w jakim działa Eurojust. Członkowie kolegium Prokuratury byłiby również wskazywani przez poszczególne państwa członkowskie, jednak cieszyliby się silniejszym mandatem i pełną niezależnością³⁹. W ocenie Komisji, wdrożenie tego modelu Prokuratury miałoby efektywność średnią lub wysoką (w zależności od obszaru dokonywanej oceny), jednak jako kontrargument wskazano powierzanie czynności prokuratorskich ciału kolegalnemu, w którym decyzje zapadałyby w głosowaniu większością głosów, podczas gdy urząd prokuratorski wymaga sprawnego i przejrzystego procesu decyzyjnego⁴⁰.

Ostatecznie, w opublikowanym projekcie rozporządzenia Rady, Komisja opowiedziała się za powołaniem Prokuratury Europejskiej o strukturze zintegrowanej

³³ Zob. G. Stronikowska, *Propozycja Komisji Europejskiej dotycząca rozporządzenia Rady w sprawie utworzenia Prokuratury Europejskiej (część I)*, „Prokuratura i Prawo”, nr 6/2014, s. 57.

³⁴ Zob. przepis art. 85 ust. 2 TFUE.

³⁵ Zob. F. Ruggieri, *The Future of the European Public Prosecutor's Office in the Framework of Articles 85 and 86 TFEU: A Comparison Between the Italian, German, and English Versions*, [w:] *Criminal Proceedings, Languages and the European Union – Linguistic and Legal Issues*, red. F. Ruggieri, Springer 2014, s. 119.

³⁶ *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office* – SWD(2013)275, pkt 6.9.1.

³⁷ *Ibidem*, pkt 6.5.

³⁸ *Ibidem*, pkt 7.4.1.

³⁹ *Ibidem*, pkt 6.6.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 7.5.1.

na poziomie centralnym i zdecentralizowanej⁴¹ na poziomie krajowym, utrzymującej szczególne stosunki z Eurojustem, oparte na ścisłej współpracy oraz wzajemnych powiazaniach operacyjnych, administracyjnych i zarządczych⁴². Model ten zakładał utworzenie na poziomie unijnym organu centralnego, jakim byłby Prokurator Europejski (wraz z zastępcami) oraz powołanie w każdym z państw członkowskich delegowanych prokuratorów europejskich prowadzących postępowania karne pod kierownictwem i nadzorem Prokuratora Europejskiego⁴³. Korzyści wynikające z wdrożenia tej opcji zostały ocenione przez Komisję najwyższej spośród wszystkich rozważanych możliwości. Wskazano jednak na istniejące wśród państw członkowskich zastrzeżenia odnośnie wykonywania na ich terytorium (jurysdykcji) władzy prokuratorskiej przez niezależnych od nich delegowanych prokuratorów europejskich⁴⁴.

Przedstawienie wniosku Komisji nie zamknęło jednak dyskusji na temat ostatecznego modelu funkcjonowania Prokuratury Europejskiej. Kwestia ta była nadal mocno kontrowersyjna z punktu widzenia państw członkowskich, które – korzystając z uprawnień przysługujących Radzie, jako głównemu legislatorowi – zdecydowały o odejściu od, lansowanego przez Komisję, wertykalnego modelu Prokuratury Europejskiej na rzecz kolegialnego sposobu zarządzania Prokuraturą na poziomie unijnym⁴⁵. Na obecnym etapie procesu legislacyjnego, kierowniczą rolę w działalności Prokuratury Europejskiej odgrywało będzie jej kolegium – tworzone przez Europejskiego Prokuratora Generalnego, jego zastępców i prokuratorów europejskich (w liczbie odpowiadającej delegowanym prokuratorom europejskim, działającym w państwach członkowskich) oraz stałe izby⁴⁶. W omawianym kontekście na uwagę zasługuje także odejście przez Radę od – kluczowej we wniosku Komisji – koncepcji terytorialności europejskiej, zakładającej, że „do celów dochodzeń i postępowań karnych prowadzonych przez Prokuraturę Europejską terytorium państw członkowskich Unii

⁴¹ Analiza struktury Prokuratury Europejskiej oraz sposobu zarządzania prowadzonymi przez nią postępowaniami podważa tezę o zdecentralizowanym charakterze Prokuratury Europejskiej. Mając na uwadze projektowane przepisy należałoby raczej mówić o Prokuraturze Europejskiej, jako instytucji zdekoncentrowanej, gdyż rozporządzenie zakłada pełne hierarchiczne podporządkowanie prokuratorów europejskich delegowanych w państwach członkowskich. Podobnie, por. M. Zreda, *Opinia w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie ustanowienia Prokuratury Europejskiej*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych”, nr 3/2013, s. 109.

⁴² Zob. art. 57 wniosku Komisji.

⁴³ Zob. art. 6 wniosku Komisji.

⁴⁴ *Commission Staff Working Document. Impact Assessment...*, *op. cit.*, pkt 7.6.1.

⁴⁵ Protokół z 3298. posiedzenia Rady Unii Europejskiej (Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne), które odbyło się w Brukseli w dniach 3 i 4 marca 2014 r. (dokument 7467/14 ADD1), s. 7, pkt 12.

⁴⁶ Zob. przepisy art. 7 – art. 12 projektu Rady.

uznaje się za jednolitą przestrzeń prawną⁴⁷. Rada zdecydowała o wykreśleniu tego przepisu i zamiast ustalono, że „Prokuratura jest niepodzielnym unijnym organem o zdecentralizowanej strukturze, działającym jako jedna Prokuratura”⁴⁸. W ten sposób Rada dała jasny komunikat, że w Unii Europejskiej nadal funkcjonują odmienne porządki prawne państw członkowskich, a czynności Prokuratury Europejskiej muszą tę okoliczność uwzględniać. Intencja ta wydaje się szczególnie czytelna, biorąc pod uwagę, że w projekcie Rady ograniczono kompetencje prowadzenia spraw przez delegowanych prokuratorów europejskich wyłącznie do obszaru państw członkowskich, w których zostali powołani. W efekcie, w przypadku spraw transgranicznych czynności w innym państwie członkowskim podejmował będzie „asystujący” delegowany prokurator europejski (*assisting European Delegated Prosecutor*)⁴⁹.

Właściwość rzeczowa Prokuratury Europejskiej

Przepis art. 86 TFUE wskazuje ogólną kompetencję Prokuratury Europejskiej w zakresie zwalczania przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii⁵⁰. Stanowi jednocześnie, że kognicja Prokuratury może zostać poszerzona o zwalczanie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym, w drodze jednomyślnej decyzji Rady Europejskiej zmieniającej odpowiednio przepisy art. 86 ust. 1 i 2 TFUE⁵¹. Ten wyraźny podział i rozróżnienie zakresów kompetencji Prokuratury jest wynikiem negocjacji pomiędzy państwami członkowskimi prowadzonych jeszcze prac nad Traktatem Konstytucyjnym. Część z nich optowała wówczas za przyznaniem Prokuraturze szerokich kompetencji wykraczających poza ochronę interesów finansowych UE, z kolei pozostałe państwa – bądź nie dostrzegały w ogóle konieczności ustanawiania Prokuratury Europejskiej, bądź też godziły się na jej powołanie wyłącznie w celu ścigania przestępstw na szkodę interesów finansowych Unii⁵².

Obecnie, przedmiotem zasadniczych kontrowersji jest interpretacja traktatowej podstawy prawnej zdefiniowania przestępstw wchodzących

⁴⁷ Zob. przepis 25 ust. 1 wniosku Komisji.

⁴⁸ Zob. przepis art. 7 ust. 1 projektu Rady.

⁴⁹ Zob. art. 26 projektu Rady. Wniosek Komisji dopuszczał prowadzenie postępowania karnego przez delegowanych prokuratorów europejskich pochodzących z innych państw członkowskich (art. 18 wniosku Komisji).

⁵⁰ Zob. art. 86 ust. 1 TFUE.

⁵¹ Zob. art. 86 ust. 4 TFUE. Jest to przepis upoważniający Radę Europejską do podjęcia decyzji o charakterze konstytucyjnym, stanowi on jednocześnie *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 48 ust. 6 akapit drugi TUE, w którym jest mowa o tzw. uproszczonej procedurze zmiany traktatów.

⁵² Zob. dokument Konwentu Europejskiego – *Final report of Working Group X „Freedom, Security and Justice”* (CONV 426/02), Bruksela, 2 grudnia 2002 r., s. 20.

w zakres właściwości rzeczowej Prokuratury. Zgodnie z przepisem art. 86 ust. 2 TFUE, „Prokuratura Europejska jest właściwa do spraw (...) przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii, określonych w rozporządzeniu przewidzianym w ust. 1.” Poglądy doktryny nie są zgodne w kwestii, czy przepis ten powinien stanowić podstawę normatywnego określenia znamion czynów stanowiących przedmiot postępowań Prokuratury Europejskiej. Część z nich wskazuje, że przepis art. 86 TFUE może stanowić samodzielną podstawę kompleksowych ram prawnych (*real system of provisions*) w zakresie zwalczania przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii⁵³, w tym zdefiniowania przestępstw wchodzących w zakres właściwości rzeczowej Prokuratury. Co należy jednak podkreślić, ustanowienie przepisów prawnokarnych w tym trybie (tj. ograniczony udział Parlamentu Europejskiego w specjalnej procedurze ustawodawczej, rozporządzenie Rady skuteczne bezpośrednio bez implementacji przez parlamenty narodowe) budzi poważne zastrzeżenia odnośnie zbyt ograniczonej legitymacji demokratycznej takich przepisów⁵⁴ (*nullum crimen sine lege parlamentaria*⁵⁵). Znacznie częściej prezentowany jest zatem pogląd, że przepis art. 86 ust. 2 TFUE określa jedynie zakres kognicji urzędu Prokuratury Europejskiej⁵⁶ pozostawiając stypizowanie czynów zabronionych godzących w interesy finansowe Unii i sankcji do uregulowania w innym trybie. Warto w tym miejscu podkreślić, że Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zawiera dwa przepisy przewidujące możliwość harmonizacji – w drodze dyrektyw – prawa karnego w zakresie definicji przestępstw i kar, tj. art. 83 ust. 1 TFUE (zwalczanie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym), oraz art. 83 ust. 2 TFUE – zapewnienie efektywności polityki Unii w dziedzinie, która była już przedmiotem środków harmonizujących⁵⁷. Jako adekwatną podstawę prawną w zakresie harmonizacji definicji przestępstw i kar w dziedzinie zwalczania nadużyć finansowych wskazuje się ponadto przepis art. 325 ust. 4 TFUE prze-

⁵³ Por. R. Sicurella, *Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office*, [w:] *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, tom I, red. K. Ligeti, s. 893–894.

⁵⁴ Zob. R. Sicurella, *EU competence in criminal matters*, [w:] V. Mitsilegas, *Research Handbook on EU Criminal Law*, Elgar Publishing 2016, s. 68.

⁵⁵ Por. A. Sakowicz, *Suwerenność państwa a ius puniendi*, [w:] A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 134 i nast.

⁵⁶ Zob. P. Hofmański, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w kontekście idei utworzenia urzędu Prokuratury Europejskiej*, [w:] *Ochrona interesów finansowych a przemiany instytucjonalne Unii Europejskiej*, red. C. Nowak, Warszawa 2009, s. 19–20.

⁵⁷ Por. M. Szwarc-Kuczer, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie harmonizacji prawa karnego materialnego*, Scholar 2011, s. 100 i nast.

widujący możliwość przyjmowania przez Parlament Europejski i Radę „niezbędnych środków” w dziedzinach zapobiegania i zwalczania nadużyć naruszających interesy finansowe Unii⁵⁸.

Podstawowe kontrowersje dotyczące wyboru właściwej podstawy prawnej określenia właściwości rzeczowej Prokuratury Europejskiej wynikają z faktu, że – w związku z niejednoznacznym brzmieniem art. 86 TFUE – nie można kategorycznie stwierdzić, że przepis ten sam w sobie nie stanowi adekwatnej podstawy prawnej do harmonizacji definicji i kar za przestępstwa ścigane przez Prokuraturę Europejską⁵⁹, gdy stanowi on jednocześnie podstawę przyszłych przepisów formalnoprawnych regulujących działalność Prokuratury, zasady dopuszczalności dowodów oraz sądowej kontroli jej czynności⁶⁰. Co więcej, wybór pomiędzy – *de facto* dwoma pozostałymi podstawami prawnymi (tj. art. 83 ust. 2 TFUE oraz art. 325 TFUE) wcale nie jest oczywisty. Po pierwsze, istotny jest kontekst systemowy omawianych przepisów. Należy zauważyć, że przepis art. 83 ust. 2 TFUE znajduje się w tym samym rozdziale traktatu⁶¹, co art. 86 TFUE – przewidujący powołanie Prokuratury Europejskiej. Zatem stanowi on, jak wskazuje się w literaturze, normę szczególną w stosunku do art. 86 TFUE i – w przypadku ustanowienia Prokuratury Europejskiej – to właśnie art. 83 ust. 2 TFUE – powinien posłużyć za podstawę prawną przyjęcia dyrektywy harmonizującej definicje przestępstw pozostających w jurysdykcji Prokuratury⁶². Równie często, prezentowany jest także pogląd, że właściwą i adekwatną podstawą prawną określenia oraz ujednolicenia normatywnego kształtu typów przestępstw, wchodzących w zakres właściwości *ratione materiae* Prokuratury Europejskiej, jest przepis art. 325 ust. 4 TFUE⁶³ upoważniający Parlament Europejski i Radę do przyjmowania „niezbędnych środków” w dziedzinie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych UE. Przyjmuje się, choć relatywnie rzadko, że środki harmonizujące przyjmowane na tej podstawie prawnej mogłyby mieć także formę skutecznych bezpośrednio rozporządzeń⁶⁴ (aktualne pozostają tu jednak zastrzeżenia, co do niezbędnej

⁵⁸ Zob. L. Foffani, *The Protection of EU Financial Interests: The Tip of the Iceberg of the Europeanization of the Criminal System*, [w:] *Transnational Inquiries...*, op. cit., s. 209.

⁵⁹ Zob. J. Vervaele, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: A harmonised national patchwork?*, [w:] J. Vervaele, *European Criminal Justice In The Post-Lisbon Area Of Freedom, Security And Justice*, Università degli Studi di Trento 2014, s. 265.

⁶⁰ Por. przepis art. 86 ust. 3 TFUE.

⁶¹ Tytuł V, rozdział 4 TFUE – Współpraca wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych.

⁶² Zob. *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. nauk. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Seria Duże Komentarze LEX, Wolters Kluwer SA 2012 r., t. I, komentarz do art. 83 TFUE, pkt 83.4.

⁶³ *Ibidem*, komentarz do art. 86 TFUE, pkt 86.4.

⁶⁴ Zob. M. Wąsek-Wiaderek, *Unijne i krajowe prawo karne po Traktacie lizbońskim – zarys problematyki*, „Palestra”, 1–2/2011, s. 15. Przeciwnie, por. P. Hofmański, *Ochrona interesów*

legitymacji demokratycznej)). W doktrynie wskazuje się na ścisły związek istniejący pomiędzy przepisem art. 325 TFUE (zwalczanie nadużyć finansowych) oraz art. 86 TFUE (Prokuratura Europejska), wynikający nie tylko z wykładni językowej obu przepisów, ale także celowościowej i historycznej. Zbieżność sformułowań użytych w obu tych przepisach („nadużycia i inne nielegalne działania naruszające interesy finansowe Unii”⁶⁵) nie jest przypadkowa i przez to przepis art. 325 TFUE stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 83 ust. 2 TFUE – lecz jedynie w wąskim zakresie przestępczości godzącej w interesy finansowe Unii Europejskiej⁶⁶. Istotnym argumentem jest także brzmienie przepisu art. 325 ust. 1 TFUE, który stanowi normę nakazującą, zgodnie z którą „Unia i państwa członkowskie zwalczają nadużycia finansowe i wszelkie inne działania nielegalne naruszające interesy finansowe Unii za pomocą środków podejmowanych zgodnie z niniejszym artykułem [tj. 325 TFUE] (...)”⁶⁷. Z przepisu art. 325 ust. 4 TFUE wynika ponadto, że „Parlament Europejski i Rada (...) uchwalają [a nie, jak w przypadku art. 83 ust. 2 TFUE – „mogą ustanowić” – przyp. MT] niezbędne środki w dziedzinach zapobiegania nadużyciom finansowym naruszającym interesy finansowe Unii i zwalczania tych nadużyć w celu zapewnienia skutecznej i równoważnej ochrony w państwach członkowskich (...)”. Z kolei w kontekście wykładni historycznej, podkreślenia wymaga fakt, że wraz z wejściem w życie Traktatu z Lizbony aktualność straciły kontrowersje, co do braku możliwości przyjmowania przez Unię przepisów prawno-karnych na podstawie art. 325 TFUE (tj. dawnego art. 280 TWE⁶⁸). Obecnie, kompetencja Unii Europejskiej w tym zakresie nie powinna budzić wątpliwości⁶⁹, tym bardziej że wyłącznie środki przyjmowane na podstawie art. 325 ust. 4 TFUE mogą zapewnić „skuteczną i równoważną ochronę” we wszystkich państwach członkowskich Unii, także nieuczestniczących w przyjmo-

finansowych..., *op. cit.*, s. 20.

⁶⁵ Nb. w przepisie art. 86 TFUE mowa jest o zwalczaniu „przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii”, podczas gdy art. 325 TFUE posługuje się terminologią o znacznie szerszym zakresie pojęciowym – „nadużyć finansowych i wszelkich innych działań nielegalnych naruszających interesy finansowe Unii”, która obejmuje także przestępstwa ścigane przez Prokuraturę Europejską.

⁶⁶ Zob. J. Vervaele, *The material scope of competence...*, *op. cit.*, s. 267–268.

⁶⁷ Nb. obowiązek ten został powtórzony w ślad za brzmieniem przepisu art. 310 ust. 6 TFUE, zgodnie z którym „Unia i państwa członkowskie, zgodnie z postanowieniami art. 325, zwalczają nadużycia finansowe i wszelkie inne nielegalne działania naruszające interesy finansowe Unii”.

⁶⁸ Na mocy Traktatu z Lizbony, z dawnego art. 280 ust. 4 TWE wykreślono zastrzeżenie, że środki uchwalane przez Radę w dziedzinach zapobiegania i zwalczania nadużyć na szkodę interesów budżetowych Wspólnoty „nie dotyczą ani stosowania krajowego prawa karnego, ani krajowej administracji wymiaru sprawiedliwości”.

⁶⁹ Zob. *Traktat o funkcjonowaniu...*, *op. cit.*, komentarz do art. 325 TFUE, pkt 325.8.

waniu środków w ramach obszaru PWBIS⁷⁰. W przypadku dyrektyw stanowiących na podstawie art. 83 ust. 2 TFUE istnieje bowiem możliwość zastosowania hamulca bezpieczeństwa⁷¹ oraz traktatowego *opt-out* Danii i Wielkiej Brytanii, zatem stosowanie tego trybu stanowienia przepisów minimalnych prowadziłoby do zjawiska zróżnicowanego poziomu ochrony interesów finansowych Unii na jej terytorium (*géométrie variable*⁷²).

Powyższych kontrowersji nie rozwiązało przyjęcie przez Komisję projektu dyrektywy w sprawie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii za pośrednictwem prawa karnego⁷³, w oparciu o art. 325 ust. 4 TFUE. W uzasadnieniu wniosku Komisja podkreśliła priorytetowy charakter tego przepisu w dziedzinie ochrony finansów publicznych Unii⁷⁴, choć – o co można mieć pewne zastrzeżenia – koncentrując się na walorach legislacyjnych przepisu art. 325 TFUE pominięto zupełnie analizę innych możliwości (podstaw prawnych) przewidzianych w traktacie. W konsekwencji, podczas posiedzenia Rady – większość sceptyczne nastawionych państw członkowskich zgłosiło obiekcje do decyzji Komisji⁷⁵. W opinii Służby Prawnej Rady⁷⁶, wniosek Komisji został sformułowany niewłaściwie, gdyż winien być oparty na podstawie art. 83 ust. 2 TFUE. Wskazano m.in. na różnicę zakresów pojęciowych „przestępstw” przeciwko interesom finansowym Unii (art. 86 TFUE) oraz „nadużyć” popełnianych na ich szkodę (art. 325 TFUE). Zarzucono ponadto Komisji próbę obejścia „mechanizmu ochronnego ustanowionego Traktatem⁷⁷” poprzez zaproponowanie przyjęcia dyrektywy, do której nie miałby zastosowania hamulec bezpieczeństwa. Mając to na uwadze, w ocenie Służby Prawnej Rady uzasadnione jest skorzystanie – inaczej, niż uczyniła to Komisja – z przepisu odnoszącego się do dyrektyw ustanawiających normy minimalne w zakresie definicji

⁷⁰ Zob. protokół (nr 21) do TFUE w sprawie stanowiska Zjednoczonego Królestwa i Irlandii w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości oraz protokół (nr 22) w sprawie stanowiska Danii.

⁷¹ Przepis art. 83 ust. 3 TFUE przewiduje możliwość przekazania projektu dyrektywy harmonizującej Radzie Europejskiej (akapit pierwszy) oraz ustanowienia – w razie braku porozumienia – wzmocnionej współpracy przez co najmniej 9 państw członkowskich (akapit drugi).

⁷² *Commission Staff Working Paper Impact Assessment (Part I) Accompanying the document – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law*, Bruksela, 11 lipca 2012 r., SWD(2012)195, s. 26.

⁷³ Dyrektywa PIF – dokument COM(2012)363.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 6–7.

⁷⁵ Zob. *Eucrim – The European Criminal Law Associations' Forum*, Max Planck Society for the Advancement of Science, nr 1/2013, s. 6.

⁷⁶ Zob. opinia Służby Prawnej Rady – dokument 15309/12 LIMITE, Bruksela, 22 października 2012 r.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 6–7.

przestępstw i kar, na podstawie art. 83 ust. 2 TFUE. W podobnym tonie, choć mniej kategorycznie, wypowiedziała się Komisja Prawna (JURI) Parlamentu Europejskiego w opinii przesłanej⁷⁸ Komisji Kontroli Budżetowej (CONT), zajmującej się rozpatrywaniem projektu dyrektywy PIF. Opinia komisji JURI w zasadzie powtarza większość argumentacji przytoczonej w opinii Służby Prawnej Rady, w konkluzjach zaś potwierdza, że adekwatną podstawą prawną dyrektywy PIF powinien być przepis art. 83 ust. 2 TFUE. Co ciekawe, komisja JURI zwraca również uwagę, że zakres opiniowanej dyrektywy PIF może wykraczać poza zakres przedmiotowy dyrektyw przyjmowanych na podstawie art. 83 ust. 2 TFUE, tj. poza wyłącznie ustanowienie norm minimalnych, na co należy zwrócić uwagę w trakcie dalszych prac legislacyjnych⁷⁹.

W efekcie pierwszego czytania projektu dyrektywy PIF w Parlamencie Europejskim, w przyjętej rezolucji zaproponowano zmianę przepisu stanowiącego podstawę prawną uchwalenia dyrektywy – na art. 83 ust. 2 TFUE⁸⁰. Stanowisko to kategorycznie odrzuciła Komisja, która w opinii przekazanej Parlamentowi i Radzie⁸¹ podkreśliła, że – w toku dalszych prac legislacyjnych oraz negocjacji międzyinstytucjonalnych – będzie broniła stanowiska w zakresie wyboru art. 325 ust. 4 TFUE, jako właściwej podstawy prawnej dla dyrektywy PIF określającej właściwość rzeczową przyszłej Prokuratury Europejskiej. W tym kontekście wydaje się jednak, że Komisja jest na przegranej pozycji, gdyż to Parlament i Rada zadecydują o ostatecznym kształcie dyrektywy, a opinie prawne obu tych instytucji pokazują, że w procesie legislacyjnym górę wzięły względy polityczne. W toku prowadzonych negocjacji nad dyrektywą PIF, Komisja Europejska otrzymała jednak wyraźne „wsparcie” ze strony Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z 6 września 2015 r. w sprawie *Taricco*⁸² szczególny akcent położył na – wynikający z art. 325 TFUE – obowiązek skutecznej ochrony interesów finansowych Unii we wszystkich państwach członkowskich, skutkujący m.in.

⁷⁸ Opinia w sprawie podstawy prawnej wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii za pośrednictwem prawa karnego COM(2012)0363, dokument PE 500.747v02-00, Bruksela, 29 listopada 2012 r.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 5.

⁸⁰ Zob. Rezolucja ustawodawcza Parlamentu Europejskiego z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii za pośrednictwem prawa karnego (COM(2012)0363 – C7-0192/2012 – 2012/0193(COD)), P7_TA(2014)0427.

⁸¹ Zob. *Commission response to text adopted in plenary*, dokument SP(2014)471, Bruksela, 9 lipca 2014 r.

⁸² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (Wielka Izba) w sprawie C-105/14.

możliwością pominięcia przez sąd *meriti* obowiązujących przepisów prawa krajowego, które mogłyby uniemożliwić skuteczne ściganie przestępstw PIF – „bez wnoszenia o wcześniejsze uchYLENIE tych przepisów – lub oczekiwania na nie – w drodze ustawodawczej lub w innym przewidzianym przez konstytucję postępowaniu”⁸³. Co więcej, Trybunał wprost stwierdził, że „przepisy prawa pierwotnego Unii [art. 325 ust. 1 i 2 TFUE] nakładają na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia szczegółowego rezultatu, który nie jest związany z żadnym warunkiem dotyczącym stosowania ustanowionej przez nie zasady”⁸⁴. Można zatem przyjąć, że Trybunał Sprawiedliwości sceptycznie ocenił możliwość zróżnicowanego poziomu wykonania obowiązku ciążącego na wszystkich państwach członkowskich w dziedzinie zwalczania nadużyć na szkodę budżetu Unii – do czego niewątpliwie by doszło w razie zastosowania przez niektóre z państw klauzuli hamulca bezpieczeństwa i wzmocnionej współpracy z art. 82 ust. 3 TFUE. W tym kontekście, mając na uwadze istniejące rozbieżności interpretacyjne, co do adekwatnej podstawy prawnej, dyrektywy PIF – wielce prawdopodobne wydaje się, że po uchwaleniu jej przez Parlament i Radę, Komisja wystąpi do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem w zakresie kontroli legalności tego aktu, który ostatecznie rozstrzygnie o zasadności argumentów prawnych podnoszonych przez wszystkie trzy instytucje.

Kognicja Prokuratury Europejskiej w przedmiocie przestępstw powiązanych

Kolejną kwestią budzącą kontrowersje na tle interpretacji przepisu art. 86 TFUE jest propozycja określenia w projekcie rozporządzenia tzw. kompetencji pomocniczych Prokuratury Europejskiej w przedmiocie przestępstw powiązanych⁸⁵. Zgodnie z nią, poza kognicją w sprawie przestępstw na szkodę interesów finansowych UE, Prokuratura będzie także właściwa w zakresie ścigania innych – nierozzerwalnie z nimi związanych – przestępstw opartych na tych samych faktach, gdy spełnione zostaną łącznie dwie przesłanki: (a) przestępstwo przeciwko interesom finansowym będzie dominujące, oraz (b) „wspólne dochodzenie i ściganie tych przestępstw [będzie leżało – przyp. MT] w interesie właściwego wymierzania sprawiedliwości”⁸⁶. Intencja tego przepisu wydaje się jasna, gdyż ma on na celu wykluczenie sytuacji, w których prowadzone byłyby równoległe postępowania karne przez Prokuraturę Euro-

⁸³ *Ibidem*, pkt 49.

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 51.

⁸⁵ Zob. art. 13 wniosku Komisji.

⁸⁶ Art. 13 ust. 1 wniosku Komisji.

pejską i organy krajowe, co mogłoby ograniczyć skuteczność działań w zakresie zwalczania nadużyć finansowych na szkodę UE⁸⁷. Co więcej, jednoczesne (konkurencyjne) prowadzenie postępowań dotyczących tego samego przestępstwa mogłoby prowadzić do naruszenia zasady *ne bis in idem*, zgodnie z którą nikt nie może być sądzony dwukrotnie za to samo przestępstwo⁸⁸. W konsekwencji, Prokuratura Europejska byłaby *de facto* pozbawiona w wielu przypadkach możliwości prowadzenia postępowań w sprawach przestępstw przeciwko interesom finansowym UE jedynie dlatego, że towarzyszyły im przestępstwa powiązane lub poboczne (jak np. fałszowanie dokumentów, by wyłudzić środki finansowe z budżetu unijnego), które były już przedmiotem oddzielnych postępowań organów krajowych i w których przypadku wydany został prawomocny wyrok.

Propozycja Komisji, w kształcie przedstawionym we wniosku, budzi jednak istotne zastrzeżenia konstytucyjne. Zgodnie z traktatem, właściwość rzeczowa Prokuratury Europejskiej jest ograniczona do zwalczania przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii⁸⁹. Istnieje jednocześnie możliwość rozszerzenia jej *ratione materiae*, na inne typy przestępstw związanych ze „zwalczaniem poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym”, co może nastąpić na mocy decyzji Rady Europejskiej stanowiącej – w trybie art. 86 ust. 4 TFUE – jednomyślnie, po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego i po konsultacji z Komisją. W tym kontekście, należy uznać, że ewentualne określenie w rozporządzeniu właściwości rzeczowej Prokuratury Europejskiej obejmującej „przestępstwa nierozzerwalnie związane” i „oparte na identycznych faktach”, których ściganie miałoby uzasadniać wyłącznie (nieprecyzyjne i pozbawione skutku normatywnego) kryterium „właściwego wymierzenia sprawiedliwości” lub „skuteczności proceduralnej”⁹⁰ – wykracza poza zakres przedmiotowy art. 86 ust. 2 TFUE. Tym samym, ustalenie przez Radę kompetencji Prokuratury Europejskiej ponad wyznaczoną granicę prowadziłoby do naruszenia zasady przyznania (art. 5 ust. 2 TUE) oraz równowagi instytucjonalnej, o której mowa w art. 13 ust. 2 TUE. Wydaje się również, że zastosowanie we wniosku Komisji niejasnych kryteriów odnośnie kwalifikowania przez Prokuraturę Europejską przestępstw powiązanych, stwarzałoby możliwość jej uznaniowego działania, a przez to prowadziło do naruszenia zasady legalności oraz proporcjonalności kar do czynów zabronionych pod groźbą kary, o których mowa w art. 49 Karty praw podstawowych. Oczywiście, konieczność zapewnienia skuteczności dzia-

⁸⁷ Zob. komunikat Komisji w sprawie przeglądu wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie ustanowienia Prokuratury Europejskiej w zakresie zasady pomocniczości zgodnie z protokołem nr 2 – COM(2013)851, Bruksela 27 listopada 2013 r., s. 14, pkt 2.6.2.

⁸⁸ Zob. przepis art. 50 Karty praw podstawowych.

⁸⁹ Art. 86 ust. 1 TFUE.

⁹⁰ Zob. motyw 22 wniosku Komisji.

łań Prokuratury Europejskiej wymaga, by miała ona możliwość prowadzenia dochodzeń w sprawach przestępstw nierozzerwalnie powiązanych z przestępstwami przeciwko interesom finansowym UE. W związku z tym, wydaje się, że – w kontekście brzmienia art. 86 ust. 2 TFUE – możliwe byłoby wskazanie takich przestępstw w rozporządzeniu Rady (tj. poza dyrektywą PIF dotyczącą przestępstw *stricto* przeciwko interesom finansowym Unii). Wymagałoby jednak precyzyjnego określenia kryteriów ich kwalifikowania oraz obiektywnego uzasadnienia⁹¹, przez co straciłby na aktualności zarzut ewentualnego obejścia trybu rozszerzenia kompetencji Prokuratury Europejskiej z art. 86 ust. 4 TFUE⁹².

Kwestia przestępstw powiązanych była przedmiotem analizy Służby Prawnej Rady, jednak dokument ten jest jedynie częściowo dostępny opinii publicznej⁹³ i nie są zatem dokładnie znane poczynione w niej wywoły i konkluzje dotyczące wniosku Komisji. Należy jednak przyjąć, że ocena ta była stosunkowo krytyczna, gdyż w toku kolejnych prac legislacyjnych, kwestia właściwości Prokuratury Europejskiej w sprawie przestępstw powiązanych została uregulowana zupełnie odmiennie, niż zaproponowała to Komisja. Na obecnym etapie prac legislacyjnych, w projekcie Rady przewidziana została generalna właściwość Prokuratury Europejskiej (poza tzw. przestępstwami PIF) także w sprawach „każdego innego przestępstwa nierozzerwalnie związanego” z przestępstwem przeciwko interesom finansowym UE⁹⁴ – z zastrzeżeniem, że Prokuratura odstępuje od wykonywania właściwości w tym zakresie na rzecz organów krajowych, jeżeli: (a) wartość szkody jest mniejsza, niż 10 000 EUR oraz jeśli (b) prawo krajowe przewiduje karę surowszą lub równą za przestępstwo powiązane, niż za przestępstwo przeciwko interesom finansowym UE, lub (c) istnieją podstawy, by przypuszczać, że w wyniku popełnienia tych przestępstw wyrządzona została równa lub większa szkoda innemu pokrzywdzonemu. Rozwiązanie to, stosując bardziej precyzyjne kryteria, wychodzi naprzeciw zastrzeżeniom, co do propozycji przedstawionej przez Komisję. Na uznanie zasługuje także przyjęcie przez Radę koncepcji dziele-

⁹¹ Zob. K.M. Lohse, *The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality*, [w:] *The European Public Prosecutor's Office...*, op. cit., s. 175.

⁹² Zob. V. Alexandrova, *Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office*, [w:] *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, red. L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik, Springer 2015, s. 18. Pogląd odmienny, por. M. Coninx, *The European Commission's Legislative Proposal: An Overview of Its Main Characteristics*, [w:] *The European Public Prosecutor's Office...*, op. cit., s. 34.

⁹³ Zob. opinia Służby Prawnej Rady w kwestii właściwości Prokuratury Europejskiej w przedmiocie przestępstw powiązanych – dokument 8904/15 LIMITE, Bruksela, 13 maja 2015 r.

