



STUDIA
prawnicze
ROZPRAWY I MATERIAŁY

2018 NR 2 (23)

STUDIES IN LAW
RESEARCH PAPERS

2018 No. 2 (23)

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 (<https://sp.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- To publication will be accepted unpublished research papers as well as review articles, case reports, book reviews and reports connected with legal issues.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 found on the website of the journal (<https://sp.ka.edu.pl>).

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2018 NR 2 (23)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2018 NO. 2 (23)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
redaktor tematyczny ds. nauk o administracji / Subject Editor for Administrative Sciences	– Monika Augustyniak
redaktor tematyczny ds. nauk prawnych / Subject Editor for Legal Sciences	– Adam Strzelec
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl • www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Jacek Mazurkiewicz [Wrocław]
Andriy 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]
Angelo Viglianisi Ferraro [Reggio Calabria]	Maria Tzanou [Keele]
Pavlo Fris [Ivano Frankivsk]	Emod Veress [Cluj Napoca]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Jan Widacki [Kraków]
Aurelijus Gatauskas [Vilnius]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Harald G. Kundoch [Köln]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]
Egidijus Kūris [Vilnius]	

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 2018

e-ISSN: 2451-0807

ISSN: 1689-8052

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

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Redakcja językowa tekstów polskich: Kamil Jurewicz

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 2018
oficyna@afm.edu.pl

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

Projekt graficzny: Joanna Sroka

Skład: Jakub Aleksejczuk

Spis treści

Artykuły i studia

Jan Czaja

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

Interwencja humanitarna w prawie i polityce międzynarodowej..... 3

Wojciech Cyrul

dr hab., Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Wiesław Hałucha

mgr, Konsul Honorowy Republiki Kazachstanu w Krakowie

*Wybrane aspekty kulturowych uwarunkowań negocjacji prawniczych
międzynarodowych kontraktów handlowych*..... 21

Łukasz Balwicki

dr, Gdański Uniwersytet Medyczny

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

prof. nadzw. dr hab., Uniwersytet Gdański

*Analiza uchwałodawstwa rad gmin wprowadzającego strefy wolne
od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych
i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych* 37

Tomáš Strémy

prof. JUDr., PhD, Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Natália Hangáčová

JUDr., Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Lukáš Turay

M.A., Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Organised Crime in the Slovak Republic 49

Beata Więzowska-Czepiel

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Podmioty uprawnione do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich –
przegląd instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część II)* 73

Bartosz Szolc-Nartowski

dr, Uniwersytet Gdański

Wola dziedzica a treść legatu w prawie rzymskim 91

Agnieszka Bednarczyk-Płachta

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Jakość zmian prawa o szkolnictwie wyższym a orzecznictwo
Trybunału Konstytucyjnego*..... 105

Karol Flisek

doktorant, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie; aplikant w Krakowskiej Izbie Adwokackiej

Główne modele orzecznictwa sądów administracyjnych 125

Kinga Piwowarska

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Czy nowe technologie zrewolucjonizują rynek pracy? 135

Jan Dytko

dr, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

Postępowanie w sprawie incydentów medycznych 157

Glosy

Beata Stępień-Załucka

PhD, University of Rzeszów

Lawfulness in Poland vs the application of the European arrest warrant.

Commentary on the judgement of the Court of Justice

of the European Union of 25 July 2018, C-216/18 175

Recenzje, sprawozdania, varia

Robert Borkowski

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego;

prezes Polskiego Towarzystwa Bezpieczeństwa Narodowego

Dennis Howitt, Introduction to Forensic and Criminal Psychology

[wyd. 6, Pearson Education Limited, London 2018, 720 s.] 183

Lista recenzentów 189

Contents

Articles and Studies

Jan Czaja

Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Humanitarian intervention in international law and politics 3

Wojciech Cyrul

Associate Professor, Jagiellonian University in Kraków

Wiesław Hałucha

MA, Honorary Consul of the Republic of Kazakhstan in Krakow

*Selected aspects of cultural determinants of legal negotiations
of international trade contracts*..... 21

Łukasz Balwicki

PhD, Medical University of Gdańsk

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

Associate Professor, University of Gdańsk

*Analysis of the resolution of communal councils introducing zones free
from tobacco smoke, electronic cigarettes vapor and substances released
by means of an innovative tobacco product use* 37

Tomáš Strémy

prof. JUDr., PhD, Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Natália Hangáčová

JUDr., Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Lukáš Turay

MA, Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Organised Crime in the Slovak Republic 49

Beata Więzowska-Czepiel

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*ADR-accredited entities in Poland: a review of institutions listed
in the UOKiK register (part II)* 73

Bartosz Szolc-Nartowski

PhD, University of Gdańsk

Content of legacy and the heir's will in Roman law 91

Agnieszka Bednarczyk-Płachta

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*The quality of changes to the law on higher education
and the jurisprudence of the Constitutional Tribunal*..... 105

Karol Flisek

Doctoral Student, Jagiellonian University in Kraków; advocate's trainee in the Kraków
Bar Association

Main administrative judicial models 125

Kinga Piwowarska

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Whether new technologies will revolutionize the labour market? 135

Jan Dytko

PhD, The Jan Kochanowski University in Kielce

Proceedings regarding medical incidents 157

Glosses

Beata Stępień-Załużka

PhD, University of Rzeszów

Lawfulness in Poland vs the application of the European arrest warrant.

Commentary on the judgement of the Court of Justice

of the European Union of 25 July 2018, C-216/18 175

Book Reviews, Reports, Varia

Robert Borkowski

Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University;

chairman of the Polish National Security Society

Dennis Howitt, Introduction to Forensic and Criminal Psychology

[wyd. 6, Pearson Education Limited, London 2018, 720 s.] 183

Reviewers 189

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Jan Czaja

prof. zw. dr hab., Katedra Filozofii Polityki i Współczesnej Myśli Politycznej,
Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Interwencja humanitarna w prawie i polityce międzynarodowej

Porządek westfalski. Zasada suwerenności i nieinterwencji

W 1648 r. po jednej z najdłużej trwających i najbardziej wyniszczającej wojnie w dziejach Europy zawarto pokój, który od regionu jego podpisania nosi nazwę westfalskiego. Porozumienie pokojowe, a raczej dwa traktaty z Münster i Osnabrück, kończyło nie tylko krwawą trzydziestoletnią wojnę religijną, lecz wprowadzało ważne zasady prawno-polityczne, które stały się podstawą stosunków międzynarodowych w nowożytnej Europie¹. Ich celem miała być wolność religijna, w tym ograniczenie władzy papieskiej do funkcji kościelnych, określenie nowych warunków prowadzenia dyplomacji, rewaloryzacja prawa narodów. Pokój westfalski utrwalał zasadę *cuius regio eius religio*, a raczej ją upolitycznił, co znalazło wyraz w dwóch innych zasadach: nieinterwencji² i suwerenności, które utrwaliły się w prawie międzynarodowym i w stosunkach międzynarodowych. Tworzyła się również zasada podmiotowości prawnomiędzynarodowej, do czego przyczyniło się osłabienie Cesarstwa Niemieckiego i *de facto* rozbitcie go na setki małych państweczek, które zyskiwały samodzielność na arenie międzynarodowej i atrybuty podmiotowości. W Europie zaczął się okres budowy silnych państw narodowych, a w systemie międzynarodowym dominować zaczęła zasada równowagi. Państwa miały jednak nadal – wśród różnych atrybutów – *ius ad bellum*, choć niewątpliwie porządek westfalski przez utrwalenie wspomnianych zasad ogra-

¹ Szerzej zob. H. Kissinger, *Porządek światowy*, tłum. M. Antosiewicz, wyd. 2, Wydawnictwo Czarne, Wołowiec 2017, s. 20–45.

² Zamysłem była nieinterwencja w wewnętrzne sprawy państw pod pretekstem religijnym – zasada z czasem ulegała polityzacji i przenosiła się na sprawy polityczne.

niczał to prawo, gdyż eliminował pretekst do wtrącania się w wewnętrzne sprawy innych państw pod pozorem ochrony wiary i religii. Można równocześnie stwierdzić, że traktaty westfalskie, zawarte w obliczu okrutnych skutków wojen religijnych, prowadziły w stronę łagodzenia skutków konfliktów, stanowiąc w pewnym sensie kontynuację wcześniejszego chrześcijańskiego nurtu ograniczania wojen, poprzez podział na wojny sprawiedliwe, nakaz zaprzestania walki *Treuga Dei* i ochronę niektórych grup ludności. Oczywiście pokój westfalski wojen nie eliminował, choć na pewno pierwiastek religijny jako ich motyw został – przynajmniej w Europie – znacznie ograniczony.

O rzeczywistych postęпах we wprowadzaniu bardziej humanitarnych reguł prowadzenia wojny i ochrony ludności cywilnej, poprawy losu rannych i chorych na polu bitwy, zdecydowały tragiczne skutki wojen europejskich (wojny napoleońskie, wojna o zjednoczenie Włoch, wojna krymska), a szczególnie doświadczenia bitwy pod Solferino (1859 r.), które zainspirowały młodego szwajcarskiego lekarza Henri Dunanta do działań na rzecz powołania organizacji troszczącej się o los grup szczególnie narażonych w trakcie działań zbrojnych. Efektem było założenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. Z inspiracji tej organizacji zawarto na przełomie XIX i XX w. i w następnych okresach wiele konwencji międzynarodowych (konwencje haskie i genewskie), które stworzyły rzeczywiste podstawy humanitarnego prawa konfliktów zbrojnych. Nadal jednak, aż do 1928 r., państwa miały przyrodzone prawo do wojny. Dopiero zawarcie Paktu Brianda-Kellogga w 1928 r. wyeliminowało wojnę jako prawny środek rozstrzygania sporów i konfliktów.

Tak więc mimo iż *de facto* nie wyeliminowano z działań państw wojen, to jednak stworzono podstawy do uznania takich działań za nielegalne, co umożliwiło ściganie zbrodniarzy wojennych. Bardziej skomplikowana była sytuacja w zakresie konfliktów i sporów wewnętrznych, przekształcających się w wojny domowe, a czasem – konflikty umiędzynarodowione. Strony i sprawcy tych konfliktów, niekiedy obfitujących w tysiące i setki tysięcy ofiar, najczęściej unikały jakiejkolwiek odpowiedzialności, powołując się na zasady suwerenności i nieinterwencji. Oczywiście sytuacje tego typu były niezbyt częste i przeważały dobrodziejstwa wynikające z respektowania zasady suwerenności, stąd też stała się ona, wraz z zasadą nieinterwencji, podstawą systemu ONZ.

Sytuacja zaczęła się zmieniać po upadku komunizmu, dezintegracji ZSRR i zakończeniu zimnej wojny. Jedną z podstaw nowego porządku stała się dbałość o prawa człowieka. Ich przestrzeganie zaczęto postrzegać jako dobro całej ludzkości, przy jednoczesnym zanegowaniu prawa państw do uznania przypadków naruszania tych praw za wewnętrzne sprawy danego państwa. Poja-

wiły się opinie, że w przypadku ciężkich naruszeń praw człowieka, zwłaszcza czystek etnicznych, masowych morderstw czy aktów ludobójstwa, społeczność międzynarodowa powinna mieć prawo interwencji, nawet wtedy gdyby miało to naruszać suwerenność danego państwa i nawet przy braku upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ do takiej interwencji.

Dodatkowo sprawy skomplikowały się po 11 września 2001 r., gdy psychoza walki z terroryzmem doprowadziła do pojawienia się nowych koncepcji tej walki: programu wojny z terroryzmem i doktryny wojny wyprzedzającej. Doktryna wojny wyprzedzającej jest, a raczej była³, obok koncepcji interwencji humanitarnej, traktowana jako ilustracja tezy o kryzysie dotychczasowego porządku prawnomiędzynarodowego. Tezę o końcu porządku westfalskiego, w oparciu o uniwersalizację zasady interwencji humanitarnej, postawił Henry Kissinger⁴. Twierdził on, że polityka praw człowieka amerykańskiej administracji w okresie prezydentury Billa Clintona – wzmocniona triumfalizmem i moralizatorstwem – przybrała doktrynalny wyraz w postaci nowego interwencjonizmu, którego podstawą były masowe naruszenia praw człowieka w różnych częściach świata, przede wszystkim w byłej Jugosławii (Bośnia, Kosowo). Kissinger, choć o samej interwencji humanitarnej wypowiadał się krytycznie, to jednak uważa – a raczej uważał – że nastąpiła jej uniwersalizacja. Chodzi przede wszystkim o interwencję humanitarną bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ (bo interwencja w oparciu o kompetencje i upoważnienie RB – z samej mocy prawa międzynarodowego jest ważna), aczkolwiek moralnie uzasadnioną masowym naruszeniem praw człowieka. W najnowszej publikacji Kissinger jest już ostrożniejszy. Wskazuje, że odchodzenie od zasad westfalskich grozi chaosem w stosunkach międzynarodowych, a głównym zagrożeniem jest polityka Chin, Rosji i świata islamskiego⁵.