⁹⁴ Zob. art. 17 ust. 2 w związku z art. 20 ust. 3 projektu Rady.

nia kompetencji w zakresie dochodzenia i ścigania pomiędzy Unią a państwa członkowskie, gdyż wcześniej była to wyłączna domena Prokuratury Europejskiej. Pewne uwagi wzbudzać może ustanowienie progu zaistniałej szkody, poniżej którego Prokuratura jest zobowiązana odstąpić od wykonywania swej właściwości. Należy zaznaczyć, że w projekcie dyrektywy PIF przewidziano możliwość zastosowania wobec sprawcy innych środków, niż sankcje karne, gdy czyn wyrządził szkodę w wysokości do 10 000 EUR⁹⁵. Zatem w konsekwencji zbieżności tych przepisów, pewne czyny mogłyby pozostać bezkarne⁹⁶, co niweczyłoby zasadniczy cel ustanowienia Prokuratury Europejskiej, mającej wypełnić lukę w systemie europejskiego wymiaru sprawiedliwości, stworzoną w wyniku zaniechań państw członkowskich w obszarze ścigania przestępstw na szkodę interesów finansowych UE⁹⁷.

Sądowa kontrola czynności Prokuratury Europejskiej

Wśród licznych dyskusyjnych aspektów związanych z kształtem przyszłej Prokuratury Europejskiej istotne kontrowersje natury konstytucyjnej wzbudza propozycja ograniczenia kognicji Trybunału Sprawiedliwości w zakresie sądowej kontroli podejmowanych przez nią czynności procesowych. Oś tego sporu opiera się na kwestionowanym przepisie art. 36 wniosku Komisji, który przewiduje stworzenie fikcji prawnej zakładającej, że Prokuratura Europejska (będąca *de facto* organem Unii Europejskiej) jest uznawana do celów kontroli sądowej za organ krajowy⁹⁸. W rezultacie, to „(...) sądom krajowym powierzona zostanie kontrola wszystkich podlegających zaskarżeniu czynności dochodzeniowych i w zakresie ścigania przestępstw (...), zaś sądy Unii nie będą bezpośrednio właściwe w odniesieniu do tych czynności zgodnie z art. 263 [skarga o stwierdzenie nieważności aktu – MT], art. 265 [skarga na zaniechanie działania] i 268 [odszkodowania z tytułu szkody wyrządzonej przez organ UE – MT] Traktatu [TFUE – MT] (...)”. Omawiany przepis wniosku Komisji wyłącza ponadto właściwość Trybunału Sprawiedliwości w odniesieniu

⁹⁵ Zob. przepis art. 7 ust. 2 wniosku Komisji ws. dyrektywy PIF. *Nota bene*, w trakcie pierwszego czytania projektu w Parlamencie Europejskim, wśród zaproponowanych poprawek przewidziano obniżenie progu wyrządzonej szkody do 5.000 EUR (por. rezolucja PE z 16 kwietnia 2014 r. – P7_TA-PROV(2014)427, poprawka 25).

⁹⁶ Zob. A. Csüri, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, t. 17/2015, s. 27.

⁹⁷ Zob. A. Klip, *European Criminal Law – An Integrative Approach*, Ius Communitatis Series, t. II, Intersentia 2016, s. 543.

⁹⁸ Zgodnie z art. 36 ust. 1 wniosku Komisji, „w przypadku gdy Prokuratura podejmuje czynności procesowe przy wypełnianiu swojej funkcji, wówczas do celów kontroli sądowej uznawana jest za organ krajowy”.

do pytań prejudycjalnych w zakresie ważności aktów (czynności) Prokuratury Europejskiej⁹⁹ oraz wykładni przepisów prawa krajowego mającego zastosowanie na mocy projektowanego rozporządzenia.

W ocenie Komisji, tak daleko idące ograniczenie kognicji Trybunału Sprawiedliwości znajduje uzasadnienie na trzech płaszczyznach. Po pierwsze, Prokuratura Europejska jest organem *sui generis* Unii Europejskiej, co odróżnia ją od wszystkich pozostałych organów i agencji unijnych¹⁰⁰. Po drugie, jej czynności procesowe będą powiązane głównie z krajowymi porządkami prawnymi¹⁰¹ i w większości wypadków będą wykonywane przez organy krajowe na polecenie i pod nadzorem Prokuratury Europejskiej. Po trzecie, w ocenie Komisji, zaproponowany system kontroli sądowej jest zgodny z zasadą proporcjonalności, gdyż dzięki omawianej fikcji prawnej, rozporządzenie nie będzie wykraczało poza to, co jest konieczne do osiągnięcia głównych celów wniosku¹⁰².

Rozwiązanie przedstawione przez Komisję zostało w istotny sposób zakwestionowane zarówno przez Parlament Europejski¹⁰³, jak i Radę¹⁰⁴. Podstawowy zarzut dotyczył wprost próby obejścia przez Komisję traktatu poprzez próbę wyłączenia Prokuratury Europejskiej spod jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości i powierzenie kontroli jej czynności sądom krajowym, co w świetle utrwalonego orzecznictwa jest niedopuszczalne¹⁰⁵. Podobne zastrzeżenia wobec propozycji Komisji sformułowała także Agencja Praw Podstawowych UE wskazując, że może ona stanowić nieproporcjonalne ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego, o którym mowa w art. 47 Karty praw podstawowych¹⁰⁶.

⁹⁹ Przepis art. 36 ust. 2 wniosku Komisji stanowi, że w przypadku, gdy „przepisy prawa krajowego uznaje się za mające zastosowanie na mocy niniejszego rozporządzenia, wówczas takich przepisów nie uznaje się za przepisy prawa Unii w rozumieniu art. 267 Traktatu”.

¹⁰⁰ W motywie 36. wniosku Komisji wskazano, że „szczególny charakter Prokuratury (...) wymaga specjalnych przepisów dotyczących kontroli sądowej”, a „zgodnie z art. 86 ust. 3 Traktatu [TFUE] prawodawca Unii może określić zasady mające zastosowanie do sądowej kontroli czynności podjętych przez Prokuraturę”.

¹⁰¹ Zgodnie z motywem 37. wniosku Komisji „(...) art. 86 ust. 2 Traktatu nakłada wymóg, aby Prokuratura Europejska wykonywała swoje funkcje prokuratora we właściwych sądach państw członkowskich”, z kolei „czynności podejmowane przez Prokuraturę (...) mają wpływ na porządek prawny państw członkowskich”.

¹⁰² Zob. uzasadnienie wniosku Komisji, s. 5.

¹⁰³ Zob. rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie ustanowienia Prokuratury Europejskiej (2013/0255/APP), pkt 5 (viii).

¹⁰⁴ Por. opinia Służby Prawnej Rady – dokument 13302/1/14 REV1 LIMITE, Bruksela, 17 września 2014 r.

¹⁰⁵ Por. wyrok Trybunału z dnia 22 października 1987 r. w sprawie 314/85 *Foto-Frost* przeciwko *Hauptzollamt Lübeck-Ost*, pkt 15; wyrok Trybunału z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-131/03 P – odwołanie *Reynolds Tobacco* w sprawie *Philip Morris* przeciwko Komisji, pkt 80.

¹⁰⁶ Zob. opinia Agencji Praw Podstawowych UE w sprawie projektu ustanowienia Prokuratury Europejskiej, dokument FRA Opinion – 1/2014 [EPP], Wiedeń, 4 lutego 2014 r., s. 17.

W odpowiedzi, Komisja przedstawiła stanowisko¹⁰⁷, w którym broni zasadności przedstawionej przez siebie koncepcji – zaznaczając m.in., że celem przepisu art. 86 ust. 3 TFUE (*effet utile*) jest umożliwienie Radzie uchwalenia w rozporządzeniu o Prokuraturze Europejskiej „zasad sądowej kontroli [jej – MT] czynności procesowych”, co stanowiłoby nie tyle wyjątek od traktatowego systemu kontroli legalności aktów Unii przez Trybunał Sprawiedliwości – co nowy, szczególnie system kontroli aktów (czynności) Prokuratury Europejskiej¹⁰⁸.

Argumentacja Komisji wydaje się jednak mało przekonująca, gdyż w dość nieporadny sposób dowodzi zasadności wykluczenia kontroli Trybunału nad Prokuraturą, co – zdaniem niektórych – może stanowić niebezpieczny precedens¹⁰⁹. Zrównanie Prokuratury Europejskiej z organem krajowym za pomocą fikcji prawnej jest ponadto nieczytelne w kontekście faktycznej pozycji instytucjonalnej tego organu Unii¹¹⁰ oraz lansowanej od samego początku koncepcji Prokuratury ponadnarodowej (niezależnej nie tylko od państw członkowskich, lecz również innych instytucji UE) – powołanej w celu zwalczania przestępstw na całym terytorium Unii Europejskiej¹¹¹.

Ocena prawna omawianego rozwiązania wymaga na wstępie poczynienia zasadniczej uwagi, że przywoływany przez Komisję przepis art. 86 ust. 3 TFUE, umożliwiający określenie w rozporządzeniu przez Radę „zasad sądowej kontroli” – nie zastrzega jednoczesnej możliwości ewentualnego odstępstwa od ogólnej właściwości Trybunału Sprawiedliwości w zakresie kontroli legalności aktów Unii (art. 263 TFUE i art. 267 TFUE)¹¹². Przepis ten nie pozwala zatem *prima facie* prawodawcy unijnemu na całkowite wyłączenie kognicji Trybunału do oceny legalności czynności Prokuratury Europejskiej – zarówno bezpośredniej (skarga o stwierdzenie nieważności), jak i pośredniej (odesłanie prejudycjalne w kwestii ważności). Wprawdzie art. 263 akapit piąty TFUE pozwala przewidzieć w aktach tworzących organy Unii Euro-

¹⁰⁷ Por. *Non-paper from the Commission on judicial review* – dokument Rady 12907/14 LIMITE, Bruksela, 8 września 2014 r.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pkt II.4.

¹⁰⁹ Zob. K. Ligeti, A. Weyembergh, *The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues*, [w:] *The European Public Prosecutor's Office...*, op. cit., s. 69.

¹¹⁰ Zob. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights – Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Hart Publishing 2016, s. 115.

¹¹¹ Por. V. Reding, *Establishing a European Public Prosecutor's Office – A federal budget needs federal protection* – wystąpienie wiceprzewodniczącej Komisji Europejskiej i komisarz ds. sprawiedliwości podczas konferencji w Brukseli, 17 lipca 2013 r. (dokument Komisji Europejskiej – SPEECH/13/644).

¹¹² W przepisie art. 86 ust. 3 TFUE nie występuje wyrażenie „na zasadzie odstępstwa od procedury”, jak ma to miejsce w przypadku innych przepisów traktatowych – np. art. 114 ust. 9 TFUE lub art. 348 akapit drugi TFUE.

pejskiej „wymogi i warunki szczególne dotyczące skarg wniesionych przez osoby fizyczne lub prawne na akty tych organów” – jednak z takiego umocowania także nie wynika uprawnienie legislatora unijnego do pozbawienia Trybunału możliwości kontroli legalności wszystkich czynności procesowych, podjętych przez organ UE w zastosowaniu prawa Unii¹¹³. Mając na uwadze wyraźne rozgraniczenie w art. 86 ust. 2 TFUE czynności podejmowanych przez Prokuraturę Europejską, przed i po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu państwa członkowskiego – wydaje się, że dopuszczalne byłoby zrównanie jej z organem krajowym do celów kontroli sądowej dopiero na etapie procesu sądowego, tj. po wniesieniu aktu oskarżenia, kiedy zastosowanie mają wyłączne przepisy prawa krajowego (choć sprawa nie jest tu zupełnie jednoznaczna). Wcześniej, na etapie dochodzenia, kognicja Trybunału Sprawiedliwości jest niezbędna, gdyż Prokuratura Europejska będzie działała bezpośrednio w oparciu o przepisy rozporządzenia Rady (tj. na podstawie prawa Unii), a ponadto wykonywane przez nią czynności będą często dotyczyły więcej, niż li tylko jednego państwa członkowskiego. Zatem, niejako siłą rzeczy, sądy krajowe nie będą miały możliwości wszechstronnej kontroli aktów Prokuratury Europejskiej¹¹⁴, szczególnie tych posiadających „charakter europejski”, dotyczących wyboru właściwego sądu (*forum conveniens*)¹¹⁵, czy związanych ze sposobem zakończenia dochodzenia (umorzenie postępowania, transakcja ze sprawcą¹¹⁶) lub przekazaniem sprawy organom krajowym. Mankamenty wynikające ze zdecentralizowanej kontroli sądowej czynności Prokuratury Europejskiej mogłyby ponadto prowadzić do sytuacji, w których, np. po nieuzyskaniu zgody na zastosowanie określonego środka – podejmowana byłaby kolejna próba w innym państwie członkowskim¹¹⁷ lub też wybieranoby sąd państwa członkowskiego, w którym – w ocenie Prokuratury – przepisy procedury karnej stwarzałyby największe prawdopodobieństwo uzyskania wy-

¹¹³ Przed wniesieniem aktu oskarżenia do właściwego sądu – Prokuratura Europejska podejmuje czynności z zastosowaniem przepisów rozporządzenia Rady, a zatem działa na podstawie prawa Unii.

¹¹⁴ Zob. *Gaps and inconsistencies in legal protection in EU criminal law – Legal Protection and the future European Public Prosecutor's Office*, Meijers Committee Opinion (CM1503), Amsterdam 2015, s. 2.

¹¹⁵ Zob. Sprawozdanie o stanie prac i pytania do ministrów – dokument Rady 6490/1/14/REV1, Bruksela, 27 lutego 2014 r., s. 5, pkt F.

¹¹⁶ Zob. art. 29 wniosku Komisji. Zakłada on możliwość zaproponowania podejrzanemu, po naprawieniu szkody, uiszczenie jednorazowej grzywny, której zapłata będzie wiązała się z umorzeniem sprawy. Nb. umorzenie sprawy przez w tym trybie zostało wyłączone spod kontroli sądowej (art. 29 ust. 4 wniosku Komisji).

¹¹⁷ Por. M. Luchtman, J. Vervaele, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, *Utrecht Law Rev.*, t. 10, nr 5, grudzień 2014 r., s. 132–150.

roku skazującego (*forum shopping*)¹¹⁸. W tym kontekście bezpośredni udział Trybunału Sprawiedliwości w sprawowaniu kontroli nad czynnościami Prokuratury Europejskiej wydaje się być nieodzowny¹¹⁹, co Rada z pewnością uwzględni w toku dalszych prac legislacyjnych nad wnioskiem Komisji.

Zakończenie

Idea ustanowienia Prokuratury Europejskiej ewoluowała na przestrzeni lat w sposób znaczący i – jak wyraźnie widać – proces ten trwa nadal. Koncepcja przedstawiona we wniosku Komisji spotkała się w wielu punktach ze sceptycznym przyjęciem przez państwa członkowskie, które – wykorzystując dominującą rolę w procesie legislacyjnym (specjalna procedura ustawodawcza) – przeniosły na grunt projektu własne zastrzeżenia i obawy. Niejednokrotnie oznaczało to odejście lub radykalną zmianę założeń funkcjonowania Prokuratury Europejskiej. Taki obrót sprawy nie jest z pewnością po myśli Komisji Europejskiej i Parlamentu, jednak, mówiąc kolokwialnie, karty w tej grze rozdaje Rada, gdyż to od niej zależy przede wszystkim, czy Prokuratura Europejska w ogóle powstanie. Wydaje się zatem, że względy czysto pragmatyczne będą determinowały mało asertywną postawę zarówno Komisji, jak i Parlamentu, które – za cenę pewnych ustępstw w procesie legislacyjnym – będą starały się doprowadzić do ustanowienia Prokuratury Europejskiej. Obie te instytucje mają bowiem świadomość, że w nieodległej przyszłości dobrą okazją do przeprowadzenia bardziej zdecydowanej debaty na temat modelu i zasad funkcjonowania Prokuratury będzie sprawozdanie Komisji¹²⁰ z oceny funkcjonowania tego organu Unii Europejskiej.

¹¹⁸ Zob. przepis art. 27 ust. 4 wniosku Komisji, w którym wyznaczone zostały niejasne kryteria określania właściwego sądu krajowego, jak np. „należyte wymierzenie sprawiedliwości”.

¹¹⁹ Por. R. Parizot, *The future EPPO: What role for the CJEU?*, „New Journal of European Criminal Law”, t. 6, nr 4, Intersentia 2015, s. 538–545.

¹²⁰ Zgodnie z klauzulą przeglądową „najpóźniej pięć lat po rozpoczęciu stosowania [rozporządzenia ws. Prokuratury Europejskiej] Komisja przedstawia Parlamentowi Europejskiemu i Radzie sprawozdanie z oceny wykonania rozporządzenia, któremu mogą towarzyszyć ewentualne wnioski ustawodawcze. Sprawozdanie zawiera ustalenia Komisji dotyczące wykonalności i celowości rozszerzenia zakresu kompetencji Prokuratury Europejskiej na inne przestępstwa zgodnie z art. 86 ust. 4 Traktatu” (por. art. 74 wniosku Komisji).

Abstract

The key controversial constitutional issues related to the establishment of a European Public Prosecutor's Office

The article touches upon key constitutional controversies related to the establishment and functioning of the forthcoming European Public Prosecutor's Office (EPPO), which result primarily from discrepancies in interpretation against the background of article 86 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Due to the editorial requirements, the article covers solely the essential controversial issues arisen along the legislative processes in the Council (structure, material scope of competence of EPPO, ancillary competence and judicial review). In practice, the matter covered by this document is much more complex and multithreaded. This is mostly due to the necessity of integrating the EPPO with numerous, distinct legal systems of the Member States taking part in the project (enhanced cooperation) and ensuring its efficiency in action across the entire territory of the EU. Despite many impediments, the pace at which the legislative works in the Council has been progressing, as well as clear signals incoming from the largest EU Members States are optimistic to the extent that one may expect the completion of the work and establishment of the European Prosecutor's Office by the end of this year.

Key words: European Public Prosecutor's Office (EPPO), structure of the EPPO, *ratione materiae* of the EPPO, judicial review of EPPO's acts, constitutionally controversial issues

Streszczenie

Kluczowe kontrowersje konstytucyjne związane z ustanowieniem Prokuratury Europejskiej

W artykule przedstawiono kluczowe kontrowersje konstytucyjne związane z pracami nad utworzeniem Prokuratury Europejskiej, wynikające głównie z rozbieżności na tle interpretacji przepisu stanowiącego podstawę funkcjonowania tego organu, tj. art. 86 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ze względu na wymogi redakcyjne, artykuł dotyczy wyłącznie najważniejszych kwestii spornych powstałych w trakcie procesu legislacyjnego w Radzie (struktura, zakres właściwości rzeczowej, kompetencja pomocnicza i kontrola sądowa czynności). W praktyce, omawiana tematyka jest bardziej skomplikowana i wielowątkowa. Głównie ze względu na konieczność zintegrowania Prokuratury Europejskiej z różnorodnymi systemami prawnymi państw członkowskich, które wezmą udział w projekcie (wzmocniona współpraca) oraz zapewnienia skuteczności jej w działań na całym terytorium UE, także w relacjach z państwami nieuczestniczącymi. Pomimo licznych komplikacji, tempo prac legislacyjnych w Radzie, jak również sygnały pochodzące ze stolic największych państw członkowskich Unii, nastrajają optymistycznie. Można zatem założyć, że do ustanowienia Prokuratury Europejskiej dojdzie najprawdopodobniej przed końcem bieżącego roku.

Słowa kluczowe: Prokuratura Europejska, model Prokuratury Europejskiej, właściwość rzeczowa Prokuratury Europejskiej, sądowa kontrola czynności Prokuratury Europejskiej, kontrowersje konstytucyjne

Lucyna Kinecka

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Zasada *in dubio pro tributario* jako gwarancja stabilności prawa podatkowego

Wprowadzenie

Zasadniczym celem niniejszego opracowania jest ukazanie możliwości wpłynięcia na stabilność prawa podatkowego poprzez stosowanie zasady *in dubio pro tributario* oraz przybliżenie genezy powstania tej zasady, jak i jej zastosowanie.

Prawo podatkowe wpływa na ogół obywateli¹, powinno więc być przejrzyste i powszechnie zrozumiałe. W rzeczywistości jest jednak inaczej, przepisy są nieprecyzyjne, nieczytelne i często ulegają zmianom. Ich złożoność prowadzi do powiększającej się niepewności podatnika co do jego sytuacji prawnopodatkowej². Wszystko to powoduje, że nie tylko podatnicy, ale również urzędnicy, organy podatkowe, skarbowe oraz sądy administracyjne popełniają błędy³. Nie sprzyja to stabilności prawnej, prowadzi do nadmiernego przedłużania się postępowań podatkowych, jak również stanowi barierę dla rozwoju przedsiębiorczości.

Skutkiem błędów podatników może być likwidacja działalności gospodarczej, odpowiedzialność karna skarbową, a nawet utrata środków do życia. Dlatego tak ważna jest ochrona podatnika zasadą *in dubio pro tributario* zakładającą rozstrzygnięcie wątpliwości na jego korzyść. W Ordynacji podatkowej⁴ powinien znaleźć się *explicite* zapis tej zasady, o czym wspomniano w uzasadnieniu projektu zmiany Ordynacji podatkowej z dnia 9 grudnia 2014 r.⁵

¹ A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika, Zasada prawa podatkowego*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 22.

² A. Gomułowicz, *Podatki a etyka*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 114.

³ Raport NIK, *Informacja o wynikach kontroli, przestrzeganie praw podatnika przez wybrane Urzędy Skarbowe i Izby Skarbowe*, KBF-4101-06-00/2013, www.nik.gov.pl, s. 10.

⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2015.613. tj.).

⁵ Projekt ustawy z dnia 9 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, www.sejm.gov.pl, dalej: Druk nr 3018.

Z punktu widzenia podatnika istotne jest również poczucie bezpieczeństwa, zagwarantowane przez precyzyjność prawa, jak i sprawne działanie organów państwowych. Jak wynika z raportu Najwyższej Izby Kontroli (NIK)⁶ obecny stan prawa podatkowego nie jest zadowalający, podatnicy długo oczekują na zmianę błędnych interpretacji zarówno z powodu odmiennych stanowisk organów podatkowych, jak i sądów administracyjnych. W wielu przypadkach stwierdzono nawet niezgodność przepisów krajowych z przepisami wspólnotowymi Unii Europejskiej, a także z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej⁷. Orzekanie na podstawie takich przepisów podważa zaufanie do organów podatkowych. Dlatego też zasada *in dubio pro tributario* może pomóc w odbudowaniu stabilności prawa i ochrony podatnika.

Charakter norm prawa podatkowego

Prawo podatkowe w literaturze określane jest jako jeden z działów prawa finansowego⁸. Istnieją również poglądy, uznające je jako odrębną gałąź⁹ ze względu na możliwość wyodrębnienia norm prawa podatkowego z większości norm prawa finansowego¹⁰.

W związku ze podwyższeniem rangi prawa podatkowego w szybkim tempie wzrosła liczba aktów prawnych, ale też częstotliwość ich zmian, co negatywnie wpłynęło na jakość legislacji podatkowej. Obecne regulacje prawnopodatkowe cechuje zatem obszerność i złożoność konstrukcji, co znacznie osłabia ich stabilność.

Geneza prawa podatkowego przesądza o tym, że jest ono najbardziej zbliżone do prawa administracyjnego¹¹. Przemawia za tym również podobna metoda regulacji¹². W prawie administracyjnym charakterystyczna jest nierównorzędność stosunku zobowiązaniowego, co prowadzi do podległości podmiotów. Daje to przyzwolenie do wkraczania państwa w życie społeczne¹³, a zbytnia ingerencja zmniejsza ochronę podatnika.

⁶ Raport NIK, *Informacja...*, *op. cit.*, s. 12.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

⁸ N. Gajl, *Finanse i prawo finansowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. 35.

⁹ B. Brzeziński, W. Matuszewski, W. Morawski, A. Olesińska, A. Zalasieński, *Prawo finansów publicznych*, TNOiK Dom Organizatora, Toruń 2006, s. 34.

¹⁰ K. Koperkiewicz, W. Nykiel, W. Chrościelewski, *Polskie prawo podatkowe*, Difin, Warszawa 2006, s. 24.

¹¹ R. Mastalski, *Autonomia prawa podatkowego a spójność i zupełność systemu prawa*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 10, s. 13.

¹² M. Ofiarska, *Związki prawa finansowego i nauk prawa finansowego z innymi gałęziami prawa i dyscyplinami finansowymi*, [w:] *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków*, red. A. Kostecki, Kraków 2000, s. 372.

¹³ R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 20.

Różnica między prawem administracyjnym a podatkowym jest taka, że w przypadku prawa podatkowego można mówić o jego ścisłych związkach z prawem cywilnym¹⁴. Ze względu na ingerencyjny charakter norm prawa podatkowego, ustawodawca tak powinien je kształtować, aby nie ingerowały one w istniejące instytucje cywilnoprawne, a przede wszystkim aby nie zmieniały celu ich utworzenia¹⁵.

Istnieje również pewne pokrewieństwo prawa podatkowego z prawem karnym. Biorąc pod uwagę porównywalną ingerencyjność norm prawa podatkowego do prawa karnego powinny zostać zastosowane zbliżone środki ochrony¹⁶. W przypadku przepisów podatkowych można mówić o „legalnym odbieraniu obywatelom wolności”¹⁷. Oczywiście podatek stanowi obowiązek, a nie karę, lecz w tym samym stopniu ingeruje w sferę wolności¹⁸. Porównanie to jest bardzo ważne ze względu na fakt, że w prawie karnym oskarżony jest chroniony zasadą *in dubio pro reo* oznaczającą, że wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego. W prawie podatkowym natomiast praktyką organów podatkowych jest „domniemanie złej wiary podatnika”¹⁹, prowadzące często do odpowiedzialności karnej skarbowej. Jedynym wyjątkiem jest istnienie zasady domniemania prawdziwości deklaracji podatkowej²⁰, która wymusza na organach podatkowych określoną postawę.

Powinno się więc zastosować w prawie podatkowym odrębną ochronę podatnika, podobnie jak w innych dziedzinach prawa. Sprawne stosowanie prawa będzie możliwe tylko wtedy, gdy podatnicy będą znali swoje obowiązki, które zostaną jasno sprecyzowane. Wtedy organy podatkowe będą mogły zgodnie z prawem wyciągnąć konsekwencje prawne w przypadku niespełnienia obowiązków przez podatnika. Jednocześnie, w razie wątpliwości, dzięki ochronie podatnika poprzez zasadę *in dubio pro tributario* osiągnie się pewną stabilność prawa podatkowego.

¹⁴ R. Mastalski, *Autonomia...*, *op. cit.*, s. 12.

¹⁵ *Eadem*, *Stosowanie prawa podatkowego*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 27.

¹⁶ A. Mariański, *Rozstrzyganie...*, *op. cit.*, s. 22.

¹⁷ B. Brzeziński, *Wstęp do nauki prawa podatkowego*, TNOiK Dom Organizatora, Toruń 2003, s. 87.

¹⁸ A. Gomułowicz, *Podatki...*, *op. cit.*, s. 88.

¹⁹ T. Dębowska-Romanowska, *Za co karać podatnika, a za co powinno odpowiadać państwo w stosunku do działających w dobrej wierze podatników*, cz. III, „Prawo i Podatki” 2008, nr 1, s. 25.

²⁰ Art. 21 § 2, 3 i 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* (Dz.U. 2012 r., poz. 749) jest zdaje się nowszy Dz.U. dalej: *Ordynacja podatkowa*.

Kształtowanie się zasady *in dubio pro tributario*

Treść tej zasady sięga do humanizmu prawa, jest to reguła nakazująca rozstrzyganie wątpliwości dotyczących faktów i prawa nie przeciw jednostce, ale na rzecz tej jednostki²¹. Wiąże się ona również z zasadą demokratycznego państwa prawa²², wyłączności ustawowej²³ i powszechności opodatkowania²⁴. W związku z tym, że podatek narusza sferę wolności, obowiązek podatkowy powinien wynikać wprost z ustawy podatkowej²⁵. Kwestie prawnopodatkowe mogą być regulowane tylko w drodze ustawy lub z jej wyraźnego upoważnienia, gdyż to właśnie od decyzji ustawodawczych zależy sytuacja prawna podatnika²⁶. Zastrzeżenie elementów konstrukcyjnych podatku, jako materii ustawowej, sprzyja przewidywalności prawa²⁷.

Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie wskazuje, że zasada *in dubio pro tributario*, która jest pochodną szerszej wytycznej *nullum tributum sine lege*, zakazującej wykładni rozszerzającej na niekorzyść podmiotów obowiązanych, wynika z polskiego porządku konstytucyjnego²⁸. Konstytucja RP wprowadzając zasadę *nullum tributum sine lege* odnosi się do wyłączności władzy ustawodawczej w nakładaniu podatków²⁹. Zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika nie stanowi więc przeciwwagi do obywatelskiego obowiązku zapłaty podatku.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego³⁰ wskazuje się ponadto, że zasada *in dubio pro tributario* powinna być również wywodzona z zasady wolności gospodarczej oraz ochrony własności. Warto wspomnieć, że obowiązek płacenia podatków nie jest wyjątkiem od praw i wolności obywatelskich, lecz ich opozycją. Biorąc pod uwagę cele podatków, ograniczanie wolności poprzez obowiązek podatkowy można nazwać „ceną”, jaką każdy obywatel płaci za zorganizowane życie w społeczeństwie, utrzymując państwo³¹. Podkreślić należy

²¹ A. Gomułowicz, *Podatki...*, *op. cit.*, s. 48.

²² Art. 2 Konstytucji RP.

²³ Art. 217 Konstytucji RP.

²⁴ Art. 84 Konstytucji RP.

²⁵ A. Gomułowicz, *Aspekty ustrojowe opodatkowania*, [w:] *Konstytucja, Ustrój, System finansowy państwa*, red. T. Dębowska-Romanowska, Wyd. Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2009, s. 369.

²⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2006, s. 324.

²⁷ H. Filipczyk, *Postulat pewności prawa w wykładni operatywnej prawa podatkowego*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 53.

²⁸ Wyrok TK z dnia 13 września 2011 r., sygn. P 33/09, pkt III.6, www.isap.sejm.gov.pl.

²⁹ A. Mariański, *Rozstrzyganie...*, *op. cit.*, s. 61.

³⁰ Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 1997 r., sygn. III RN 14/97, POP 1999, nr 1, poz. 1.

³¹ T. Dębowska-Romanowska, *Prawo finansowe, część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 128.

również znaczenie ustrojowe tego obowiązku, gdyż dotyczy ono bezpośrednio stosunku między państwem a obywatelem, a zatem zasadniczą podstawą normatywną jest Konstytucja³². W związku z tym, że do tej pory zasada *in dubio pro tributario* nie została wpisana do Ordynacji podatkowej można ją nazwać quasi-logiczną konsekwencją grupy norm konstytucyjnych³³.

Właściwie to Trybunał Konstytucyjny nadał tej zasadzie szczególną rangę. W literaturze przedmiotu³⁴ podkreśla się, że znaczna rola w określaniu relacji pomiędzy zasadą państwa prawnego a innymi zasadami prawnymi przypada właśnie Trybunałowi. Warto nadmienić, że jego rola w procesie kształtowania się zasad stanowienia prawa, w szczególności prawa podatkowego, jest znacząca³⁵.

Wielkim krokiem w kierunku zasady *in dubio pro tributario* jest zasada domniemania prawdziwości deklaracji podatkowej³⁶. Odrzuca się w tym przypadku niekorzystne dla podatnika fakty, a organy podatkowe mają obowiązek domniemywać prawdziwość złożonych przez podatnika zeznań. Nie można nakładać podatku mimo braku podstaw faktycznych, tylko dlatego, że pewne okoliczności nie zostały przez organ podatkowy ustalone. Nie jest w takim razie dopuszczalne nakładanie ciężarów publicznych poza konstytucyjnym zakresem opodatkowania.

Znaczenie zasady in dubio pro tributario

Właściwe tworzenie prawa ma wpływ na pewność prawa podatkowego. Nawet przy błędach legislacyjnych w określonym zakresie można realizować zasadę pewności prawa, zwłaszcza jeżeli sądy, zgodnie z zasadą *in dubio pro tributario*, będą rozstrzygały wątpliwości występujące w przepisach prawa na korzyść podatnika, odrzucając jednocześnie zasadę przeciwną *in dubio pro fisco*³⁷, mówiącą o tym, że w razie wątpliwości, rozstrzyga się na korzyść fiskusa (organu podatkowego, Skarbu Państwa). Zakaz wykładni tej zasady wywodzi się z konstytucyjnej zasady państwa prawnego³⁸.

³² W. Łączkowski, *Uwarunkowania historyczne Nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, nr 2, s. 9.

³³ A. Mariański, *Nakaz rozstrzygania na korzyść podatnika – wykładnia prawa*, Monitor Podatkowy 2003, nr 5, s. 5.

³⁴ A. Kubiak, *Państwo prawne – idea, postulaty, dylematy*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 1, s. 26.

³⁵ B. Brzeziński, *Wstęp...*, *op. cit.*, s. 138.

³⁶ Art. 21 § 2, 3 i 5 Ordynacji podatkowej.

³⁷ R. Mastalski, *Podatkowe postępowanie – podatek dochodowy od osób fizycznych – przychód z nieodpłatnego świadczenia – pakiet świadczeń nieodpłatnych*, Glosa do uchwały NSA z dnia 24 maja 2010 r., II FPS, nr 1, poz. 10.

³⁸ *Ibidem*.

Fakt istnienia i stosowania zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika w procesie postępowania podatkowego potwierdza zarówno doktryna³⁹, jak i orzecznictwo⁴⁰, a nawet nierzadkie rozstrzygnięcia organów podatkowych⁴¹. W konstytucyjnym państwie prawa podatnik nie powinien ponosić negatywnych skutków, ze względu na niedoskonałości prawa podatkowego, powstałych nie z jego winy. Nie można przenosić odpowiedzialności na podatnika, skoro wątpliwości co do interpretacji przepisów dotyczą zarówno obywateli, jak również organów państwowych⁴². Interesująca jest również teza z orzeczenia NSA przesądzająca o tym, że niezasadne jest czynienie zarzutu podatnikom naruszeń przepisów, które są niejednoznaczne, jeżeli podatnik wybrał jedno z możliwych stanowisk⁴³. W jednym ze swoich orzeczeń sąd administracyjny stwierdził wręcz, że powinno się eliminować przepisy podatkowe, które wywołują znaczne rozbieżności w interpretacji sądów, podatników i organów podatkowych⁴⁴. Zdarzają się jednak wyroki sądów stosujących niekorzystną dla podatnika wykładnię⁴⁵. Należy zauważyć, że takich negatywnych rozstrzygnięć jest coraz mniej, lecz biorąc pod uwagę sytuację podatnika, prawo podatkowe nadal nie daje obywatelowi dostatecznej gwarancji sprawnego i prawidłowego rozwiązania jego wątpliwości.

Stosowanie zasady rozstrzygania na korzyść podatnika nie powinno następować automatycznie, lecz być zindywidualizowane *ad casum*⁴⁶. W szeregu orzeczeń⁴⁷ sąd, rozpatrując konkretne sprawy, wskazywał na przesłanki, których wystąpienie świadczyło o istnieniu „ważnego interesu podatnika”. Jest to pojęcie nieostre, w każdym indywidualnym przypadku mające inne znaczenie. Najczęściej jednak „ważny interes podatnika” to sytuacja, gdy z powodu nadzwyczajnych, losowych przypadków podatnik nie jest w stanie

³⁹ I. Mirek, *Interpretacja przepisów podatkowych budzących wątpliwości*, Monitor Prawa Celnego i Podatkowego 2007, nr 12, s. 149.

⁴⁰ Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego np. orzeczenie z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02, OTK 2003, nr 1, poz. 4, czy też orzeczenie z dnia 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03, OTK 2004, nr 4A, poz. 3.

⁴¹ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej z Poznania z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. ILPB2/436-88/11-2/MK, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴² Wyrok NSA z dnia 18 czerwca 1996 r., sygn. SA/Ld 1212/95, POP 2002, nr 2, poz. 53.

⁴³ Wyrok NSA z dnia 6 marca 1996 r., sygn. SA/Bk 95/95, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴⁴ Wyrok NSA z dnia 3 kwietnia 2000 r., sygn. III SA 3108/00, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴⁵ Wyroki z dnia 5 stycznia 2010 r., sygn. I SA/Wr 1642/09, z dnia 6 stycznia 2010 r., sygn. I SA/Wr 1649/09, czy też z dnia 9 marca 2010 r., sygn. I SA/Wr 1789/09, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴⁶ A. Gomułowicz, *Podatki...*, *op. cit.*, s. 49.

⁴⁷ Przykładowo: wyrok NSA z dnia 26 listopada 1999 r., sygn. I SA/Ld 13/98, LEX nr 41054, wyrok NSA z dnia 25 lutego 2000 r., sygn. I SA/Wr 1000/98, LEX nr 40742, wyrok NSA z dnia 21 marca 2001, sygn. I SA/Ka 577/00, LEX nr 47500.

uregulować zaległości podatkowych⁴⁸. Powinno się zatem ograniczyć stosowanie analogii w prawie podatkowym ze względu na różnorodność sytuacji i interesów podatników. Szczególnym zakazem takiego rozumowania należy objąć sytuacje, w których prowadziłoby to do rozstrzygnięć na niekorzyść podatnika. Bardzo ważną kwestią jest poszukiwanie granic opodatkowania, poza które wykładnia nie powinna wychodzić⁴⁹. Granice te są zdominowane przez sytuację gospodarczą i społeczną. Prawodawca koncentruje się jednak jedynie na celach fiskalnych, nie przywiązując wagi do związanych z tym skutków gospodarczych i społecznych⁵⁰. Jeżeli zasada *in dubio pro tributario* zostanie ustanowiona *explicite* w Ordynacji podatkowej nie będzie konieczne wprowadzanie odrębnej zasady ograniczonego stosowania analogii⁵¹.

W postępowaniu dowodowym zasada *in dubio pro tributario* zobowiązuje organy podatkowe do zebrania pełnego materiału dowodowego⁵², a w razie braków dowodów lub wątpliwości co do ich prawdziwości, nie mogą one rozstrzygać na niekorzyść podatnika⁵³. Odnosi się to również do oceny dowodów, albowiem zasada ta zakazuje oceny dowodów na niekorzyść podatnika, jeżeli nie ma ku temu podstaw wynikających z innych dowodów⁵⁴. To organ podatkowy powinien poszukiwać dowodów umożliwiających pełniejsze odzwierciedlenie stanu faktycznego⁵⁵. Nie można dopuścić do sytuacji, w której uzasadnienie rozstrzygnięcia będzie miało swoje podstawy w braku dowodów, ze względu na ich nieprzedłożenie przez podatnika⁵⁶. Na organie spoczywa więc obowiązek dowodzenia faktów istotnych w sprawie, nie można obowiązkowo tego przerzucać na stronę.

O tym jak ważne jest prawidłowo przeprowadzone postępowanie dowodowe świadczy wynik raportu NIK⁵⁷ wykazujący, że główną przyczyną uchylania decyzji pierwszej instancji były braki w postępowaniu dowodowym i błędy proceduralne. Mowa tu o aż 86% spraw badanych przez NIK. Jest to konsekwencja braku wystarczającej staranności w ocenie zgromadzonych

⁴⁸ Wyrok NSA z dnia 22 kwietnia 1999 r., sygn. SA/Sz 850/98, POP 2000, nr 6, poz. 168.

⁴⁹ Wyrok NSA z dnia 10 maja 2000 r., I SA/Lu 1702/98, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁵⁰ R. Mastalski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 52.

⁵¹ A. Mariański, *Rozstrzyganie...*, *op. cit.*, s. 64.

⁵² D. Strzelec, *Dowody w postępowaniu podatkowym*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 55.

⁵³ A. Mariański, *Ciężar dowodu w postępowaniu podatkowym a tendencje orzecznicze*, "Kwartalnik Prawa Podatkowego" 2004, nr 3, s. 33–34.

⁵⁴ Wyrok NSA z dnia 21 czerwca 2000 r., sygn. ISA/Ld 636/98, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁵⁵ J. Kulicki, *Dowody w postępowaniu podatkowym*, Analizy 2012, nr 6(73), www.bas.sejm.gov.pl, s. 12.

⁵⁶ A. Hanusz, *Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia podatkowego*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 68.

⁵⁷ Raport NIK, *Informacja ...*, *op. cit.*, s. 11.

dowodów, w ustalaniu oraz w dokumentowaniu stanu faktycznego. Zasada *in dubio pro tributario* zastosowana w tych przypadkach, znacznie ograniczyłaby ilość wszczynanych postępowań, które nie dość, że podważają zaufanie do organów podatkowych, to również generują znaczne koszty administracyjne. Według szacunków znajdujących się w uzasadnieniu projektu zmiany Ordynacji podatkowej⁵⁸, zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika, powodując skrócenie postępowań, pozwoliłaby zaoszczędzić około 1–2 miliony złotych rocznie.

Decydującą rolę w kontroli poprawności wydanego rozstrzygnięcia stanowi jego uzasadnienie. Pozwala ono na ustalenie jakimi zasadami kierował się organ podatkowy oraz zawiera ocenę prawną sprawy. Sam obowiązek należytego uzasadnienia decyzji wynika z art. 124 Ordynacji podatkowej. Kontrola w zakresie stosowania zasady *in dubio pro tributario* możliwa jest wyłącznie w przypadku, gdy uzasadnienie decyzji podatkowej zostało prawidłowo sporządzone. Pozwala to ustalić, czy zasada ta była brana pod uwagę i w jaki sposób rozstrzygnięte zostały wątpliwości, a także pozwala na ustalenie czy cały materiał dowodowy został zebrany⁵⁹.

W zakresie dotyczącym wątpliwości można mówić o dwóch podstawowych zadaniach tej zasady⁶⁰. Ma ona uniemożliwiać wydawanie rozstrzygnięć, które pozostają w sprzeczności z wynikami wykładni prawa podatkowego, co do której istnieje pewność, że została prawidłowo przeprowadzona. Warto podkreślić, iż w procesie wykładni konieczne jest dokonanie szeregu ocen i wybór różnych wariantów. Interpretator przyjmuje pewne wartości, które realizuje poprzez swoje decyzje w procesie wykładni. Należy odejść od stosowania wykładni językowej jeżeli jej rezultaty są niejednoznaczne i jeśli w danym przypadku może dojść do sprzeczności z pewną przyjętą hierarchią wartości⁶¹. Pozwala to uzasadnić rozstrzygnięcie konfliktów między różnymi rezultatami wykładni, a także pomoże dokonać wyboru dyrektyw interpretacyjnych, które są regułami wskazującymi, jak powinno się ustalić znaczenie interpretowanych norm⁶².

Drugim zadaniem tej zasady jest uniemożliwianie poszukiwania takiej wykładni, która byłaby niekorzystna dla podatnika poprzez zobowiązanie

⁵⁸ Druk nr 3108, s. 17.

⁵⁹ A. Kaźmierski, S. Golec, *Postępowanie podatkowe, 810 wyjaśnień i interpretacji*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 531.

⁶⁰ A. Mariański, Glosa do wyroku NSA z dnia 27 lutego 2003 r., sygn. III SA 1330/01, OSP 2004, nr 9.

⁶¹ B. Brzeziński, *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2002, s. 20.

⁶² J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wszechnica Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1990, s. 75.

podmiotów stosujących prawo do podjęcia rozstrzygnięcia najbardziej korzystnego. Ogranicza to „pokusy” interpretatora do sięgania po innego rodzaju wykładnię, chodzi tu zwłaszcza o wykładnię celowościową, której wyniki mogą prowadzić do niekorzystnych rezultatów dla podatników. Można powiedzieć, że jest to w pewnym sensie rodzaj ograniczenia, wymuszający wybór odpowiedniego rodzaju wykładni.

Zastrzega się, że zasady dotyczące całego systemu prawa lub jego części, a tak jest w przypadku zasady *in dubio pro tributario*, powinny być wyeksponowane wśród zasad ogólnych prawa podatkowego⁶³. Zadość temu czyni projekt zmiany Ordynacji podatkowej⁶⁴ przewidujący wprowadzenie nowego artykułu 2a o brzmieniu: „Niedające się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego rozstrzyga się na korzyść podatnika”. Zakłada on stosowanie tego przepisu również w odniesieniu do innych ustaw zawierających przepisy o daninach publicznych. Uprawnienie nadane podatnikowi przez tę zasadę umożliwiłoby podniesienie przez podatnika w postępowaniu odwoławczym dokonania naruszenia prawa przez organ pierwszej instancji. W tej sytuacji sąd kontrolujący legalność rozstrzygnięcia, byłby zobowiązany do sprawdzenia, czy w toku ustalania wykładni, czy stanu faktycznego zostały zachowane zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika. Ponadto błędne rozstrzygnięcie lub jego brak, mogłyby być podstawą do wniesienia skargi kasacyjnej⁶⁵.

Wnioski

Niejednomyślność sądów co do stosowania zasady *in dubio pro tributario* pogłębia niestabilność prawa podatkowego. Brak ustanowienia *explicite* zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika, umożliwia dalsze częste rozstrzyganie na korzyść fiskusa. Brak istniejącego przepisu konkretyzującego zasady postępowania w przypadku powstania wątpliwości powoduje dowolność rozstrzygnięć i niejednokrotne łamanie praw podatnika.

Głównym postulatem zmieniającym obecną sytuację podatnika jest zmiana niejasnych przepisów wprowadzających w „pułapki” podatników, przez co tak często dochodzi do wszczynania postępowań podatkowych. Z tego postulatu wynika kolejny, związany z zaufaniem do organów państwowych, mający swe źródło zarówno w Konstytucji (art. 2), jak i w Ordynacji podatkowej (art. 121). Z zasad tych wywieść można zakaz przerzucania na podatnika błędów lub uchybień popełnionych przez organy podatkowe w procesie stosowania

⁶³ A. Mariański, *Rozstrzyganie...*, *op. cit.*, s. 257.

⁶⁴ Druk nr 3018.

⁶⁵ A. Mariański, *Rozstrzyganie...*, *op. cit.*, s. 264.

obowiązujących przepisów⁶⁶. Uchybienia organu prowadzącego postępowanie nie mogą powodować ujemnych następstw dla obywatela, który działa w dobrej wierze i w zaufaniu do treści otrzymanej decyzji⁶⁷.

Wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść podatnika, ale należy zwrócić uwagę na to, że obecne prawo jest uchwalane w pośpiechu i istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo wystąpienia w nim błędów mających negatywny wpływ na konstytucyjne prawa oraz wolności obywatela. Jest to rzeczywisty problem, który został potwierdzony w raporcie NIK dotyczącym przestrzegania praw podatników⁶⁸. Budowanie stabilności trzeba zacząć od poprawy jakości przepisów. Sama zasada *in dubio pro tributario* jest tylko środkiem zaradczym obecnego niedoskonałego prawodawstwa podatkowego i samodzielnie nie zmienia systemu prawa podatkowego. Należy więc skorzystać również z innych instytucji prawa podatkowego aby zmienić sytuację podatnika, oczywiście w granicach powszechnie obowiązującego prawa.

Reguła rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika nie zawsze jest stosowana przez sądy administracyjne i organy podatkowe. Zapis *explicite* w Ordynacji podatkowej pozwala na gwarancję jej stosowania. Nierzadko można mówić o stosowaniu zasady przeciwnej, czyli *in dubio pro fisco*. Ochrona, dzięki zasadzie stosowania rozstrzygnięć na korzyść podatnika, powinna w pewnym stopniu poprawić jego sytuację, gdyż obciążony obowiązkami znajomości prawa i jego prawidłowego stosowania podatnik, w razie złej oceny swojej sytuacji, może być nawet pociągnięty do odpowiedzialności karnej skarbowej. Wtedy można mówić o zatraceniu poczucia bezpieczeństwa prawnego, które łamie konstytucyjną zasadę państwa prawa. Podatnikowi można zarzucić niedopełnienie jego obowiązków tylko wtedy, gdy treść tego obowiązku jest w pełni zrozumiała, a ponadto jeżeli ma realne możliwości wywiązania się z obowiązku wynikającego z przepisu prawa⁶⁹.

Należy więc przyjąć, że zasada *in dubio pro tributario* zasługuje na wpisanie do zasad ogólnych Ordynacji podatkowej z uwagi na jej funkcję ochronną względem podatników, jak i znaczącą rolę stabilizującą prawo podatkowe, poprzez ujednolicenie postępowania w razie niedających się usunąć wątpliwości.

⁶⁶ Wyrok WSA z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. III SA 394/03, POP 2005, z. 4, ONSAiWSA 2005, nr 6, poz. 129.

⁶⁷ Wyrok NSA z dnia 9 listopada 1987 r., sygn. III SA 702/87, ONSA 1987, nr 2, poz. 79.

⁶⁸ Raport NIK, *Informacja...*, *op. cit.*, s. 6.

⁶⁹ Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 1988 r., sygn. III SA 964/87, OSP 1990, nr 5–6, poz. 251.

Abstract

The *in dubio pro tributario* principle as a guarantee of tax law's stability

The article contains the creation and formation origins of resolving the tax doubts in favor of the taxpayers. We can find numerous examples, which confirm the importance of the *in dubio pro tributario* tax law rule. The article indicates the effects of resolving tax doubts in favor of a taxpayer, which helps to judge its usefulness. The rule should improve the taxpayer's situation in a significant way. Without it, the taxpayer could face serious consequences, including financial or criminal responsibility in cases of poor familiarity level with the law.

Key words: Law stability, Taxpayer protection, *In dubio pro tributario* principle

Streszczenie

Zasada *in dubio pro tributario* jako gwarancja stabilności prawa podatkowego

W artykule przedstawiono genezę powstania i kształtowania się zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatników. Opracowanie zawiera liczne przykłady, które potwierdzają ogromne znaczenie i konieczność istnienia zasady *in dubio pro tributario* w systemie prawa podatkowego. Wskazano skutki stosowania rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatników, co pozwala na ocenę przydatności brania pod uwagę w rozstrzygnięciach tytułowej zasady. Powinna ona w pewnym stopniu poprawić sytuację podatnika, gdyż obciążony obowiązkami znajomości prawa i jego prawidłowego stosowania podatnik, w razie złej oceny swojej sytuacji, może być nawet pociągnięty do odpowiedzialności karnej skarbowej.

Słowa kluczowe: stabilność prawa, ochrona podatnika, zasada *in dubio pro tributario*

Krzysztof Flak

radca prawny

Wpływ zmian prawa na emisje obligacji komunalnych w III Rzeczpospolitej

Wprowadzenie

W dniu 27 maja 1990 r. weszła w życie ustawa o samorządzie terytorialnym¹. Była ona jednym z istotnych elementów zmian ustrojowych dokonanych w Polsce po zmianach politycznych zaistniałych w 1989 r. Jej skutkiem było powstanie – w miejsce znacznej części lokalnej administracji państwowej – samorządu terytorialnego wzorowanego na rozwiązaniach wypracowanych w państwach Europy Zachodniej. Wprowadzono do porządku prawnego gminy z samodzielnym budżetem, osobowością prawną, mieniem komunalnym i wyraźnie wyodrębnionymi kompetencjami. W 1999 r. zaistniała reforma samorządu terytorialnego w Polsce, w ramach której w szczególności pojawiły się nowe podmioty: samorządowe powiaty i województwa.

Wszystkie te jednostki samorządu terytorialnego to potencjalni emitenci obligacji komunalnych, instrumentów finansowania wykorzystywanych w praktyce polskich miast już od XIX w. Wraz z końcem istnienia II Rzeczypospolitej w polskiej praktyce obrotu prawnego zaprzestaniu uległo także wykorzystanie obligacji komunalnych. Ich powrót był możliwy dopiero po restytucji samorządu – w latach 90. XX w.

Przy ponownym wprowadzaniu instytucji obligacji komunalnych w Polsce w dużym stopniu wykorzystano pomoc ze strony ekspertów ze Stanów Zjednoczonych Ameryki, kraju posiadającego wieloletnie doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu obligacji w finansowaniu podmiotów samorządowych, co w połączeniu z rozmiarem jego gospodarki i – w ramach tejsze

¹ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95), zwana dalej u.s.t.

– jego rynku kapitałowego powoduje, że to właśnie ten kraj jest światowym liderem w zakresie obligacji komunalnych.

Początki obligacji komunalnych w Polsce

Pierwszą polską obligacją był królewski skrypt dłużny Stanisława Augusta Poniatowskiego, datowany na 15 lutego 1782 roku². Dotyczył on pięcioletniej, zabezpieczonej hipotecznie na dobrach królewskich, pożyczki na kwotę 1 miliona guldenów holenderskich, udzielonej przez amsterdamskiego bankiera Q.W. van Hoorna.

Pierwsze udokumentowane emisje obligacji komunalnych na ziemiach polskich miały miejsce w XIX wieku. Z dostępnych źródeł wynika, że pierwsze znane emisje obligacji przez miasto Warszawa odbyły się w latach 80. XIX w. Pierwszą z emisji, w zakresie której zachowana została szczegółowa dokumentacja, jest emisja warszawska z 1896 r., na sumę nominalną 6,6 mln rubli. Wpływy z emisji miały być przeznaczone na budowę tzw. filtrów Lindley'a. Wpłata kuponu w wysokości 4,5% rocznie była dokonywana co pół roku, a wykup miał następować stopniowo przez okres 39 lat od 1899 r. Obligacje te były zabezpieczone całym nieruchomościem majątkiem miasta i jego wszystkimi dochodami, a środki na spłatę zobowiązań z obligacji były wyodrębnione w budżecie miasta i miały pierwszeństwo przed innymi wydatkami.

Jak wskazuje T. Górniak³, Warszawa do 1918 r. wyemitowała jeszcze jedenaście pożyczek. Obligacje w tym okresie emitowały także inne miasta, jak Kraków, Łódź i Płock. Emisje w tym okresie oparte były na przepisach prawa państw zaborczych.

Te same regulacje prawne miały również zasadnicze zastosowanie do emisji obligacji komunalnych w II Rzeczypospolitej. Polska ustawa o obligacjach datowana była na 30 czerwca 1939 r.⁴ i z uwagi na datę wejścia w życie nie miała, jak się zdaje zasadniczo żadnego zastosowania w praktyce. W kontekście obligacji komunalnych zauważyć jednak trzeba, że w art. 30 ust. 1 u.p.o. przewidziana została możliwość emitowania obligacji przez:

- „1) m. st. Warszawę i miasta wydzielone z powiatowych związków samorządowych,
- 2) wojewódzkie i powiatowe związki samorządowe,

² K. Markowski, *Historia rynku obligacji komunalnych w Polsce*, [w:] *Problemy zarządzania na rynku kapitałowym*, red. K. Ciejsa-Znamirowski, Wydawnictwo KUL, Lublin 2002, s. 45.

³ T. Górniak, *Przegląd papierów wartościowych*. Warszawa 1995, s. 59.

⁴ Ustawa z dnia 30 czerwca 1939 r. prawo o obligacjach, Dz.U. Nr 58, poz. 379, zwana dalej u.p.o.

- 3) związki międzykomunalne, posiadające charakter korporacji prawa publicznego”⁵.

Po wymaganiom zatwierdzeniu przez Ministra Skarbu warunków emisji obligacji emitowanych przez ww. osoby, warunki te powinny być ogłoszone w Monitorze Polskim.

W opisywanym okresie wyemitowano w Polsce około 32 emisji obligacji komunalnych (stanowiących wówczas około 1/3 ogółu emisji obligacji w Polsce), na łączną kwotę około 155 milionów ówczesnych złotych. Przeważającą rolę wśród emitentów odgrywała Warszawa, której jedna z pożyczek nominowana była w dolarach amerykańskich, emitentami były też Poznań, Lwów, Kraków, Lublin i Płock. Znaczną część z emisji stanowiły tzw. pożyczki konwersyjne polegające na refinansowaniu wcześniejszego długu nowym.

Po II wojnie światowej instytucja obligacji komunalnych nie była w Polsce wykorzystywana aż do zmiany systemu politycznego w 1989 r., chociaż dekret o finansach komunalnych z dnia 20 marca 1946 r.⁶ dopuszczał pożyczanie pieniędzy przez organy władzy na poziomie samorządowym (związki samorządowe).

W 1988 r. uchwalona została kolejna ustawa o obligacjach⁷, która weszła w życie z dniem 1 listopada 1988 r. Przewidywała ona możliwość emisji obligacji także przez rady narodowe, tj. organy władzy na poziomie lokalnym i regionalnym.

Odrodzenie obligacji komunalnych

Początki rynku obligacji komunalnych w III Rzeczypospolitej to rok 1993, a pionierskimi jednostkami samorządowymi były Międzyrzecz, Czarneków, Płock i gmina Warszawa-Mokotów. Ramy prawne dla tych emisji stanowiły:

1. u.s.t.,
2. u.o.1988,
3. art. 921⁶ i nast. Kodeksu cywilnego⁸, wprowadzone z dniem 1 października 1990 r.,

⁵ *Ibidem*.

⁶ Dz.U. Nr 19, poz. 129.

⁷ Ustawa z dnia 27 września 1988 r. o obligacjach (Dz.U. Nr 34, poz. 254), zwana dalej u.o.1988.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121 i 827 oraz Dz.U. z 2015 r. poz. 4), zwana dalej: k.c.

4. ustawa z dnia 14 grudnia 1990 r. o dochodach gmin i zasadach ich subwencjonowania w latach 1991–1993 oraz o zmianie ustawy o samorządzie terytorialnym⁹,
5. ustawa z dnia 10 maja 1990 r. Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych¹⁰.

Należy zauważyć, że wskazane powyżej pierwsze emisje obciążone były pewnymi niedoskonałościami, co można przypisać ich nowatorskiemu charakterowi. Przykład Międzyrzecza to tzw. obligacje mieszkaniowe, które stanowiły w istocie obejście przepisów prawa dot. wykupu mieszkań komunalnych¹¹. Z kolei emisja obligacji przez Płock zakończyła się subskrypcją jedynie części z obligacji¹².

Pionierski etap w zakresie polskich współczesnych obligacji komunalnych został zakończony wraz z wejściem w życie, 20 sierpnia 1995 r., ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach. Jak wskazywano w literaturze¹³, konieczne było wprowadzenie unormowań, które odpowiadałyby potrzebom uczestników intensywnie rozwijającego się wówczas rynku kapitałowego, czy szerzej – całego rynku finansowego.

Po tej zmianie prawa zauważyć można istotny wzrost wykorzystania instrumentu w postaci obligacji komunalnych, dane na temat przedstawiono w poniższej tabeli.

Tabela 1. Obligacje komunalne w Polsce w latach 1994–1998

Dane na koniec roku	1994	1995	1996	1997	1998
Zadłużenie z tytułu obligacji komunalnych (mln zł)	11,4	26,2	278,0	296,9	526,1
Liczba emitentów obligacji komunalnych	8	2	8	28	40

Źródło: W. Gonet, *Rynek samorządowych papierów wartościowych*, Studia i Prace Kolegium Zarządzania i Finansów/Szkoła Główna Handlowa, 2004, z. 47, s. 61–74.

⁹ Dz.U. Nr 89, poz. 518.

¹⁰ Dz.U. Nr 32, poz. 191.

¹¹ Szerzej na temat takiego wykorzystania obligacji komunalnych: B. Schnotale-Bednarek, *Obligacje gminne jako środek prywatyzacji komunalnych zasobów mieszkaniowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Prace Katedry Makroekonomii” 1997, nr 1, s. 117–127, a także A. Babczuk, *Rynek obligacji niepaństwowych w Polsce (1996–2000)*, Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu. Zarządzanie i Marketing (20), 2002, nr 934, s. 11–27.

¹² Szerzej na ten temat: A. Drętkiewicz, H. Sobolewski, *Emisja obligacji komunalnych na przykładzie Płocka: Możliwości. Procedura. Wykorzystanie*, Zeszyty Naukowe. Seria 1/Akademia Ekonomiczna w Poznaniu, 1998, nr 260, s. 29–42.

¹³ L. Sobolewski, *Ustawa o obligacjach. Komentarz*, Warszawa 1997, s. XI.

Rozwój praktycznego wykorzystania obligacji komunalnych

Kolejnym etapem, jaki można wyróżnić w nowoczesnej historii polskich obligacji komunalnych to, lata 2000–2003. Determinantami wzrostu rynku tych obligacji były wówczas: pojawienie się nowych emitentów w postaci powiatów i samorządów województw, a także zwiększenie się okresu zapadalności obligacji wynikające m.in. ze wzrostu zadłużenia samorządów¹⁴. Wydaje się, że można także wysnuć wniosek o korelacji tego wzrostu zadłużenia, w tym wynikającego z obligacji komunalnych, z ogólnym rozwojem gospodarczym Polski w tym czasie. Dane na temat wielkości rynku obligacji komunalnych w omawianym okresie przedstawiono w poniższej tabeli.

Tabela 2. Obligacje komunalne w Polsce w latach 1999–2003

Dane na koniec roku	1999	2000	2001	2002	2003
Zadłużenie z tytułu obligacji komunalnych (mln zł)	653,6	860,0	1628,6	2218,8	2639,1
Liczba emitentów obligacji komunalnych	53	90	149	192	201

Źródło: Z. Łękawa, *Jednostki samorządu terytorialnego na rynku kapitałowym*, Zeszyty Naukowe/Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, 2010, nr 141, s. 374.

Oprócz wejścia w życie z początkiem 1999 r. ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym¹⁵ i ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa¹⁶, co było równoznaczne z pojawieniem się w obrocie prawnym nowych jednostek samorządu terytorialnego – powiatów i województw, zauważyć należy także, że 27 sierpnia 2000 r. weszła w życie istotna nowelizacja¹⁷ ustawy o obligacjach, wprowadzająca do polskiego systemu prawa m.in. instytucję obligacji przychodowych. W literaturze¹⁸ wskazywano także na inne zakładane pozytywne skutki ww. nowelizacji, m.in. możliwość emitowania wszystkich obligacji jako nieposiadających formy dokumentu czy zniesienie sztywnego progu dojścia emisji do skutku. Należy ocenić, że część z nich rzeczywiście mogła przyczynić się do zwiększenia praktycznego wykorzystania obligacji komunalnych.

¹⁴ Z. Łękawa, *Jednostki samorządu terytorialnego na rynku kapitałowym*, „Zeszyty Naukowe/Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu” 2010, nr 141, s. 375.

¹⁵ Dz.U. Nr 91, poz. 578.

¹⁶ Dz.U. Nr 91, poz. 576.

¹⁷ Ustawa z dnia 29 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o obligacjach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 60, poz. 702).

¹⁸ J. Dziuba, *Polski rynek obligacji komunalnych na tle innych krajów*, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu” 2001, nr 908, s. 32.

Opisana powyżej nowelizacja była zasadniczo jedyną istotną zmianą u.o.1995. W związku z tym można wyrazić pogląd, że znaczna, uwzględniając polskie realia w zakresie legislacji, stabilność prawa w zakresie obligacji miała pozytywny wpływ na opisaną w dalszej części niniejszej pracy sytuację w zakresie obligacji komunalnych w kolejnych latach.

Kolejny, i jak się wydaje wciąż trwający, etap rozwoju rynku polskich obligacji komunalnych, to okresu po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej. Związane z tym potrzeby w zakresie pozyskania finansowania spowodowały wzrost zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego, w tym tej jego części, która wynika z wyemitowanych obligacji komunalnych. Także w tym przypadku aktualnym wydaje się być wniosek o powiązaniu rozwoju rynku obligacji z ogólną sytuacją gospodarczą Polski.

Tabela 3. Obligacje komunalne w Polsce w latach 2004–2013

Dane na koniec roku	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Zadłużenie z tytułu obligacji komunalnych (mld zł)	2,95	3,30	3,83	4,13	4,46	6,91	10,85	14,35	15,62	18,55

Źródło: Z. Łękawa, *op. cit.*, s. 374; K. Flak, *Emisje obligacji komunalnych w finansowaniu samorządu*, [w:] *Integracja gospodarcza i handel. Rywalizacja i współpraca we współczesnym świecie*, red. K. Budzowski, J. Świerczyńska, Kraków 2012, Fitch Polska S.A., *Podsumowanie IV kwartału 2013 i roku 2013 na rynku nieskarbowych instrumentów dłużnych w Polsce*, www.fitchpolska.com.pl.

Nowa ustawa o obligacjach z 2015 r.

Doświadczenia dwudziestu lat funkcjonowania u.o.1995 były jedną z inspiracji dla powstania nowej ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach¹⁹, która weszła w życie 1 lipca 2015 r. Przy zachowaniu ogólnej kontynuacji poprzedniej regulacji, nowa ustawa wprowadziła nowe elementy do porządku prawnego, takie jak obligacje wieczyste i podporządkowane czy zgromadzenie obligatariuszy.

Ciekawym instrumentem wydaje się być, w kontekście potrzeb samorządowych, instrument w postaci obligacji wieczystych. Zgodnie z art. 23 u.o.2015 emitent może emitować obligacje niepodlegające wykupowi, z zastrzeżeniem art. 75 ust. 2 u.o.2015, uprawniające obligatariusza do otrzymywania odsetek przez czas nieoznaczony, zwane dalej „obligacjami wieczystymi”. Przepisu art. 365¹ k.c. nie stosuje się w przypadku takich instrumentów finansowych. Zgodnie z art. 75 u.o.2015 obligacje wieczyste stają się wymagalne w przypadku:

¹⁹ Dz.U. z 2015 r. poz. 238, zwana dalej: u.o.2015.

- a) ogłoszenia upadłości albo otwarcia likwidacji emitenta;
- b) zwłoki emitenta w wypłacie wynikających z obligacji świadczeń pieniężnych przysługujących obligatariuszom.

Emitent w warunkach emisji może wskazać również inne przypadki, gdy obligacje wieczyste stają się wymagalne, lub zastrzec prawo ich wykupu. Obligacje wieczyste można wykupić nie wcześniej niż po upływie 5 lat od daty ich emisji, z zastrzeżeniem jednak przypadków wskazanych powyżej w a)-b). Terminy i sposoby wykupu obligacji wieczystych w ww. przypadkach należy wskazać w warunkach emisji obligacji wieczystych.

Czy i jak finalnie zostaną wykorzystane przez jednostki samorządu terytorialnego możliwości wynikające z instytucji obligacji wieczystych będzie można ocenić po 2–3 latach obowiązywania u.p.o.

Wstępna ocena u.p.o. wskazuje, że nie spowoduje ona innych znaczących zmian w praktyce emitowania obligacji komunalnych przez polski samorząd terytorialny.

Nowe przepisy powodują również, że dopuszczalne od drugiej połowy 2015 r. jest emitowanie pod rządami prawa polskiego obligacji także przez zagraniczne jednostki samorządu terytorialnego. Istotną nowością jest także wprowadzenie przez u.o.2015 do porządku prawnego, również w zakresie obligacji komunalnych, zgromadzenia obligatariuszy²⁰, a także obowiązku tworzenia w przypadku każdej emisji obligacji odrębnego, pisemnego dokumentu warunków emisji obligacji. Nowa ustawa zawiera ponadto szereg innych, mniej znaczących zmian, które dotyczą wszystkich obligacji, a które wprowadzają wprost do przepisów normy do tej pory stosowane przez praktykę na zasadzie uzupełniających czy też doprecyzowujących przepisy u.o.1995 interpretacji.

Obligacje komunalne a rynek publiczny

Zauważyć należy, że samorządy w praktyce nie wykorzystywały w istotnym stopniu możliwości publicznego oferowania obligacji komunalnych. Stąd też zmiany w tym zakresie polskiego rynku kapitałowego i dotyczących go aktów prawa w omawianym okresie, nie mają istotnego znaczenia dla obligacji komunalnych.

Istotną nowością w zakresie istniejących we współczesnej Polsce regulacji dotyczących obligacji komunalnych było implementowanie, po przystąpieniu do Unii Europejskiej, regulacji unijnych dotyczących oferowania instru-

²⁰ Na marginesie zauważyć należy, że już u.p.o. przewidywała „zgromadzenie właścicieli obligacji”, które jednak nie dotyczyło przypadku obligacji komunalnych.

mentów finansowych (w tym obligacji komunalnych) i wprowadzania ich do obrotu giełdowego.

Zauważalnym było niewielkie wykorzystanie publicznego oferowania obligacji komunalnych oraz możliwości giełdowego notowania obligacji komunalnych, jak również przeważająca obecność banków, jako podmiotów nabywających obligacje komunalne w obrocie pierwotnym.

Sytuacja zaczęła ulegać zmianie w ostatnich latach w związku z utworzeniem, m.in. przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie, S.A. rynek Catalyst²¹. W poniższej tabeli przedstawiono informacje na temat wykorzystania tej platformy obrotu wtórnego w zakresie obligacji komunalnych.