Problem interwencji wbrew zasadom westfalskim nie jest jednak ani nowy, ani prosty i występuje także współcześnie na wielu obszarach świata. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy konflikt wewnętrzny staje się konfliktem umiędzynarodowionym (lub może się w taki przekształcić, jak np. na Bałkanach), jak i wtedy gdy interwencja następuje ze względów politycznych i przekształca się w agresję, jak w przypadku agresji Rosji na Ukrainę. W praktyce każda forma interwencji budzi kontrowersje i napięcia w sytuacji międzynarodowej, jednak koncentrować się będziemy na przypadkach, gdy interwencja następuje ze względów humanitarnych i wynika z sytuacji lokalnej: masowych mor-

³ Administracja prezydenta Baracka Obamy przestała się powoływać na tę koncepcję. Również polityka Donalda Trumpa nie potwierdza jej aktualności.

⁴ H. Kissinger, *Does America need a foreign policy?: Toward a diplomacy for 21st century*, Simon & Schuster, New York 2001.

⁵ H. Kissinger, *Porządek światowy*, op. cit., s. 11–15.

dów, czystek etnicznych, aktów ludobójstwa. Jednak również takim przypadkom daleko do jednoznaczności i dlatego problem interwencji humanitarnej jest jednym z największych dylematów moralnych, prawnych i politycznych, z jakimi społeczność współczesnego świata może się zetknąć – równie mocno angażuje znawców prawa międzynarodowego i ekspertów od konfliktów zbrojnych i prawa regulującego ich zasady. Przez kilka lat zastanawiał się nad nim specjalny zespół prawników i ekspertów powołany przez byłego sekretarza generalnego ONZ Kofiego Annana. Celowe będzie więc przynajmniej zasygnalizowanie szerszego kontekstu prawnego i politycznego problemu interwencji humanitarnej.

Interwencje – rodzaje i praktyka międzynarodowa

Interwencja w wewnętrzne sprawy drugiego państwa ma bogatą praktykę międzynarodową, doczekała się kilkunastu orzeczeń sądów międzynarodowych, a jej przypadki zostały szeroko opisane w piśmiennictwie z zakresu prawa i stosunków międzynarodowych⁶. Chodzi zresztą o różne formy interwencji: interwencje zbrojne, interwencje w celu ochrony własnych obywateli, interwencje w celu ochrony prawa i systemu demokratycznego, interwencje humanitarne.

Podkreślić trzeba przede wszystkim, że interwencja łamie podstawowe zasady prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych: zasadę suwerenności i zasadę nieingerencji w wewnętrzne sprawy innego państwa. Na tych zasadach oparta została Karta Narodów Zjednoczonych i system ONZ⁷. Generalnie można powiedzieć, że system ten dopuszcza ingerencję na prośbę państwa drugiego⁸ oraz wtedy, gdy upoważnienie do takiej interwencji udzielone jest przez Radę Bezpieczeństwa ONZ.

Nas jednak w tym opracowaniu interesują przede wszystkim takie formy interwencji, gdzie zarówno status prawny, jak i faktyczny nie jest jednoznaczny i budzi szereg wątpliwości natury moralnej, politycznej i oczywiście prawnej. Jedną z nich jest interwencja podjęta z powołaniem się na konieczność ochrony własnych obywateli, ich majątku lub majątku interweniującej

⁶ Np. J.E.S. Fawcett, *Intervention in international law. A study of some recent cases*, „Recueil des cours – Académie de Droit International de La Haye” 1961, vol. 103, nr 2, s. 347; R.B. Lillich, *Humanitarian intervention through the UN: towards the development of criteria*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1993, vol. 53, s. 557–580.

⁷ W Karcie NZ zasadę suwerenności powiązano z zasadą równości państw, tworząc zasadę „równości suwerennej”.

⁸ Choć i ta podlegać może ocenie Rady Bezpieczeństwa, ze względu na zdarzające się w przeszłości różne (niekiedy wątpliwe prawnie i politycznie) formy, np. interwencja państw Układu Warszawskiego w Czechosłowacji w 1968 r.

go państwa. Szczególnie wiele było tego typu interwencji w XIX w., a więc w okresie, gdy prawo międzynarodowe oparte było głównie na zwyczaju międzynarodowym, a *ius ad bellum*, w tym prawo do użycia siły w celu ściągania długów, traktowane były jako atrybuty przynależne państwu. Dokonywano więc interwencji pod byle pretekstem, a rezultatem były konflikty przybierające niekiedy wymiary regionalne. Tak było w przypadku konfliktu zwanego wojną o Pacyfik w Ameryce Południowej, wojen opiumowych w Chinach czy interwencji Rosji przeciwko Turcji – dokonywanych pod różnymi pretekstami na różnych obszarach Imperium Otomańskiego.

Wielkie kodyfikacje prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych (koniec XIX i początek XX w.), przede wszystkim wspomniany Pakt Brianda-Kellogga, znaczenie utrudniły podejmowanie interwencji wobec (lub na terytorium) innego państwa, bez narażania się na konsekwencje polityczne i prawne, w tym sankcje Ligi Narodów. Nadal jednak uważano, że państwo ma prawo do interwencji w celu ochrony własnych obywateli i ich majątku, a jedynie jej granice mogą być dyskutowane⁹. O ile jednak obecnie zarówno orzecznictwo sądów międzynarodowych, jak i praktyka międzynarodowa nie uznają interwencji w obronie majątku za uprawnioną (do czego skłaniają się również znawcy prawa międzynarodowego¹⁰), o tyle znacznie więcej kontrowersji – a w gruncie rzeczy przyzwolenia – jest w kwestii interwencji w celu ochrony własnych obywateli znajdujących się na terytorium innych państw.

Charakterystyczne pod tym względem są dwie najgłośniejsze chyba próby interwencji w obronie własnych obywateli w ostatnich dziesięcioleciach. Chodzi o podjęty w 1976 r. przez komandosów izraelskich atak na porwany i przetrzymywany przez palestyńskich terrorystów w Entebbe (Uganda) samolot linii El Al w celu odbicia izraelskich zakładników, oraz podobną próbę ze strony oddziałów specjalnych Stanów Zjednoczonych dokonaną w 1980 r. w Iranie, w celu odbicia przetrzymywanych zakładników amerykańskich.

W przypadku interwencji izraelskiej, debata w Radzie Bezpieczeństwa nie doprowadziła do przyjęcia żadnych merytorycznych wniosków, ujawniła za to znaczną różnicę poglądów. Niektóre państwa poparły decyzję Izraela, wskazując, że mieściła się ona w ramach uprawnionej interwencji, inne wyraziły sprzeciw, uzasadniając, że atak był nieuprawniony, skierowany przeciw-

⁹ Zob. orzeczenie sądu arbitrażowego w sprawie brytyjskich roszczeń w strefie hiszpańskiej w Maroku: *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, 1.05.1925, „UN Reports of International Arbitral Awards”, vol. II, s. 641. Komentarz: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 499.

¹⁰ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 499.

ko państwu trzeciemu i dlatego też noszący znamiona agresji¹¹. Jeśli chodzi o amerykańskie działania w Iranie, to wydający w tej sprawie opinie Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) powstrzymał się od oceny legalności amerykańskiej akcji, nie nazywając jej nawet „interwencją”, lecz „wtargnięciem”¹². Krytyka MTS dotyczyła raczej momentu, w którym dokonano akcji: zwrócono uwagę, że w tym czasie trwało już przed Trybunałem postępowanie w sprawie bezprawnego przetrzymywania przez Iran amerykańskich zakładników¹³.

Wśród innych przypadków interwencji podejmowanej w celu ochrony własnych obywateli, ich majątku bądź majątku interweniującego państwa, należy wymienić takie przypadki jak: interwencja Belgii w Kongo w 1964 r., Francji w Zairze w 1978 r., interwencje Stanów Zjednoczonych: w Dominikanie w 1965 r., w Grenadzie w 1983 r., w Panamie w 1989 r. Niekiedy państwa interweniujące, wykorzystując chaos polityczny i zmiany rządu (np. w przypadkach rebelii, zamachu stanu) powoływały się na art. 51 Karty NZ, mówiący o działaniach w ramach samopomocy, co wynikać może także – ich zdaniem – z nieefektywności ONZ i organizacji międzynarodowych.

Do tej listy można by dopisać interwencję rosyjską w Gruzji w sierpniu 2008 r., na obszarze Osetii Południowej. Oficjalnie motywem była ochrona obywateli Rosji, zagrożonych atakami wojsk gruzińskich (ostrzeliwanie Cchinwali). Niezależnie od wspomnianych wyżej wątpliwości, jakie budzą interwencje w celu ochrony własnych obywateli, to przypadek interwencji Rosji w Gruzji był szczególny. Najpierw bowiem Rosja przez kilkanaście miesięcy przygotowywała prowokację wobec Gruzji, „mnożąc” liczbę swoich obywateli w Osetii Południowej poprzez wręczanie miejscowej ludności rosyjskich paszportów i nakłanianie ich do współpracy oraz inicjując antygruzińskie incydenty, a potem gdy rzeczywiście Gruzini dali się sprowokować – Rosja podjęła „w obronie swoich obywateli” ofensywę w stylu iście sowieckim.

Konflikt gruziński, choć spacyfikowany mediacją UE, a przede wszystkich misją ówczesnego prezydenta Francji Nicolasa Sarkozy’ego, przy udziale prezydenta Lecha Kaczyńskiego, znamionował jednak ewolucję polityki rosyjskiej. Za jej rozwinięcie należy uznać agresję Rosji na Ukrainę w 2014 r. i aneksję Krymu, dokonaną jednak nie w postaci bezpośredniej interwencji zbrojnej, lecz połączenia szeregu działań o charakterze psychologiczno-informacyjnym, wywiadowczym oraz wysłania nieoznakowanych wojsk i sił spe-

¹¹ *Ibidem*.

¹² United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), 24.05.1980, „International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders” 1980, s. 44.

¹³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 499.

cialnych, a następnie zorganizowania na Krymie (*de facto* pod przymusem wojskowym) referendum akcesyjnego. Tę przeprowadzoną w nowej formie operację rosyjską przyjęto nazywać wojną hybrydową.

Odnotować należy jednocześnie, że interwencja w obronie własnych obywateli (a nawet sformalizowany prawno-polityczny obowiązek działania w tym zakresie), stała się nie tylko ważnym elementem polityki Moskwy, lecz została także wpisana w strategię bezpieczeństwa narodowego Rosji. Ta nowa polityka, której wyrazem były konflikty Rosji z Gruzją i Ukrainą, coraz częściej nazywana jest doktryną Putina. Można by ją określić jako gotowość do ingerencji na każdym obszarze bliskiej zagranicy pod pretekstem ochrony ludności pochodzenia rosyjskiego, a nawet ludności mówiącej po rosyjsku¹⁴. Ewolucja tej doktryny bezpieczeństwa zmierza w kierunku uznania napaści na ludność rosyjskojęzyczną – już nawet nie tylko Rosjan – za napad na Rosję. W Doktrynie wojennej Federacji Rosyjskiej, podpisanej przez prezydenta Putina 26 grudnia 2014 r., już po agresji na Ukrainę, znalazł się zapis jeszcze dalej idący, bo mówiący o możliwości już nie tylko interwencji w sąsiednich krajach w obronie własnych obywateli, ale nawet w sytuacji gdyby władze sąsiedniego kraju prowadziły politykę sprzeczną z interesami Rosji¹⁵.

Interwencja humanitarna – próba konceptualizacji

Opisane formy interwencji pokazują, że jest to problem złożony, uwarunkowany politycznie i niekiedy całkowicie sprzeczny z rozwojem prawa międzynarodowego. Coraz częściej jednak świat, a przynajmniej znaczna część społeczności międzynarodowej, ma do rozstrzygnięcia inne jeszcze dylematy, wynikające z ciężkich, a niekiedy wręcz dramatycznych naruszeń praw człowieka. Pojawia się wtedy kwestia interwencji humanitarnej, jako wyzwanie i problem moralny społeczności międzynarodowej. Nie dotyczy on losu własnych obywateli państwa interweniującego (lub państw), lecz ochrony obywateli przed zbrodniczymi nadużyciami władzy państwa, przeciwko któremu interwencja jest skierowana. Powodem do takiej interwencji miałyby być ciężkie naruszenia praw człowieka – w praktyce chodzi o masowe morderstwa, akty ludobójstwa, czystki etniczne i narodowościowe. Wobec braku możliwości innej skutecznej reakcji, która położyłaby kres takim atakom, jedynym skutecznym rozwiązaniem pozostaje interwencja militarna społeczności

¹⁴ Potwierdził to minister spraw zagranicznych Siergiej Ławrow w wywiadzie dla anglojęzycznej telewizji „Russia Today”, 23.04.2014.

¹⁵ *Doktryna wojenna Rosji zagraża Polsce? Sprawdzi RBN*, TVN24, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/rbn-o-doktrynie-wojennej-rosji,525179.html> [dostęp: 21.03.2015].

międzynarodowej¹⁶. Chodzi też o reagowanie lub nawet karanie postępowań skrajnie dewiacyjnych i wynaturzonych, czego najświeższym przykładem były działania tzw. Państwa Islamskiego, a wcześniej rządy talibów w Afganistanie. Klasycznie rozumiana interwencja humanitarna jest działaniem militarnym przedsięwziętym przez społeczność międzynarodową (organizację międzynarodową, grupę państw lub państwo) przeciw państwu, na jego obszarze, w celu przeciwdziałania ekstremalnym przypadkom naruszania praw człowieka, w tym masowym mordom i ludobójstwu. Nie zawsze jednak ma charakter interwencji militarnej, może mieć formę sankcji¹⁷.

Prawo do takiej interwencji nie wynika bezpośrednio z upoważnienia prawa międzynarodowego, może stać nawet w sprzeczności z prawem międzynarodowym i zasadą suwerenności państw. Praktyka międzynarodowa jest w tym względzie niejednoznaczna, naznaczona skomplikowanymi interesami, a możliwości działania są wyraźnie ograniczone skalą potęgi: państwa interweniującego (wspólnoty międzynarodowej) i państwa, w którym interwencja miałby nastąpić.

Prawo do interwencji humanitarnej jako powinność społeczności międzynarodowej lansowane było przez doktrynę prawa międzynarodowego – lub raczej jakąś jej część – oraz kształtowane równocześnie przez praktykę międzynarodową. W tym zaś aspekcie głównie przez Stany Zjednoczone, „mocarstwo z powołania” – strażnika ładu międzynarodowego, jak niekiedy sami Amerykanie o sobie mówią¹⁸. Zdawać by się mogło, że to przedstawiciele nurtu idealistycznego lansowali ideę interwencji humanitarnej jako potwierdzenia istnienia wartości moralnych w społeczności międzynarodowej i ich uniwersalizacji. I rzeczywiście idea ta pojawiła się w środowisku filozofów francuskich, a jednym z jej prekursorów był Jean-François Revel, który mówił nie tylko o prawie do interwencji humanitarnej, lecz o obowiązku społeczności międzynarodowej do dokonania takiej interwencji, nawet bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ¹⁹. Francuski filozof wyraził opinię, że w sytuacjach skrajnych, grożących ludobójstwem, czystkami etnicznymi i innymi dewiacjami władzy, zasada suwerenności państwowej może zostać zawieszona i podjęta powinna być interwencja międzynarodowa, aby zaradzić

¹⁶ Jedynym racjonalnym, skutecznym i nienasuwającym żadnych wątpliwości prawnych rozwiązaniem powinna być w tych warunkach decyzja Rady Bezpieczeństwa o użyciu siły, w postaci interwencji humanitarnej, na obszarze konfliktu (lub zagrożenia). Nie zawsze jednak, ze względu na rozbieżności polityczne i sprzeczne interesy stałych członków RB, jest to możliwe.

¹⁷ D. Bell, *Humanitarian intervention*, Encyclopædia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/humanitarian-intervention> [dostęp: 28.08.2018].

¹⁸ Zob. rozważania na ten temat: P. Buhler, *O potęgę w XXI wieku*, tłum. G. Majcher, Wydawnictwo Akademickie „Dialog”, Warszawa 2014, s. 410–446.

¹⁹ J.-F. Revel, *Le devoir d'ingérence*, „L'Express”, 16 juin 1979, s. 60.

klęsce humanitarnej. Myśl tę kontynuowali inni przedstawiciele francuskiej szkoły filozofii prawa: Bernard Kouchner i Mario Bettati²⁰. Duży wpływ na poglądy tej grupy myślicieli miał szok, jakim dla społeczności międzynarodowej stały się akty ludobójstwa w Nigerii w latach 1967–1970, podczas wojny domowej, która wybuchła na tle secesji Biafry. Przez trzy lata wojny domowej i walk plemiennych wymordowano, według szacunków, od 2 do 3 mln ludzi, i mimo to społeczność międzynarodowa nie zdobyła się na interwencję humanitarną i skonsolidowane działania²¹.

O konieczności podejmowania przez społeczność międzynarodową interwencji humanitarnej w wyjątkowych sytuacjach, gdy masowo łamane są prawa człowieka, zaczęli mówić także przedstawiciele nurtu realistycznego w Ameryce, zwłaszcza po zakończeniu zimnej wojny, gdy Stany Zjednoczone, jako niekwestionowany hegemon, zaczęły wykazywać coraz większą ochotę do takich interwencji²². Potwierdzają to także aktywne zabiegi dyplomatów amerykańskich w Międzynarodowej Komisji do spraw Interwencji i Suwerenności Państwa, obradującej w latach 2001–2005 z inicjatywy ówczesnego sekretarza generalnego ONZ Kofiego Annana²³. Henry Kissinger uznawał zasadę interwencji humanitarnej za ulegającą stopniowej uniwersalizacji – zwłaszcza w okresie wyraźnej dominacji Stanów Zjednoczonych – choć jak wspomniałem wyżej, od kilkunastu lat jest on znacznie ostrożniejszy w jej doktrynalnej legitymizacji. W doktrynie prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych nie brak równocześnie poglądów, że koncepcja interwencji humanitarnej to jeden z elementów eksportu przez zwycięski (po zimnej wojnie) Zachód liberalnych wartości, takich jak prawa człowieka, kultura masowa, gospodarka i kapitał finansowy, pomoc *nation building* – eksport demokracji na bagnietach²⁴. Pojawiały się także opinie, że dla nurtu idealistycznego interwencja humanitarna miała być ważnym elementem filozofii, podczas gdy dla realistów – czynnikiem potęgi i mocarstwowości²⁵.

²⁰ Zob. M. Bettati, B. Kouchner, *Le devoir d'ingérence*, Denoël, Paris 1993.

²¹ Szerzej zob. H. Ekwe-Ekwe, *Biafra Revised*, African Renaissance, Dakar 2006.

²² Samuel P. Huntington, na pewno nie antyamerykanista, stwierdził nawet, że „Stany Zjednoczone, aroganckie supermocarstwo, pała się wprost do interwencji, hegemonii i wyzysku”. Zob. idem, *The Lonely Superpower*, „Foreign Affairs” 1999, vol. 78, nr 2, s. 42.

²³ Główne tezy i przebieg prac Komisji przedstawiony został w raporcie *The Responsibility to Protect* sekretarza generalnego ONZ, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> [dostęp: 2.10.2015]. Całość prac zaprezentowano w dokumentach: The Secretary-General Address to the 2005 World Summit, <https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/0914kofi.pdf> [dostęp: 2.10.2015]; 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, October 24, 2005, pkt 138 i 139.

²⁴ P. Buhler, *op. cit.*, s. 100–101.

²⁵ Zob. M. Doyle, *Kant, liberal legacies and foreign affairs*, cz. 1 i 2, „Philosophy and Public Affairs” 1983, vol. 12, cz. 1: nr 3, s. 205–235, cz. 2: nr 4, s. 323–353; J. Bojoria

Praktyka międzynarodowa raczej rzadko odzwierciedlała poglądy i podziały grup filozoficznych w kwestii interwencji humanitarnej, znacznie częściej – interesy i politykę. Nie można jednak odmówić uznania faktu pewnej pozytywnej ewolucji społeczności międzynarodowej, a więc tego, że zwłaszcza po zimnej wojnie zaczęły pojawiać się pewne przejawy afirmowania wartości i moralności w stosunkach międzynarodowych. Można by jednak zapytać: dlaczego dopiero obecnie (choć problem jest znany od dawna i nieraz w historii dochodziło do interwencji z pobudek humanitarnych) sprawy tego typu działań nabierają tak powszechnego znaczenia, że zaczyna się mówić o ich uniwersalizacji? Z pewną dozą optymizmu należałoby odpowiedzieć, że wraz z postępem i rozwojem cywilizacji i kultury, zwłaszcza kultury politycznej, ludzkość dochodzi do etapu, na którym akty barbarzyństwa, a zwłaszcza masowe morderstwa i ludobójstwo, nie mogą być tolerowane i uchodzić bezkarnie, bez adekwatnej reakcji międzynarodowej. Niewątpliwie tego typu rozumowanie ma swoje racjonalne przesłanki. Od razu jednak rodzą się inne pytania, mające bardziej realistyczny niż idealistyczny podtekst: dlaczego interweniowano w Kosowie, a nie w Rwandzie (a raczej: dlaczego interwencja przyszła *post factum*), dlaczego region Bliskiego i Środkowego Wschodu jest dla mocarstw ważniejszy, a region np. Czarnej Afryki – mniej ważny? Zresztą i reakcje na sytuację na różnych obszarach Bałkanów też były zróżnicowane. Dlaczego świat jest bardziej skory do potępiania mniejszych dyktatorów niż większych? Czy zresztą byłaby możliwa jakakolwiek interwencja w obronie praw człowieka w Czeczenii lub w Tybecie?

Te pytania i dywagacje znamionują skalę problemu i całą dwuznaczność tego typu sytuacji. Można zresztą te rozważania rozwijać i dojść do wniosku, że społeczność międzynarodowa jakby chętniej podejmowała interwencje na obszarach ważnych strategicznie lub pozostających *de facto* w obszarach wpływów politycznych wielkich mocarstw, zwłaszcza gdy mocarstwa te są tym zainteresowane.

Z drugiej strony nie sposób nie zauważyć elementów racjonalnych, wynikających z rozwoju i ewolucji prawa międzynarodowego, globalizacji, postępu technicznego, zwłaszcza informatycznego. To dzięki temu ostatniemu świat jest zasypywany informacjami o katastrofalnych skutkach tsunami, ale również o nie mniej dramatycznych skutkach czystek etnicznych na obszarze dawnej Jugosławii czy o masakrach w Rwandzie i Syrii. Dzięki temu narasta presja opinii publicznej na konieczność reakcji, na podjęcie działań kładących

i R. MacMahon, *The dilemma of humanitarian intervention*, Council on Foreign Relations, June 12, 2013, <https://www.cfr.org/backgroundunder/dilemma-humanitarian-intervention> [dostęp: 3.09.2018].

kres aktom barbarzyństwa. Bywa również i tak, że opinia świata (na tyle na ile można w ogóle o takiej mówić) jest zgodna co do konieczności działań, co nie oznacza, że reprezentacja polityczna tej społeczności, jaką jest ONZ i przede wszystkim Rada Bezpieczeństwa, jest w stanie podjąć odpowiednią decyzję i rozpocząć skuteczne działania. Może to wynikać z różnych interesów wielkich mocarstw: politycznych (utrzymanie strefy wpływów), gospodarczych (dostęp do surowców) czy prestiżowo-wizerunkowych.

Jednocześnie jednak podjęcie decyzji przez RB ONZ nie oznacza jej skutecznej implementacji. Przykładem takiej nieskutecznej (lub częściowo nieskutecznej) interwencji, podjętej przez ONZ wspólnie z organizacjami regionalnymi (Organizacja Jedności Afrykańskiej, Liga Państw Arabskich, Organizacja Konferencji Islamskiej), jest interwencja w Somalii, po tym jak ten kraj pogrążył się w 1991 r. w wojnie domowej. W pierwszej fazie działań (1992) koalicja 24 państw, jako UNITAF (*United Task Force*), mimo wielu problemów przyczyniła się do uspokojenia sytuacji. W drugiej fazie (lata 1993–1994), działając jako UNOSOM (*United Nation Operation in Somalia*), po rozszerzeniu mandatu, obejmującego pomoc w odbudowie gospodarczych, społecznych i politycznych instytucji państwa, natrafiła na nieprzewidywalne trudności w postaci ostrych ataków sił różnych walczących ze sobą frakcji, co doprowadziło do sporu między ONZ a Stanami Zjednoczonymi, które – mimo braku mandatu do rozbrojenia walczących stron – podjęły niezbyt udaną akcję zbroijną. Spory między państwami oraz coraz groźniejsze ataki na UNOSOM doprowadziły do podjęcia decyzji o wycofaniu wojsk ONZ z Somalii²⁶.