Tabela 4. Dane dotyczące obligacji komunalnych znajdujących się w obrocie na rynku Catalyst

Dane za	Wartość obrotów (mln zł)	Liczba transakcji	Liczba emitentów	Liczba serii	Wartość emisji (mln zł)
1Q2010	50,68	273	-	12	1 234
1Q2011	9,32	142	13	26	1 753
1Q2012	3,12	92	11	23	2 196
1Q2013	1,66	38	14	48	2 467
1Q2014	2,28	41	19	60	3 178
1Q2015	6,84	30	19	60	3 202

Źródło: dane rynku Catalyst, www.catalyst.pl.

Jak wskazują powyższe dane, wartość obligacji znajdujących się w obrocie na rynku Catalyst systematycznie wzrasta. W ciągu 5 lat z poziomu ok. 1,2 mld zł osiągnęła na koniec pierwszego kwartału 2015 r. wartość ok. 3,2 mld zł. Niestety niepokojące są dane dotyczące obrotów na tym rynku dotyczącym tych obligacji – tendencją spadkową odznacza się liczba transakcji – w 1. kwartale 2015 r. było to średnio zaledwie 10 transakcji miesięcznie, a średnia wartość transakcji w tym okresie wyniosła ok. 228 tys. zł. Łącznie wskazuje to na niewielką płynność tych instrumentów – zniechęcającą inwestorów, jak również na znikomy udział inwestorów indywidualnych w transakcjach giełdowych, których przedmiotem są obligacje komunalne.

Warte zauważenia jest też, że udział znajdujących się w obrocie na rynku Catalyst obligacji komunalnych w całym rynku polskich obligacji komunalnych utrzymywał się w okresie 31.03.2010 r.–31.03.2014 r. na mniej więcej stałym poziomie w przedziale 15,2–17,4%. Stosowne dane przedstawiono w poniższej tabeli.

²¹ Rynek ten prowadzony jest przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. i Bond-Spot S.A., obejmuje dwa rynki regulowane i dwa alternatywne systemy obrotu. Szczegółowe informacje dostępne są na www.catalyst.pl.

Tabela 5. Wartość obligacji w obrocie na rynku Catalyst w porównaniu do wartości rynku obligacji komunalnych (mln zł, o ile nie wskazano inaczej)

Dane za	Wartość emisji obligacji w obrocie na rynku Catalyst	Wartość rynku obligacji komunalnych	Udział obligacji komunalnych w obrocie na Catalyst w całym rynku obligacji komunalnych
1Q2010	1 234	7 090	17,40%
1Q2011	1 753	11 476	15,28%
1Q2012	2 196	14 440	15,21%
1Q2013	2 467	15 609	15,80%
1Q2014	3 178	18 332	17,34%

Źródła: dane rynku Catalyst, www.catalyst.pl, dane Fitch Polska S.A., opracowanie własne.

Potwierdza to aktualność wyrażonego w literaturze poglądu²², że emisje obligacji komunalnych są w przeważającej większości nabywane od emitentów przez banki – organizatorów emisji. Natomiast obrót tymi obligacjami z udziałem innych podmiotów, zarówno jeśli chodzi o obrót pierwotny, jak i wtórny, jest niewielki.

Pomimo wskazanych powyżej niedoskonałości, powstanie i funkcjonowanie rynku Catalyst należy uznać za czynnik pozytywnie wpływający na sytuację w zakresie polskich obligacji komunalnych. Jego powstanie nie byłoby możliwe bez zmian w prawie, które wprowadziły do polskiego prawa rynku kapitałowego instytucje takie, jak rynek regulowany i alternatywny system obrotu²³, a także umożliwiły wprowadzanie do obrotu na rynku regulowanym obligacji komunalnych bez konieczności sporządzania prospektu emisyjnego ani memorandum informacyjnego²⁴.

Podsumowanie

Regulacje prawne określające ramy prawne emisji obligacji komunalnych ulegały zmianom w okresie III Rzeczypospolitej. Pomimo kilku takich zmian, które przyczyniły się do rozwoju wykorzystania obligacji komunalnych w Polsce, w praktyce należy wskazać, że sytuacja była relatywnie stabilna, co również miało pozytywny wpływ na rynek samorządowych obligacji. Zauważalnym jest nowość sprzed kilku lat w postaci możliwości giełdowego notowania

²² A. Kopańska, *Rynek obligacji komunalnych w Polsce – czynniki jego obecnego kształtu oraz perspektywy rozwoju*, Ekonomia/Uniwersytet Warszawski, 2004, nr 16, s. 75–94.

²³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. Nr 183, poz. 1538).

²⁴ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. Nr 184, poz. 1539).

obligacji komunalnych. W dniu 1 lipca 2015 r. weszła w życie nowa ustawa o obligacjach, która również objęła nowe regulacje mające za przedmiot obligacje komunalne. Przy zachowaniu ogólnej kontynuacji poprzedniej regulacji, nowa ustawa wprowadza nowe elementy do porządku prawnego, takie jak obligacje wieczyste czy zgromadzenie obligatariuszy. Wstępna ocena wskazuje, że za ewentualnym wyjątkiem w postaci obligacji wieczystych nie spowoduje ona znaczącej zmiany w praktyce sposobu emitowania obligacji komunalnych przez polski samorząd terytorialny.

Abstract

Influence of changes in law on the issuances of municipal bonds in Poland after 1989

The Polish laws governing the issuances of municipal bonds has been amended several times since 1989. The situation was stable with positive influence on municipal bonds market. Introduction few years ago of possibility of listing on stock exchange was a significant change. On July 1st, 2015, new Polish law on bonds with regulations regarding municipal bonds came into force. A preliminary assessment indicates that no material changes are connected with that law except for perpetual bonds.

Key words: municipal bonds, law on bonds, bond issuance, bond listing

Streszczenie

Wpływ zmian prawa na emisję obligacji komunalnych w III Rzeczypospolitej

Regulacje prawne określające ramy prawne emisji obligacji komunalnych ulegały zmianom w okresie III Rzeczypospolitej. Sytuacja była relatywnie stabilna, co również miało pozytywny wpływ na rynek samorządowych obligacji. Istotna była zmiana sprzed kilku lat w postaci możliwości giełdowego notowania obligacji komunalnych. W dniu 1 lipca 2015 r. weszła w życie nowa ustawa o obligacjach, która również objęła nowe regulacje mające za przedmiot obligacje komunalne. Wstępna ocena wskazuje, że za ewentualnym wyjątkiem w postaci obligacji wieczystych nie spowoduje ona znaczącej zmiany.

Słowa kluczowe: obligacje komunalne, ustawa o obligacjach, emisja obligacji, notowanie obligacji

Jan Tarnawski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Geneza oraz ewolucja wykładni art. 57 Prawa energetycznego

Wprowadzenie

Z dniem 5 grudnia 1997 roku weszła w życie ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne (Dz.U. z 1997 r., Nr 54, poz. 348 z późn. zm.), regulująca między innymi relacje cywilnoprawne pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, a odbiorcami energii. Jedną z bardziej istotnych kwestii uregulowanych w Prawie energetycznym jest nielegalny pobór energii. Definicja nielegalnego poboru energii zawarta jest w art. 3 pkt 18 Prawa energetycznego, a kwestia dochodzenia roszczeń z tego tytułu przez przedsiębiorstwa energetyczne uregulowana została w art. 57 Prawa energetycznego. Przepis ten nastroczał wiele wątpliwości interpretacyjnych, co doprowadziło do dwukrotnego badania jego zgodności z Konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny.

W wyroku z dnia 10 lipca 2006 roku, sygn. akt K 37/04, Trybunał Konstytucyjny zajmował się ściąganiem opłat za nielegalne pobieranie paliw lub energii przez przedsiębiorstwa energetyczne w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji. Przedmiotem wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt P 50/13, było dopuszczenie jednoczesnego stosowania za ten sam czyn, polegający na nielegalnym poborze energii, odpowiedzialności karnej za przestępstwo kradzieży energii z art. 278 § 5 k.k. oraz opłaty przewidzianej w art. 57 Prawa energetycznego.

Omówienie problematyki związanej z wykładnią art. 57 Prawa energetycznego – w świetle w/w wyroków Trybunału Konstytucyjnego oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego – będzie przedmiotem niniejszego artykułu, przy wykorzystaniu 20-letniego zawodowego doświadczenia autora w obsłudze przedsiębiorstw energetycznych w charakterze radcy prawnego.

Niniejszy artykuł będzie się koncentrował na nielegalnym poborze energii pomijając nielegalny pobór paliw. Skądinąd rozważania dotyczące energii będzie można odnieść także do paliw pamiętając o różnicach wynikających z faktu, że energia w świetle przepisów Kodeksu cywilnego nie jest rzeczą.

Nielegalny pobór energii

Definicja nielegalnego poboru energii zawarta jest w słowniczku ustawowym w art. 3 pkt 18 Prawa energetycznego. W pierwotnej wersji za nielegalny pobór energii uważano pobieranie energii bez zawarcia umowy z przedsiębiorstwem lub niezgodnie z umową. Obecne brzmienie definicji nielegalnego poboru energii zostało nadane przez art. 1 pkt 1 lit. i ustawy z dnia 4 marca 2005r o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz ustawy Prawo ochrony środowiska (Dz.U. 2005 r., Nr 62, poz. 552 z późn. zm.).

Obowiązująca od dnia 3 maja 2005 r. definicja stanowi, że przez nielegalny pobór energii należy rozumieć pobieranie paliw lub energii bez zawarcia umowy, z całkowitym albo częściowym pominięciem układu pomiarowo-rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ mającą wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy. Nowa definicja w sposób kazuistyczny odnosi się do sytuacji, w których możemy mówić o nielegalnym poborze energii precyzując stany faktyczne, rozumiane dotychczas jako pobór energii niezgodnie z umową. Jest to niewątpliwie rozwiązanie idące w dobrym kierunku pozwalające na rozwianie wątpliwości co do kwalifikacji określonych metod kradzieży energii jako nielegalnego poboru energii, na gruncie prawa cywilnego, czy kradzieży energii jako przestępstwa z art. 278 § 5 k.k.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że aktualna definicja nielegalnego poboru nie uznaje za takie przypadków tzw. nadużycia taryfowego, które to były dotychczas rozumiane jako pobór energii niezgodnie z umową.

Nadużycie taryfowe związane jest z podziałem odbiorców na różne grupy taryfowe uzależnione od parametrów technicznych dostarczanej energii, ale także sposobu użytkowania energii elektrycznej oraz charakterystyki poboru energii elektrycznej przyłączonych urządzeń. Zakwalifikowanie odbiorcy do danej grupy następuje w drodze umowy z przedsiębiorstwem energetycznym, z uwzględnieniem deklaracji odbiorcy m.in. co do celu, do jakiego będzie pobierana energia. Struktura cenowa taryf w praktyce kształtuje się w ten sposób, że energia pobierana dla gospodarstw domowych jest tańsza niż energia pobierana dla celów działalności gospodarczej. Nadużycie taryfowe polega na poborze energii w innym celu niż zadeklarowany w umowie, przy założeniu, że ten faktyczny cel wymaga zastosowania droższej taryfy. Przykładowo odbiorca deklaruje pobór energii dla

celów gospodarstwa domowego do swojego domu jednorodzinnego, a prowadzi przy okazji działalność gospodarczą (sklep, ogródek piwny, warsztat samochodowy itp.). Przedsiębiorstwo energetyczne ponosi w tym przypadku szkodę.

„Wyrzucenie” nadużycia taryfowego z definicji nielegalnego poboru nie pozbawia przedsiębiorstw energetycznych możliwości dochodzenia naprawienia szkody z tego tytułu w reżimie odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.), czy też deliktowej (art. 415 k.c.), ewentualnie w zbiegu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej (art. 443 k.c.). Odpada jednak możliwość dochodzenia naprawienia szkody na podstawie art. 57 Prawa energetycznego, który to może stanowić samodzielną podstawę odpowiedzialności odbiorcy. Biorąc pod uwagę, że w niemal każdym przypadku nadużycia taryfowego znamy wielkość szkody, brak możliwości zastosowania opłaty z art. 57 Prawa energetycznego nie stanowi problemu. Pomińcie nadużycia taryfowego w aktualnej wersji definicji nielegalnego poboru ma zatem, na gruncie prawa cywilnego, znaczenie jedynie rozważań akademickich. Natomiast na gruncie prawa karnego nadużycie taryfowe nie będzie już przestępstwem z art. 278 § 5 k.k.

Omawiając zagadnienie nielegalnego poboru energii trzeba wskazać na zmianę linii orzecznictwa sądowego po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 roku, sygn. akt III CZP 107/09. Sąd Najwyższy w uchwale tej stwierdził, że „przedsiębiorstwo energetyczne może obciążyć odbiorcę energii elektrycznej opłatami określonymi w art. 57 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz.U. Nr 54, poz. 348 z późn. zm.) tylko wtedy, gdy taka energia została rzeczywiście pobrana”. Przedstawiona przez Sąd Najwyższy wykładnia, z perspektywy kilku lat, dziś wydaje się oczywista. Oparta na wykładni językowej definicja nielegalnego poboru energii sprowadza się do stwierdzenia możliwości dochodzenia naprawienia szkody tylko w wypadku nielegalnego „pobierania” energii, a więc faktycznego, a nie tylko potencjalnego jej odbierania i korzystania z niej¹.

Uchwała ta spowodowała rewolucyjną zmianę w praktyce działania przedsiębiorstw energetycznych, a także zmianę linii orzecznictwa sądowego. Dotychczas powszechnie obowiązywał pogląd, że do zastosowania zryczałtowanej opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii wystarczyło stwierdzenie samej możliwości nielegalnego poboru, nie trzeba było natomiast udowadniać, że nielegalny pobór energii rzeczywiście nastąpił. Pogląd zakwestionowany przez omawianą uchwałę Sądu Najwyższego był obowiązujący w orzecznictwie sądowym².

¹ Uchwała SN z 10-XII-2009 r., sygn. akt III CZP 107/09.

² Wyrok SA w Poznaniu z dnia 7 września 1999 r., I ACa 363/99.

Zwrócenie przez Sąd Najwyższy uwagi na oczywistą rzecz, że naprawienia szkody można dochodzić jedynie wtedy gdy się ją poniosło (rzecz jasna także przy spełnieniu innych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej) zmusiło przedsiębiorstwa energetyczne do znacznie staranniejego działania w zakresie gromadzenia materiału dowodowego pozwalającego na wykazanie faktycznego nielegalnego poboru energii.

Kradzież energii stanowi przestępstwo z art. 278 § 5 k.k. Stan taki istnieje od 1 września 1998 r. Wcześniej, pod rządami ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o gospodarce energetycznej, było to wykroczenie. Ustawa o gospodarce energetycznej z 1984 r. przestała obowiązywać z dniem wejścia w życie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (*vide* art. 71 pkt 2 Prawa energetycznego) – tj. z dniem 5 grudnia 1997 r. Kradzież energii jest przestępstwem od dnia 1 września 1998 r., jednak w okresie 5 grudnia 1997 r. – 31 sierpnia 1998 r. kradzież energii nie była ani wykroczeniem, ani przestępstwem. Warto też wskazać na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2000 roku, sygn. akt I KZP 43/2000, z której wynika, że kradzież energii jest przestępstwem z art. 278 § 5 k.k. bez względu na wartość skradzionej energii. Zasygnalizować trzeba także, że niektóre metody kradzieży energii elektrycznej mogą spełniać znamiona innych przestępstw niż przewidziane w art. 278 § 5 k.k. W postanowieniu z dnia 1 września 2010 r., sygn. akt IV k.k. 73/10, Sąd Najwyższy stwierdził, że „w razie istnienia umowy sprzedaży energii wprowadzenie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w błąd sprzedawcy przez odbiorcę poprzez zakłócenie pracy układu pomiarowo-rozliczeniowego i zaniżenie w ten sposób ilości dostarczanej energii, powodujące wystawienie faktury na niższą ilość energii od faktycznie pobranej jest oszustwem z art. 286 § 1 k.k., a więc nie jest kradzieżą energii w rozumieniu art. 278 § 5 k.k. w związku z art. 278 § 1 k.k.”³

Sfałszowanie plomby legalizacyjnej w celu dokonania kradzieży energii spełnia znamiona fałszerstwa dokumentu z art. 270 k.k. Za dokument uznawana jest plomba Urzędu Miar, jaka znajduje się na każdym liczniku. Nie należy jej mylić z plombami monterskimi zakładanymi przez przedsiębiorstwa energetyczne, które zabezpieczają inne części układu pomiarowo-rozliczeniowego niż plomba urzędowa. Plomba Urzędu Miar traktowana jest jako dokument urzędowy, w rozumieniu art. 244 k.p.c., co w postępowaniu cywilnym przekłada się na domniemanie prawdziwości jeśli chodzi o prawidłowość działania opłombowanego przez Urząd Miar licznika.

³ Postanowienie SN z 1 IX-2010 r., IV K.k. 73/10.

Nowelizacja art. 57 Prawa energetycznego z 2010 r.

W pierwotnej wersji artykuł 57 Prawa energetycznego miał następujące brzmienie: „Art. 57.1. W razie nielegalnego pobierania paliw lub energii z sieci przedsiębiorstwo energetyczne pobiera opłaty za nielegalnie pobrane paliwo lub energię w wysokości określonej w taryfach lub dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych. 2. Opłaty o których mowa w ust. 1 podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”.

Z dniem 11 marca 2010 r. weszła w życie nowelizacja Prawa energetycznego. Art. 1 pkt 39 ustawy z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r., Nr 21, poz. 104), nadał art. 57 Prawa energetycznego nowe brzmienie: „Art. 57.1. W razie nielegalnego pobierania paliw lub energii przedsiębiorstwo energetyczne może:

1. pobierać od odbiorcy, a w przypadku, gdy pobór paliw lub energii nastąpił bez zawarcia umowy, może pobierać od osoby lub osób nielegalnie pobierających paliwa lub energię opłatę w wysokości określonej w taryfie, chyba, że nielegalne pobieranie paliw lub energii wynikało z wyłącznej winy osoby trzeciej, za którą odbiorca nie ponosi odpowiedzialności albo
 2. dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych.
2. Należności z tytułu opłaty o której mowa w ust. 1 pkt 1 stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu podlegają ściągnięciu w trybie przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r., Kodeks postępowania cywilnego”.

Nowelizacja tego przepisu została wymuszona przez Trybunał Konstytucyjny, który najpierw wydał wyrok z dnia 10 lipca 2006 roku, sygn. akt K 37/04, w którym orzekł, że „art. 57 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne niewyluczający obowiązku sądowego postępowania rozpoznawczego, przed rozpoczęciem ściągania w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji opłat za nielegalne pobieranie paliw lub energii z sieci w sprawach sporów między przedsiębiorstwami energetycznymi, a odbiorcami o pobieranie tych opłat – jest zgodny z art. 2, art. 45 ust.1 oraz art. 64 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”⁴.

Rozstrzygając sprawę K 37/04 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, dzięki zastosowaniu wykładni systemowej, że zaskarżone przepisy są zgodne z wzorcami konstytucyjnymi. Trybunał dostrzegł jednak pewną ułomność regulacji zawartej w art. 57 Prawa energetycznego. Byłoby rzeczą korzystną – czytamy

⁴ Wyrok TK z 10-VII-2006 r., sygn. akt K 37/04, OTK ZU nr 7/A/2006, poz. 79.

w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego – aby w sprawach o tak dużej społecznej doniosłości, bezpośrednio z przepisów prawa energetycznego, bez potrzeby uciekania się do wykładni systemowej wynikało, że ściąganie opłat za nielegalnie pobrane paliwa lub energię, w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji, następuje na podstawie wyroku sądowego stanowiącego tytuł egzekucyjny⁵.

Zaskarżenie przez Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich art. 57 Prawa energetycznego wynikało z braku jasności tego przepisu co do tytułu egzekucyjnego oraz z praktyki stosowanej przez zakłady energetyczne i część orzecznictwa sądowego polegającej na ściąganiu opłat za nielegalne pobieranie energii, dokonywane w trybie egzekucji administracyjnej na podstawie dokumentu wystawionego przez wierzyciela (tj. przez przedsiębiorstwo energetyczne).

W aspekcie postępowania egzekucyjnego w administracji cały problem sprowadzał się do rozstrzygnięcia czy faktury zakładu energetycznego, protokoły z kontroli, łącznie z decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, zatwierdzającą taryfę, w tym także stawki opłat za nielegalny pobór energii mogą być rozumiane jako „inne orzeczenie” w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Trybunał Konstytucyjny, wbrew stanowisku Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z 1 sierpnia 2003 r., sygn. akt III SA 3215/01) oraz Sądu Najwyższego (postanowienie z dnia 15 listopada 2002 r., sygn. akt IV KKN 570/99) uznał, że z zaskarżonego art. 57 Prawa energetycznego nie wynika wyłączenie drogi sądowej w przypadku zaistnienia sporu o nielegalny pobór energii między odbiorcą a przedsiębiorstwem energetycznym, gdy odbiorca nie chce dobrowolnie uiścić opłat, o których mowa w art. 57 ust. 1⁶.

Sprawy sporów pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi a odbiorcami o pobieranie opłat określonych w taryfach z tytułu nielegalnego poboru paliw lub energii, należą niewątpliwie do kategorii spraw cywilnych, a nie administracyjnych. Skoro – zdaniem Trybunału – nie ma przepisów, które przekazywałyby tę kategorię spraw cywilnych do właściwości sądów szczególnych lub właściwości innych organów, to ich rozstrzyganie należy do sądów cywilnych⁷. Każda ze stron sporu może zatem złożyć pozew – przedsiębiorstwo energetyczne o zapłatę z tytułu nielegalnego poboru energii, a odbiorca o ustalenie (art. 189 k.p.c.), że nie jest do zapłaty zobowiązany. Możliwe jest także wykorzystywanie instytucji obowiązku naprawienia szkody w postępo-

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

waniu karnym (art. 46 § 1 k.k.) przy skazaniu za przestępstwo kradzieży energii z art. 278 § 5 k.k. lub inne, o których mowa w pkt II.3 niniejszego artykułu.

Instytucja orzekania obowiązku naprawienia szkody przez sądy karne w sprawach dotyczących kradzieży energii nie spełnia swojej roli. Sądy często orzekają o obowiązku naprawienia szkody w części, a nie w całości, zawsze co do należności głównej bez odsetek, a dodatkowo w wielu sprawach rozkładają należność na raty, albo ustalają późniejszy termin wymagalności naprawienia szkody.

W przypadku orzeczenia obowiązku naprawienia szkody w niepełnej wysokości przedsiębiorstwa energetyczne zmuszone są do występowania z „uzupełniającymi” powództwami cywilnymi. Z kolei powództwa cywilne, zgłaszane w postępowaniu karnym, najczęściej są pozostawiane bez rozpoznania.

Z przepisów postępowania egzekucyjnego w administracji wynika, że egzekucja w sprawach sporów o nielegalny pobór paliw lub energii jest dopuszczalna, jeżeli nastąpiło rozstrzygnięcie sporu przez sąd, którego wyrok stanowi podstawę wystawienia tytułu wykonawczego. Wspomniany wyrok sądowy jest „innym orzeczeniem” w rozumieniu art. 4 postępowania egzekucyjnego w administracji. Trybunał zwraca także uwagę, że w myśl art. 2 pkt 5 postępowania egzekucyjnego w administracji, tej formie egzekucji podlegają także należności pieniężne przekazane na podstawie innych ustaw niż art. 57 ust. 2 Prawa energetycznego wymienionym w tym artykule⁸.

W związku z wyrokiem z dnia 10 lipca 2006 r., Trybunał Konstytucyjny postanowił zasygnalizować Sejmowi – w celu zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej – potrzebę podjęcia inicjatywy ustawodawczej w przedmiocie pobierania przez przedsiębiorstwa energetyczne opłat za nielegalne pobieranie paliw lub energii z sieci oraz ich ściągania w drodze postępowania egzekucyjnego w administracji, wydając w dniu 28 lutego 2007 r. postanowienie o sygn. akt S 3/07.

Jak wynika z uzasadnienia w/w postanowienia nowelizacja Prawa energetycznego, a w zasadzie jego art. 57, winna koncentrować się w trzech obszarach:

1. na jednoznacznym określeniu, że w razie kwestionowania przez odbiorcę energii roszczenia przedsiębiorstwa energetycznego z tytułu nielegalnego poboru przedsiębiorstwo energetyczne, celem zaspokojenia swojego roszczenia, winno skierować sprawę na drogę sądowego postępowania rozpoznawczego;
2. takim uregulowaniu przepisów, aby wynikał z nich bezpośrednio obowiązek sądowego rozpoznania sporu między przedsiębiorstwem

⁸ *Ibidem*.

energetycznym, a odbiorcą przed ewentualnym rozpoczęciem ściągania wyżej wymienionych opłat w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji;

3. jednoznacznym określeniu, że prawomocny wyrok sądu uznający roszczenie przedsiębiorstwa energetycznego o zapłatę opłat z tytułu nielegalnego poboru energii lub paliw jest tytułem egzekucyjnym w postępowaniu egzekucyjnym w administracji; stanowiąc „inne orzeczenie” w rozumieniu art. 4 w związku z art. 3 i 3a ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁹.

Ustawodawca dokonał nowelizacji art. 57 Prawa energetycznego w 2010 r. w szerszym zakresie niż wynikało to z sygnalizacji Trybunału Konstytucyjnego. Po pierwsze, wprowadzono odpowiedzialność odbiorców energii z tytułu nielegalnego poboru na zasadzie zbliżonej do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka z art. 435 i 436 k.c. Po drugie, w nowelizacji art. 57 Prawa energetycznego zrezygnowano z bardzo kontrowersyjnego i odosobnionego rozwiązania w polskim prawie, polegającego na poddaniu egzekucji administracyjnej określonej kategorii spraw cywilnych rozstrzyganych przez sądy cywilne. Obecnie wszelkie należności z tytułu nielegalnego poboru energii podlegają ściągnięciu w drodze egzekucji sądowej.

Nowelizację w tym zakresie uznać należy za korzystną. Pozostawienie drogi egzekucji administracyjnej do ściągania należności z tytułu opłat z art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego było praktycznie niewykonalne. Przy niezwykle wnikliwych i trafnych rozważaniach uszło uwadze Trybunału Konstytucyjnego, że z wyroków sądów cywilnych nie wynika z jakiego tytułu zasądzona jest, od pozwanego na rzecz powoda, dana kwota. Aby ustalić, czy dane orzeczenie sądu podlega wykonaniu w drodze egzekucji sądowej czy administracyjnej, trzeba by odnosić się do uzasadnienia orzeczenia, które przecież nie zawsze jest sporządzone. Także stwierdzenie, że powodem jest przedsiębiorstwo energetyczne nie przesądzałoby o właściwości jednego (sądowego) czy też drugiego (administracyjnego) postępowania egzekucyjnego.

Pozostawienie drogi postępowania egzekucyjnego w administracji mogłoby rodzić także problemy z wyrokami karnymi skazującymi za kradzież energii, przy orzeczeniu obowiązku naprawienia szkody. Czy takie wyroki też podlegałyby egzekucji administracyjnej?

Sprawy cywilne winny być rozpatrywane przez sądy cywilne, a ewentualnie zasądzone należności egzekwowane w sądowym postępowaniu egzekucyjnym.

⁹ Postanowienie TK z 28-II-2007 r., sygn. akt S 3/07.

Charakter prawny opłaty z art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego

Jak wynika z treści art. 57 ust. 1 Prawa energetycznego, w razie nielegalnego pobierania energii przedsiębiorstwo energetyczne może:

1. pobierać opłatę w wysokości określonej w taryfie albo
2. dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych.

Dochodzenie odszkodowania na zasadach ogólnych możliwe jest jedynie w tych przypadkach, kiedy znamy ilość pobranej nielegalnie energii. Stanowią one znikomy procent wszystkich nielegalnych poborów. Należać będą do tej grupy przypadki tzw. samowolnego podłączenia się odbiorców przy zmierzeniu zużytej energii przez prawidłowo działający licznik. Najczęściej dochodzi do tego po przygotowaniu instalacji do podłączenia, ale przed zawarciem umowy na sprzedaż energii, albo po wtrzymaniu dostawy energii przez przedsiębiorstwo energetyczne w sytuacjach przewidzianych w Prawie energetycznym. Poza zmierzeniem ilości nielegalnie pobranej energii przez licznik, wielkość szkody po stronie przedsiębiorstwa energetycznego można ustalić tylko wtedy, gdy będziemy znać czas nielegalnego poboru energii oraz moc odbiorników energii, które w tym czasie energię pobierały.

Opłata, o której mowa w art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego, jest stosowana przez przedsiębiorstwa energetyczne wtedy, kiedy nie znamy ilości nielegalnie pobranej energii i zachodzi konieczność posłużenia się nietypową metodą obliczania wielkości szkody.

Opłata ta jest określona w taryfach ustalonych przez przedsiębiorstwa energetyczne, zgodnie z art. 45 ust. 1 Prawa energetycznego, które podlegają zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (uprawnienie z art. 23 ust. 2 pkt 2 Prawa energetycznego).

Szczegóły dotyczące sposobu ustalania opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii zawarte są w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz.U. z 2013 r., poz. 1200), wydanym na podstawie art. 46 ust. 3 i 4 Prawa energetycznego.

Z zapisów rozporządzenia wynika, że opłaty te obliczane są w zależności od:

1. pobierania energii bez zawarcia umowy sprzedaży (wtedy opłata może wynosić pięciokrotność cen energii, przyjmując ilość energii z uwzględnieniem rzeczywistej możliwości pobierania energii przez dany podmiot wynikającej z mocy i rodzaju zainstalowanych odbiorników);

2. nielegalnego pobierania energii przez odbiorcę (podmiot mający zawartą umowę sprzedaży energii). W tym przypadku, w razie:
 - udowodnionego okresu nielegalnego pobierania energii opłata wynosi dwukrotność stawki opłaty określonej w taryfie dla grupy taryfowej, do której jest zakwalifikowany odbiorca oraz w wysokości dwukrotności cen energii elektrycznej, przy przyjęciu wielkości mocy umownej i zużycia tej energii, jakie wystąpiły w analogicznym okresie (według kryterium miesięcznego) przed powstaniem nielegalnego pobierania lub po jego ustaniu;
 - braku możliwości ustalenia ilości nielegalnie pobranej energii opłata wynosi dwukrotność stawek, jak w punkcie a), przy przyjęciu zużycia energii w analogicznym okresie ilości energii elektrycznej uwzględniającej rzeczywistą możliwość pobierania energii przez danego odbiorcę wynikającą z mocy i rodzaju zainstalowanych odbiorników.

Charakterem prawnym opłaty z art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego zajmował się Trybunał Konstytucyjny zarówno w omawianym już wyroku z dnia 10 lipca 2006 r., sygn. akt K 37/04, jak i w wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt P 50/13.

Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym w drugiej sprawie było wywołane pytaniem prawnym Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia: czy art. 278 § 5 Kodeksu karnego oraz art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego w zakresie w jakim dopuszczają jednoczesne stosowanie wobec tej samej osoby, za to samo zachowanie polegające na nielegalnym poborze energii elektrycznej, odpowiedzialności za przestępstwo oraz opłaty przewidzianej właśnie w art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego, są zgodne ze wskazanymi w pytaniu przepisami Konstytucji, Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych?

Jednym z podstawowych problemów, jaki stanął przed Trybunałem Konstytucyjnym przy rozpatrywaniu sprawy było ustalenie charakteru prawnego opłaty z art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego.

Artykuł 57 Prawa energetycznego był przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym¹⁰, ale powyższy przepis poddany został analizie w brzmieniu obowiązującym poprzednio i w odniesieniu do innych wzorców kontroli niż w wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt P 50/13. Niemniej roszczenie z tytułu nielegalnego poboru energii, w postaci opłaty z art. 57 Prawa energetycznego, zostało uznane jako roszczenie o charakterze cywilnym.

¹⁰ Wyrok TK z 10-VII-2006 r., sygn. akt K 37/04.

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 października 2014 roku odwołuje się do orzecznictwa, w tym do powoływanej już w niniejszym artykule uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., sygn. akt III CZP 107/09, w której to Sąd Najwyższy stwierdził, że „przewidziana w art. 57 ust. 1 Prawa energetycznego opłata za nielegalnie pobraną energię ma charakter cywilnoprawny i odszkodowawczy. Nie ma natomiast podstaw do traktowania rozważanej opłaty jako mającej charakter kary ustawowej w rozumieniu art. 485 kc, do której mają odpowiednie zastosowanie przepisy o karze umownej. Kara ustawowa, podobnie jak kara umowna wiąże się funkcjonalnie z odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, a więc odpowiedzialnością kontraktową. Tymczasem art. 57 ust. 1 w związku z art. 3 pkt 18 Prawa energetycznego obejmuje trzy różne stany faktyczne, które jednak nie polegają na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy sprzedaży energii elektrycznej, ale stanowią delikt określony w ustawie jako nielegalne pobieranie energii. W konsekwencji niedopuszczalne jest odpowiednie stosowanie art. 484 § 1 zdanie pierwsze kc, zgodnie z którym kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody”¹¹.

Również w orzecznictwie sądów powszechnych dominuje stanowisko, że przedmiotowa opłata jest jednym ze sposobów dochodzenia naprawienia szkody wynikającej z nielegalnego poboru energii¹².

Także w orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażony jest pogląd, że art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego wprowadza szczególny rodzaj odszkodowania obciążającego odbiorcę względem dostawcy energii oraz szczególny sposób obliczania tego odszkodowania¹³.

W orzecznictwie sądów administracyjnych pogląd ten jest dominujący, niemniej jednak napotyka się także na sankcyjną, obok kompensacyjnej, funkcję opłaty. Również w literaturze podkreśla się, że opłata przewidziana w art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego ma charakter cywilnoprawny i pełni funkcję odszkodowawczą, stanowiąc wypadek odmiennego uregulowania sposobu ustalania szkody z zastosowaniem stawek opłat zawartych w taryfie, na co zezwala art. 361 § 2 Kodeksu cywilnego¹⁴.

Uznanie przez Trybunał Konstytucyjny w omawianym orzeczeniu, że analizowana opłata ma charakter cywilnoprawny, a nie represyjny, przesądziło

¹¹ Uchwała SN z 10-XII-2009 r., III CZP 107/09.

¹² Wyrok TK z 21-X-2014 r., P 50/13 – uzasadnienie pkt III 6.4 wraz z przywołanym orzecznictwem.