Najpoważniejszym argumentem przemawiającym za legalnością interwencji humanitarnej jest międzynarodowa ochrona praw człowieka. Już Karta NZ w sposób solenny uczyniła ochronę praw człowieka jednym z nadrzędnych celów ONZ, a praktyka działania Organizacji ewoluowała w kierunku wyłączenia poważnych naruszeń praw człowieka spod wyłącznej kompetencji wewnętrznej państw, objętej wyłączną jurysdykcją tych państw. W 1970 r. MTS uznał fundamentalne prawa jednostki ludzkiej i ich ochronę za zobowiązania o charakterze *erga omnes*, a projekt Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ zakwalifikował poważne naruszenia takich praw jak zakaz niewolnictwa i ludobójstwa oraz apartheid za zbrodnie międzynarodowe²⁷. Według opinii specjalistów przypadki masowego naruszania tego typu praw człowieka uzasadniały międzynarodową interwencję oraz nastąpiło powszechne uznanie tego typu praktyki międzynarodowej, czyli jej uniwersalizacja²⁸.

²⁶ Szczegóły interwencji zob. P. Calvocoressi, *Polityka międzynarodowa 1945–2000*, tłum. W. Bolimowska-Garwacka *et al.*, wyd. 2, Książka i Wiedza, Warszawa 2002, s. 695–697.

²⁷ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 500.

²⁸ Zob. R. Kuźniar, *Odpowiedzialność, wizja, rozmach*, „Tygodnik Powszechny” 2001, nr 32.

Mniej jasnym aspektem interwencji humanitarnej jest kwestia uwarunkowań decyzji o takiej interwencji, czyli odpowiedzi na pytania: kto, w jakich okolicznościach i w oparciu o jakie mechanizmy miałby decydować o podjęciu interwencji. Istnieją co prawda w tym względzie oparte na Karcie NZ i prawie międzynarodowym mechanizmy powierzające te uprawnienia Radzie Bezpieczeństwa, ale ze względu na wyżej wspomniane okoliczności nie zawsze mogą być użyte²⁹. Decyzje muszą więc, w nadzwyczajnych okolicznościach, zapadać na innych forach, w tym w łonie regionalnych organizacji bezpieczeństwa międzynarodowego, takich jak NATO, OBWE, UE (WPBiO), a także Organizacja Państw Amerykańskich, Unia Afrykańska. Niezwykle ważnym czynnikiem ułatwiającym podjęcie decyzji o rozpoczęciu interwencji humanitarnej, a także wpływającym na jej legitymizację, jest międzynarodowy autorytet i pozycje uczestniczących w niej państw³⁰. Z tego też względu szczególna rola przypada Stanom Zjednoczonym. Jednak od początków XXI w., szczególnie w obliczu kryzysu irackiego i ogólnie sytuacji na Bliskim Wschodzie, wizerunek supermocarstwa jest kontrowersyjny, a autorytet Ameryki – zwłaszcza w świecie islamu – kontestowany. Po wydarzeniach z lat 2001–2005 coraz więcej państw zaczęło wyrażać obawy, aby tego typu mechanizm nie służył Waszyngtonowi jako instrument wprowadzania swego rodzaju *Pax Americana*³¹. W praktyce, mimo najlepszych intencji i udziału państw o uznanym międzynarodowym autorytecie, każda decyzja o interwencji humanitarnej podjęta z pominięciem Rady Bezpieczeństwa budzić może protesty i być kontestowana przez jakąś część społeczności międzynarodowej.

Świadczy o tym przykład interwencji NATO w Kosowie w 1999 r., spowodowanej koniecznością ochrony ludności albańskiej zagrożonej nasilającymi się mordami, gwałtami i czystkami etnicznymi ze strony Serbów. Dokonana przez NATO interwencja, głównie w postaci zmasowanych nalotów, choć najprawdopodobniej uratowała życie tysiącom ludzi, wzbudziła nie tylko kontrowersje na zewnątrz Sojuszu, lecz także wątpliwości wewnątrz NATO³².

²⁹ Niezależnie od tego, że mechanizm działania RB ONZ, a zwłaszcza jej skład też są coraz częściej kontestowane. Jest to jednym z elementów dyskusji o reformie ONZ.

³⁰ Podkreśla to J. Zajadło, *Legalność i legitymizacja humanitarnej interwencji*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 3–17.

³¹ Szerzej zob. J. Czaja, *Świat prawa czy siły*, „Dziś” 2003, nr 6, s. 34–35.

³² Interwencja w Kosowie była szczególnie krytykowana przez Rosję, z powodu – jak spekulowano – urażonej dumy byłego supermocarstwa, dla którego obszar Serbii był zawsze strefą wpływów. NATO było krytykowane także za sposób przeprowadzania interwencji (naloty i bombardowania), przez co nie uniknięto ofiar cywilnych i przypadkowych strat. Pragnąc rozwiać obawy nowych członków Sojuszu (Polska, Czechy, Węgry), strona amerykańska zorganizowała w Warszawie spotkanie ekspertów, na którym przekazano informację, że: „rząd amerykański uważa interwencję humanitarną za prawo społeczności międzynarodowej, które uległo uniwersalizacji”.

Miarą tych kontrowersji był także raport opracowany przez Niezależną Międzynarodową Komisję, która stwierdziła, że „interwencja w Kosowie była nielegalna, lecz legitymizowana”³³.

Jedna z bardziej kontrowersyjnych koncepcji zakłada, że prawo międzynarodowe zezwala na interwencję w celu przywrócenia demokracji. Jest to konsekwencja przyznawania coraz większego znaczenia wartościom demokratycznym w stosunkach międzynarodowych i uznania ich za istotny element oceny legalności rządu, a także oceny, czy dany podmiot może być uznany za państwo³⁴. Na konieczność przywrócenia demokracji powołały się Stany Zjednoczone, uzasadniając swą interwencję w Panamie w 1989 r.³⁵.

Jeszcze bardziej charakterystyczna pod tym względem była interwencja w Haiti w 1992 r. Rok wcześniej władzę w tym kraju, po wygranych wyborach, objął Jean-Bertrand Aristide, lecz po siedmiu miesiącach został – na skutek zamachu wojskowego – obalony. Rada Bezpieczeństwa najpierw nałożyła sankcje na juntę wojskową, a gdy to nie poskutkowało, sankcje zaostrzono, co przyniosło pewne rezultaty w postaci porozumienia z juntą o przywróceniu do władzy prawowitego prezydenta. W celu wzmocnienia presji utworzono specjalną misję NZ w Haiti (UNMIH). Ponieważ porozumienie to było sabotowane, RB upoważniła państwa członkowskie ONZ do użycia siły dla wzmocnienia sankcji i implementacji rezolucji nr 875³⁶. W związku z rezolucją USA przedstawiły juncie ultimatum, wzywając ją do opuszczenia kraju. Ta swoista „oferta nie do odrzucenia” zmusiła juntę do rezygnacji i pozwoliła uniknąć bezpośredniej międzynarodowej interwencji. Problem został więc rozwiązany, ale wątpliwości co do prawnych podstaw interwencji w celu restytucji demokracji pozostały. Problem legitymizacji tego typu działań pojawił się także po interwencji USA w Iraku i obaleniu Saddama Husajna – zwłaszcza gdy zdezawuowane zostały inne argumenty służące jako podstawy interwencji.

Często nie mniejsze kontrowersje niż interwencja budzi jej brak. Sytuacja taka narastała wokół wojny domowej w Nigerii (Biafra, 1967–1970) oraz

³³ *The Kosovo report: Conflict, international response, lessons learned*, The Independent International Commission on Kosovo, Oxford University Press, New York 2000, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-the-kosovoreport.pdf> [dostęp: 3.09.2018]. Zob. też: D. Wippman, *Kosovo and the limits of international law*, "Fordham International Law Journal" 2001, vol. 25, nr 1, s. 129–146.

³⁴ A.D. Rotfeld, *Threats and challenges facing the United Nations in the new century*, [w:] *The United Nations: Threats and challenges in the 21st century*, red. S. Koziej, tłum. R. Adach et al., PWSBiA, Warszawa 2004, s. 19–24.

³⁵ M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, tłum. J.J. Gojło, Książka i Wiedza, Warszawa 2000, s. 596.

³⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 875 z 16.10.1993.

w ćwierć wieku później w Rwandzie, w związku z ostrymi walkami plemiennymi między Hutu i Tutsi, przemienionymi w krwawą rzeź, w wyniku której w latach 1991–1994 zginęły setki tysięcy ludzi. W 1993 r. RB ustanowiła misję obserwacyjną ONZ – UNOMUR (*United Nations Observer Mission Uganda-Rwanda*), nie doprowadziło to jednak do znaczącego uspokojenia sytuacji. Dopiero w maju 1994 r. Rada, świadoma mnożących się aktów ludobójstwa i zagrożeń dla pokoju międzynarodowego, rozpoczęła debatę na temat sytuacji w Rwandzie i zdecydowała się na wysłanie wojsk ONZ, w oparciu głównie o kontyngent i dowództwo francuskie³⁷. Doprowadziło to do utworzenia strefy bezpieczeństwa w południowo-zachodniej części Rwandy, a następnie, po pacyfikacji sytuacji, do zastąpienia sił francuskich – siłami Etiopii, Ghany i Zairu (Kongo). W lipcu 1994 r. wojna w Rwandzie została zakończona, ale problem spóźnionej interwencji pojawia się jak wyrzut sumienia w dyskusjach nad rolą ONZ i odpowiedzialnością za pokój i bezpieczeństwo, jakie w ramach RB ponoszą wielkie mocarstwa.

Obecnie jednym z największych wyzwań i problemów międzynarodowych jest wojna domowa w Syrii i jej skutki – zarówno dla ludności tego kraju (setki tysięcy zabitych i miliony osób zmuszonych do ucieczki), jak i dla obszarów przyległych. Zaangażowanie i interwencja mocarstw w ten konflikt wewnętrzny, czyli jego umiędzynarodowienie, raczej komplikuje sytuację w tym państwie i całym regionie niż przyczynia się do polepszenia losu ludności cywilnej i rozwiązania konfliktu.

Próba konkluzji

Problem interwencji humanitarnej jest jednym z największych dylematów społeczności międzynarodowej. Narasta on, w miarę jak problemy wewnętrzne, prowadzące do masowych naruszeń praw człowieka, w tym aktów ludobójstwa, coraz bardziej się umiędzynarodawiają, stwarzając zagrożenia dla bezpieczeństwa i pokoju międzynarodowego. Podstawowe kwestie to sprzeczność interwencji z zasadami suwerenności i nieinterwencji w wewnętrzne sprawy państw. Niezwykle jasno ujął to MTS w orzeczeniu z 1986 r. w sprawie *Nicaragua v. United States of America*:

Zasada nieinterwencji zakazuje wszystkim państwom [...] interweniować bezpośrednio lub pośrednio w sprawy wewnętrzne innego państwa. Interwencja zakazana dotyczy spraw, w stosunku do których zasada suwerenności pozwala każdemu państwu podejmować swobodne decyzje. Mają one również swobodę wyboru systemu politycznego, ekonomicznego, społecznego i kulturalnego [...]. Interwencja jest

³⁷ Co było, ze względu na wcześniejsze zaangażowanie Francji w regionie, rozwiązaniem kontrowersyjnym, ale skutecznym.

bezprawna, jeśli w stosunku do takiego wyboru, który powinien być swobodny, stosuje środki przymusu [...]”³⁸.

Orzeczenie MTS wyjaśnia jednoznacznie, w jakich warunkach interwencja może być legitymizowana:

Aby interwencja nie miała charakteru godnej potępienia interwencji w sprawy wewnętrzne innego państwa, nie tylko „pomoc humanitarna”³⁹, powinna ograniczać się do celów uświęconych praktyką Czerwonego Krzyża, a mianowicie „zapobiegania i ulżenia cierpieniu człowieka” i „ochrony życia i zdrowia i zapewnienia poszanowania jednostki ludzkiej”, powinna ona także z pewnością być udzielana bez dyskryminacji wszystkim osobom w potrzebie⁴⁰.

Niewiele, mimo upływu ponad 20 lat, zmieniło się, jeśli chodzi o aspekty prawne interwencji humanitarnej. Mimo iż w warunkach globalizacji następuje erozja tradycyjnego pojmowania suwerenności, normy zawarte w Karcie NZ pozostają bez zmian.

Wzrosła jednak, zwłaszcza po zakończeniu zimnej wojny, powszechna wrażliwość na naruszenie i ochronę praw człowieka – może jeszcze nie na całym globie, lecz na ogromnych jego obszarach. Dlatego też, choć trudno jeszcze mówić o uniwersalizacji zasady interwencji humanitarnej, będzie ona podejmowana i coraz częściej legitymizowana. Społeczność międzynarodowa musi jednak bacznie uważać, by nie stała się ona pretekstem do ingerowania silniejszych w wewnętrzne sprawy słabych.

Na potrzebę podejmowania interwencji humanitarnej w obliczu ciężkich naruszeń praw człowieka, okrucieństw i zbrodni, aczkolwiek zgodnie z prawem międzynarodowym i z upoważnienia Rady Bezpieczeństwa, wskazuje także Stolica Apostolska⁴¹. Współgra to z przyjętym w ramach debaty nad reformą ONZ 20 września 2005 r. Dokumentem końcowym Światowego Szczytu 2005 (Nowy Jork, 14–16 września 2005 r.). Art. 139 stwierdza, że:

społeczność międzynarodowa, poprzez Narody Zjednoczone, jest [...] zobowiązana do użycia wszelkich [...] środków pokojowych, w zgodzie z postanowieniami Rozdziału VI i VII Karty NZ, w celu pomocy w ochronie ludności przed ludobójstwem,

³⁸ Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 27.06.1986, „International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders” 1986, s. 98.

³⁹ W praktyce Trybunałowi chodziło o termin „interwencja humanitarna”. *Ibidem*, s. 115.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ J. Czaja, *Dyplomacja watykańska wobec integracji europejskiej i w rozwiązywaniu konfliktów międzynarodowych*, [w:] *Problemy społeczno-religijne świata na progu trzeciego tysiąclecia*, red. L. Łukaszuk, E. Śliwka, Fundacja Studiów Międzynarodowych, Fundacja Misyjno-Charytatywna Księża Werbistów im. bł. Józefa z Szantungu w Pieniężnie, Warszawa–Krynica Morska 2002, s. 199.

zbrodniami wojennymi, czystkami etnicznymi [...]. W tym kontekście wyrażamy swą gotowość do podjęcia, gdy środki pokojowe okazują się niewystarczające, [...] akcji zbiorowej, przeprowadzonej w odpowiednim czasie i w sposób zdecydowany, w ramach Rady Bezpieczeństwa i w zgodzie z postanowieniami Karty NZ [...] ⁴².

Interwencja humanitarna jest działaniem kontrowersyjnym, zarówno z punktu widzenia prawa międzynarodowego, jak i polityki międzynarodowej. Wyrażnie przeczy zasadom systemu ONZ i regułom prawa międzynarodowego, dla których porządek westfalski jest nadal ważny. Największymi oponentami tego typu interwencji są państwa naruszające prawa człowieka. To poważny sygnał dla społeczności międzynarodowej, dlatego też sprawą zajmowała się wspomniana Komisja ONZ. Trzeba też wziąć pod uwagę tworzącą się praktykę międzynarodową. Musi ona być jednak powszechna, nie wynikać zaś z prób ochrony na przykład interesów własnych obywateli, w oparciu o decyzję jednego państwa. Trzeba też brać pod uwagę, że nawet jeśli interwencja humanitarna miałaby stać się instytucją prawa międzynarodowego, to i tak nigdy nie mogłaby być przedsięwzięta wobec wielkiego mocarstwa. Jedno wydaje się bezsporne: interwencje podjęte w słusznej sprawie pozwoliłyby uratować wiele istnień ludzkich.

Abstract

Humanitarian intervention in international law and politics

Humanitarian intervention is understood as an action undertaken by international society, against the sovereign state, that is intended to alleviate extensive human suffering as mass murders, ethnic cleanings, acts of genocide, within the borders of this state. Such intervention is breaking the rules of Westphal Order, particularly the principles of sovereignty of states and non-intervention. Though humanitarian intervention do not necessarily requires the use of military force, because it could include for example impose of sanctions, the term intervention refers practically to situations in which military power is used. As such intervention, especially without authorization of UN Security Council, is against the main principle of International Law, is becoming a major focus of debate within governments, international organizations (UN for example), academic circles, especially among lawyers, political and moral philosophers. The doctrine of humanitarian intervention was widely criticized, both in cases in which intervention was undertaken (Somalia, Iraq and Afghanistan, Kosovo, Sierra Leone) and in the cases in which was relinquished (Biafra, Rwanda). The author of the article describes different aspects of that important question.

⁴² Dokument końcowy Światowego Szczytu 2005, UNIC Warsaw, http://www.unic.un.org.pl/szczyt2005/dokument_koncowy.php [dostęp: 25.10.2015].

Key words: humanitarian intervention, Westphalian order, principles of International Law, massive human rights violations, doctrine of humanitarian intervention, ethnic cleansing, acts of genocide

Streszczenie

Interwencja humanitarna w prawie i polityce międzynarodowej

Interwencja humanitarna w klasycznym rozumieniu jest działaniem militarnym przedsięwziętym przez społeczność międzynarodową (organizację międzynarodową, grupę państw, państwo) przeciw państwu i na jego obszarze, w celu przeciwdziałania dokonującym się tam ekstremalnym naruszeniom praw człowieka, w tym masowym mordom, czystkom etnicznym i ludobójstwu. Nie musi mieć jednak charakteru militarnego – może przybrać formę sankcji. Interwencja humanitarna jest sprzeczna z dwoma podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego: suwerenności i nieinterwencji, utrwalonymi w Europie wraz z pokojem westfalskim, zawartym w 1648 r. Prawo do interwencji humanitarnej (nawet bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ) jako moralna powinność społeczności międzynarodowej w sytuacjach brutalnych naruszeń praw człowieka lansowane jest zarówno przez doktrynę prawa międzynarodowego – lub jej część – jak i kształtowane równocześnie przez praktykę międzynarodową. Kwestia ta jest nadal przedmiotem debat politycznych, a także dyskusji wśród filozofów, prawników i organizacji pozarządowych. Podkreśla się wybiórczość podejmowania interwencji, które dokonywane są częściej na obszarach politycznych i gospodarczych interesów, np. na Bliskim Wschodzie (Irak, Afganistan, Syria), a rzadziej w regionach uznawanych z punktu widzenia takich interesów za mniej ważne (Biafra, Rwanda). Autor rozważa w artykule różne formalne i praktyczne aspekty interwencji humanitarnej.

Słowa kluczowe: interwencja humanitarna, porządek westfalski, zasada suwerenności, zasada nieinterwencji, masowe naruszenia praw człowieka, praktyka interwencji humanitarnej, czystki etniczne, akty ludobójstwa

Wojciech Cyrul

dr hab., Katedra Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Wiesław Hałucha

mgr, Konsul Honorowy Republiki Kazachstanu w Krakowie

Wybrane aspekty kulturowych uwarunkowań negocjacji prawniczych międzynarodowych kontraktów handlowych

Wprowadzenie

Globalizacja oraz specyfika międzynarodowych transakcji handlowych sprawiają, że prawnicy coraz częściej sami negocjują umowy w międzynarodowym i wielokulturowym środowisku lub wchodzą w skład delegacji handlowych negocjujących takie kontrakty. W obu przypadkach okazuje się, że rola i przydatność prawników w procesie negocjacji w znacznym stopniu zależą od ich kompetencji wykraczających poza wiedzę o zasadach funkcjonowania krajowych porządków prawnych. Negocjowanie i budowanie właściwych relacji między stronami wymaga często nie tylko wiedzy, wrodzonych predyspozycji i doświadczenia, ale także wielu umiejętności praktycznych – koniecznych zarówno do odpowiedniego przygotowania negocjacji, jak i do ich skutecznego prowadzenia¹. Oczywiście głównym zadaniem prawników w procesie negocjacji międzynarodowych transakcji handlowych pozostaje uwzględnienie różnic między systemami prawnymi stron biorących udział w transakcji oraz identyfikacja i prawidłowa ocena wszystkich czynników prawnych mogących wpłynąć na ważność umowy, na ustalenie zakresu wzajemnych zobowiązań stron oraz na pomyślność ich przyszłej współpracy. Od prawników

¹ Zagadnienie to pozostawiamy jednak poza zakresem naszych rozważań. Szerzej zob. H. Brdulak, J. Brdulak, *Negocjacje handlowe*, PWE, Warszawa 2000, s. 54; Z. Nęcki, *Negocjacje w biznesie*, Wydawnictwo PSB, Kraków 1995, s. 205; S. Bieleń, *Negocjacje w stosunkach międzynarodowych*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Warszawa 2013, s. 123.

biorących udział w negocjacjach handlowych oczekuje się przede wszystkim wyjaśnienia pozostałym członkom delegacji handlowych prawnych skutków składania w procesie negocjacji określonych oświadczeń. Na ich barkach spoczywa także obowiązek proponowania i sformułowania rozwiązań prawnych najbardziej odpowiednich dla stron umowy. Jednakże jeśli prawnicy mają się zaangażować bezpośrednio w negocjacje związane z międzynarodowymi transakcjami handlowymi, to powinni wiedzieć, jak na proces negocjacyjny oraz na ostateczny kształt porozumienia wpływają takie kwestie jak wewnętrzny kontekst negocjacji, potencjał negocjacyjny stron, założenia stron co do pożądanego wyniku negocjacji, priorytety negocjacyjne stron, cechy podmiotów bezpośrednio biorących udział w negocjacjach oraz istniejące relacje między negocjującymi stronami. Pełne zrozumienie tych kwestii wymaga od prawników także rozumienia oraz umiejętności dostrzegania wpływu, jaki na każdy z tych aspektów procesu negocjacyjnego wywierać mogą zarówno różnice kulturowe między osobami zaangażowanymi bezpośrednio w sam proces negocjacji, jak i kontekst kulturowy, w którym funkcjonują lub będą w przyszłości funkcjonować strony umowy. Prawnik uczestniczący w takich negocjacjach powinien posiadać umiejętności, które sprzyjać będą budowaniu właściwych relacji między stronami. Oznacza to, że powinien nie tylko działać jak osoba świadcząca profesjonalne usługi prawne, ale także jak profesjonalny negocjator – powinien umieć uwzględniać w swoich ocenach, działaniach i propozycjach nie tylko prawne uwarunkowania negocjacji, ale także ich kontekst polityczny, kulturowy, społeczny i psychologiczny. Uwrażliwienie prawników na te kwestie sprawi, że ich wiedza prawnicza będzie znacznie bardziej pomocna również podczas ustalania celów negocjacji, przygotowywania strategii negocjacyjnych, w dyskusjach dotyczących uchwał lub podczas sesji zamykających. Co najważniejsze, prawnik działający jako profesjonalny negocjator będzie mógł znacznie lepiej identyfikować źródła ewentualnych problemów, a tym samym będzie umiał przygotować skuteczne środki zaradcze oraz procedury eliminacji lub rozwiązania sporów. Bagatelizowanie szeroko rozumianych różnic kulturowych między negocjatorami lub stronami może prowadzić do niepotrzebnych nieporozumień, niewłaściwych wyborów co do metod perswazji lub technik negocjacyjnych – a zatem zagraża nie tylko sukcesowi negocjacji, ale może mieć także negatywne skutki dla treści lub ważności umowy. Tym samym można postawić tezę, że znajomość kontekstu prawnego i kulturowego uczestników negocjacji zarówno zwiększa efektywność samego procesu negocjacyjnego, jak i zmniejsza ryzyko biznesowe i prawne transakcji.

W niniejszym artykule podjęto próbę identyfikacji podstawowych barier kulturowych, z jakimi prawnicy spotykają się w międzynarodowych transak-

cjach handlowych. Jego podstawowym celem jest uzasadnienie twierdzenia, że świadomość różnic kulturowych oraz wrażliwość na kontekst kulturowy to kluczowa kompetencja prawników biorących udział w negocjacjach międzynarodowych kontraktów handlowych. Brak tej świadomości oraz nieuwzględnianie kontekstu kulturowego stron biorących w negocjacjach oraz przyszłego kontekstu funkcjonowania umowy może prowadzić do bardzo poważnych konsekwencji zarówno prawnych, jak i biznesowych.

Modele negocjacji

Nie ulega wątpliwości, że o wiele łatwiej jest komunikować się z osobą, która rozumie mentalność i szanuje inność rozmówców. Jednak podczas negocjacji inność jest często ukryta pod pozornymi podobieństwami lub niedostrzegana z powodu niewiedzy. Negocjatorzy często nie są świadomi, kiedy, z kim, o czym, dlaczego i w jakiej kolejności powinni negocjować. Kwestie te należy rozważyć już w fazie przygotowawczej negocjacji i konsekwentnie realizować zarówno przy stole negocjacyjnym, jak i poza nim. Analiza podobieństw i różnic kulturowych między rozmówcami może pomóc nie tylko lepiej ocenić i przewidzieć krótko- i długoterminowe cele drugiej strony oraz jej pozycję, ale także nam samym lepiej zrozumieć nasze mocne i słabe strony w świetle naszych własnych celów. Właściwa diagnoza kontekstu kulturowego negocjacji ma więc znaczenie nie tylko przy definiowaniu skutecznej strategii negocjacyjnej, ale także przy ustalaniu celów negocjacji oraz przy podejmowaniu decyzji, czy w ogóle sensowne jest ich rozpoczynanie. Ostatecznie przecież w negocjacjach nie chodzi tylko o to, co chcemy osiągnąć, ale także o to, czego chcemy uniknąć. Niestety istniejące modele negocjacji zdają się ignorować tę kwestię – mają raczej na celu uwypuklenie procesowych wzorców działań immanentnych w negocjacjach² lub ustalenie zasad prowadzenia skutecznych negocjacji³. Nawet te podejścia, które starają się zidentyfikować naturę negocjacji⁴, abstrahują od kulturowych determinant procesów negocjacyjnych. Oczywiście można podać szereg powodów uzasadniających takie podejście. Kultura nie jest ani konsekwentna, ani dobrze określona⁵,

² Zob. A. Douglas, *Industrial peacemaking*, Columbia University Press, New York 1962; P.H. Gulliver, *Disputes and negotiations: A cross-cultural perspective*, Academic Press, New York 1979; A.L. Strauss, *Negotiations: Varieties, contexts, processes, and social order*, Jossey-Bass, San Francisco 1978.