¹³ *Ibidem* – uzasadnienie pkt III 6.5 wraz z przywołanym orzecznictwem.

¹⁴ *Ibidem* – uzasadnienie pkt III. 6.6 uzasadnienia i powołana tam literatura.

o wyroku orzekającym zgodność z Konstytucją art. 278 § 5 k.k. i art. 57 ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego w zakresie dopuszczającym jednocześnie stosowanie wobec tej samej osoby odpowiedzialności karnej i opłaty za ten sam czyn polegający na nielegalnym poborze energii elektrycznej.

Komentując problem rozstrzygany przez Trybunał Konstytucyjny wyduje się, że powstał on głównie z niezrozumienia sposobu obliczania opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii. Dokonana analiza, szczególnie taryf przedsiębiorstw energetycznych, pozwala zrozumieć, że opłaty uzależnione są od możliwości, pod względem technicznym, w zakresie kradzieży energii. Trudność w rozumieniu charakteru opłaty bierze się z przewidzianej w taryfach dwu i pięciokrotności cen za pobraną potencjalnie energię. Powoduje to mylne przekonanie o sankcyjnym charakterze opłaty.

Zwrócić należy także uwagę na fakt, że zryczałtowany sposób obliczania odszkodowania – jak w omawianej opłacie – znajduje uzasadnienie w art. 322 Kodeksu postępowania cywilnego zezwalającym sądowi, w razie braku możliwości ścisłego udowodnienia wielkości szkody, na zasądzenie odpowiedniej sumy według oceny sądu opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy.

Varia

1. Jak wspomniano w części dotyczącej nowelizacji art. 57 Prawa energetycznego z 2010 r., nowelizacja ta wprowadziła odpowiedzialność odbiorców zbliżoną do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.

Upłynął zbyt krótki okres czasu na ukształtowanie się orzecznictwa sądowego co do zasad odpowiedzialności cywilnoprawnej w kontekście znowelizowanego art. 57 Prawa energetycznego. Można jednak stwierdzić, że:

1) art. 57 Prawa energetycznego zaczął być traktowany przez sądy jako samodzielna podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu nielegalnego poboru energii;

2) co do przypadków, jakie mogą być zaliczane jako okoliczności egzoneracyjne odbiorcy energii elektrycznej, zaliczyć do nich niewątpliwie należy skazanie prawomocnym wyrokiem karnym za dany nielegalny pobór innej osoby niż odbiorca energii;

3) odmienne wyroki zapadają natomiast w sytuacji wynajmu lokalu przez odbiorcę i nielegalnego poboru energii spowodowanego przez najemcę. Część sądów uważa, że odbiorca jest zwolniony z odpowiedzialności z powodu wyłącznej winy najemcy, za którego nie ponosi odpowiedzialności. Pogląd przeciwny zakłada, że właściciel lokalu ponosi odpowiedzialność za to komu i na jakich zasadach lokal wynajmuje, w szczególności dlatego, że może

doprowadzić do zawarcia umowy sprzedaży energii przez przedsiębiorstwo energetyczne z najemcą, przez co utraci status odbiorcy. W takiej sytuacji odpowiedzialność z tytułu nielegalnego poboru ponosi najemca, będący jednocześnie odbiorcą i sprawcą nielegalnego poboru energii.

2. Struktura organizacyjna sektora energetycznego; obrót i dystrybucja energią

Od 1 lipca 2007 r., na podstawie art. 9d Prawa energetycznego, istnieje obowiązek rozdzielenia działalności operatora systemu dystrybucyjnego od innych działalności niezwiązanych z przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, a w szczególności ze sprzedażą lub obrotem energią elektryczną.

Powyższe zapisy Prawa energetycznego wynikają z konieczności wdrożenia w polskich warunkach wymagań zawartych w dyrektywach Unii Europejskiej dotyczących rynku energetycznego, w szczególności z art. 15 dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 czerwca 2003 r., dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej.

Do dnia 30 czerwca 2007 r. każdy działający w Polsce zakład energetyczny łączył w sobie funkcję obrotu energią, tj. handlem energią, oraz funkcję dystrybucji energią, tj. transportu energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu jej dostarczania odbiorcom. Rozdzielenie tych funkcji spowodowało, że odbiorca energii ma prawo jej zakupu od wybranego przez siebie sprzedawcy (art. 4j Prawa energetycznego), a przedsiębiorstwo dystrybucyjne jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i odbioru (art. 7 ust. 1 Prawa energetycznego). Obowiązek zawarcia umowy nie dotyczy sytuacji, gdy ubiegający się o jej zawarcie nie ma tytułu prawnego do korzystania z nieruchomości, obiektu lub lokalu, do których energia ma być dostarczana (art. 7 ust. 3 Prawa energetycznego). Nie znaczy to oczywiście, że brak tytułu prawnego uniemożliwia zawarcie umowy o przyłączenie do sieci, może być tylko podstawą odmowy jej zawarcia. Efektem tego jest możliwość zawierania różnego rodzaju umów pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym, a odbiorcami. Szczególne znaczenie ma umowa kompleksowa zawierająca w sobie postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii, zdefiniowana w art. 5 ust. 3 i 4 Prawa energetycznego. Problematyka związana z omówieniem umowy kompleksowej jest obszerna i wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Wspomnieć jedynie trzeba, że umowa kompleksowa może być zawarta przez sprzedawcę na rzecz i w imieniu odbiorcy z przedsiębiorstwem dystrybucyjnym (art. 5 ust. 4 Prawa energetycznego). Mamy zatem wtedy do czynienia z umową

zawartą pomiędzy sprzedawcą energii, a odbiorcą z jednej strony, a przedsiębiorstwem dystrybucji energii, a odbiorcą z drugiej strony.

Drugim modelem funkcjonującym w praktyce – aczkolwiek znacznie rzadziej – jest oddzielne zawieranie przez odbiorców umowy sprzedaży ze sprzedawcą oraz umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji z przedsiębiorstwem dystrybucyjnym.

Powyższa struktura sektora energetycznego oraz umów musi być uwzględniona przy określaniu, który przedsiębiorca energetyczny – sprzedawca czy dystrybutor energii – poszkodowany jest przy nielegalnym poborze energii. Dla rozstrzygnięcia tego problemu konieczne jest uwzględnienie faktu, że całość energii elektrycznej w sieci przesyłowej stanowi „własność” przedsiębiorstwa dystrybucyjnego.

Sprzedawca energii handluje ją jedynie ponad siecią. W wyniku wydzielania, od 1 lipca 2007 r., przedsiębiorstw dystrybucji energii wszelkie straty sieciowe, obejmujące również nielegalne pobory energii, obciążają samodzielnego operatora systemu dystrybucyjnego, ponieważ na ich pokrycie dokonuje on zakupu utraconej w ten sposób energii.

Wspomniane straty sieciowe to nic innego, jak różnica bilansowa pomiędzy energią wprowadzoną do sieci dystrybucji, a energią oddaną z tej sieci, tj. energią dostarczoną odbiorcom oraz innym przedsiębiorcom energetycznym. Zarówno ilość energii wprowadzonej, jak i oddanej z sieci określona jest na podstawie wskazań układów pomiarowo-rozliczeniowych energii elektrycznej (liczników). Straty sieciowe bilansowe składają się ze strat technicznych (wynikających z praw fizyki, a związanych z przepływem prądu elektrycznego) oraz strat handlowych wynikających z niezmierzonej ilości energii elektrycznej pobranej przez odbiorców. Źródłem strat handlowych są błędy układów pomiarowo-rozliczeniowych oraz nielegalny pobór energii elektrycznej. W związku z czym powstała szkoda z tytułu wszystkich strat sieciowych, zarówno technicznych, jak i handlowych, dotyczy wyłącznie dystrybutora energii elektrycznej, gdyż na jej pokrycie dokonywany jest przez niego zakup energii elektrycznej, którego dystrybutor nie musiałby dokonywać gdyby szkody nie ponosił.

Z powyższych względów wyłącznym poszkodowanym z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej jest przedsiębiorstwo dystrybucji energii, a nie jej sprzedawca.

W przypadku sprzedawcy możemy mówić jedynie o szkodzie w postaci utraconych korzyści, ale ze względu na niemożność udowodnienia wielkości tej szkody nie jest ona w praktyce dochodzona.

3. Szkoda w przypadku nielegalnego poboru energii poprzez oddziaływanie na licznik magne sem neodymowym

Licznik energii elektrycznej jest to całkujący przyrząd pomiarowy przeznaczony do pomiaru przepływającej energii elektrycznej. Jego wskazania są podstawą do rozliczeń pomiędzy dostawcą, a odbiorcą energii elektrycznej. Zasada jego działania (w uproszczeniu) polega na tym, że tarcza aluminiowa licznika porusza się pod wpływem wirowego pola magnetycznego wytwarzanego przez dwie cewki umieszczone w liczniku. Jedna z nich – napięciowa (stałe podłączona do sieci) wytwarza stałe, bo i napięcie jest stałe, pole elektromagnetyczne przenikające aluminiową tarczę. W tarczy tej, pod wpływem tego pola, powstają prądy wirowe, które oddziałują z polem magnetycznym drugiej cewki. W owej cewce płynie prąd, który jest proporcjonalny do natężenia prądu pobieranego przez odbiorcę. Pole magnetyczne tej cewki, oddziałując na prąd wirowy, wytwarza moment mechaniczny obracający tarczę licznika.

Im większy prąd, tym większy moment obrotowy. Ponieważ tarcza jest lekka i dobrze ułożyskowana (łożyska szafirowe – starsze typy, poduszki magnetyczne – nowsze typy) praktyczne nie ma tarcia i aby tarcza się nie rozbiegała licznik posiada magnes trwały, który spełnia rolę hamulca. Przykładając do licznika silne magnesy (np. magnesy neodymowe) można zwiększyć pole magnetyczne magnesu trwałego, a więc hamowanie. Licznik wówczas spowolni swoje obroty. Jednak jest to efekt krótkotrwały. W zależności od mocy przyłożonego magnesu oraz od czasu jego oddziaływania następuje nieodwracalna utrata właściwości magnetycznych magnesu trwałego. Zatem paradoksalnie licznik zamiast zwalniać, przyspiesza swoje obroty (nawet kilkaset razy)¹⁵.

Mamy więc do czynienia z sytuacją, kiedy z jednej strony odbiorca nielegalnie pobiera energię elektryczną, a z drugiej strony – na skutek jego działań – licznik wykazuje zawyżone zużycie, za które to odbiorca jest oczywiście obciążany na podstawie faktury przez spółkę obrotu. Czy w takiej sytuacji możemy mówić o szkodzie po stronie przedsiębiorstwa energetycznego? Odpowiedź na to pytanie jest tym bardziej skomplikowana, że szkodę ponosi przedsiębiorstwo dystrybucji, a „zawyżoną” fakturę za sprzedaż wystawia sprzedawca energii, a więc inny podmiot. Sytuacja ta do 30 czerwca 2007 r. wyglądała inaczej, wtedy jedno przedsiębiorstwo energetyczne zajmowało się jednocześnie sprzedażą i dystrybucją energii. Wówczas pozwani w sprawach z tytułu nielegalnego poboru energii podnosili często zarzut braku szkody

¹⁵ Opinia biegłego sądowego, mgr. inż. Krzysztofa Pajaka, w sprawie I C 629/12 SR w Skarżysku-Kamiennej, s. 2.

po stronie przedsiębiorstwa energetycznego, a nawet zarzut bezpodstawnego wzbogacenia.

Nietypowość tej sytuacji, wynikająca z metody kradzieży energii, doprowadziła do tego, że w praktyce niektóre zakłady energetyczne w Polsce nie dochodzą odszkodowania w tego typu sprawach uważając, że nie poniosły szkody. Rozwiązaniem tej sytuacji jest praktyka stosowana w drugiej grupie zakładów energetycznych, polegająca na tym, że za „zawyżoną” sprzedaż energii wystawiana jest na rzecz odbiorcy faktura korygująca na podstawie średniego zużycia w okresie poprzedzającym nielegalny pobór energii. Szczegóły stosowania korekty wynikają z Prawa energetycznego i aktów wykonawczych. Z kolei faktura korygująca wystawiana jest przez spółkę obrotu, a także przez spółkę dystrybucyjną w sytuacji, gdy były zawarte oddzielne umowy sprzedaży i dystrybucji energii

Dla zastosowania zryczałtowanej opłaty z art. 57 Prawa energetycznego wystarczy udowodnić – w praktyce poprzez opinię biegłego – że miało miejsce oddziaływanie na licznik magnesem neodymowym. Nie ma przy tym znaczenia przez jaki czas. Niektórzy odbiorcy bronią się przy pomocy argumentu, że magnes był przyłożony wtedy, kiedy wszystkie odbiorniki były wyłączone i w związku z tym nie doszło do wyrządzenia szkody. Biorąc pod uwagę rozkład ciężaru dowodu, wynikający z art. 6 kc, okoliczność taka winna być udowodniona przez sprawcę szkody, co jest wręcz niemożliwe, gdyż jest szereg odbiorników pobierających energię w stanie spoczynku (np. lodówka, telewizor, komputer itp.).

Podsumowanie

Poza uwagami co do wykładni art. 57 Prawa energetycznego, przedstawionymi w artykule, na zakończenie wypada stwierdzić, że powodem trudności interpretacyjnych przepisu było głównie – jak się wydaje – uregulowanie w jednym przepisie kwestii z kilku dziedzin prawa: cywilnego, karnego, postępowania cywilnego i postępowania egzekucyjnego w administracji. Wykładnię komplikowało także umieszczenie przepisu Prawa energetycznego w rozdziale zatytułowanym „Kary pieniężne”. Konsekwencją pierwotnej redakcji przepisów były przede wszystkim rozbieżności co do charakteru opłaty za nielegalny pobór. Zakwalifikowanie tej opłaty, jako mającej charakter administracyjny, w odróżnieniu od odszkodowawczego przekładało się wprost na drogę dochodzenia tych opłat i związane z tym obowiązki proceduralne. Zupełnie niezrozumiałe było dopuszczenie egzekucji administracyjnej, co w przypadku roszczeń cywilnoprawnych, stwierdzonych wyrokiem sądowym, było ewenementem w polskim systemie prawa. Ewolucja tego przepisu powiązana była z zaszłością natury historycznej. W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, kiedy pojawiło

się zjawisko nielegalnego poboru energii, należności z tego tytułu dochodzone były w postępowaniu egzekucyjnym w administracji, a droga sądowa była niedopuszczalna. Błędem ustawodawcy było dochodzenie do rozstrzygania sporów z tytułu nielegalnego poboru przez sądy, jako spraw cywilnych etapami, bez regulacji całościowej o charakterze jednorazowym. Stało to się przyczyną wątpliwości interpretacyjnych będących przedmiotem niniejszego artykułu.

Stosunkowo nowa problematyka związana z art. 57 Prawa energetycznego powoduje brak literatury na ten temat. Niektórzy komentatorzy Prawa energetycznego nie zajmują się w ogóle art. 57¹⁶ lub zajmują się nim w sposób fragmentaryczny. Nieco obszerniejsze komentarze nie wykraczają swoim zakresem poza ramy artykułu bazując głównie na orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego¹⁷.

Nowelizacje w zakresie nielegalnego poboru energii należy ocenić pozytywnie, szczególnie jeśli chodzi o nadanie tym roszczeniom charakteru spraw cywilnych, a także co do rezygnacji z egzekucji administracyjnej. Określenie opłat z art. 57 Prawa energetycznego, jako mających charakter odszkodowawczy, usuwa dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne.

Abstract **Origins and evolution of the interpretation** **of Article 57 of the Energy Law**

The article raises the issue of the interpretation of Article. 57 Energy Law governing the investigation receivables illegal consumption of energy taking into account decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court.

Key words: Energy Law, illegal consumption of energy, energy company, stealing energy

Streszczenie **Geneza oraz ewolucja wykładni – art. 57 Prawa energetycznego**

Artykuł porusza problematykę wykładni art. 57 Prawa energetycznego regulującego kwestię dochodzenia należności z tytułu nielegalnego poboru energii z uwzględnieniem orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego.

Słowa kluczowe: Prawo energetyczne, nielegalny pobór energii elektrycznej, przedsiębiorstwo energetyczne, kradzież energii

¹⁶ I. Muszyński, *Ustawa Prawo energetyczne. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, s. 187; A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Prawo energetyczne – Komentarz*, Wydawnictwo PWN 1998, s. 122.

¹⁷ M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Oficyna Wydawnicza Branta, Katowice 2007, s. 539–545; *Prawo energetyczne: Komentarz*, pod red. M. Swory, Z. Murasa, Lex Wolter Kluwer business 2010, s. 1370–1373.

Paweł Szewczyk

adwokat, asystent, Uniwersytet Opolski

Ograniczenia swobody przemieszczania się i pobytu obywateli UE uzasadnione względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego

Wprowadzenie

Unijna swoboda przemieszczania się osób pozostaje jedną z podstaw integracji europejskiej. Swoboda ta utożsamiana jest z istotą Unii Europejskiej zarówno w ujęciu intuicyjnym, jak i prawnym. Na ujęcie pierwsze wskazuje potocznie używane przez obywateli państw członkowskich określenie: „Europa bez granic”, a także ich powszechna świadomość o prawie do przemieszczania się, mimo że owi obywatele często reprezentują znikomą wiedzę na temat posiadanego obywatelstwa unijnego, które tę właśnie swobodę im gwarantuje¹. Odnosząc się do wymiaru prawnego, należy zaznaczyć, że już w preambule Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) oraz Karty Praw Podstawowych (KPP) zawarto sformułowania świadczące o woli ułatwienia i zapewnienia swobodnego przepływu osób. Ponadto wedle art. 3 ust. 2 TUE, zagwarantowanie swobody przepływu osób uznano za jeden z fundamentalnych celów Unii Europejskiej. Natomiast w myśl art. 20 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) i art. 45 KPP każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się po terytorium państw członkowskich².

¹ A. Kuś, *Podstawowe założenia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo materialne Unii Europejskiej w zarysie*, red. A. Kuś, Lublin 2011, s. 65; S.M. Grochalski, *Swoboda przemieszczania się i pobytu jako podstawowe prawo w wymiarze przedmiotowym obywatela Unii Europejskiej*, [w:] *Integracja europejska. Główne obszary badawcze*, red. K.A. Wojtaszczyk, J. Tymanowski, P. Stawarz, Warszawa 2015, s. 235.

² *Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE 2012 C 326, http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14803&Itemid=945, [dostęp: 1.04.2016]; *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 2010/C 83/02, https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/onz/karta.pdf, [dostęp: 1.04.2016].

Swoboda przemieszczania się pozostaje wobec tego podstawowym prawem obywatela unijnego w zakresie przedmiotowym. Potwierdza to zarówno art. 20 TFUE, jak i art. 45 KPP, który na pierwszym miejscu wymienia wskazane uprawnienie. Nie przypadkiem jednak przepisy o uprawnieniu do swobodnego przemieszczania się stanowią w koniunkcji z prawem do przebywania na terenie państw członkowskich. Uprawnienie do nieskrępowanego przemieszczania się bez prawa pobytu, pozostaje bowiem niepełne. Prawa do przemieszczania się oraz prawa do przebywania na terenie państw członkowskich nie można przy tym rozpatrywać w oderwaniu od swobód: przepływu pracowników, usług czy działalności gospodarczej – również zagwarantowanych w aktach prawa pierwotnego UE. Tym samym gwarancja niedyskryminacji obywateli unijnych w zakresie wykonywania usług, podejmowania pracy oraz działalności gospodarczej w dowolnym państwie członkowskim jest rozszerzeniem prawa do swobodnego poruszania się i prawa do pobytu na terenie Unii³.

Jednakże swobody: przemieszczania się, pobytu, wykonywania usług, podejmowania pracy oraz działalności gospodarczej, odnoszące się do obywateli UE, nie mają charakteru idealistycznego czy absolutnego. Swobody te pozostają ograniczone przepisami unijnych aktów prawa pierwotnego oraz przyjętymi w ramach ich zastosowania postanowieniami aktów prawa wtórnego. Każde z państw członkowskich może przy tym skutecznie ograniczyć wymienione swobody, uzasadniając to względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego. Państwo członkowskie stojące wobec realnego niebezpieczeństwa zamachu terrorystycznego, nawet ze strony obywateli unijnych, posiada instrumenty prawne by temu przeciwdziałać.

Swoboda przemieszczania się i pobytu obywateli Unii Europejskiej w wymiarze podmiotowym i przedmiotowym

W przywołanym powyżej art. 3 ust. 2 TUE zapisano, że Unia Europejska zapewnia swoim obywatelom przestrzeń bez granic wewnętrznych. W wersji angielskiej Traktatu o Unii Europejskiej, w przeciwieństwie do wersji polskiej, dla określenia terminu: „obywatel”, stosowane są dwa zwroty, a mianowicie: „citizen” i „national”. W art. 3 ust. 2 TUE użyty został ten pierwszy termin, choć już w art. 9 TUE, zdanie drugie, obywatel państwa członkowskiego określony jest sformułowaniem: „national of Member State”. Tym samym wersja angielska Traktatu o Unii Europejskiej pozwala na nomenklaturowe

³ B. Bercusson, N. Bruun, *Free Movement of Services, Temporary Agency Work and the Acquis Communautaire*, „Transnational Labour Regulation. Case Study of Temporary Agency Work”, vol. 60, Bruxelles 2008, s. 270.

odróżnienie obywatela Unii Europejskiej od obywatela państwa członkowskiego tejże organizacji⁴. Konstatując, wedle treści art. 3 ust. 2 TUE Unia Europejska zapewnia przestrzeń bez granic swoim obywatelom, tj. obywatelom Unii Europejskiej.

Obywatelstwo UE stanowi nową kategorię prawną, która została wprowadzona przez Traktat z Maastricht z dniem 1 listopada 1993 r. Traktat ten określił też zakres podmiotowy obywatelstwa unijnego⁵. Obecnie art. 9 TUE wskazuje, że po pierwsze, obywatelem Unii jest każda osoba posiadająca obywatelstwo państwa członkowskiego, a po drugie, obywatelstwo to ma charakter dodatkowy i nie zastępuje obywatelstwa państwowego. W konsekwencji nie Unia Europejska, a państwa członkowskie decydują, w ramach własnego prawa wewnętrznego, o tym kto jest obywatelem unijnym⁶. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości, w orzeczeniu wydanym 20 lutego 2001 r., w sprawie o sygn. C-192/99, prawo nadawania własnego obywatelstwa przez państwo członkowskie wynika z jego suwerenności i Unia Europejska nie ma kompetencji do ingerowania w takich przypadkach⁷. Państwa członkowskie tworząc Unię Europejską nigdy nie wyzbyły się owej suwerenności, lecz ją jedynie ograniczyły, przekazując tej organizacji część własnych uprawnień. Mamy zatem do czynienia z ewolucją suwerenności: od suwerenności absolutnej państw niezintegrowanych, poprzez suwerenną równość państw tworzących organizacje integrujące, aż do suwerennej współzależności państw członkowskich zintegrowanych w ramach Unii Europejskiej⁸. Państwa członkowskie wciąż posiadają kompetencje wyłączne w zakresie nieprzekazanych Unii uprawnień wewnętrznych, takich jak wspomniane powyżej prawo do nadawania własnego obywatelstwa.

Natomiast postanowienia traktatowe stanowią jedynie, że obywatelami unijnymi są obywatele państw członkowskich, a obywatele państw trzecich – stale mieszkający na terenie Unii – mogą stać się obywatelami UE uzyskując wcześniej obywatelstwo jednego z państw członkowskich. Ponadto treść

⁴ R. Wieruszewski, *Obywatelstwo Unii Europejskiej – charakter i znaczenie instytucji*, [w:] *Obywatelstwo europejskie. Rozważania*, red. A. Zieleniec, Warszawa 2003, s. 21.

⁵ P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2011, s. 819–820; S.M. Grochalski, *Obywatelstwo Unii – nowa kategoria prawna*, [w:] *Proces integracji Polski z Unią Europejską*, red. P. Dobrowolski, M. Stolarczyk, Katowice 2001, s. 48–61.

⁶ R. Wieruszewski, *op. cit.*

⁷ Wyrok Trybunału z dnia 20 lutego 2001 r., sygn. C-192/99, *The Queen versus Secretary of State for the Home Department*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-192/99> [dostęp: 2.04.2016].

⁸ S.M. Grochalski, *Pojęcie, cechy, ewolucja suwerenności państwa*, [w:] *Niepodległość. Z historii polskiej myśli społecznej i politycznej*, red. W. Piątkowska-Stepaniak, L. Rubisz, Opole 1999, s. 37–44.

art. 9 TUE, zdanie trzecie, a także art. 20 ust. 1 TFUE, zdanie drugie, służy rozwianiu wątpliwości jakoby obywatelstwo państw członkowskich nie mogło współistnieć z przekraczającym granice tych państw „ponadnarodowym” obywatelstwem unijnym, gdyż wedle treści przytoczonych przepisów unijne obywatelstwo powinno uzupełniać, a nie zastępować obywatelstwo państwowe⁹.

Zakres przedmiotowy instytucji obywatelstwa unijnego określa obecnie treść art. 20 ust. 2 TFUE, zdanie drugie, w którym to przepisie na pierwszym miejscu wymienione jest prawo do swobodnego przemieszczania się oraz prawo do przebywania na terenie państw członkowskich UE. Prawa te, obok między innymi czynnego i biernego prawa wyborczego do Parlamentu Europejskiego, uznawane są za fundamentalne prawa obywateli unijnych. Uznawanie swobód przemieszczania się i pobytu za podstawowe prawa pośród innych uprawnień przysługujących obywatelom unijnym, nie jest pozbawione racji, chociażby w kontekście historycznym. O ile bowiem swobody przemieszczania się oraz pobytu, od samego początku powstania instytucji obywatelstwa unijnego, obowiązywały w granicach określonych przez Traktaty na terenie wszystkich państw członkowskich, a zatem dotyczyły wszystkich obywateli tychże państw, bez względu na płeć, wiek, stan zdrowia, status ekonomiczny czy społeczny, to ich zakres podmiotowo-przedmiotowy ewoluował na długo przed wejściem w życie Traktatu z Maastricht.

W chwili obecnej przysługujące wszystkim obywatelom UE swobody przemieszczania się oraz pobytu nie są zależne od żadnych ekonomicznych przesłanek i wynikają wyłącznie z tytułu posiadania unijnego obywatelstwa¹⁰. Swobody te pozostają jednak historycznie ściśle powiązane z integracją europejską państw w ramach wspólnego, jednolitego rynku. Powstały one z potrzeby przyznania sile roboczej większej mobilności, a znalazły swój wyraz już w Traktacie paryskim, powołującym Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (EWWiS). W myśl art. 69 ust. 1 przywołanego powyżej Traktatu EWWiS postanowiono zlikwidować wszelkie ograniczenia oparte na przynależności państwowej, w tym ograniczenia dotyczące przemieszczania się w ramach EWWiS wobec pracowników podejmujących zatrudnienie w przemyśle węglowym i stalowym¹¹. Następnie w oparciu o Traktaty rzymskie, powołujące Europejską Wspólnotę Gospodarczą (EWG) oraz Europejską Wspól-

⁹ J. Handoll, *Reshaping Existing Rights and Duties: Insufficiencies in the Status Quo*, „Rethinking European Citizenship” 2002, European Essay No. 24, s. 10–11.

¹⁰ M. Condiñanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden-Boston 2008, s. 24.

¹¹ *Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali*, Paryż, 18.04.1951 r., http://polskawue.gov.pl/files/polska_w_ue/prawo/traktaty/Traktat_EWWiS.pdf [dostęp: 1.04.2016].

notę Energii Atomowej (EWEA), utworzono wspólny obszar gospodarczy, a w jego ramach zagwarantowano swobodę przepływu i pobytu pracowników, aż wreszcie – na mocy Traktatu z Maastricht powołującego do życia Unię Europejską – prawo do swobodnego przemieszczania się oraz pobytu zostało nadane wszystkim obywatelom państw członkowskich, będących *ex lege* obywatelami Unii Europejskiej¹².

Reasumując, swobody przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich UE, jako prawa obywateli tychże państw, obowiązują od 1 listopada 1993 r., tj. od momentu wejścia w życie Traktatu z Maastricht powołującego Unię Europejską. Jednakże uprawnienia te, w znacznie zawężonym wymiarze podmiotowo-przedmiotowym, funkcjonują znacznie dłużej, od 23 lipca 1952 r., tj. od chwili wejścia w życie Traktatu paryskiego ustanawiającego EWWiS. Zwracając przy tym uwagę na ewolucję zakresu podmiotowego praw do swobodnego przemieszczania się i pobytu, które to prawa początkowo przysługiwały jedynie wybranym grupom pracowników pochodzących z państw członkowskich EWWiS, a w chwili obecnej dotyczą wszystkich obywateli UE, nie należy zapominać o rozwoju zakresu przedmiotowego tychże uprawnień, chociażby pod względem terytorialnym. Dość zaznaczyć, że EWWiS powołało do życia zaledwie 6 państw, natomiast obecnie UE skupia 28 państw członkowskich. Co więcej, swoboda przemieszczania się i pobytu, w odniesieniu do siły roboczej, aktualnie wykracza poza granice Unii Europejskiej. Na mocy art. 28 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) unijne zasady dotyczące swobodnego przepływu pracowników i ich pobytu znajdują zastosowanie wobec niektórych państw trzecich, takich jak: Islandia, Księstwo Liechtensteinu oraz Królestwo Norwegii. Analogiczne postanowienia zawiera także dwustronna umowa o swobodnym przepływie osób zawarta przez Unię Europejską z Konfederacją Szwajcarską¹³.

Ograniczenia traktatowe prawa obywateli unijnych do swobodnego poruszania się i pobytu na terytorium państw członkowskich UE

Preambuła Traktatu o Unii Europejskiej, jak już wcześniej zostało wspomniane, zawiera postulat ułatwiania swobodnego przepływu osób. Ów postulat, wedle treści tejże preambuły, winien być jednak osiągnięty przy zapewnieniu bezpieczeństwa narodom państw członkowskich, a przede wszystkim zgodnie z postanowieniami TUE i TFUE. Ponadto w art. 3 TUE, w którym wyszcze-

¹² D. Pudziańska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013, s. 278–280.

¹³ L. Mitrus, *Komentarz do art. 45 TFUE*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 766–767.

gólniono fundamentalne cele Unii Europejskiej, a jako jeden z nich zagwarantowanie swobody przepływu osób, wskazano także, że należy to uczynić za pomocą właściwych środków w odniesieniu do kontroli granic zewnętrznych, azylu, imigracji, jak również zapobiegania i zwalczania przestępczości. Wreszcie art. 20 ust. 2 TFUE, a także art. 21 ust. 1 TFUE, gwarantujące każdemu obywatelowi Unii prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu, zawierają zarazem zastrzeżenia co do ograniczeń i warunków ustanowionych w Traktatach oraz środkach przyjętych w celu ich wykonania.

Art. 21 ust. 1 TFUE stanowiąc, że przysługujące obywatelom UE prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich mogą być ograniczone przez przepisy zawarte w TUE i TFUE, jednocześnie nie precyzuje które z tychże przepisów należy uwzględnić. Jednakże zgodnie z dotychczasową praktyką orzecniczą oraz poglądami doktryny, należy w tym względzie wziąć pod uwagę ograniczenia istniejące dla swobód szczególnych związanych z przemieszczaniem się osób, jak przepływem pracowników, usług czy swobodą działalności gospodarczej. Ograniczenia te zostały określone w art. 45 ust. 3 TFUE, art. 52 ust. 1 TFUE oraz art. 62 TFUE. Państwa członkowskie mogą zatem wyłączyć lub ograniczyć możliwość korzystania przez obywateli Unii z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu, za każdym razem gdy jest to uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego¹⁴.

Według wielu autorów, między innymi: Z. Hajna, F. Wollenslagera czy L. Mitrusa, prawa obywateli unijnych do swobodnego poruszania się i pobytu, ustalone w art. 21 ust. 1 TFUE, stanowią *lex generalis* wobec unormowań swobód: przepływu pracowników, usług oraz działalności gospodarczej ujętych kolejno w art. 45 ust. 3 TFUE, art. 52 ust. 1 TFUE czy art. 62 TFUE¹⁵. Z tego też względu, wedle zasady *lex specialis derogat legi generali*, przepisy o większym stopniu szczegółowości, art. 45 ust. 3 TFUE, art. 52 ust. 1 TFUE oraz art. 62 TFUE, należy stosować w pierwszej kolejności, przed postanowieniami wynikającymi z art. 21 ust. 1 TFUE.

Art. 21 ust. 1 TFUE stanowi także, że przysługujące obywatelom UE prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkow-

¹⁴ K. Kowalik-Bańczyk, *Komentarz do art. 21 TFUE*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 455–465.

¹⁵ Z. Hajna, *Swobodny przepływ pracowników wewnątrz Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. II–5; F. Wollenslager, *Obywatelstwo UE i jego dynamika dla procesu integracji poza wymiarem rynkowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 6; L. Mitrus, *Równość traktowania (zakaz dyskryminacji) w zakresie zatrudnienia*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. II–154–II–155.

skich mogą być ograniczone przez środki przyjęte w celu wykonania postanowień TUE i TFUE. Artykuł ten dopuszcza zatem możliwość przyjęcia aktów prawa wtórnego w wyznaczonym zakresie. Podobne rozstrzygnięcie zawierał przy tym art. 18 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)¹⁶, który to stanowił podstawę wydania wciąż obowiązującej dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. W trzecim akapicie preambuły przywołanej dyrektywy zapisano, że obywatelstwo Unii powinno stanowić o prawie do swobodnego przemieszczania się, a zatem należy skodyfikować i zweryfikować istniejące instrumenty prawne, traktujące oddzielnie pracowników najemnych, osoby pracujące na własny rachunek, studentów oraz inne osoby niezatrudnione, aby w ten sposób uprościć, a także wzmocnić prawo do swobodnego przemieszczania się wszystkich unijnych obywateli. Owa dyrektywa ma więc zastosowanie do wszystkich unijnych obywateli¹⁷. Natomiast zgodnie z art. 27 ust. 1 analizowanej Dyrektywy, państwa członkowskie mogą ograniczyć swobodę przemieszczania się i pobytu obywateli unijnych kierując się względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego¹⁸.