³ Por. R. Fisher, W.L. Ury, B. Patton, *Getting to Yes: Negotiating agreement without giving in*, Penguin Books, New York 1991.

⁴ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Sztuka negocjacji prawniczych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

⁵ S.E. Weiss, *Teaching the cultural aspects of negotiations: A range of experiential techniques*, „Journal of Management Education” 2003, vol. 27, s. 96–121.

jawi się często jako zjawisko tautologiczne, niejasne i epifenomenalne⁶. Co więcej, w perspektywie krótkoterminowej kultura powinna być postrzegana jako struktura wpływająca na zachowanie człowieka, podczas gdy w dłuższej perspektywie jest to dynamiczne zjawisko społeczne⁷. Bez względu jednak na wszelkie kłopoty związane z definicją kultury, faktem jest, że w różnych kręgach kulturowych funkcjonują często nie tylko odmienne założenia na temat tego kiedy, jak, z kim i o czym można prowadzić negocjacje, ale także co do tego, czym w ogóle są negocjacje i jaka jest ich rola. Podobnie rzecz ma się ze znaczeniem, statusem prawnym i funkcją składanych w trakcie negocjacji oświadczeń i deklaracji oraz zawartej w wyniku negocjacji umowy. Próby abstrahowania od kulturowych uwarunkowań procesów negocjacyjnych w przypadku międzynarodowych kontraktów handlowych należy więc uznać raczej za wadę, a nie zaletę zarówno procesowych, jak i etapowych modeli negocjacyjnych. Oba te typy modeli koncentrują się na wspólnych wzorcach oraz na istniejących prawidłowościach interakcji w negocjacjach, niezależnie od ich kontekstu lub kwestii będących przedmiotem sporu⁸. Przy czym w modelach procesowych negocjacje definiowane będą jako proces, w którym informacje są wymieniane cyklicznie, przez co następuje dostosowanie oczekiwań i preferencji zaangażowanych stron⁹, a modele etapowe ujmują negocjacje jako serie następujących po sobie faz. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że modele etapowe mogą przyjąć formę modeli rozwojowych lub modeli tradycyjnych. Modele rozwojowe próbują opisać etapy, które pojawiają się w procesie negocjacji od początku do końca sporu. Dobrymi przykładami są tu model fazowy negocjacji Ann Douglas i model negocjacyjny Philipa H. Gullivera. Pierwszy z nich wyróżnia w procesie negocjacyjnym trzy podstawowe fazy: fazę ustalenia zakresu negocjacji, w ramach którego należy zawrzeć umowę, fazę poszukiwania znaków domniemanej zgody oraz fazę przezwyciężania kryzysów decyzyjnych, kiedy to negocjatorzy po konsultacji ze swoimi zleceńodawcami podejmują próby zawarcia umowy¹⁰. Drugi model obejmuje aż osiem faz: poszukiwanie areny negocjacji, sformułowanie porządku obrad

⁶ Szerzej zob. I.W. Zartman, *A skeptic's view*, [w:] *Culture and Negotiation: The Resolution of Water Disputes*, red. G.O. Faure, J.Z. Rubin, SAGE Publications, Thousand Oaks, CA 1993, s. 17.

⁷ G.O. Faure, G. Sjöstedt, *Culture and negotiation: An introduction*, [w:] *Culture and Negotiation: The Resolution...*, s. 5;

⁸ P.H. Gulliver, *op. cit.*, s. 64.

⁹ Dobrym przykładem modelu cyklicznego jest model konwergencji koncesyjnej J.Z. Rubina, zgodnie z którym konwergencję w negocjacjach można osiągnąć poprzez serię stopniowych koncesji zaangażowanych stron, zob. J.Z. Rubin, *Models of conflict management*, „Journal of Social Issues” 1994, vol. 50, nr 1, s. 33–45.

¹⁰ G. Kennedy, *Kennedy on Negotiation*, Gower Publishing Ltd, Aldershot 1997, s. 28.

i wstępne zdefiniowanie problemów, określanie maksymalnych limitów dla spraw spornych, zawężanie różnic, przygotowanie do ostatecznych negocjacji, ostateczne negocjacje, rytualne potwierdzenie wyniku oraz wykonanie umowy¹¹. W istocie więc model Gullivera obejmuje nie tylko negocjacje *sensu stricto*, ale również etap prenegocjacyjny i postnegocjacyjny¹².

W przeciwieństwie do powyżej omawianych modeli negocjacji, które tylko wyjaśniają, co ludzie robią, gdy negocjują, modele tradycyjne próbują uogólnić empiryczne obserwacje procesów negocjacyjnych w celu sformułowania zestawów instrukcji dotyczących tego, co należy zrobić, aby negocjować skutecznie. W konsekwencji często odwołują się one do antagonistycznego podejścia do negocjacji, w którym strony dążą do maksymalizacji swoich zysków. Modele tradycyjne, zwane także konwencjonalnymi lub dystrybucyjnymi, opierają się na założeniu, że negocjacje są grą o sumie zerowej, w której strony są postrzegane jako przeciwnicy, robiący wszystko, aby przekonać drugą stronę do zaakceptowania własnych propozycji¹³. Chociaż modele tradycyjne niekoniecznie omawiają zasady leżące u podstaw działań podejmowanych podczas negocjacji, to jednak zasadniczo opierają się na założeniu instrumentalnej racjonalności. W rezultacie, modele tradycyjne mają charakter preskryptywny, a nie deskryptywny. Widać to dobrze na przykładzie modelu negocjacji Gavina Kennedy'ego, który w pierwotnej wersji obejmował osiem zaleceń: przygotuj się, przekonuj, sygnalizuj, proponuj, zapakuj, targuj się, zakończ, podpisz¹⁴. Później model został zmodyfikowany do modelu czterofazowego: przygotuj się, rozmawiaj, proponuj, targuj się – a każda faza została powiązana z precyzyjnie określonym zadaniem. Faza przygotowań – z zadaniem ustalenia, czego sami chcemy, faza rozmowy – określenia, czego chcą inni, faza propozycji – ustalenia, z których postulatów możemy zrezygnować, natomiast faza targu ma służyć ustaleniu, z czego zrezygnować może druga strona¹⁵.

Praktyczny charakter modeli tradycyjnych sprawia, że bywają one mylone z modelami opartymi na regułach. Zasadniczo jednak modele oparte na regułach nie koncentrują się ani na wzorcach negocjacji, ani na ich przebiegu, lecz na zasadach, które powinny rządzić procesem negocjacji. Ponadto, w przeciwieństwie do modeli tradycyjnych (które nie zakładają żadnego konkretnego

¹¹ P.H. Gulliver, *op. cit.*, s. 82.

¹² Zob. S. Stanek, T. Wachowicz, *Negocjacje w dobie Internetu*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 138: *Autonomiczne systemy w negocjacjach*, s. 11.

¹³ J. Kelleher, *Review of traditional and collaborative models for negotiation*, „Journal of Collective Negotiations” 2000, vol. 29, nr 4, s. 321–335.

¹⁴ G. Kennedy, *op. cit.*, s. 36.

¹⁵ *Ibidem*, s. 43; por. J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 38.

kryterium dobrych negocjacji) efektywność negocjacji jest w nich powiązana z zestawem zasad, którymi powinni kierować się negocjatorzy¹⁶. Można więc powiedzieć, że o ile tradycyjne modele negocjacji podkreślają, co należy zrobić, o tyle modele oparte na regułach koncentrują się na tym, jak należy to zrobić. Oba te aspekty starali się połączyć Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek w swoich modelach negocjacji prawniczych¹⁷. Po przeanalizowaniu procesu negocjacji prawniczych pod kątem celu negocjacji, strategii negocjacyjnych, przestrzeni negocjacyjnej oraz wiedzy tła, Stelmach i Brożek zaproponowali trzy konkurencyjne modele negocjacji: argumentacyjny, retoryczny i ekonomiczny. Zgodnie z modelem argumentacyjnym negocjacje prawnicze powinny prowadzić do etycznie akceptowalnych wniosków. Tutaj strony są zobowiązane do osiągnięcia sprawiedliwego i słusznego wyniku. Dlatego uczestnicy negocjacji w tym modelu powinni akceptować pewne zasady proceduralne. Zasady te nie są związane z żadną konkretną sytuacją, określają jednak sposoby komunikacji i działania, które muszą być przestrzegane, niezależnie od sprzecznych interesów stron, aby negocjacje i osiągnięte w nich porozumienie mogły podnosić roszczenie do ważności¹⁸. O ile model argumentacyjny oparty jest na kryterium słuszności, o tyle model retoryczny odwołuje się do kryterium skuteczności. Oznacza to, że w modelu retorycznym strony powinny działać w sposób, który ma im pozwolić skutecznie osiągnąć zaplanowany efekt. W tym modelu prowadzenia negocjacji nie chodzi ani o sprawiedliwość, ani o efektywność ekonomiczną, ale o maksymalizację indywidualnych celów, nawet jeśli są one niesprawiedliwe, nieekonomiczne lub irracjonalne¹⁹. Natomiast model ekonomiczny zakłada, że negocjacje są metodą, dzięki której każda z uczestniczących stron może poprawić swoją funkcję użyteczności i osiągnąć ekonomicznie efektywny rezultat. Celem negocjacji prawniczych w tym modelu jest osiągnięcie przez strony kompromisu, który będzie realizował ich interesy w stopniu wyższym niż to, czego można oczekiwać od rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym.

Chociaż powyższe modele negocjacji prawniczych opierają się na różnych kryteriach epistemologicznych i metodologicznych, mają jednak co najmniej jedną wspólną cechę – wszystkie zaniedbują kulturowy aspekt negocjacji. Cecha ta jest o tyle ważna, że może wpływać na aplikacyjność poszczególnych modeli, a więc na możliwość wykorzystania ich zasad w konkretnych negocjacjach. Co więcej, ich filozoficzna abstrakcyjność sprawia, że żaden z omawianych modeli nie ma wiele do powiedzenia na temat spraw tak istotnych

¹⁶ Zob. R. Fisher, W.L. Ury, B. Patton, *op. cit.*, s. 15.

¹⁷ J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 31.

¹⁸ *Ibidem*, s. 43.

¹⁹ *Ibidem*, s. 77.

jak chociażby styl negocjacji oraz ich otoczenie prawne i biznesowe. Postulat uwzględnienia w modelach negocjacji prawniczych kwestii stylu negocjacji jest o tyle istotny, że styl negocjacji może wpływać na sposób realizacji i znaczenie zasad negocjacji proponowanych w poszczególnych modelach. Należy bowiem pamiętać, że to właśnie różnice kulturowe powodują, że negocjatorzy pochodzący z określonych kręgów kulturowych przyjmują swoiste dla tych kręgów style negocjacji, zgodne z obowiązującymi w tych kulturach wzorcami zachowań. Kompromis, dominacja, dostosowanie się, unikanie lub negocjacje integratywne – każdy z tych podstawowych stylów negocjacji wyraża nie tylko kulturę negocjatorów, ale także w różnym stopniu akceptowany jest w różnych obszarach kulturowych. Oznacza to, że istnieje silny związek między kulturą, w której funkcjonuje dana osoba, a jej stylem negocjacyjnym oraz że styl negocjacyjny może mieć znaczenie dla oceny sprawiedliwości, skuteczności i ekonomicznej efektywności zarówno samych negocjacji, jak i osiągniętego w nich rezultatu. Również zasadne jest uwzględnienie w modelach negocjacji prawniczych kwestii otoczenia prawnego i biznesowego – przede wszystkim dlatego, że w wielu porządkach prawnych proces negocjacji kontraktów jest regulowany prawnie. Widać to chociażby w kontekście negocjacji w międzynarodowych transakcjach handlowych, gdzie regulacje prawne oddziałują na przebieg procesu negocjacji na jego poszczególnych etapach, chociażby ze względu na regulacje dotyczące zasad funkcjonowania podmiotów międzynarodowych w procesie negocjacji, problematyki prawa właściwego i kwestii związanych z zawieraniem umowy i jej formą. Prawo określa również status negocjacji, zakres swobody negocjacyjnej stron, dopuszczalne sposoby zapraszania do negocjacji oraz formy zawierania porozumień w sprawie prowadzenia negocjacji²⁰. Prawo bardzo często określa również zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w fazie przedkontraktowej w związku z prowadzeniem negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów²¹. Nie należy zapominać również o tym, że sam proces negocjacji może mieć wpływ na późniejszą interpretację oświadczeń woli stron. Kultura i prawo, które jest jej szczególnym wyrazem, determinują działania, status i role stron oraz podmiotów biorących bezpośredni udział w negocjacjach. Determinują one także rodzaje oraz zakres rozpoznawanych i chronionych interesów, a także źródła ważności i moc wiążącą osiągniętego porozumienia. Ponieważ modele Brożka i Stelmacha sprowadzają kulturowy aspekt negocjacji prawniczych do wiedzy tła, nie uwzględniają w sposób adekwatny roli różnic kulturowych. Jak bowiem słusznie zauważa Stephen E. Weiss, w przeciwieństwie do osób

²⁰ Art. 71–71¹ k.c.

²¹ Art. 72 §2 k.c.

negocjujących w obrębie jednej kultury, negocjatorzy działający w środowisku międzykulturowym nie mogą przyjąć za rzecz oczywistą wspólnej wiedzy i praktyki²². Chociaż modele te mogą być pomocne w wyjaśnianiu fenomenu negocjacji prawniczych kontraktów handlowych prowadzonych w ramach jednej kultury, to jednak w przypadku negocjacji prawniczych międzykulturowych powinny zostać wzbogacone o zasady, które uwrażliwią prawników na kulturowe uwarunkowania wielu zjawisk w negocjacjach – w tym w szczególności na kulturowe uwarunkowania znaczenia i funkcjonowania instytucji prawnych oraz praktyki prawniczej.

Kultury negocjacji

Modele negocjacji, które zaniedbują rolę odrębności kulturowej, mają niewiele do powiedzenia o stylach negocjacji i o kulturowych wzorcach zachowań negocjacyjnych. Ponadto uogólnienie i abstrahowanie od podstaw kulturowych grozi teoretyczną nieadekwatnością opisu negocjacji, który może być mało pomocny w praktyce negocjacji międzynarodowych kontraktów handlowych. Ostatecznie przecież kultura jest wynikiem wspólnoty doświadczeń, religii, wspólnych wartości, przekonań, postaw, znaczeń, wiedzy, organizacji społecznych, procedur, ról, relacji czasoprzestrzennych, koncepcji wszechświata i czasu, a także materialnych przedmiotów i dóbr nabywanych, tworzonych i przekazywanych z pokolenia na pokolenie poprzez indywidualne i grupowe wysiłki i interakcje²³. Trafny opis i wyjaśnienie specyfiki kulturowej lokalnych norm, określających sytuacje i scenariusze negocjacji oraz pozycje i role, jakie odgrywają w ich trakcie prawnicy, wymaga włączenia tych zagadnień w obszar teoretycznej refleksji nad negocjacjami prawniczymi. Jak już wspomniano, zakres sytuacji i możliwych scenariuszy negocjacji prawniczych w dużej mierze zależy nie tylko od charakteru lub znaczenia negocjowanych spraw, ale także od norm prawnych i społecznych, które mogą regulować zarówno przedmiot, zakres i strukturę negocjacji, jak i obowiązki oraz prawa stron. Na przykład w niektórych systemach prawnych istnieją zasady profesjonalnego postępowania, które określają rolę i obowiązki adwokatów lub radców prawnych biorących udział w negocjacjach, a w innych systemach rola profesjonalnych prawników w negocjacjach jest prawnie nieokreślona. Ponadto, w niektórych przypadkach, jak np. w negocjacjach międzynarodo-

²² S.E. Weiss, *Negotiating with „Romans” – Part 2*, „Sloan Management Review” 1994, vol. 35, nr 3, s. 85.

²³ Zob. Ch Moore, P. Woodrow, *Mapping cultures: Strategies for Effective Intercultural Negotiations*, [w:] *Second Track / Citizens' Diplomacy: Concepts and Techniques for Conflict Transformation*, red. J. Davies, E. Kaufman, Rowman & Littlefield Publishers, Oxford 2002, s. 150.

wych, struktura negocjacji jest wysoce sformalizowana, podczas gdy w codziennych negocjacjach jest ona bardzo niewyraźna. Mając to wszystko na uwadze, warto bliżej przyjrzeć się głównym kulturom negocjacyjnym.

Możliwe jest określenie wspólnych wzorców postaw i zachowań charakterystycznych dla poszczególnych grup (choć należy pamiętać, że są ludzie, którzy różnią się od normy), a tym samym – mówienie o specyficznych kulturach negocjacji. Jedną z najbardziej wpływowych kategoryzacji kultur negocjacji przedstawił Richard R. Gesteland. Uznał, że w transakcjach handlowych spotkać można najczęściej kilka podstawowych typów kultur negocjacyjnych. Na podstawie przeprowadzonych analiz odróżnił kultury protransakcyjne i propartnerskie, ceremonialne i nieceremonialne, monochromiczne i polichromiczne oraz kultury ekspresyjne i powściągliwe²⁴.

Odróżnienie kultur protransakcyjnych od propartnerskich oparte jest na kryterium czasu inwestowanego w relacje międzyludzkie oraz w realizację zadań. Kultury protransakcyjne cechuje nastawienie na realizację zadania i osiągnięcie określonego wyniku, natomiast kultury propartnerskie podkreślają znaczenie budowania długotrwałych, przyjaznych relacji, opartych na wzajemnym zaufaniu²⁵. Pierwszy typ obejmuje Europę nordycką i germańską, Amerykę Północną, Australię i Nową Zelandię. Drugi typ jest charakterystyczny dla świata arabskiego, większości Afryki, Ameryki Łacińskiej i Azji. Pomiędzy nimi znajdują się tzw. kultury umiarkowanie protransakcyjne, do których zalicza się m.in. Wielką Brytanię, RPA, Europę Łacińską, Europę Środkową i Wschodnią. Różnice między kulturami należącymi do tych dwóch typów ujawniają się w szczególności w przyjmowaniu przez nie odmiennych założeń co do roli negocjacji, akceptowanych strategii negocjacyjnych, przebiegu procesu negocjacyjnego itp. Na przykład w kulturach protransakcyjnych negocjacje mogą się rozpocząć pomimo braku jakichkolwiek wcześniejszych relacji między stronami. Natomiast w kulturach propartnerskich rozpoczęcie negocjacji wymaga istnienia jakiegoś związku między stronami, a jeśli go nie ma – potrzebne jest wprowadzenie przez stronę trzecią. Co więcej, w kulturach propartnerskich trzeba zainwestować znacznie więcej czasu w stworzenie klimatu zaufania, bez którego negocjacje nie mogą się rozpocząć. W praktyce podkreśla to znaczenie kontaktu bezpośredniego oraz nawiązania osobistej relacji między stronami negocjacji, co nie jest wymagane w kulturach protransakcyjnych. Z punktu widzenia negocjacji prawniczych

²⁴ Zob. R.R. Gesteland, *Cross-cultural business behavior: A guide for global management*, Copenhagen Business School Press, Copenhagen 2012, s. 25.

²⁵ Szerzej zob. D. Simpson, *Modele analizowania różnorodności kulturowej w biznesie międzynarodowym*, „Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego” 2012, nr 31, s. 602.

rozdzielenie to jest ważne, ponieważ podczas gdy kultury protransakcyjne opierają się na umowach pisemnych, a w przypadku konfliktu przyjmowane jest podejście bezosobowe i legalistyczne, w kulturach propartnerskich ludzie polegają bardziej na osobistych kontaktach niż na prawnikach. Wyjaśnia to, dlaczego w kulturach propartnerskich prawnicy zasadniczo nie zasiadają bezpośrednio przy stole negocjacyjnym.

Odróżnienie kultur formalnych i nieformalnych możliwe jest na podstawie oceny roli, jaką w negocjacjach odgrywa status społeczny stron, hierarchia, władza i szacunek, jakim się cieszą. Kultury nieformalne cenią sobie równość – w przeciwieństwie do formalnych, w których podkreśla się znaczenie protokołu i etykiety oraz przywiązuje się dużą wagę do hierarchii i różnic w statusie społecznym lub zawodowym. Z tych powodów w kulturach ceremonialnych zwraca się uwagę na skład osobowy delegacji i dlatego prowadzenie negocjacji w takim kontekście wymaga, aby jeszcze w fazie przygotowawczej określić status społeczny i zawodowy negocjatorów, w celu uniknięcia zarzutu braku szacunku lub lekceważenia drugiej strony. Zdaniem Gestelanda nieformalna kultura negocjacji jest charakterystyczna dla takich krajów jak Australia, Kanada, Dania, Islandia, Nowa Zelandia, Norwegia i USA, formalna – dla większości krajów azjatyckich i europejskich, świata arabskiego i krajów Ameryki Łacińskiej.

Innym ważnym czynnikiem, który pozwala na rozróżnienie kultur negocjacyjnych, jest koncepcja czasu i jego roli w negocjacjach. Zgodnie z tym kryterium Gesteland dzieli kultury na kultury sztywnego czasu (*ridig-time*) i kultury płynnego czasu (*fluid-time*). Rozróżnienie to odpowiada podziałowi E.T. Halla na kultury monochroniczne i polichroniczne²⁶. Te pierwsze są obsesyjnie skoncentrowane na harmonogramach, planowaniu i punktualności, podczas gdy te drugie podchodzą do tej kwestii znacznie swobodniej. Przedstawiciele kultur polichronicznych nie przywiązują dużej wagi do harmonogramów i ich terminowej realizacji. Pierwszy rodzaj reprezentują kultury nordyckie i germańskie, kraje Ameryki Północnej i Japonia, drugi – świat arabski, większość krajów afrykańskich oraz południowa i południowo-wschodnia Azja. Między tymi dwoma skrajnościami można ułożyć kraje reprezentujące kulturę umiarkowanie monochroniczną. Wyróżniającą cechą negocjacji w kulturach monochronicznych jest to, że mają one tendencję do postępowania po kolei według uzgodnionej agendy, dopuszcza się jedynie niewielkie odchylenia od planu. W kulturach polichronicznych znacznie

²⁶ E.T. Hall, *Monochronic and polychronic time*, [w:] *Intercultural Communication: A Reader*, red. L.A. Samovar, R.E. Porter, E.R. McDaniel, s. 313.

mniej uwagi poświęca się porządkowi obrad, natomiast dużo bardziej dba się o to, aby każdy z uczestników mógł się wypowiedzieć.

W każdej kulturze funkcjonują odmienne normy komunikacji międzyludzkiej. Każda zakłada różne kody werbalne i niewerbalne, czasami zupełnie przeciwne. Na przykład Europejczycy zakładają intensywny kontakt wzrokowy podczas negocjacji, podczas gdy większość kultur azjatyckich zakłada pośredni kontakt wzrokowy. O ile w świecie arabskim i regionie śródziemnomorskim fizyczny kontakt jest akceptowany i może być intensywny, o tyle w Azji, północnej, środkowej i wschodniej Europie odległość fizyczna powinna być utrzymana, a kontakt fizyczny, jak np. dotykanie, obejmowanie lub całowanie – ograniczony. Jak widać, z punktu widzenia negocjacji niezwykle ważne jest określenie akceptowalnego przez ich uczestników stylu komunikacji. Na podstawie kryterium stylu negocjacji Gesteland wprowadził podział kultur na ekspresyjne i powściągliwe. Przedstawiciele tych pierwszych komunikują się w sposób emocjonalny, gestykulując i wykorzystując mowę ciała. Dla przedstawicieli kultur powściągliwych taki styl komunikowania się jest zazwyczaj nie do zaakceptowania, może budzić w nich dyskomfort, a nawet lęk. Do pierwszego rodzaju kultur można zaliczyć kraje basenu Morza Śródziemnego oraz kraje Ameryki Łacińskiej, do drugiego – wschodnią i południowo-wschodnią Azję, a także Europę nordycką i germańską. Między nimi można umieścić kraje o zmiennej ekspresji kulturowej, jak np. Kanada, USA czy kraje Europy Wschodniej.