Ograniczenia swobody przemieszczania się i pobytu uzasadnione względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego

Zastrzeżenia związane z ograniczeniami uzasadnionymi względami porządku i bezpieczeństwa publicznego po raz pierwszy zapisano w art. 48 Traktatu rzymskiego, powołującego do życia EWG¹⁹. Traktat ten nie posługiwał się jednak definicjami „porządku publicznego” czy „bezpieczeństwa publicznego”. Podobnie także późniejsze traktaty nie definiowały tych pojęć. Mający w chwili obecnej moc prawną, Traktat o Unii Europejskiej nie zawiera sformułowania: „bezpieczeństwo publiczne”²⁰, a terminem „porządek publiczny”

¹⁶ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, Dz.Urz. UE 2006 C 321E, http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14436&Itemid=436 [dostęp: 1.04.2016].

¹⁷ Z. Hajn, *op. cit.*, s. II-4.

¹⁸ Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0038> [dostęp: 1.04.2016].

¹⁹ S. M. Grochalski, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 237–238.

²⁰ Art. 4 ust. 2 TUE, w zdaniu drugim, stanowi natomiast o „bezpieczeństwie narodowym”.

posługuje się tylko jednokrotnie. Natomiast w obowiązującym aktualnie Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej aż ośmiokrotnie stosowana jest klauzula odnosząca się do porządku publicznego i sześciokrotnie – w odniesieniu do bezpieczeństwa publicznego²¹. Tym niemniej postanowienia tego ostatniego Traktatu i tak nie definiują przedmiotowych pojęć. Definicji analizowanych terminów nie odnajdziemy też w treści dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r.

Wobec braku definicji legalnych w doktrynie sformułowano definicję holistyczną, opartą o szereg rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości, w myśl której przez działania służące naruszaniu porządku i bezpieczeństwa publicznego należy rozumieć: indywidualne zachowanie konkretnej osoby stanowiące rzeczywiste, aktualne, realne i poważne zagrożenie dla istotnych wymogów porządku i bezpieczeństwa publicznego²². Niektórzy autorzy uzupełniają tę definicję dwoma przesłankami, a mianowicie: zachowanie naruszające porządek i bezpieczeństwo publiczne nie może być tolerowane w stosunku do własnych obywateli państwa przyjmującego, a ponadto nie może dotyczyć sytuacji, w której państwo członkowskie zarzuca danej osobie tego rodzaju zachowanie w ramach prewencji ogólnej²³.

Niestety orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, będące podstawą do sformułowania wyżej przytoczonej definicji, nie w każdym aspekcie bywa spójne i jednolite. Tytułem przykładu należy przytoczyć dwa istotne orzeczenia podejmujące analizowaną problematykę. Pierwszym z nich jest wyrok z dnia 4 grudnia 1974 r. wydany w sprawie Yvonne Van Duyn przeciwko Home Office o sygn. C 41/74. W myśl tego orzeczenia państwo, członkowskie powołując się na ograniczenia uzasadnione względami porządku publicznego, ma prawo wziąć pod uwagę przynależność obywatela innego państwa członkowskiego do ugrupowania lub organizacji, której działalność uznawana jest przez to państwo za zagrożenie dla społeczeństwa, nawet gdy owa działalność nie jest zakazana, a obywatele państwa przyjmującego, wykonujący lub zamierzający prowadzić podobną działalność, nie podlegają żadnym ograniczeniom²⁴. Natomiast wedle drugiego orzeczenia, wyroku z dnia

²¹ Art. 72 TFUE i 276 TFUE posługują się, obok terminu: „porządek publiczny”, pojęciem: „bezpieczeństwo wewnętrzne”.

²² L. Mitrus, *Swoboda przemieszczania się pracowników po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 334–335; A. Kuś, *Podstawy prawa materialnego i swobód europejskich*, [w:] *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej w zarysie*, red. A. Kuś, Lublin 2012, s. 442–443; M. Smusz-Kulesza, *Ograniczenia swobody przepływu pracowników*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. II–104.

²³ E. Krzysztofik, *Ograniczenia swobód personalnych rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo materialne Unii Europejskiej w zarysie*, red. A. Kuś, Lublin 2011, s. 222.

²⁴ Wyrok z dnia 4 grudnia 1974 r., wydany w sprawie Yvonne Van Duyn przeciwko

18 maja 1982 r., wydanego w sprawach połączonych: Rezguia Adoui przeciwko Królestwu Belgii i miastu Liège oraz Dominique Cornuaille przeciwko Królestwu Belgii, o sygn. C 115-116/81, państwo przyjmujące nie może wydalać obywateli innego państwa członkowskiego w oparciu o klauzulę porządku publicznego, jeżeli w przypadku podobnego zachowania własnych obywateli nie stosuje żadnych restrykcji²⁵.

Ponadto przytoczona powyżej definicja, mimo że zawiera dość szczegółowe wyliczenie przesłanek charakteryzujących zarówno pojęcie naruszenia porządku publicznego, jak i pojęcie bezpieczeństwa publicznego, nie rozróżnia jednak tych dwóch zgoła odmiennych klauzul. Aby oddzielić znaczenie porządku publicznego od znaczenia bezpieczeństwa publicznego należy odwołać się do szczegółowych sytuacji, w ramach których władze krajowe podejmują konkretne działania²⁶. W przywołanym powyżej orzeczeniu z dnia 4 grudnia 1974 r., wydanym w sprawie o sygn. C 41/74, za naruszanie porządku publicznego uznano przynależność do ugrupowania lub organizacji, której działalność traktowana jest przez państwo przyjmujące jako zagrożenie dla społeczeństwa. W tym konkretnym przypadku za szkodliwe ugrupowanie społecznie Zjednoczone Królestwo uznało Kościół scjentologiczny. Następnie, we wskazanym wcześniej orzeczeniu z dnia 18 maja 1982 r., o sygn. C 115-116/81, mianem naruszenia porządku publicznego określono pracę dwóch obywaterek innego państwa członkowskiego będących kelnerkami w lokalu o złej reputacji. Natomiast w orzeczeniu z dnia 27 października 1977 r., o sygn. C 30/77, Trybunał Sprawiedliwości potwierdził swoje stanowisko zawarte w wyroku z dnia 4 grudnia 1974 r., wydanym w sprawie o sygn. C 41/74, wedle którego mamy do czynienia z naruszeniem porządku publicznego zawsze wtedy, gdy zagrożone są podstawowe interesy społeczeństwa. W tym konkretnym przypadku chodziło bowiem o nielegalne posiadanie narkotyków²⁷.

Niestety orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości nie wprowadziło jednolitej definicji klauzuli zagrożenia bezpieczeństwa publicznego²⁸. Można

Home Office, sygn. C 41/74, http://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-ARRET-C-0041-1974-200406990-05_01.html [dostęp: 3.04.2016].

²⁵ Wyrok z dnia 18 maja 1982 r., wydany w sprawach połączonych: Rezguia Adoui przeciwko Królestwu Belgii i miastu Liège oraz Dominique Cornuaille przeciwko Królestwu Belgii, sygn. C 115-116/81, <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61981CJ0115&from=EN> [dostęp: 3.04.2016].

²⁶ L. Mitrus, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 767–768.

²⁷ Wyrok z dnia z dnia 27 października 1977 r., wydany w sprawie Regina przeciwko Pierre Bouchereau, sygn. C 30/77, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89572&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part1&cid=256290> [dostęp: 3.04.2016].

²⁸ L. Mitrus, *Swoboda...*, *op. cit.*, s. 230.

jednak na zasadzie *a contrario* stwierdzić, że będzie to takie zachowanie, które z jednej strony godzi w bezpieczeństwo publiczne, lecz z drugiej – w sposób bezpośredni nie narusza podstawowych interesów społecznych. W doktrynie przyjmuje się, iż klauzula ta znajdzie zastosowanie w przypadku zachowania mającego na celu destabilizowanie podstawowych interesów państwa, w zakresie jego egzystencji, gospodarki i instytucji²⁹. Godzić w bezpieczeństwo publiczne państwa i w jego funkcjonowanie można zatem poprzez działalność terrorystyczną, szpiegostwo czy prowadzenie działalności wywrotowej³⁰.

Uzasadnione zastosowanie analizowanych klauzul derogacyjnych pozwala państwom członkowskim na ograniczanie swobody przemieszczania się i pobytu każdemu obywatelowi Unii. Ograniczenia te w szczególności mogą prowadzić do odmowy prawa wjazdu lub wydalenia obywatela innego państwa członkowskiego przez państwo przyjmujące³¹. W tym miejscu należy dokonać rozróżnienia pomiędzy przysługującym państwom członkowskim, w oparciu o klauzule derogacyjne, prawem do ograniczenia swobody przemieszczania się osób a środkami utrudniającymi tę swobodę. Środki te są sprzeczne z prawem unijnym, bowiem po pierwsze, utrudniają swobodę przepływu osób, a po drugie służą zniechęcaniu do migracji, powodując tym samym, że tytułowe swobody stają się mniej atrakcyjne³².

Postanowienia szczególne w zakresie prawa do ograniczenia swobody przemieszczania się oraz pobytu zawiera przywoływana wielokrotnie dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. Dyrektywa ta w dużej mierze potwierdza rozwiązania wypracowane w judykaturze, a także w doktrynie, które były już rozważane w niniejszym artykule. W drodze uzupełnienia warto jednak przytoczyć treść jednego zobowiązania oraz jednego uprawnienia przysługującego wszystkim państwom członkowskim. Zgodnie z art. 27 ust. 3 owej dyrektywy państwo członkowskie, które wydało paszport lub dowód tożsamości nie może odmówić jego posiadaczowi wjazdu na swoje terytorium w sytuacji, gdy zostanie on wydany z innego państwa członkowskiego. Natomiast w myśl art. 27 ust. 2 tegoż aktu państwo członkowskie ma prawo wystąpić do innego unijnego państwa o dostarczenie posiadanych informacji policyjnych dotyczących każdej przybywającej osoby. Pierwszy z wymienionych przepisów świadczy o tym, że obywatele UE nie są bezbronni wobec klauzul bezpieczeństwa i porządku publicznego, nawet jeśli klauzule te dają niezwykle szerokie uprawnienia państwom członkowskim w zakresie ograniczania unijnych swobód obywatelskich. Drugi przepis dowo-

²⁹ A. Kuś, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 443.

³⁰ J. Handoll, *Free Movement of Person in the EU*, New York 1995, s. 231.

³¹ M. Smusz-Kulesza, *op. cit.*, s. II–99.

³² F. Wollenslager, *op. cit.*, s. 4–14.

dzi natomiast, że państwa członkowskie zanim podejmą decyzję o ograniczeniu swobody przepływu i pobytu obywateli UE winny najpierw podjąć celowe, proporcjonalne i adekwatne działania uzasadnione względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego. W myśl art. 4 ust. 3 TUE, zdanie ostatnie, państwa członkowskie ułatwiają Unii wypełnianie jej zadań, a także powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków zagrażających unijnym celom.

Podsumowanie

Swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej stanowią dla jej obywateli prawa o znaczeniu fundamentalnym. Zdecydowane ograniczenie tych praw jeszcze do niedawna mogłoby zostać niechętnie przyjęte przez społeczeństwa państw członkowskich utożsamiające się z podstawową unijną ideą „Europy bez granic”. Jednakże, kiedy 13 listopada 2015 r. w środkach masowego przekazu powszechnie donoszono o serii zamachów terrorystycznych w Paryżu, a następnie 22 marca 2016 r. światowe media poinformowały o aktach terrorystycznych – tym razem w Brukseli, nawet najbardziej sceptyczni obywatele UE wobec ograniczania swobód unijnych zostali niemalże pozbawieni argumentów. Trudno przy tym bronić nieskrępowanego prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu chociażby tylko samych obywateli unijnych, zważywszy że – jak donosi prasa – niektórzy z zamachowców posiadali obywatelstwo państw członkowskich³³, a zatem *ex lege* byli też obywatelami Unii.

Zarówno akty unijnego prawa pierwotnego, jak i wtórnego pozwalają państwom członkowskim na legalne ograniczanie swobód przemieszczania się oraz pobytu – także grupie osób najbardziej uprzywilejowanych, tj. obywatelom UE. Akty prawa pierwotnego i wtórnego stanowią bowiem o dwóch klauzulach derogacyjnych odnoszących się do porządku publicznego oraz bezpieczeństwa publicznego, które uzasadniają ograniczenia wszelkich uprawnień wynikające z prawa do nieskrępowanego przemieszczania się i przebywania na terenie UE. W ocenie autora zagrożenie zamachami terrorystycznymi wypełnia znamiona przede wszystkim uzasadnionego naruszenia bezpieczeństwa publicznego. Z drugiej jednak strony, zamachowcy swoimi czynami, w sposób bezpośredni, także mogą naruszać podstawowe interesy

³³ A. Słowieńska, *Zamachowcy z Brukseli w rękach policji*, „Rzeczpospolita”, publikacja: 10.04.2016, <http://www.ip.pl/Terroryzm/304109956-Zamachowcy-z-Brukseli-w-rekach-policji.html?template=restricted> [dostęp: 13.04.2016]; *Francja: druga osoba poszukiwana przez władze w związku z zamachami*, Polska Agencja Prasowa, publikacja: 17.11.2015, <http://www.pap.pl/aktualnosci/news,432834,francja-druga-osoba-poszukiwana-przez-wladze-w-zwiazku-z-zamachami.html#sthash.2Ic6FLPJ.dpuf> [dostęp: 13.04.2016].

społeczne. Tym niemniej tego rodzaju działania stanowią rzeczywiste, aktualne, realne i poważne zagrożenie dla istotnych wymogów porządku, a także bezpieczeństwa publicznego.

Warto w tym miejscu raz jeszcze przytoczyć art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE, w myśl którego państwo członkowskie ma prawo wystąpić do innego unijnego państwa o dostarczenie posiadanych informacji policyjnych dotyczących każdej przybywającej na jej terytorium osoby. Przepis ten z jednej strony daje państwom członkowskim niezbędne w chwili obecnej instrumenty pozwalające osiągnąć zapisany w preambule TUE postulat zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom Unii Europejskiej, a z drugiej – od tych państw wymaga celowych, proporcjonalnych i adekwatnych działań wyprzedzających ograniczanie fundamentalnych unijnych swobód.

Abstract

Restrictions on freedom of movement and residence of EU citizens on grounds of public policy and security

The EU freedom of movement of persons is identified with the essence of the European Union in both intuitive and legal terms. This freedom is a fundamental right of EU citizens in the objective scope. Freedom of movement of EU citizens is in fact limited by the provisions of primary law and adopted within the framework of primary law – secondary legislation. Each EU member state has the ability to effectively limit the freedom on the grounds of public policy and security. This limitation has an increasing approval of European societies.

Key words: freedom of movement and residence, citizenship of the European Union, public policy and security

Streszczenie

Ograniczenia swobody przemieszczania się i pobytu obywateli UE uzasadnione względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego

Unijna swoboda przemieszczania się osób utożsamiana jest z istotą Unii Europejskiej zarówno w ujęciu intuicyjnym jak i prawnym. Swoboda ta pozostaje wobec tego podstawowym prawem obywatela unijnego w zakresie przedmiotowym. Nie ma ona jednak charakteru idealistycznego czy absolutnego. Swoboda przemieszczania się obywateli unijnych pozostaje bowiem ograniczona przepisami unijnych aktów prawa pierwotnego oraz przyjętymi w ramach ich zastosowania postanowieniami aktów prawa wtórne- go. Każde z państw członkowskich może przy tym skutecznie ograniczyć wymienioną swobodę uzasadniając to względami porządku oraz bezpieczeństwa publicznego, na co, w chwili obecnej, jest coraz większe przyzwolenie pośród europejskich społeczeństw.

Słowa kluczowe: swoboda przepływu i pobytu, obywatelstwo Unii Europejskiej, porządek i bezpieczeństwo publiczne

Marek Danikowski
mgr, Uniwersytet Opolski

Skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich

Geneza powstania instytucji Ombudsmana

Unia Europejska definiowana jest na wiele sposobów. Konstrukcje definicji różnią się między sobą w zależności od tego, jaki aspekt w danej publikacji dominuje. Przykładowo, kontekst zawarty w takim opisie może mieć charakter prawny, polityczny, gospodarczy, społeczny czy historyczny. Niezależnie jednak od przyjętego punktu odniesienia, nie ma wątpliwości co do demokratycznego charakteru Unii Europejskiej. Powyższe twierdzenie potwierdza również art. 10 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który w ust. 1 stwierdza, że „Podstawą funkcjonowania Unii jest demokracja przedstawicielska”, a w kolejnych wskazuje, że obywatele Państw Członkowskich są bezpośrednio reprezentowani w Parlamencie Europejskim i mogą być uczestnikami życia demokratycznego Wspólnoty.

O demokratycznym charakterze Unii Europejskiej decydują także zapisy art. 11, jak np. ust. 1: „Za pomocą odpowiednich środków instytucje umożliwiają obywatelom i stowarzyszeniom przedstawicielskim wypowiadanie się i publiczną wymianę poglądów we wszystkich dziedzinach działania Unii”. Warto przy tym zwrócić uwagę, że oba z wymienionych powyżej artykułów mieszczą się w ramach Tytułu II Traktatu, którego nazwa brzmi „Postanowienia o zasadach demokratycznych”.

Podkreślanie demokratycznego charakteru Wspólnoty unijnej przejawia się także w stopniowym i systematycznym działaniu na rzecz obywateli oraz coraz większym zorientowaniem na jednostkę. Szczególnie znaczenie dla realizacji tych postulatów miał tzw. Raport Tindemansa, w którym premier Belgii zawarł rozdział pt. „Europa obywateli”¹. Dokument opublikowany w 1975 r.

¹ S.M. Grochalski, *Instytucja obywatelstwa Unii Europejskiej w świetle pierwotnych źródeł prawa wspólnotowego – unijnego*, [w:] *Prawo i gospodarka Polski po traktacie Lizbońskim*, red. J. Neuberger, G. Staniszewski, Opole 2011, s. 71.

kładł nacisk na prawa jednostki i znacząco przyczynił się do podjęcia decyzji o przeprowadzaniu bezpośrednich i powszechnych wyborów do Parlamentu Europejskiego². Do tego czasu przedmiotem szczególnego zainteresowania przedstawicieli Wspólnoty były kwestie gospodarcze i ekonomiczne, w mniejszym zakresie prawa jednostek, a jeśli już, to raczej w jednym z wymienionych kontekstów. Było to spowodowane postrzeganiem Wspólnoty jako grupy państw ciągle jeszcze dążących do wspólnych celów gospodarczych. Ochrona praw obywatelskich leżała w dalszym ciągu w gestii poszczególnych krajów.

Poczucie wspólnoty demokratycznych państw europejskich w wymiarze obywatelskim zostało wzmocnione przez Parlament Europejski w 1979 r., zaraz po przeprowadzeniu pierwszych bezpośrednich wyborów do tej instytucji. W tym samym roku, poprzez dyrektywę Komisji Europejskiej odnoszącą się do kwestii stałego pobytu obywateli w innych państwach członkowskich, zainicjowano proces powstania obywatelstwa europejskiego, torując niejako drogę do obowiązywania zasady swobodnego przepływu osób. W dalszej konsekwencji, dzięki pracy tzw. Komitetu Adonnino (od nazwiska kierującego Komitetem Pietro Adonnino), powstały dwa raporty, które podkreślały takie aspekty, jak prawa obywatelskie w zakresie kultury, edukacji czy komunikacji oraz prawo stałego pobytu w innym kraju członkowskim³. Prace Komitetu stały się też początkiem znoszenia barier celnych i formalności związanych z przekraczaniem granic wewnątrzspółnotowych⁴.

Wraz z poszerzaniem zakresu praw jednostek – obywateli Wspólnoty Europejskiej, pojawiła się równoczesna potrzeba ochrony tych uprawnień, tym bardziej że Unia Europejska posiada charakter demokracji ponadnarodowej, gdzie odpowiedzialność występuje w sposób pośredni (np. przed Parlamentem Europejskim lub Trybunałem Sprawiedliwości) i wymaga dodatkowej kontroli⁵. Zatem skoro Unia Europejska składa się z państw demokratycznych, w których przywiązuje się wagę do praw i swobód obywatelskich oraz kontroli działalności administracyjnej, sama również musiała znaleźć sprawdzone lub nowe rozwiązanie dla własnych organów administracyjnych. Za takie rozwiązanie przyjęto powołanie Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich. Jednakże pomimo że rzecznicy praw obywatelskich (lub ich odpowiedniki występujący pod różnymi nazwami)⁶ mają swoje miejsce w krajowych po-

² J. Kowalski, Z. Ślusarczyk, *Unia Europejska. Proces integracji europejskiej i zarys problematyki instytucjonalno-prawnej*, Warszawa-Poznań 2006, s. 96.

³ S.M. Grochalski, *op. cit.*, s. 72.

⁴ A. Gruszcak, *Schengen – kłopotliwy sukces*, „Nowa Europa” 2012, nr 2 (13), s. 29.

⁵ J. Ruskowski, *Demokracja ponadnarodowa w Unii Europejskiej. Wstępna analiza teoretyczna*, „Rocznik Integracji Europejskiej” 2015, nr 9, s. 26.

⁶ Zob.: *Organy ochrony prawnej w wybranych krajach Unii Europejskiej*, opracowanie Biura Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu, Warszawa 2011.

rządkach prawnych większości krajów unijnych, ombudsman europejski jest nadal słabo, jeśli nie najsłabiej, rozpoznawalną instytucją.

Omawiana instytucja nie została ukształtowana na potrzeby Unii Europejskiej, a jej geneza sięga rozwiązań krajowych. Swój rodowód wywodzi ze Szwecji, skąd pochodzi również powszechnie stosowana nazwa – ombudsman (ang. *Ombudsman*, fr. *mediateur*, niem. *der Bürgerbeauftragte*)⁷. Tam też odpowiednik dzisiejszego rzecznika praw obywatelskich powołany został w 1713 r. przez króla Karola XII, a niemal sto lat później ustanowiony przez parlament (1809 r.)⁸.

Powstanie instytucji Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (ERPO) datuje się na dzień 12 lipca 1995 r., kiedy urząd ten po raz pierwszy objął Jacob Söderman. Wydarzenie to poprzedzone było długimi debatami nad kształtem urzędu, przypisanymi kompetencjami oraz celowością powołania. Ewolucja idei i powody powstania ERPO następowały wraz ze zmieniającym się obrazem wspólnoty europejskiej. Kształtujący się dopiero wspólny rynek europejski nie znał dobrze omawianej instytucji. Jeszcze w końcu lat 70. XX w. pomysł wprowadzenia dodatkowej kontroli administracji w kontekście poszanowania praw obywatelskich nie był akceptowany przez Komisję oraz Radę⁹.

Państwa Członkowskie Wspólnoty dostrzegały jednak konieczność reform i rozszerzenia praw obywatelskich, co znalazło swoje odzwierciedlenie w tzw. raporcie Tindemansa¹⁰. Uznano, że regulacja kwestii ekonomicznych i gospodarczych nie może następować w oderwaniu od spraw obywatelskich. Istotne dla dalszego rozwoju Wspólnoty było także uzyskanie akceptacji i zaufania ze strony obywateli Państw Członkowskich. Ingerencja administracji w życie obywateli wymagała zabezpieczenia ich praw przed naruszeniami. Obywatel, w tych relacjach będąc zawsze stroną słabszą, powinien mieć możliwość dodatkowej ochrony, która mogłaby nierówności te niwelować.

Do powstania instytucji Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich znacząco przyczyniło się ustanowienie obywatelstwa europejskiego, które wraz z jego wprowadzeniem przez Traktat o Unii Europejskiej, uzupełniło integrację gospodarczą i polityczną o wymiar obywatelski¹¹. Obywatel eu-

⁷ A. Łazowski, *Ochrona praw jednostek w prawie Wspólnot Europejskich. Pozasądowe mechanizmy ochrony praw przed instytucjami i organami Wspólnot Europejskich*, Kraków 2002, s. 117–118.

⁸ Za: M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia Rzecznika Praw Obywatelskich w Polsce*, Tom IV, Warszawa 2008, s. 7.

⁹ P. Sadowski, *Geneza Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, nr 22, s. 608.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ E. Popławska, *Instytucja Ombudsmana europejskiego*, „*Studia Europejskie*” 1997, nr 4, s. 27.

ropejski, tak samo jak kraju członkowskiego, powinien mieć możliwość dochodzenia swoich praw i ich ochrony. Ombudsman miał być gwarantem ich zachowania, a obywatelstwo wpływać miało na poczucie więzi i identyfikowania się z całą Wspólnotą.

Zgoda w kwestii konieczności stworzenia nowej instytucji nie oznaczała jednolitego poglądu na kształt jej funkcjonowania. Różnice wynikały z odmiennych wewnętrznych regulacji poszczególnych krajów członkowskich, wśród których również działali Rzecznicy Praw Obywatelskich. Ostatecznie jednak, po zaakceptowaniu nielicznych modyfikacji, zdecydowano przyjąć model skandynawski, zaproponowany przez Danię, jedyne go wówczas przedstawiciela Skandynawii we Wspólnocie. Dodatkowym aspektem, który mógł mieć wpływ na taką decyzję był fakt, że to kraje skandynawskie miały długie tradycje działalności Ombudsmana, a Szwecja i Finlandia starały się wówczas o akces do Wspólnoty¹².

Propozycja duńska kładła nacisk na rolę Ombudsmana jako organu uzupełniającego sądownictwo administracyjne i wzmacniającego kontrolę administracji przeprowadzaną przez Parlament Europejski¹³. Na marginesie należy zauważyć, że sama nazwa „ombudsman” jest terminem, który ma skandynawskie pochodzenie i został przyjęty w obrocie międzynarodowym.

Ostatecznie Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich powołany został na mocy Traktatu z Maastricht z 1992 r., a swoją działalność rozpoczął we wrześniu 1995 r.

Wybór Ombudsmana – kompetencje, uwarunkowania prawne

Wyboru Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich dokonuje Parlament Europejski. Kadencje obu instytucji pokrywają się, co oznacza, że nowy skład parlamentarny ma kompetencje do rozpatrzenia kandydatury kolejnego ERPO¹⁴. Jak dowodzi praktyka oraz obowiązujące akty prawne, możliwy jest także ponowny wybór tej samej osoby¹⁵. Treść pierwszego akapitu ust. 2 artykułu 228 TFUE wskazuje, że jest to możliwe jednokrotnie: „Rzecznik Praw Obywatelskich jest wybierany po każdych wyborach do Parlamentu Europejskiego na okres jego kadencji. Może on być wybrany ponownie”. Gdyby zatem dopuszczalne było wybieranie tej samej osoby kilkakrotnie, posłużono

¹² P. Sadowski, *op. cit.*, s. 623.

¹³ *Ibidem*, s. 624.

¹⁴ A. Ziolkowska, *Instytucja skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich*, [w:] *Status prawny obywatela Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2011, s. 67.

¹⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2012 C 326, s. 198, wersja skonsolidowana.

by się liczbą mnogą stwierdzając np., że „Może on być wybierany ponownie”. Brak takiego rozwiązania powoduje, iż funkcję ERPO można pełnić przez maksymalnie dwie kadencje, co oznacza, że jest to najwyższy okres dziesięciu lat.

Niemal identyczny zapis znajduje się również w ust. 1 art. 6 Statutu (Decyzji Parlamentu Europejskiego w sprawie postanowień i ogólnych warunków wykonywania zadań przez Rzecznika Praw Obywatelskich). Ponadto, w ust. 2 tego samego art. 6 wskazane zostały konkretne warunki, jakie musi spełniać kandydat na to stanowisko. Wśród nich wymienione jest m.in. wymaganie, aby kandydat był obywatelem unijnym, który korzysta z pełni praw cywilnych i politycznych, co oczywiste i uzasadnione z uwagi na charakter funkcji jaką będzie pełnić. Ponadto kandydatura musi w pełni gwarantować niezależność oraz spełniać warunki, które w kraju pochodzenia pozwalają na sprawowanie najwyższych stanowisk sędziowskich, względnie legitymować się doświadczeniem i kompetencjami do sprawowania funkcji RPO¹⁶.

Procedura wyboru odbywa się w oparciu o Regulamin Parlamentu Europejskiego¹⁷. Instytucji tej poświęcony został cały odrębny Tytuł X składający się z 3 artykułów. Każdy z nich porządkuje odrębne kwestie: wyboru, działalności oraz sposobu odwołania ERPO.

Co więcej treść wspomnianego powyżej artykułu wskazuje, że Parlament Europejski nie powinien zwlekać z wypełnieniem jego dyspozycji, a Przewodniczący wzywa do zgłaszania kandydatur na Ombudsmana niezwłocznie po tym jak sam obejmie stanowisko. Skadinał posłowie mogą udzielić poparcia tylko jednej kandydaturze, (która musi zyskać głos minimum czterdziestu parlamentarzystów z przynajmniej dwóch państw członkowskich) dlatego też liczba zgłoszeń może być znaczna, ale jednak nie nieograniczona. W praktyce nie dochodzi do sytuacji, w których kandydatów byłoby wielu. Gdyby jednak tak się stało lub wybór równorzędnych kandydatów był trudny do osiągnięcia, pomocnym rozwiązaniem będzie przesłuchanie ich we właściwej komisji. Parlamentarzyści mają przy tym prawo uczestnictwa w posiedzeniach, co pozwala na uzyskanie dodatkowych informacji przed głosowaniem oraz sprawdzenie czy kandydaci spełniają odpowiednie wymagania. Rozwiązanie takie jest słuszne i stosowane także wówczas, gdy liczba kandydatów nie jest znaczna. Przy wyborze na tak ważne stanowisko możliwość bezpośredniej rozmowy, wysłuchania kandydata, czy zadania mu pytań istotnie wpływa na świadome podjęcie decyzji.

¹⁶ <http://www.ombudsman.europa.eu/pl/resources/statute.faces> [dostęp: 14.04.2016].

¹⁷ Regulamin Parlamentu Europejskiego z 18 lipca 2014 r., VIII kadencji Parlamentu Europejskiego, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20140701+TOC+DOC+XML+V0//PL&language=PL> [dostęp: 14.04.2016].

Przedstawione rozwiązania wydają się być transparentne, a także minimalizujące zagrożenie powołania przez Parlament Europejski Ombudsmena o słabej pozycji, uzależnionego od organu, który dokonał jego wyboru. Konieczność kierowania się takimi procedurami wskazywała w swoim raporcie Komisja Instytucjonalna Parlamentu Europejskiego pisząc: „Wybór Ombudsmena powinien odbywać się przy zastosowaniu przejrzystej procedury i z zachowaniem należytej powagi. Przede wszystkim, zgłaszanie kandydatur powinno mieć szerszy zasięg tak, aby uniknąć sytuacji, że wszystkie ewentualne propozycje osobowe pochodziłyby od ugrupowań partyjnych”¹⁸. Wydaje się, że zasady te znajdują odzwierciedlenie w dotychczasowych wyborach. Ombudsmeni, których dotąd powoływał Parlament Europejski nie byli osobami całkowicie anonimowymi. Ich dorobki zawodowe (związane również z podobnymi funkcjami pełnionymi w swoich krajach) były publicznie znane, co ułatwiało ocenę kandydata i podjęcie właściwych decyzji.

Na pełną niezależność w wykonywaniu swojej funkcji wskazuje również ust. 3 art. 228 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 195 TWE), stanowiąc: „Rzecznik Praw Obywatelskich jest w pełni niezależny w wykonywaniu swej funkcji. W wykonywaniu tej funkcji nie zwraca się o instrukcje ani ich nie przyjmuje od żadnego rządu ani od żadnej instytucji, organu ani jednostki organizacyjnej. Podczas trwania swej kadencji Rzecznik Praw Obywatelskich nie może wykonywać żadnej innej zarobkowej lub niezarobkowej działalności zawodowej”¹⁹. Jak wynika z powyższego, ani Parlament Europejski, ani też żadna inna instytucja nie mogą bezpośrednio wpływać na konkretne działania Ombudsmena oraz podejmowane przez niego inicjatywy mieszczące się w zakresie jego obowiązków.

Kolejnym formalnym potwierdzeniem niezależności ERPO jest zapis art. 9 Statutu, który częściowo pokrywa się z przytoczonym powyżej art. 228 TFUE. Dodatkowo podkreśla się konieczność takiego sposobu działania Ombudsmena, które nie będzie sprzeczne z charakterem jego funkcji, a to oznacza również samodzielność i dbałość o przejrzystość prac. Niezależność ERPO jest nie tylko chroniona wymienionymi przepisami, ale również stanowi jego zobowiązanie potwierdzane zresztą przed Trybunałem Sprawiedliwości.

Lista kandydatów na Ombudsmena sporządzana jest w porządku alfabetycznym, a głosowanie jest tajne. W przypadku, gdy żadna ze zgłoszonych osób nie otrzymała większości głosów w dwóch pierwszych turach głosa-

¹⁸ Na kwestie te zwraca już uwagę E. Popławska, *op. cit.*, s. 33.

¹⁹ http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14804&Itemid=946#cz6 [dostęp: 14.04.2016].

nia, do kolejnej przechodzą te spośród wybieranych osób, które w drugiej turze uzyskały najwyższe wyniki. Regulamin przewiduje również rozwiązanie dla sytuacji, w której dwóch kandydatów otrzymuje równą liczbę głosów. Nie przeprowadza się wówczas dodatkowych głosowań, a wybrany zostaje kandydat najstarszy wiekiem. Głosowania te muszą być przeprowadzane w obecności przynajmniej połowy parlamentarzystów.

Wybrany kandydat ma obowiązek złożenia ślubowania, do czego jest niezwłocznie wzywany. Ślubowania nie dokonuje jednak przed Parlamentem Europejskim, a Trybunałem Sprawiedliwości.

Z kolei dymisja ERPO nastąpić może jedynie w skrajnych przypadkach, np. gdy przestał odpowiadać warunkom niezbędnym przy wyborze dokonywanym przez Parlament Europejski lub dopuścił się poważnego uchybienia. W takich wypadkach, pomimo że samego wyboru dokonuje Parlament, to ma on prawo jedynie wystosować odpowiednie żądanie, lecz to Trybunał Sprawiedliwości dokonuje zdymisjonowania. Przykładem zachowania wywołującego takie skutki, może być złamanie art. 10 Statutu poprzez prowadzenie innej, zarobkowej lub niezarobkowej, działalności zawodowej. Wydaje się, że powyższe rozwiązanie w dobry sposób zabezpiecza również Ombudsmana przed uzależnieniem od Parlamentu, wzmacniając jego pozycję.

Zgodnie z art. 221 Regulaminu Parlamentu Europejskiego, w razie wystąpienia wymienionych powyżej przesłanek, z wnioskiem o odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich wystąpić może jedna dziesiąta parlamentarzystów. Wniosek ten przedkładać jest Ombudsmanowi oraz odpowiedniej komisji, która większością głosów podejmuje decyzję, czy wskazywane powody odwołania znajdują uzasadnienie. Jeśli tak, komisja przedstawia swoje sprawozdanie Parlamentowi, który przeprowadza debatę. Rzecznik Praw Obywatelskich ma prawo do zgłoszenia wniosku o wysłuchanie zanim nastąpi głosowanie nad przedłożonym sprawozdaniem. Obwiniony ma zatem sposobność do publicznego ustosunkowania się do zarzutów stawianych mu w sprawozdaniu.

Głosowanie nad sprawozdaniem następuje w obecności co najmniej połowy parlamentarzystów. Negatywny wynik głosowania daje Rzecznikowi prawo do natychmiastowej rezygnacji z pełnionej funkcji, co oznacza przerwanie procedury odwoławczej i konieczność podjęcia przez Parlament działań zmierzających do wyboru nowego Ombudsmana.

Rzecznik Praw Obywatelskich nie ma jednak obowiązku złożenia rezygnacji. Działa wbrew decyzji Parlamentu i może być odwołany mocą orzeczenia wydanego przez Trybunał Sprawiedliwości, do którego z takim wnioskiem zwraca się Przewodniczący Parlamentu na pierwszej sesji miesięcznej po przeprowadzonym głosowaniu.

Z uwagi na to, że instytucja Rzecznika Praw Obywatelskich w poszczególnych krajach unijnych spełnia te same role, nie dziwi fakt, iż można odnaleźć pewne analogie zarówno do wyboru, jak i sposobu działania RPO, z jakim mamy do czynienia w prawie polskim w stosunku do odpowiednika europejskiego. W Polsce istotną rolę odgrywa Sejm, poprzez który, za zgodą Senatu, Ombudsman jest powoływany. ERPO musi być obywatelem unijnym, natomiast polski RPO – obywatelem polskim.

Wydaje się, że ustawodawca w sposób nieco mniej rygorystyczny potraktował wymagania związane z dotychczasową ścieżką zawodową, nie uzależniając dopuszczalności kandydatury od spełnienia warunków do pełnienia wysokich funkcji sędziowskich, wskazując jednak, że musi wyróżniać się „wiedzą prawniczą doświadczeniem zawodowym oraz wysokim autorytetem ze względu na swe walory moralne i wrażliwość społeczną”²⁰.

Kadencja polskiego RPO, podobnie jak w przypadku ERPO, trwa pięć lat, a wybór możliwy jest tylko na dwie kadencje. Jednak ślubowanie składane jest przed Sejmem, a nie jak w ERPO przed Trybunałem Sprawiedliwości.

Pozycja prawna Ombudsmana i rola skargi

Kompetencje Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich wymienia przywoływany już wcześniej art. 228 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 195 TWE). I choć nazwa instytucji może wskazywać ukierunkowanie świadczonej pomocy głównie na osoby fizyczne, Ombudsman ma uprawnienia do przyjmowania skarg także od osób prawnych, mających swoją siedzibę statutową w Państwie Członkowskim Unii Europejskiej. Przede wszystkim jednak wymienia się uprawnienie do przyjmowania skarg od każdego z obywateli Unii, ale i innych osób fizycznych, które mają miejsce zamieszkania w jednym z krajów unijnych. Rozwiązanie to ma swoje źródło w Traktacie z Maastricht, gdzie w art. 138e znajdował się zapis mówiący o tym, że każda osoba fizyczna (a więc nie tylko obywatel unijny) lub prawna, mająca miejsce zamieszkania lub siedziby w Państwie Członkowskim, może zwrócić się do Rzecznika Praw Obywatelskich ze skargą na niewłaściwe administrowanie instytucji lub organów wspólnotowych. Artykuł ten rozszerzał i uzupełniał zakres podmiotowy wcześniejszego art. 8d, który wskazywał, że do Rzecznika Praw Obywatelskich zwrócić się może każdy obywatel Unii.

Można zatem stwierdzić, że dzięki tym zapisom urzeczywistnia się również idea tożsamości europejskiej, solidarności i równości wobec prawa, a więc

²⁰ Art. 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, Dz.U. 1987 Nr 21 poz. 123, tekst ujednolicony.

zasad, które są ściśle związane z demokracją europejską. Każdy kto legalnie zamieszkuje w jednym z państw członkowskich, może liczyć w tym zakresie na możliwość wystosowania skargi do ERPO, która zostanie zbadana. Nadmienić należy, że skarga do Ombudsmana ma charakter pozasądowego mechanizmu ochrony praw obywatelskich²¹.

Jak wynika z powyższego, przystąpienie Polski do Unii Europejskiej nie było datą, od której obywatelom naszego kraju przysługiwało uprawnienie do składania skarg. Taka możliwość pojawiła się znacznie wcześniej, a więc wraz z wyborem pierwszego Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich, dokonanego 12 lipca 1995 r.²²

Skargi, jakie mogą być wnoszone do Ombudsmana, w głównej mierze dotyczą złego administrowania (tzw. *maladministration*) przez instytucje, organy i jednostki organizacji unijnych, nie wyłączając takich instytucji jak Komisja Europejska czy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, o ile nie dotyczy to kwestii związanych z funkcjami sądowymi. Owo złe administrowanie to nie tylko nieuczciwość postępowania, czy też nieprawidłowe stosowanie procedur, należy je rozumieć szeroko, jako np. przewlekłość w działaniu, odmowa udzielenia informacji, dyskryminacja związana z silniejszą pozycją organów administracji względem obywatela oraz nadużywanie władzy²³. Jak wynika z art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej „każdy ma prawo do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia swojej sprawy w rozsądnym terminie przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii”.

Dodatkowego podkreślenia wymaga jeszcze fakt, że skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich nie może być skierowana w związku z działaniami lub zaniechaniami krajowych organów administracyjnych, nawet jeśli w ich kompetencjach leżą działania dotyczące spraw wynikających z administracji Unii Europejskiej²⁴. Może być natomiast wystosowana wobec każdej instytucji unijnej, w tym Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Trybunału Obrachunkowego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, unijnych instytucji finansowych, jak Europejski Bank Centralny czy Europejski Bank Inwestycyjny, a nawet Europolu.

²¹ M. Stefaniuk, *Skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich w świadomości prawnej obywateli Unii Europejskiej*, [w:] *Prawne problemy członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2005, s. 107.

²² Red. Z. Brodecki, *Ochrona praw jednostki*, Warszawa 2004, s. 63.

²³ *The work of the European Ombudsman*, European Union Committee, 22nd Report of Session 2005-06 <http://www.statewatch.org/news/2006/mar/hol-rep-eu-ombuds.pdf> [dostęp: 14.04.2016].

²⁴ A. Ziółkowska, *op. cit.*, s. 70.

Przedmiot skargi do ERPO, a więc wspomniane już niewłaściwe, złe administrowanie instytucji unijnych, nie jest w sposób enumeratywny wyliczone ani skatalogowane. Niezależnie od tego, czy rozwiązanie takie wprowadzone zostało celowo, czy nie, pozostawienie w tym zakresie pewnej swobody działania i uznania Ombudsmana wydaje się być właściwe. Dzięki temu podejmowane czynności cechują się większą elastycznością i łatwiej odpowiadają na przyczyny skargi. Do braku zamkniętego katalogu niewłaściwych czynności, bądź zaniechań administracyjnych pozytywnie odnosił się też pierwszy ERPO, wspomniany wcześniej Jacob Söderman i z takim poglądem należałoby się zgodzić²⁵. Oczywiście znając instytucje, których działania lub zaniechania mogą być przedmiotem skargi do Ombudsmana i zakresu ich obowiązków, możliwe byłoby stworzenie odpowiedniego zbioru przedmiotu skarg. Dotychczasowa działalność ERPO pokazuje jednak, że nie jest to ani konieczne, ani celowe.

Na podstawie powyższego można też stwierdzić, że praca Ombudsmana, w tym sporządzane raporty przedstawiające zakres wnoszonych skarg, stanowią pewien katalog *maladministration*. Z pewnością pozostaje on jednak nadal otwarty.

Działanie ERPO cechuje się dużą dowolnością także w zakresie podejmowanych interwencji. Skargi obywateli są jedną z form inicjowania postępowań, inną jest wszczynanie dochodzeń, jeśli Ombudsman uzna, że jest to zasadne. Składając skargę obywatel bądź uprawniona instytucja musi jednak pamiętać o treści ust. 3 art. 1 Statutu, zgodnie z którym ERPO nie może brać udziału w postępowaniach, które toczą się przed sądem, ani też poddawać w wątpliwość lub też w inny sposób podważać publicznie orzeczeń sądowych.

Podmiot zainteresowany złożeniem skargi niekoniecznie musi tego dokonać osobiście, czynność ta jest także możliwa za pośrednictwem członka Parlamentu Europejskiego. Zawsze jednak musi być możliwe określenie tożsamości składającego skargę. Ze skargi musi także wynikać czego dotyczy i co jest jej przedmiotem. Dodatkowym ułatwieniem dla składającego skargę jest zasada, że może być ona sporządzona w dowolnym języku urzędowym Unii Europejskiej. Jest to zatem kolejne rozwiązanie, które podmiotom uprawnionym znacząco ułatwia skorzystanie ze swojego uprawnienia.

Parlamentarzyści, jako reprezentanci swoich obywateli, często otrzymują prośby o interwencję, zarówno w sprawach natury administracyjnej, jak i innych. Nie zawsze ich kompetencje lub możliwości pozwalają na samodzielne załatwienie sprawy, w takich przypadkach zwrócenie się o pomoc do Ombudsmana wydaje się celowe i łatwiejsze. Wskazuje się również, że

²⁵ M. Łuszczuk, *Rzecznik Praw Obywateli Unii Europejskiej*, Warszawa 2000, s. 42.

pośrednictwo posłów związane jest z pomocniczą rolą instytucji Ombudsmana względem Parlamentu²⁶.

Podobnie jak ma to miejsce w postępowaniach sądowych i administracyjnych, tak i w przypadku działań podejmowanych przez ERPO obowiązuje termin, w jakim skarga może zostać złożona. Termin wynosi dwa lata od daty, w której skarżący powziął informacje na temat faktów, które mają bezpośrednie znaczenie dla sprawy i są przedmiotem skargi. Zarówno zasada, jak i określony termin są optymalne oraz wystarczające także do obowiązkowego podjęcia działań wobec administracji, której stawiane są zarzuty. Ponadto zapobiegają nadmiernemu napływowi skarg i niepotrzebnemu spowolnieniu prac Ombudsmana²⁷. Dyskusyjne jest jednak, czy ograniczanie wpływu skarg do instytucji powołanej w celu ich rozpatrywania jest w pełni uzasadnione.

ERPO nie ma obowiązku przyjmowania każdej skargi i podejmowania działań w sytuacjach, w których nie jest kompetentny. Może w związku z powyższym wskazać podmiotowi skarżącemu organ właściwy do jej rozpatrzenia.

Pozycja ERPO nigdy nie była i nie może być silniejsza niż organów sądowniczych. Ombudsman nie ma uprawnień, dzięki którym jego działania wstrzymywałyby lub wpływały na orzeczenia zapadające w sądach.

Sposób działania Ombudsmana nastawiony jest zawsze na pozytywne załatwienie przedmiotu skargi lub dochodzenia i niejako konwalidację niepożądanego stanu faktycznego. Autorytet instytucji sprawia, że już sama świadomość podmiotu, wobec którego wszczynane jest postępowanie lub wniesiona skarga, o takim zdarzeniu powoduje, że problem jest rozwiązywany. Co oczywiste, niewłaściwość postępowania i zaistnienie sytuacji wymagającej naprawy nie zawsze jest uznawane i w pełni dostrzegane przez podmiot, wobec którego wystosowano skargę. ERPO będzie się wówczas starał o doprowadzenie do polubownego załatwienia sprawy pomiędzy stronami. Poszukując w takim wypadku tzw. „przyjacielskiego rozwiązania” (*friendly solution*) pełni niejako rolę mediatora nastawionego na pozytywne załatwienie sprawy²⁸. Jeśli nie będzie to możliwe, kolejnym krokiem podejmowanym przez Ombudsmana jest przesłanie zaleceń dla „oskarżonego”. Zainteresowanie daną sprawą ze strony ERPO i podjęcie działań jest w zasadzie równoznaczne z przyznaniem, że strona skarżąca dotknięta została złym administrowaniem. Nieuznawanie takiego stanu rzeczy przez instytucję, będącą podmiotem skargi lub dochodzenia, i niewdrożenie zaleceń Rzecznika powoduje, że Parlamentowi Euro-

²⁶ E. Popławska, *op. cit.*, s. 37.

²⁷ *Ibidem*, s. 38.

²⁸ Z. Brodecki, *op. cit.*, s. 71.

pejskiemu przedkładane zostaje sprawozdanie opisujące zdarzenie, na którym spoczywa już obowiązek podjęcia dalszego działania²⁹.

Każda skarga złożona do Ombudsmána powinna być poprzedzona próbą podjęcia działań zmierzających do naprawienia sytuacji. Dopiero w braku odpowiedniej reakcji określonego organu, czy instytucji dopuszczalne jest wniesienie skargi. Powyższe zabezpiecza przed niepotrzebnym napływem skarg w sytuacjach, w których możliwe jest rozwiązanie problemu we współpracy z organem, którego działanie zostało uznane przez obywatela za sprzeczne z przepisami prawa i przyjętymi zasadami.

Podsumowanie

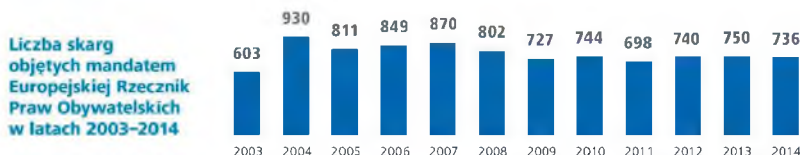
Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich sporządza coroczne sprawozdania ze swojej działalności. W sprawozdaniu za rok 2014 można znaleźć informację o liczbie 2 079 skarg, jakie zostały zarejestrowane przez biuro Ombudsmána. Na tej podstawie dokonano 342 dochodzeń, z czego tylko 17 przeprowadzono z inicjatywy własnej, a aż 325 w oparciu o złożone skargi. Z różnego rodzaju pomocy ERPO skorzystało łącznie 23 072 obywateli.

Wskazane powyżej dane mogą prowadzić do różnorodnych wniosków. Pierwszym, jest relatywnie niska liczba skarg, w stosunku do ponad 508 mln mieszkańców Unii Europejskiej. Może to jednak wynikać zarówno z poprawnego funkcjonowania unijnego systemu administracyjnego, jak i w dalszym ciągu niewielkiego odsetka osób, które mają świadomość, że dochodzenie swoich praw w kwestiach administracyjnych jest możliwe za pośrednictwem europejskiego Ombudsmána. Jak wynika jednak z porównania statystyk z lat 2003–2014, liczba skarg utrzymuje się na mniej więcej podobnym poziomie.

W 2014 r. Polska była źródłem 208 skarg oraz 7 dochodzeń Ombudsmána, w Niemczech wskaźniki te wynosiły 219 skarg i 45 dochodzeń, we Francji 98 i 11, a w Hiszpanii aż 309 i 19. Najmniej skarg (3) i dochodzeń (1) powstało w Estonii³⁰.

²⁹ http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/ombudsman/index_pl.htm [dostęp: 14.04.2016].

³⁰ Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich, Sprawozdanie roczne 2014, s. 20.



Źródło: Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich, *Sprawozdanie roczne 2014*, s. 19.

Na uwagę zasługuje również fakt, że aż 204 dochodzenia przeprowadzone zostały wobec działań Komisji Europejskiej, co stanowiło 59,6% ogółu dochodzeń (przy jedynie 12 dotyczących Parlamentu Europejskiego). Tendencja ta nosi cechy stałości, co powinno zostać uwzględnione zarówno przez Ombudsmiana, jak i samą Komisję³¹. Wyływające stąd wnioski pozwalają stwierdzić, że jest to instytucja bardzo rozbudowana, która wykonuje dużą pracę administracyjną. W związku z powyższym, istnieje także większe ryzyko popełnienia błędów wśród wielu realizowanych zadań. Z drugiej jednak strony, ze względu na pełnioną funkcję, Komisja Europejska powinna dbać o taki sposób administrowania, który będzie budził zaufanie obywateli unijnych.

Utrzymująca się na przestrzeni dekady podobna liczba skarg, przez sceptyków działalności ERPO, ogółem może być interpretowana jako dowód na brak wyników wskazujących na pozytywną zmianę sposobu działania administracji unijnej. Należy mieć jednak na uwadze, że w okresie tym wzrosła zarówno liczba obywateli i mieszkańców unijnych, ale też spraw, w jakie poszczególne urzędy oraz instytucje były zaangażowane. Każda skarga lub dochodzenie prowadzące do poprawy jakości administracji wspólnotowej wpływa pozytywnie nie tylko na sytuację skarżących, ale i wszystkich pozostałych obywateli lub podmiotów, które mogą się z nią również zetknąć.

Pomimo zmian zachodzących w Unii Europejskiej oraz jej instytucjach, konkluzje i plany na działanie ERPO akcentowane są w podobny sposób przez kolejne osoby obejmujące to stanowisko. Niezmiennie aktualne pozostaje główne zadanie Ombudsmiana, jakim jest ochrona obywateli i mieszkań-

³¹ A. Ziółkowska, *op. cit.*, s. 71.

ców unijnych przed złym administrowaniem, przeciwdziałanie arbitralności władzy oraz pewność, że ich prawa są w pełni respektowane przez organy administracji wspólnotowej³². Jest to wypełnianie założeń dotyczących stałej i większej otwartości na jednostki oraz ich uprawnienia, które stanowią podwaliny dzisiejszej Unii Europejskiej.

Abstract

Complain to European Ombudsman

The Article concerning the European Ombudsman, which investigates complaints about maladministration in the institutions and bodies of the European Union. A complaint to the European Ombudsman can be made by a citizen of a Member State of the Union or reside in a Member State, also Businesses, associations or other bodies with a registered office in the Union.

Key words: European Ombudsman, complain, maladministration

Streszczenie

Skarga do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich

Powstanie Instytucji Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich miało być gwarantem ich zachowania. Ombudsman stojąc na straży ochrony obywateli unijnych przed złym administrowaniem i przeciwdziałając arbitralności władzy, daje pewność, że prawa te będą przez organy administracji unijnej respektowane.

Warto zatem, aby działalność Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich została obywatelom unijnym w sposób przystępny przybliżona.

Słowa kluczowe: Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich, prawa obywateli Unii Europejskiej, skarga do Ombudsmana

³² *The European Ombudsman*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2005, s. 239.

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Daniel Karkut

dr, Uniwersytet Wrocławski

**J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar*. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim
[„Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
i Uniwersytetu Wrocławskiego”, Wrocław 2010]**

„Praca naukowa w dziedzinie prawa po prostu nie pozwala na ograniczenie się do jednej tylko gałęzi prawa [...]; dążenie do rozszerzenia zainteresowań naukowych jest w pracy naszej nie tylko usprawiedliwione i pożyteczne, ale wprost niezbędne. Specjalizacja jest nam z pewnością potrzebna, ale dyalektyka tego zjawiska polega na tym, że rzeczywistym specjalistą może być w nauce prawa jedynie ten, kto nie jest [...] tylko specjalistą!” – tę oto refleksję S. Rozmaryna J. Mazurkiewicz przywołuje we wprowadzeniu do swej monografii habilitacyjnej, wyróżnionej – co warto podkreślić – w 2011 r. na konkursie „Państwa i Prawa”. W istocie należy zgodzić się z Autorem, że problematyka ochrony dóbr osobistych zmarłego opiera się na rozległej i różnorodnej normatywnie płaszczyźnie, jednocześnie obejmując pluridyscyplinarne, często-kroć pozaprawne konteksty¹. Dlatego też recenzowana monografia dotyczy problematyki prawa cywilnego, rodzinnego, prawa o aktach stanu cywilnego, karnego, medycznego, autorskiego i praw pokrewnych, prawa prasowego i prawa pracy, handlowego, własności przemysłowej, administracyjnego oraz prawa dóbr kultury. Z pewnością stanowi ona pierwszą w polskim piśmiennictwie prawniczym tak poważną próbę kompleksowego przedstawienia i omówienia problematyki ochrony dóbr osobistych zmarłego na gruncie polskiego porządku prawnego. Choć z powodu ograniczeń wydawniczych poza rozprawą znalazły się opracowane i napisane przez J. Mazurkiewicza studia

¹ Trzeba wyjść od bardzo oczywistej konstatacji, że sama śmierć człowieka może (niekiedy nawet powinna) być rozważana w kontekstach duchowo-emocjonalnych bliskich zmarłemu za jego życia, kontekstach szerszych, czyli społecznych, a co za tym idzie – obyczajowych, etycznych, kulturowych.

oraz artykuły dotyczące ochrony danych osobowych zmarłego, pośmiertnej ochrony dóbr osobistych dawcy komórek, tkanek i narządów, prawa dyscyplinarnego, archiwalnego oraz lustracyjnego, jak również szczegółowe zagadnienia z zakresu prawa administracyjnego, w szczególności nominowania na wyższy stopień wojskowy po śmierci i nadawania zmarłym odznaczeń oraz tytułów.

Rozprawa *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim* składa się z 11 rozdziałów, wstępu, zakończenia i addendy, zawierając bibliografię liczącą 106 stron, która nie obejmuje najmniej kilkuset orzeczeń omówionych czy tylko przywołanych w rozprawie. Rozdział I pełni rolę wprowadzenia do problematyki prawnej ochrony dóbr osobistych zmarłego. W rozdziale drugim Autor podejmuje problematykę pośmiertnej ochrony autorskich dóbr osobistych i wykonywania praw osobistych zmarłego twórcy, a także ochrony *post mortem* tajemnicy powierzonej twórcy, wydawcy lub producentowi. Kolejny rozdział poświęcony jest prawnautorskiej ochronie dóbr osobistych zmarłego adresata korespondencji, będąc w zasadzie kontynuacją rozważań prowadzonych na gruncie prawa autorskiego. Podobnie prawem autorskim J. Mazurkiewicz zajmuje się w rozdziale czwartym, biorąc na warsztat zagadnienie prawnautorskiej ochrony wizerunku zmarłego. Rozdział V dotyczy doniosłego, nie tylko z perspektywy prawa firmowego, lecz także handlowego prawa spółek, zagadnienia umieszczenia nazwiska albo pseudonimu zmarłego w firmie osoby prawnej, zachowania nazwiska zmarłego wspólnika w firmie spółki oraz nazwiska zmarłego w firmie osoby fizycznej. Następny rozdział zawiera rozważania odnoszące się do pośmiertnej ochrony dóbr osobistych pracownika, wynikające z faktu, że pracodawca gromadzi i przechowuje w jednym miejscu informacje dotyczące pracownika nierzadko z okresu kilkunastu, a niekiedy nawet kilkudziesięciu lat, wśród których – jak zauważa Autor – nie brakuje danych newralgicznych z punktu widzenia sfery czci i prywatności. W rozdziale siódmym wysiłek badawczy J. Mazurkiewicza skoncentrowany jest na przedstawieniu i omówieniu zagadnienia pośmiertnej ochrony autorstwa i innych dóbr osobistych twórcy wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego, topografii układu scalonego oraz projektu racjonalizatorskiego. Z kolei w późniejszym rozdziale Autor analizuje problematykę umieszczania i zachowywania w znakach towarowych nazwisk zmarłych, która zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie wywołuje więcej kontrowersji niż wykorzystywanie nazwisk zmarłych w firmach, mające miejsce rzadziej. Rozdział IX jest miejscem dla rozważań ogniskujących się wokół kwestii ochrony dóbr osobistych zmarłego, związanych z pogrzebem, pochowaniem zwłok oraz grobem. Wskazane dobra osobiste aktualizują się czy też urzeczywistniają dopiero po śmierci człowieka, z tego też względu mogą one

przybierać postać wyłącznie dóbr pośmiertnych. Rozdział X naświetla zarys problematyki uprawnienia do dochodzenia ochrony dóbr osobistych zmarłego oraz do wykonywania praw osobistych *post mortem*. Jedenasty – ostatni rozdział recenzowanej monografii, J. Mazurkiewicz poświęca ochronie nazwiska i wizerunku Fryderyka Chopina.

Fundamentem, na którym opiera się monografia J. Mazurkiewicza i – można by rzec – integralnym, wręcz podstawowym elementem jej koncepcji jest odosobniony w polskiej nauce prawa pogląd, czy też przeświadczenie, że dobra osobiste człowieka nie gasną z chwilą jego śmierci², stanowiący przeciwwagę dla prawie powszechnie wyrażanego w polskiej literaturze cywilistycznej przekonania o wygasaniu dóbr osobistych człowieka z chwilą jego śmierci, będącego w istocie przejawem poglądu, że prawa bez podmiotu istnieć nie mogą, co za tym idzie – nie mogą istnieć prawa do dóbr podmiotu, który już nie istnieje (przestał istnieć). Autor, podejmując już we wprowadzeniu do problematyki swojej rozprawy polemikę z pojmowaniem wygasania dóbr osobistych człowieka z chwilą jego śmierci, słusznie wskazuje na to, że w tej samej literaturze cywilistycznej, a także orzecznictwie nie tylko Sądu Najwyższego, nie kwestionując powyższej tezy – za możliwą, a nawet konieczną uznawano ochronę wielu dóbr osobistych, które w mniejszym lub większym stopniu bezpośrednio wiążą się z osobą już zmarłą. Świadczy to o pewnej niekonsekwencji niedostrzeganej przez przytłaczającą większość polskich badaczy prawa opowiadających się za wygasalnością dóbr osobistych człowieka z chwilą jego śmierci. Jest to niekonsekwencja o tyle poważna, że prowadzi do ontologicznego pytania, co podlega ochronie przez obowiązujące prawo po śmierci człowieka, jeżeli przysługujące jemu za życia dobra osobiste już nie istnieją? Nie wydaje się przy tym przekonujące – jak pisze J. Mazurkiewicz – „wtłaczanie pośmiertnej ochrony w gorset ochrony dobra osobistego żywych”, jakim bezspornie jest kult pamięci o zmarłych, zważywszy na potencjalną i możliwą przecież do wystąpienia sytuację, gdy brak jest osób, które żywią kult pamięci o zmarłym, w szczególności wówczas, kiedy zmarły w chwili śmierci nie miał żadnych żyjących krewnych.

Znamienne w kontekście rozważanej przez J. Mazurkiewicza problematyki pośmiertnego statusu dóbr osobistych człowieka jest to, że proponuje on, aby odpowiedniego – dla wykonywania i ochrony dóbr oraz praw osobistych *post mortem* instrumentarium – szukać poza traktowaną przez prawników

² Konstatacja, że dobra osobiste człowieka nie gasną z chwilą jego śmierci, nie prowadzi do konkluzji, że wszystkie dobra osobiste człowieka wciąż istnieją po jego śmierci. W odniesieniu do niektórych dóbr osobistych ich dalsze (po śmierci człowieka) istnienie jest po prostu niemożliwe z natury rzeczy, nie z uwagi na okoliczności dotyczące sytuacji pośmiertnej; tytułem przykładu takich dóbr J. Mazurkiewicz podaje życie i zdrowie człowieka.

z estymą konstrukcją praw podmiotowych, w istocie dzieląc wcześniej przedstawioną przez B. Gawlika³ koncepcję instytucjonalnej ochrony dóbr osobistych człowieka. Wspomniana koncepcja zbędną czyni potrzebę sięgania przy wykonywaniu i ochronie dóbr oraz praw osobistych *post mortem* po konstrukcję praw podmiotowych, która zaczęła być przez przeważającą część prawników postrzegana już nie tylko jako intelektualny koncept, lecz także, czy przede wszystkim rzeczywiste zjawisko. Takie postrzeganie nie może być jednak bardziej mylące, bo prawa podmiotowe w ogóle (*in abstracto*), podobnie jak dobra osobiste w ogóle, nie istnieją nigdzie indziej (w sensie: w rzeczywistości), niż w sferze intelektualnych (doktrynalnych), lepiej lub gorzej uzasadnionych konceptów; możemy jedynie mówić o konkretnych prawach czy też dobrach osobistych, których powstanie, istnienie (ewentualne ustanie) nie jest wcale wynikiem działania ustawodawcy⁴. Ważniejsze jest jednak to, że to właśnie konstrukcja praw podmiotowych, wyrastająca z przeświadczenia o tym, że nie mogą istnieć prawa bez podmiotu, skłania przytłaczającą większość badaczy prawa cywilnego do przyjmowania tezy o wygasaniu dóbr i praw osobistych człowieka z chwilą jego śmierci.

Autor, podważając potrzebę wykorzystywania konstrukcji praw podmiotowych w odniesieniu do wykonywania i ochrony praw oraz dóbr osobistych *post mortem*, nie namawia do rezygnacji z posługiwania się tą prawniczą konstrukcją, dostrzegając jej niewątpliwe wartości. Ale dla wykazania bezspornych asocjacji zachodzących pomiędzy prawami i dobrami osobistymi zmarłego a konstrukcją praw podmiotowych, jak również w celu stonowania obiekcji zwolenników definitywności więzi podmiotu i prawa podmiotowego w obliczu śmierci, J. Mazurkiewicz prawa osobiste *post mortem* nazywa odpodmiotowanymi. Jakkolwiek jednak te prawa nazwiemy, nie zmienimy oczywistego faktu, że są to po prostu prawa, tak jak dobra osobiste przykładowo wymienione w art. 23 Kodeksu cywilnego⁵ (jak i inne dobra) są po prostu dobrami. Nadto kwestia tego, komu prawa i dobra przysługują wydaje się mieć drugorzędne znaczenie w stosunku do treści konkretnego prawa (i dobra?).

Nieprzecenionym walorem warsztatu badawczego, zaprezentowanego przez J. Mazurkiewicza w monografii *Non omnis moriar. Ochrona dóbr oso-*

³ Zob. B. Gawlik, *Ochrona dóbr osobistych. Sens i nonsens koncepcji tzw. praw podmiotowych osobistych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1985, z. 41, s. 138.

⁴ Gdyby prawo powszechnie obowiązujące w żadnym miejscu nie odnosiło swej regulacji do dóbr osobistych, to i tak – jak wskazuje J. Mazurkiewicz – zasadniczy zrab tych dóbr można byłoby z łatwością, mniej lub bardziej ustalić.

⁵ Tekst jednolity Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.

bistych zmarłego w prawie polskim, jest skutecznie – moim zdaniem – przeprowadzona próba obalenia pewnych mitów czy stereotypów utrwalonych wśród badaczy prawa (i prawników w ogóle), będących niekiedy źródłem niedorzeczności i niekonsekwencji pojawiających się w intelektualnych wywodach. Autor, nie tylko zresztą na łamach recenzowanej monografii, ujawnia (żeby nie powiedzieć: demaskuje) silne przywiązanie prawników do zastanych i funkcjonujących od wielu dziesięcioleci konstrukcji i doktrynalnych (czasami tylko doktrynalnych) koncepcji, które – jak określone zostało w rozprawie – wprowadzają ich nierzadko w zakłopotanie, na przykład w kontekście wyżej zarysowanej problematyki pośmiertnej egzystencji praw i dóbr osobistych człowieka. Trzeba także odnotować to, że recenzowana rozprawa ma również praktyczny wymiar, zaś jej Autor – podejmując badawczy trud – stara się rozstrzygać też problemy praktyczne, jak chociażby poddając pod rozagę rozwiązanie prawne przewidujące możliwość powoływania kuratora dla strzeżenia dóbr osobistych pozostałych po zmarłym w sytuacji, gdy brak jest osób mogących zapewnić ich wykonywanie oraz ochronę *post mortem* lub też osoby uprawnione wykonują swe uprawnienia nienależycie, bądź też wcale ich nie wykonują.

Mając na względzie merytoryczną zawartość recenzowanej monografii, jak i fakt, że stanowi ona bardzo obszerne studium obejmujące – jak sam Autor zaznacza – znaczącą część rozważanej problematyki, zaskakiwać może, że do tychczas nikt nie dokonał jej oceny w drodze publikowanej recenzji, chociaż od opublikowania tej rozprawy w ramach Biblioteki Cyfrowej Uniwersytetu Wrocławskiego upłynęło już 6 lat.

Iwona Moryc

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**R. Strugała, Standardowe klauzule umowne adaptacyjne,
salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz *pactum de forma*
[Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013]**

Problematyka sporządzania umów cywilnoprawnych jest przedmiotem rosnącej wciąż liczby publikacji, z uwagi na powszechne zawieranie umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym, lub na gruncie krajowym pomiędzy przedsiębiorcami oraz z udziałem konsumentów. Zagadnienie konstruowania umów, w tym klauzul umownych, jest szczególnie istotne dla osób zawodowo trudniących się ich pisanie – dla notariuszy, adwokatów czy radców prawnych, ale również sędziów orzekających w wydziałach cywilnych i gospodarczych.

W procesie konstruowania umowy niezbędnym jest posiadanie wiedzy na temat klauzul umownych, czyli „kontraktowych przepisów”, jednostek redakcyjnych umowy, stanowiących o prawach lub obowiązkach stron.

Tematyce klauzul umownych poświęcił swoją monografię Radosław Strugała.

Podkreślenia wymaga fakt, że dostępne na rynku pozycje książkowe nie mają zazwyczaj charakteru kompleksowego i poświęcone są zazwyczaj wybranym elementom prawa zobowiązań, w tym np. konkretnym umowom (choćby sprzedaży, darowizny czy leasingu), w których zwraca się uwagę na konkretne klauzule umowne zawarte w danym rodzaju umowy. W tym względzie, recenzowana monografia jest niezwykle cenna, albowiem stanowi źródło ogólnych założeń przydatnych przy sporządzaniu różnych umów cywilnoprawnych. Nie jest to oczywiście jedyna tego typu książka dostępna na rynku publikacji naukowych, należy wspomnieć tu monografiach Marleny Pecyny pt. „Merger Clause jako zastrzeżenie wyłączności dokumentu, klauzula integralności umowy, reguła wykładni umowy” oraz autorstwa dr Iwony Karasek-Wojciechowicz pt. „Roszczenie o wykonanie zobowiązania z umowy zgodnie z jego treścią”, do których odniosę się w dalszej części recenzji.

Zgodnie z przyjętymi przez autora recenzowanej publikacji założeniami, zamierzonym celem pracy było wyjaśnienie wątpliwości związanych z zastosowaniem wybranych i opisanych przez autora klauzul umownych – klauzul adaptacyjnych, salwatoryjnych, integralności oraz interpretacyjnych.

Autor w dwóch pierwszych rozdziałach (rozdział I – „Cele oraz podstawowe założenia pracy”, rozdział II – „Ustalenie znaczenia prawnego klauzul umownych”) omawiających podstawowych założeń pracy oraz znaczenia prawnego klauzul umownych, omawia normatywne aspekty umowy oraz jej wykładni. Wskazać należy, że autor zajmuje się funkcjami semiotycznymi wypowiedzi i określeniem ich znaczenia w procesie stosowania prawa.

Właściwa część pracy zaczyna się od rozdziału III, pt. „Obowiązek renegecji umowy i skutki jej niewykonania”. Autor w pierwszej kolejności, prezentuje zagadnienia dotyczące umowy o negocjacje, a w tym – sposób dochodzenia roszczeń w oparciu o art. 72 § 2 k.c. W tym zakresie, stanowczo kwestionowane zostały możliwości dochodzenia roszczeń w granicach tzw. pozytywnego interesu umownego, określając odpowiedzialność za szkodę w kwestii tzw. ujemnego interesu umownego, to znaczy określając rozmiar szkody poprzez porównanie stanu majątku, wskutek wdania się w proces negocjacji ze stanem, jaki byłby gdyby strony nie podjęły się kontraktowania. Następnie dokonując wykładni art. 357¹ k.c., autor analizuje przypadki wytoczenia powództwa w oparciu o podany przepis. Dotyka też istotnego problemu, jakim jest możliwość retrospektywności prawa cywilnego oraz ingerencji sądu w zmianę stosunku zobowiązaniowego.

Rozdział IV poświęcony został klauzutom adaptacyjnym, do których autor zalicza klauzule renegecyjne, zobowiązujące do zawarcia umowy zmieniającej oraz modyfikacyjne. Scharakteryzowany został również wpływ umownych klauzul adaptacyjnych na stosowanie klauzul *rebus sic stantibus*. Kolejnym opisanym zagadnieniem w rozdziale V są klauzule salwatoryjne. W niniejszym rozdziale autor dokonuje analizy prawnoporównawczej klauzul salwatoryjnych w systemie *common law* oraz systemach kontynentalnych. Wątki historyczne i źródłowe mają istotne znaczenie dla zawierania umów międzynarodowych, gdzie partnerami umowy, w tym umów i arbitraży, są przedstawiciele państw reprezentujących różne systemy prawne. Opisuując znaczenie dowodowe klauzul salwatoryjnych autor stawia jednoznaczną tezę, że w związku z brzmieniem 58 § 3 k.c., pomimo nieważności poszczególnych postanowień umowy, sąd co do zasady stwierdza, że pozostaje ona ważna we wskazanym zakresie. Jeżeli strona twierdzi, że nieważność częściowa umowy pociąga za sobą nieważność całej umowy to na niej spoczywa ciężar wykazania, że nieważne postanowienia byłyby tak istotne, że strony w ogóle nie zawarłyby umowy.

W niniejszej monografii, autor nie dokonuje szczegółowej analizy klauzuli *rebus sic stantibus*. Opis zagadnienia sprowadza się do ogólnej charakterystyki, postaci oraz relacji pomiędzy zastrzeganiem klauzul adaptacyjnych a stosowaniem klauzuli *rebus sic stantibus*.

Rozdział VI autor poświęca klauzuli integralności tzw. *merger clause*, w którym ogólnie charakteryzuje pojęcie, porównuje zakres zastosowania *merger clause* w systemie *common law* oraz systemie kontynentalnym. Prezentuje również klauzule integralności jako oświadczenia woli, stanowiące dowód zupełności dokumentu, a także podkreśla jej znaczenie dowodowe.

Ostatnią część publikacji autor poświęca klauzulom interpretacyjnym, zwracając szczególną uwagę na ich znaczenie przy konstruowaniu umów. Jak podaje, prawnicy częściej koncentrują się na prawach i obowiązkach stron, a preambuła oraz definicje zawarte w umowie, mają w razie sporu pomiędzy stronami, szczególne znaczenie dla interpretacji tekstu umowy.

W mojej ocenie, prezentowane przez autora ww. kwestie, o ile stanowią zbiór cennych zagadnień z dziedziny prawoznawstwa, pozbawione są wymiaru praktycznego. Natomiast, dokonana przez autora analiza art. 353¹ k.c. nie odbiega w swojej treści od dostępnej w komentarzach i opracowaniach wykładni niniejszego przepisu.

Zaletą publikacji jest kompleksowe uregulowanie zagadnień dotyczących klauzul umownych oraz dokonanie przez autora zbiorczej analizy znaczenia klauzul umownych w umowach cywilnoprawnych. Autor wprowadzie prezentuje różne stanowiska doktryny związane ze stosowaniem klauzul umownych, często nie określając własnego stanowiska w sprawie, jednak czytelnikowi pozwala to na swobodne przyjęcie indywidualnego poglądu w sprawie.

W publikacji brakuje jednak przykładów zastosowania wybranych klauzul umownych, co ma istotne znaczenia dla wyboru jej przez praktyków prawa. Z drugiej strony, autor koncentruje się na źródłach prawa, oceniając zastosowanie i znaczenie klauzul w kontekście systemu *common law* oraz systemu kontynentalnego. Należy również podkreślić, że merytoryczne podejście autora do problemu klauzul umownych, w mojej ocenie powoduje, że publikacja może stanowić cenne źródło wiedzy dla pracowników naukowych trudniących się tematyką zobowiązań.

Łukasz Mirocha

dr, adwokat

**M.C. Nussbaum, Nie dla zysku. Dlaczego demokracja
potrzebuje humanistów**

**[przeł. Ł. Pawłowski, wyd. Fundacja Kultura Liberalna,
Warszawa 2016]**

Wydana na początku 2016 r. w języku polskim książkę Marthy C. Nussbaum, pt. *Nie dla zysku. Dlaczego demokracja potrzebuje humanistów*, otwiera pesymistyczna diagnoza stanu współczesnej edukacji. Na pierwszych stronach pracy amerykańska filozof prawa buduje alegorię nowotworu, jakim dla współczesnej demokracji ma się okazać zaniedbywanie i rezygnacja z prowadzenia edukacji liberalnej, czyli – w rozumieniu autorki – związanej z ideałem sztuk wyzwolonych.

Książka spotkała się z zasadniczo dobrym przyjęciem¹. Nie sposób odmówić autorce trafności spostrzeżeń na płaszczyźnie diagnostycznej i oryginalności w konstruowaniu argumentów – popieranych nie tylko ilustracjami zaczerpniętymi z życia akademickiego czy poglądami znaczących w tej dziedzinie wiedzy twórców, ale również dokonaniem współczesnej psychologii. Remedium na opisane przez Marthę Nussbaum dolegliwości współczesnej edukacji wydaje się być wyłożone w klarowny i przekonujący sposób. Ma nim być wprowadzenie lub utrzymanie, na wszystkich szczeblach edukacji, nauczania zorientowanego na wyobraźnię i kreatywność (przedmioty artystyczne, literatura), empatię, otwartość, tolerancję (przedmioty historyczne i geografia skoncentrowane na ukazywaniu równości i akceptacji różnic między narodami, grupami etnicznymi, klasami społecznymi, płciami), umiejętność argumentacji (logika, filozofia). Modelowi „edukacji dla zysku”, w toku której zrezygnowano z sugerowanych przez nią rozwiązań, koncentrując się na aspektach pragmatycznych, filozofka przeciwstawia model „edukacji dla

¹ Por. recenzje na stronie internetowej wydawcy: <http://kulturaliberalna.pl/2016/01/26/nie-dla-zysku-dlaczego-demokracja-potrzebuje-humanistow/> [dostęp: 06.08.2016].

demokracji”, opartej na sokratejskim modelu dociekań. Triumf pierwszego z modeli, oznaczający dominację technicystycznego modelu edukacji, zdaniem autorki będzie stanowił istotne zagrożenie dla współczesnej demokracji, pozbawiając obywateli umiejętności krytycznego myślenia.

Propozycja Nussbaum nie jest jednak, w mojej ocenie, pozbawiona wad.

Zaczniemy od oryginalności pomysłu skonfrontowania dwóch modeli edukacji. Z jednej strony technicystycznego, pragmatycznego i raczej odpowiadającego ideałowi naturalizmu naukowego, z modelem humanistycznym, idealistycznym i odwołującym się raczej do antynaturalizmu². Kontrowersja między tak zarysowanymi optykami kształcenia nie jest zjawiskiem nowym, czego autorka promująca ideę sokratejskich dociekań, na pewno jest świadoma. Chociażby w platońskiej *Obronie Sokratesa*, mistrz autora przeciwstawiany jest sofistom nauczającym dla zysku i z zamiarem, by ich nauki przyniosły wymierne korzyści uczniom. Współczesną ilustracją tej kontrowersji, na gruncie nauki amerykańskiej, może być przeciwstawianie szkół *law and economics* i *law and literature*³. Polskiej nauce prawa wskazany spór nie jest obcy, co najmniej od dwudziestolecia międzywojennego⁴, kryzys edukacji prawniczej jest szeroko komentowany⁵. Jeśli zgodnie z intencją autorki potraktować książkę jako manifest, brak oryginalności nie jest wadą dyskwalifikującą, bowiem aspekt poznawczy został umieszczony na drugim planie względem perswazyjnego. Recenzowana książka ma zaś przekonać czytelnika nie tylko o konieczności funkcjonowania kursów sztuk wyzwolonych w ramach edukacji publicznej, o czym autorka pisze wprost, ale także o słuszności preferowanego przez nią modelu demokracji i obywatelstwa. Dalsze uwagi dotyczą właśnie tego aspektu rozważań zawartych w *Nie dla zysku* i pomimo krytycznej wymowy nie mogą umniejszyć wagi tejże pracy.

M. Nussbaum posługuje się pojęciem demokracji, jako pożądanego przez nią ideału, nie precyzując co kryje się pod tym pojęciem. Ze wskazówek zawartych w pracy łatwo jednak odtworzyć rozumienie demokracji preferowane przez autorkę. Jak się okazuje ma ono niewiele wspólnego ze słownikowym znaczeniem tego terminu, zbliża się zaś do przesłania filozofii politycznej liberalizmu.

² W celu uzyskania pełnego obrazu dyskusji na temat modeli edukacji, do wskazanych dystryktów warto byłoby dodać podział na edukację republikańską, tj. promującą model obywatelstwa zaangażowanego i liberalną, nie w znaczeniu odwołującą się do *artes liberales*, lecz stanowiącą przeciwieństwo edukacji republikańskiej, por. Ł. Mirocha, *Trzy modele obywatelstwa a edukacja publiczna*, „Studia Iuridica Toruniensia”, t. XIX (2016).

³ Por. Ł. Mirocha, *Law and literature jako niedoceniony nurt jurysprudencji*, „Societas et Ius”, 1/2013 (2), s. 82–97.

⁴ Por. J. Srokosz, *Między humanizmem a technicyzmem. Spór o model nauczania prawa w polskim dyskursie prawniczym*, „Jurysprudencja”, 3/2014, Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych, s. 45–60.

⁵ Por. artykuły zebrane w: „Prawo i Więź”, 2(4), lato 2013.

Demokracja ze stronniczo recenzowanej pracy to synonim skrajnego egalitaryzmu społecznego, raczej bezkrytycznej otwartości na odmienną, egzaltacji różnorodnością, zerwania z tradycją. Tradycja przy tym, za każdym razem, pojawia się w książce w negatywnej konotacji, co jest oczywiście uprawnione w odniesieniu do indyjskiego systemu kastowego, o którym pisze Nussbaum, czy polityki segregacji w USA. Autorka zapomina jednak, że przypadki te nie wyczerpują bogactwa desygnatów pojęcia „tradycja”, zaś tradycje mogą być także znakomitym wsparciem dla demokracji (w jej zwyczajnym znaczeniu), co ilustruje chociażby przykład roli kościoła katolickiego w obaleniu komunizmu w Polsce, czy z pewnością bliższy amerykańskiej autorce przykład religijnej argumentacji M.L. Kinga na rzecz zniesienia segregacji. Niestety w pracy brakuje tego rodzaju wartościowania i to nie tylko w odniesieniu do terminu tradycja, ale też np. w stosunku do pojęcia autorytetu. Można przez to odnieść wrażenie, że książka jest jednostronna, zaś autorka – co paradoksalne — konstruktywny potencjał dostrzega jedynie w sprzeciwie i kontestacji (którego wyuczeniu ma służyć edukacja sokratejska)⁶.

Warto zauważyć, że przedstawiciele prądów intelektualnych, w opozycji do których pisana jest książka – technicyzmu czy utylitaryzmu – również zapominali o oczywistej prawdzie, że tradycje czy autorytety mogą odgrywać zarówno pozytywną, jak i destruktywną rolę społeczną. Doszukując się związków propozycji Nussbaum z nurtami, które potępia, trzeba wreszcie postawić pytanie, czy nie jest tak, że pozbawiony wartościowania opór wobec tradycji, sprzeciw względem zastanych wartości i idący za nimi indywidualizm (stanowiące część recepty Nussbaum), nie są po części odpowiedzialne właśnie za narodziny technicystycznego społeczeństwa i próby odwołania się do zysku czy pieniądza, jako uniwersalnego narzecza?⁷ Wobec faktu, że inne „języki”, w tym substancjalnie pojmowana moralność, stały się w spluralizowanych i indywidualistycznych społeczeństwach niezrozumiałe, lukę po tym narzędziu komunikacji wypełnił krytykowany przez Amerykankę kult zysku czy konsumpcjonizm. W propozycji filozofki drzemie zatem ryzyko błędnego koła.

Mając powyższe na uwadze, nasuwającym się oczywiście pytaniem jest to, czy recepta wystawiona przez autorkę jest trafna? Być może właściwszą

⁶ Jako ciekawostkę można podać, że A. MacIntyre piszący w zdecydowanej opozycji do liberalizmu, zbieżnie z M. Nussbaum, w jednym z wywiadów na pytanie o to, czy nauczanie w szkołach filozofii ma pomóc uczniom w życiu codziennym odpowiedział, że powinno raczej uczyć sprzeciwu wobec otaczającego świata i niedostosowania, niezbędnego do jego zmiany, za: A. Chmielewski, *Wprowadzenie*, [w:] A. MacIntyre, *Krótką historia etyki. Historia filozofii moralności od czasów Homera do XX wieku*, Warszawa 1995, s. 10. Wydaje się jednak, że MacIntyre i Nussbaum zdecydowanie różniliby się w zakresie tego przeciwko czemu sprzeciw ma być wymierzony.

⁷ Por. M. Sandel, *Czego nie można kupić za pieniądze: moralne granice rynku*, Warszawa 2012.

odповідzią na problemy związane z – posługując się sformułowaniem J. Habermasa – *kolonizowaniem* współczesnych społeczeństw przez technicyzm, kult zysku, instrumentalne postrzeganie edukacji, jest edukacja moralna, w ramach której moralność oznaczałaby coś więcej niż empatię? Amerykanka z pewnością postrzega tę sprawę inaczej, bliski jest jej kosmopolityczny ideał „obywateli świata”, który – abstrahując już od niezrozumiałego, poza państwowego zastosowania terminu obywatel – wiąże się raczej z rozrzedzoną (w rozumieniu Michaela Walzera⁸) wizją moralności.

Przechodząc do konkluzji stwierdzić trzeba, że diagnoza Nussbaum zawarta w recenzowanej pracy jest raczej trafna, acz pozbawiona oryginalności. Istotnie nastawienie edukacji na zysk, wymuszające ograniczenie programów nauk humanistycznych, może być zagrożeniem dla demokracji – „takie będą Rzeczypospolite jak ich młodzieży chowanie”. W swojej pracy Nussbaum dopuszcza się jednak uproszczeń, np. utożsamiając demokrację z jej liberalną wersją, czy traktując każdą tradycję jak wroga ludzkiego dobrobytu. Tym samym autorka, podkreślając wagę różnorodności i równości, dezawuuje znaczenie innych niż liberalna (choćby takich jak republikanizm), perspektyw na organizację społeczeństwa. Uczciwość wymaga jednak uznania i docenienia faktu, że autorka podkreśla wagę obywatelskiego zaangażowania, co znajduje podstawy w myśli republikańskiej. Ponadto pewnej pożądanej korekty Amerykanka dokonuje w postwowie do książki. Dostrzega tam wreszcie związek przedmiotów humanistycznych z tożsamością narodową odwiedzaną przez nią państw i być może zdaje sobie sprawę z tego, że pewniejszą niż kontestacja podstawą dla etosu obywatelskiego jest poczucie więzi. Za jego wykształcenie powinna oczywiście odpowiadać edukacja publiczna.

⁸ Por. M. Walzer, *Moralne maksimum, moralne minimum*, Warszawa 2012.

Anna Ibek

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej
„Analiza śledcza”
Uniwersytet Opolski, Wydział Prawa i Administracji,
13–14 październik 2016 r.**

Od kilku lat w polskim środowisku prawniczym wzrasta zainteresowanie nowymi metodami oraz narzędziami pomocnymi dla organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości w opracowywaniu – mówiąc najogólniej i nie do końca ściśle – materiału dowodowego zgromadzonego w danej sprawie karnej. Mówi się nawet o potrzebie odmiennego, niż do tej pory, spojrzenia z płaszczyzny metodologiczno-logicznej na procesy poznawcze przebiegające w umysłach decydentów procesowych. Perspektywa ta rozbudowywana jest ponadto zainteresowaniem sztuczną inteligencją dla celów wykrywczych i dowodowych. Właśnie owej problematyce, koncentrującej się wokół tzw. analizy śledczej, poświęcona była dwudniowa Ogólnopolska Konferencja Naukowa zorganizowana przez Pracownię Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego. Należy dodać, że była to jedna z pierwszych w Polsce ważnych debat o nowoczesnym podejściu do analizy materiału dowodowego i kwestiach pokrewnych.

Spotkanie utrzymane było w charakterze typowo konferencyjnym, a obrady odbywały się w trzech sesjach merytorycznych. Przewodniczącym Rady Naukowej Konferencji był prof. zw. dr hab. Janusz Czelakowski, Kierownik Katedry Algebry i Logiki w Instytucie Matematyki i Informatyki Uniwersytetu Opolskiego. Uczestnicy reprezentowali między innymi następujące ośrodki badawcze i instytucje: Prokuratura Okręgowa, Prokuratura Regionalna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Najwyższa Izba Kontroli, Politechnika Śląska, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Uniwersytet Śląski, Komenda Główna Policji, Uniwersytet Jagielloński,

Śląska Komenda Wojewódzka Policji, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Wyższa Szkoła Finansów i Prawa w Białymstoku-Białej, Akademia Górniczo-Hutnicza im. S. Staszica, Uniwersytet Opolski. Uczestnicy konferencji mieli możliwość wzięcia udziału w edukacyjnych warsztatach zorganizowanych w dniu 15. października br., niejako w ramach „trzeciego” dnia spotkania. Zajęcia dotyczyły współczesnych metod analizy materiału dowodowego, w tym kwestii psychologicznych i metodologicznych budowy argumentów dowodowych, sieci wnioskowań oraz ich użyteczności dla wymiaru sprawiedliwości.

Otwarcia konferencji dokonał Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego, prof. UO Piotr Stec, który podkreślił rolę oraz znaczenie analizy śledczej w praktyce prawniczej, a także zwrócił uwagę na jej interdyscyplinarny charakter, angażujący dorobek wielu dziedzin wiedzy, takich jak informatyka, logika, proces karny czy psychologia. Następnie początek pierwszej sesji, której przewodniczył prof. zw. dr hab. Janusz Czelakowski, rozpoczął prokurator Krzysztof Wójcik z Prokuratury Okręgowej w Krakowie, który omówił problematykę informatyzacji narzędzi służących analizie śledczej, zaznaczając przy tym, że tego typu wsparcie zapewne byłby niezwykle użyteczne w pracy prokuratora. Kolejne wystąpienie koncentrowało się na szeroko rozumianych cyberprzestępstwach. Dr Krystian Mączka z Politechniki Śląskiej i Wyższej Szkoły Biznesu w Dąbrowie Górniczej, wskazał na wyzwania w ściganiu przestępczości komputerowej, dotyczące zarówno kwestii technicznych, jak i merytorycznych. Obecnie, według prelegenta, organy ścigania traktują obszar badań z zakresu informatyki śledczej z lekką niefrasobliwością, wynikającą zapewne ze stosunkowo słabego przygotowania w tym przedmiocie. Kolejne wystąpienie poświęcone było sposobom tworzenia i porównywania scenariuszy przestępstwa, w myśl założeń tzw. narracyjnego modelu śledztwa, a wygłosiła je pisząca te słowa. Referatem zamykającym pierwszą sesję, była prelekcja prof. UO Jerzego Koniecznego o analizie śledczej jako czynności wiedzotwórczej. Kierownik Pracowni Kryminalistyki Uniwersytetu Opolskiego, wykorzystując klasyczny model wiedzy, opisał procedurę analizy materiału dowodowego. Istotnie zauważył, że celowym jest angażowanie pojęć z zakresu teorii prawdopodobieństwa i twierdzenia Bayesa do oszacowania pewności wniosków dotyczących ustaleń faktycznych.

Kolejną sesję, pod przewodnictwem dr. hab. Piotra Chlebowicza z Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, rozpoczął referat dr. hab. Marka Leśniaka reprezentującego Uniwersytet Śląski. Prelegent omówił psychologiczne kwestie warunkujące decyzje podmiotów prowadzących czynności śledcze. Zauważył, że celowym byłoby określanie pracy śledczych w aspekcie tworze-

nia obrazu przestępstwa. Ponadto, wskazał na najczęstsze błędy poznawcze pojawiające się w procesie rozwiązywania danej zagadki kryminalnej, np.: efekt potwierdzenia, efekt autorytetu czy efekt ślepej plamki. Zaprezentował także, kilka interesujących modeli opisujących sposób podejmowania rozstrzygnięć przez decydentów procesowych.

Następnie, pozostając w perspektywie psychologicznej, przedstawicielka Komendy Głównej Policji, mgr Justyna Poznańska scharakteryzowała myślową analizę miejsca dokonania przestępstwa wykonywaną przez profilerów kryminalnych. Potwierdziła znaną (choć kontrowersyjną) zasadę, że brak śladu jest również śladem, a osoby uczestniczące w oględzinach miejsca zdarzenia przez sam fakt ich obecności, modyfikują dany fragment rzeczywistości. Słusznie zaznaczyła, że podział przestępców, ze względu na ich *modus operandi*, na zorganizowanych i niezorganizowanych, jest nieco przestarzały i nieadekwatny. Kolejny referat obejmował problematykę ekspertyzy genetycznej. Dr Wojciech Branicki, reprezentujący Uniwersytet Jagielloński i Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji, zajął się problemem ilości danych i złożoności analizy bioinformatycznej. Przedstawił nowoczesne rozwiązania naukowo-techniczne umożliwiające precyzyjniejsze badania materiału biologicznego. Odniósł się także, do najnowszych osiągnięć z zakresu wskazywania cech anatomicznych na podstawie analizy kodu DNA, zaznaczając przy tym znaczący wkład polskiego zespołu badawczego dla określania stopnia pigmentacji skóry osoby, której materiał biologiczny jest badany. Ostatnim referatem zamykającym obrady pierwszego dnia konferencji, była prelekcja mgr. Artura Kubackiego ze Śląskiej Komendy Wojewódzkiej Policji, na temat roli analizy geoprzestrzennej w dostarczaniu informacji w śledztwie. Interesującym wnioskiem, będącym bez mała odkryciem poznawczym, było stwierdzenie, że ten rodzaj analizy, już w latach 30. ubiegłego wieku, zapoczątkował Komendant Główny Policji Województwa Śląskiego – insp. Józef Żółtaszek, wypracowując model takiego procedowania.

Trzeciej części konferencji przewodniczył prof. UO Jerzy Konieczny. Rozpoczął ją referat mgr. Krzysztofa Muchy z Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, o analizie informacji w zwalczaniu przestępczości na rynku finansowym. Prelegent omówił aspekty dowodowe i procesowe związane z tego rodzaju nielegalnymi procederami, wskazując na brak określonej standaryzacji prowadzenia tego typu postępowań. Następnie, dr hab. Piotr Chlebowicz z Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, z perspektywy praktyki ustosunkował się do kwestii funkcjonowania strategicznej analizy kryminalnej. Z dezaprobatą odniósł się do praktycznego braku prowadzenia tego typu analiz przez organy ścigania, wyjaśniając to zjawisko m.in. poprzez koncentrację na

doraźnych sukcesach w neutralizacji zagrożeń, a także poprzez niezaangażowanie relacji kosztów do efektywności działań predykcyjnych. Podobnie jak poprzednia, wymiar nieco pesymistyczny miała prelekcja dr. Ryszarda Bełdzikowskiego z Wyższej Szkoły Finansów i Prawa w Bielsku-Białej, o aspektach prawnych i kryminalistycznych w sferze uprawnień kontrolnych oraz analitycznych administracji skarbowej. Mówca wskazał na trudności związane ze zwalczaniem oszustw i wyłudzeń w zakresie podatku od towarów i usług, a także przedstawił dane dotyczące skali tego zjawiska, jak również odnotował społeczne bezpośrednie i pośrednie skutki tego rodzaju działalności. Następnym referat zaprezentował mgr inż. Kamil Piętak, reprezentujący Akademię Górniczo-Hutniczą im. S. Staszica. Przedstawił narzędzie informatyczne *Santree* służące do wspomagania procesu budowy drzew argumentacji. Projekt jest rezultatem prowadzonych badań w Laboratorium Informatyki Śledczej. Według prelegenta może pełnić służebną rolę w pracy decydentów procesowych, w tym zwłaszcza w pracy prokuratora. Podstawą koncepcyjną tego oprogramowania jest teoria dowodowa J.H. Wigmore'a, wypracowująca tzw. metodę wykresów. Mówca zaprezentował sposoby działania *Santree* oraz wskazał bardzo obiecujące kierunki udoskonalenia i rozwoju tego programu. Warto zauważyć, że jest to bodaj jedno z pierwszych narzędzi informatycznych bazujących na koncepcji analizy śledczej. Kolejne wystąpienie koncentrowało się wokół problematyki typowo prawniczej. Mianowicie mgr Miłosz Kościelniak-Marszał, z Katedry Prawa Karnego Procesowego Uniwersytetu Opolskiego, poddał refleksji analizę śledczą w kontekście gwarancji karno-procesowych. Rozwagał możliwość potraktowania wyników analizy jako dowodu w postępowaniu karnym, a także status procesowy wykonawcy analizy. Słusznie zauważył, że analiza śledcza może być niezwykle cennym narzędziem w rękach decydentów procesowych, wskazał przy tym na potrzebę uregulowania prawnego tego rodzaju czynności. Ostatnim referatem zamykającym obrady było wystąpienie mgr. Rafała Wielkiego z Uniwersytetu Opolskiego, dotyczące budowy fabuły zdarzenia na podstawie pierwszych informacji o przestępstwie korupcyjnym. Mówca wskazał na użyteczność białego wywiadu w odtwarzaniu przeszłej rzeczywistości przestępczej oraz na celowość tworzenia historii myślowo wyjaśniających interesujący organy ścigania fragment świata. Zaproponował ciekawe narzędzie informatyczne służące gromadzeniu informacji dla celów białego wywiadu. Konferencja zakończyła się podsumowaniem wygłoszonym przez prof. UO Jerzego Koniecznego.

Konferencję należy ocenić wysoko, zwłaszcza pod względem merytorycznym i organizacyjnym. Nie często zdarza się, że w tego rodzaju wydarzeniach naukowych, udaje się zgromadzić i zaangażować przedstawicieli różnych

środowisk naukowo-badawczych, począwszy od placówek kształcących przyszłych prawników, jak miało to miejsce tutaj, poprzez przedstawicieli organów państwowych zajmujących się finansami, a skończywszy na matematykach, logikach i informatykach. Taki różnorodny charakter zawodowy uczestników, wskazuje jednoznacznie na interdyscyplinarność analizy śledczej. Owe korzystanie z dorobku wielu nauk i dziedzin wiedzy jest także dla badaczy niejako wyzwaniem. Stają oni bowiem przed koniecznością sięgania do dorobków często im obcych lub mało znanych, co wymaga odpowiedniego obycia z podstawami ogólnej metodologii nauk i logicznymi koncepcjami rozumowań. Pozostaje mieć nadzieję, że nauka i sprawiedliwość będą szły jednym torem, a organizatorzy w niedalekiej przyszłości ponownie przygotują podobne spotkanie.

Lista recenzentów

W roku 2016 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

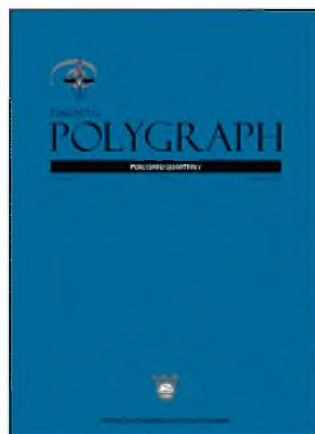
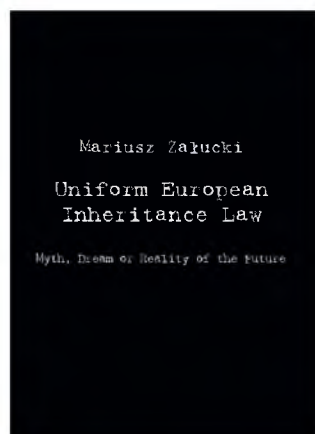
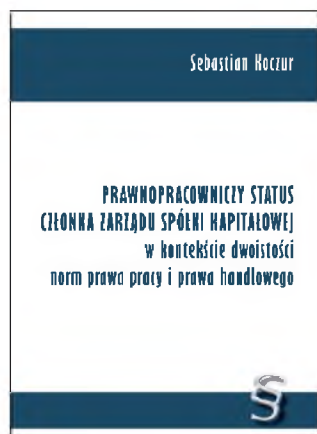
Monika Augustyniak, dr
Leszek Bielecki, dr hab.
Janina Błachut, prof. dr hab.
Jarosław Czerw, dr
Elżbieta Dynia, dr hab. prof. nadzw.
Anna Golonka, dr hab. prof. UR
Marcin Gołaszewski, mgr
Magdalena Grzyb, dr
Piotr Horosz, prof. dr hab.
Ryszard Jaworski, prof. dr hab.
Dariusz Kasprzycki, dr
Agnieszka Kubiak-Cyrul, dr
Rafał Łyszczek, dr
Paweł Majka, dr
Agnieszka Malarewicz-Jakubów, dr hab. prof. UwB
Adrian Niewęglowski, dr
Piotr Stec, dr hab. prof. UO
Ryszard A. Stefański, prof. dr hab.
Aleksander Tobolewski, dr
Piotr Uhma, dr
Leszek Wilk, prof. dr hab.

Polecamy publikacje
Wydziału Prawa, Administracji
i Stosunków Międzynarodowych
Oficyny Wydawniczej AFM

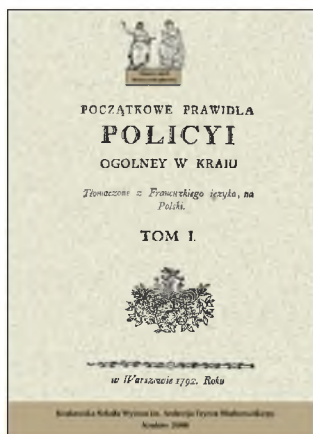


tel./faks: (12) 252 45 93

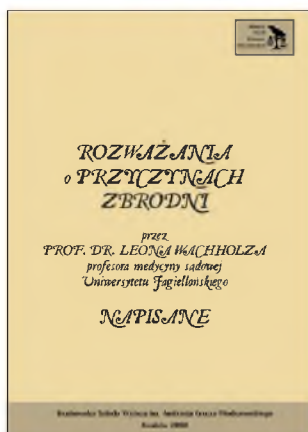
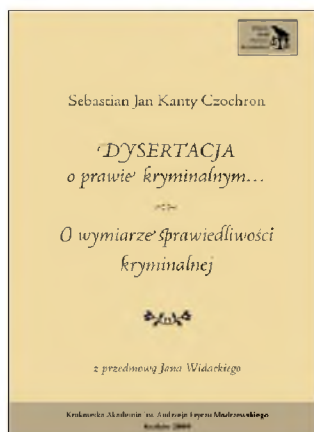
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

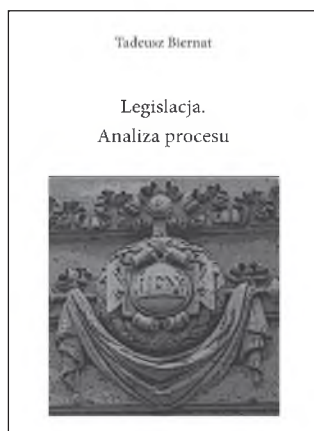
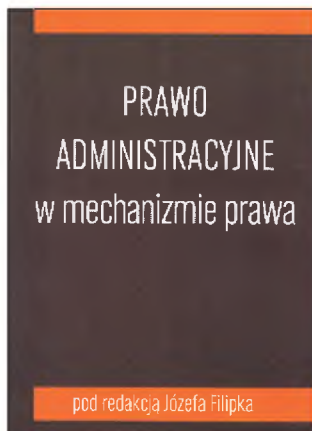
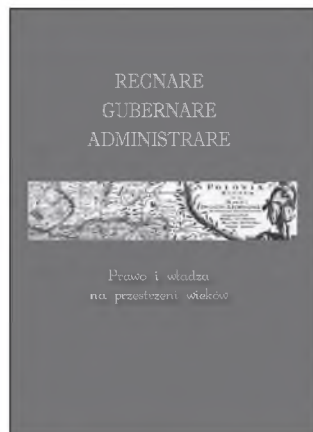


Seria „Klasyki myśli historyczno-prawnej”



Seria „Klasyki myśli prawnokryminalnej”





tel./faks: (12) 252 45 93

e-mail: ksiegarnia@kte.pl