Barriere kulturowe w negocjacjach prawniczych

Krótkie spojrzenie na literaturę dotyczącą negocjacji pokazuje, że modele negocjacji prawniczych stanowią jedynie adaptacje omówionych powyżej ogólnych modeli negocjacji²⁷. Chociaż starano się właściwie uchwycić w nich prawny aspekt negocjacji, to jednak przyjmują pewną szczególną i raczej ograniczoną wizję, charakterystyczną dla nowoczesnych społeczeństw przemysłowych lub postindustrialnych, opartych na wartościach kultury zachodniej. Ponadto większość literatury dotyczącej negocjacji prawniczych jest nie tylko „skażona” zachodnimi koncepcjami prawa, ale także silnie związana z porządkami prawnymi tego regionu świata. Nic więc dziwnego, że kwestia barier kulturowych

²⁷ Zob. G.R. Williams, *Legal negotiation and settlement*, West Publishing Co., St. Paul, MN 1983; M.K. Schoenfeld, R.M. Schoenfeld, *Legal negotiations: Getting maximum results*, Shepard's/McGraw-Hill, Colorado Springs, CO 1988; D.G. Gifford, *Legal negotiations: theory and practice*, Thomson/West, St. Paul, MN 2007; L.L. Teply, *Legal negotiations: In a nutshell*, West Academic Publishing St. Paul, MN 2016; Ch.B. Craver, *Effective legal negotiation and settlement*, LexisNexis, New York 2012.

jest w modelach negocjacji prawniczych traktowana jedynie marginalnie – jeśli w ogóle. Gdy jednak weźmiemy pod uwagę chociażby wspomniane powyżej różnice między różnymi kulturami negocjacyjnymi, łatwo zauważyć, że mogą one nie tylko utrudnić prawnikom osiągnięcie powodzenia w negocjacjach, ale także mogą nieść implikacje prawne. Dlatego też zasadne wydaje się podjęcie próby określenia czynników kulturowych, które prawnicy powinni uwzględniać podczas negocjowania kontraktów handlowych.

Dla prawnika problem różnic kulturowych w negocjacjach prawniczych zazwyczaj ogranicza się do różnic między systemami prawnymi lub kulturami prawnymi negocjujących stron. Znacznie trudniej jest prawnikom dostrzec i zrozumieć to, że z pozoru podobne regulacje ze względu na różnice w kontekście ich funkcjonowania mogą skrywać istotne różnice. Co więcej, analiza tekstów prawnych bez wglądu w kulturę prawną i społeczną określonych państw lub społeczności może uniemożliwić skuteczne prowadzenie negocjacji, zawarcie umowy lub polubowne zakończenie sporu. Oczywiście szczegółowa prezentacja roli uwarunkowań kulturowych w negocjacjach prawniczych wymaga znacznie obszerniejszej analizy i przekracza zakres niniejszego opracowania. Ograniczamy się więc jedynie do omówienia kilku reprezentatywnych przykładów problemów, z jakimi prawnicy spotykają się w trakcie negocjacji w środowisku wielokulturowym.

Pierwszy i prawdopodobnie najważniejszy problem, z jakim w praktyce negocjacyjnej przychodzi się nam zmierzyć, wynika z faktu, że różne porządki prawne w odmienny sposób definiują negocjacje – ich rolę, zakres, znaczenie i funkcje. Różnice mogą być naprawdę daleko idące. Wystarczy zauważyć, że podczas gdy w zachodnich kulturach negocjacje dokonują się po prostu między ludźmi, w innych kulturach nie jest to takie oczywiste²⁸. W kontekście międzynarodowym problem jest jeszcze trudniejszy, ponieważ różne kultury prawne mogą przyjmować nie tylko odmienne paradygmaty negocjacji, ale także zakładać odmienne koncepcje prawa. Na przykład, podczas gdy we współczesnych kulturach prawnych państw Zachodu, z pewnymi zastrzeżeniami, prawo definiuje się jako zbiór reguł i zasad ustanowionych lub uznanych przez organy państwa, w kulturach prawnych państw afrykańskich i azjatyckich prawo znacznie częściej wiąże się z zasadami zwyczajowymi lub przyjętą praktyką. Nic więc dziwnego, że negocjatorzy wywodzący się z różnych kręgów kultury prawnej mogą wnieść do stołu negocjacyjnego różne założenia dotyczące tego, czym są negocjacje prawnicze, kto jest uprawniony

²⁸ Szerzej zob. G.O. Faure, *Introduction*, [w:] *How People Negotiate. Resolving Disputes in Different Cultures*, red. G.O. Faure, Springer, Dordrecht 2003, s. 1–17 (*Advances in Group Decision and Negotiation*, vol. 1).

do negocjacji, jakie są prawa i obowiązki stron negocjacji lub ich przedstawicieli, jakie zasady muszą być przestrzegane, a które można zignorować, jakie są konsekwencje prawne konkretnego działania lub oświadczenia, jaki będzie status prawny wyniku negocjacji itp. Zachodni prawnicy często zapominają, że negocjacje prawnicze, nawet we współczesnych społeczeństwach, stanowią formę rytualnych praktyk społecznych. Wiele z tych rytuałów jest regulowanych przez normy pozaprawne, które mimo to mogą legitymizować działania strony, sam proces negocjacji lub jego wynik. Ponadto rytuały te spełniają wiele ważnych funkcji podczas negocjacji. Na przykład umożliwiają podmiotom utrzymanie konfliktu w określonych granicach i pomagają zapewnić poparcie społeczne niezbędne do realizacji porozumienia²⁹. Znajomość takich rytuałów jest kluczowym czynnikiem zapewniającym negocjacjom skuteczność, a także ważność. Brak takiej wspólnej wiedzy tła stanowi więc poważną przeszkodę w negocjacjach.

Innym ważnym czynnikiem, który należy wziąć pod uwagę przy negocjacjach, jest fakt, że różne kultury prawne w różny sposób definiują naturę problemów prawnych. Co więcej, chociaż podobne problemy można rozpoznać w różnych porządkach prawnych, to jednak mogą one mieć różny status prawny i być zupełnie odmiennie uregulowane. Ewentualne podobieństwa mogą być pozorne, a zatem prowadzić będą do poważnych nieporozumień. Podczas negocjowania kwestii prawnych w kontekście międzykulturowym należy również pamiętać o możliwych różnicach w przyjmowanych przez różne strony założeniach co do przebiegu i struktury procesu negocjacyjnego. Negocjacje nie są przecież chwilowymi zdarzeniami, ale dobrze przygotowanymi procesami, w których każda faza ma określoną funkcję. Powiązanie konkretnych negocjacji z określonym modelem kulturowym może negatywnie wpłynąć na ich wynik. Innymi słowy, jeśli nie ma wspólnej percepcji reguł gry, mała jest szansa na osiągnięcie zadowalającego wyniku.

Istotność struktury negocjacji dobrze widać w negocjacjach międzynarodowych, gdzie podpisanie traktatu lub umowy zawsze poprzedzone jest starannie wykonaną procedurą. Składa się ona z trzech głównych faz. Pierwsza to faza wstępnych negocjacji, której funkcją jest zdiagnozowanie sytuacji. Na tym etapie gromadzone są informacje konieczne do podjęcia decyzji, czy można rozpocząć negocjacje. Dopiero gdy decyzja jest pozytywna, przedstawiciele stron opracowują program negocjacji. Na drugim etapie opracowywane są ramy porozumienia. Zadaniem w tej fazie jest określenie interesów negocjujących stron. W przypadku sprzecznych interesów szuka się konstruktywnych możliwości ich rozstrzygnięcia. Ten etap kończy się listem intencyjnym lub

²⁹ *Ibidem*, s. 184.

proponowanym projektem umowy. Ostatnia faza poświęcona jest określeniu szczegółów umowy. Na tym etapie przeprowadzane są analizy techniczne, ekonomiczne i finansowe proponowanych rozwiązań, sporządzana jest dokumentacja negocjacji i przygotowywane jest ostateczne porozumienie.

Struktura negocjacji zależy również od ich kontekstu, dlatego tak ważne jest zrozumienie jego roli. Różne kultury tworzą nie tylko określony kontekst negocjacji, ale przypisują konkretnym elementom konkretne znaczenie – dlatego wybór np. daty rozpoczęcia czy lokalizacji negocjacji może wpłynąć na sam proces oraz gotowość stron do podjęcia rozmów.

Kolejna bariera wynika z koncepcji i funkcji czasu przyjmowanych przez strony. Różnice kulturowe w tym zakresie mogą mieć poważne konsekwencje. Najbardziej oczywisty, praktyczny problem wynika z różnic czasowych między geograficznie odległymi miejscami. Różne strefy czasowe i różnice w kalendarzu świąt i dni wolnych od pracy mogą stanowić problem przy ustalaniu harmonogramu negocjacji. Jednak o wiele ważniejszy konflikt może powstać, gdy przedstawiciele kultury polichronicznej negocjują z przedstawicielami kultur monochronicznych. Problem polega na tym, że ci pierwsi mają tendencję do oceniania tych drugich jako leniwych, nieuporządkowanych i niegrzecznych, podczas gdy ci drudzy mają skłonność uważać tych pierwszych za aroganckich perfekcjonistów, zniewolonych arbitralnymi ograniczeniami czasowymi³⁰.

Poważna bariera kulturowa w negocjacjach prawniczych wiąże się z problemem odmiennego statusu każdej z negocjujących stron. Jak słusznie twierdzi Gesteland, „ludzie ze społeczeństw egalitarnych często nie są świadomi znaczenia różnic statusowych w kulturach hierarchicznych”³¹. Bariery statusu mogą determinować rolę i oczekiwane zachowanie stron negocjacji. Różnica wieku, płci, statusu ekonomicznego lub prawnego między stronami może wymagać od strony o niższym statusie okazania właściwego szacunku. Gdy strona reprezentująca formalną kulturę negocjuje z kimś, kto ceni bardziej egalitarny i nieformalny styl, może poczuć się urażona widocznym brakiem szacunku. Odpowiednio – przedstawiciele nieformalnych kultur mogą błędnie interpretować działanie drugiej strony jako aroganckie, pretensjonalne i snobistyczne³².

Ostatnia bariera, o której chcielibyśmy w wspomnieć w tym opracowaniu, wiąże się z problemem kompetencji językowych i komunikacyjnych stron

³⁰ A.S. Pradeep, *The impact of cultural diversity at work place*, [w:] *Partners in Success: Strategic HR and Entrepreneurship*, red. N. Muncherij *et al.*, Excel Books, New Delhi 2009, s. 343.

³¹ R.R. Gesteland, *op. cit.*, s. 54 [tłum. własne].

³² *Ibidem*, s. 51.

negocjacji. Trudno zaprzeczyć, że wybór języka negocjacji ma znaczenie. Problem ten nie sprowadza się przy tym jedynie do ewentualnego uprzywilejowania tej strony, która lepiej włada językiem, w którym mają toczyć się negocjacje. Bariera językowa oraz wybór języka negocjacji ma znacznie poważniejszą konsekwencję. Języki określają bowiem nasz świat znaczeniowy, a zatem nawet jeśli negocjatorzy biegle posługują się obcym językiem, mogą być nieświadomi niuansów oczywistych dla *native speaker*a. Wiele wskazuje na to, że prowadzenie negocjacji w języku obcym będzie zmieniać i formalizować nasze myślenie³³. Nie należy też zapominać, że prowadzenie negocjacji w języku obcym może wymagać tłumaczenia narodowych regulacji prawnych – co może prowadzić do nieporozumień i błędnej oceny skutków prawnych proponowanych rozwiązań. Warto też pamiętać, że w negocjacjach znaczenie mają nie tylko wypowiedziane słowa. Znacząca może być również cisza oraz kody niewerbalne, takie jak ruchy, gesty, kontakt wzrokowy, zachowania dotykowe i przestrzenne.

Podsumowanie

Negocjacje w kontekście międzykulturowym są trudnym procesem. Wymagają od negocjatorów wiedzy o zwyczajach i rytuałach drugiej strony oraz wrażliwości i tolerancji dla odmienności. Przedstawione rozważania uzasadniają tezę, że nie istnieje jedna kultura negocjacji, a tym samym potwierdzają przypuszczenie, że modele negocjacji prawniczych funkcjonujące w ramach określonej kultury prawnej mogą okazać się nieadekwatne do wyjaśnienia fenomenu negocjacji prawniczych międzynarodowych transakcji handlowych. Modele te powinny zostać uzupełnione o zasady pozwalające prawnikom negocjującym międzynarodowe umowy handlowe na dostrzeżenie i zrozumienie kulturowego uwikłania zarówno samego pojęcia negocjacji, jak i ocen na temat ich sprawiedliwości, skuteczności, a nawet efektywności ekonomicznej. Modele negocjacji prawniczych nie mogą abstrahować od kulturowych i prawnych uwarunkowań procesu negocjacyjnego i muszą uwzględniać różnice istniejące między systemami kulturowymi i prawnymi, z których wywodzą się negocjujące strony. Świadomość tych różnic może pomóc uniknąć niepotrzebnych nieporozumień i lepiej reprezentować interesy klientów.

³³ Zob. B. Keysar, S.L. Hayakawa, Sun Gyu An, *The foreign-language effect: Thinking in a foreign tongue reduces decision biases*, „Psychological Science” 2012, vol. 23, nr 6, s. 661–668.

Abstract

Selected aspects of cultural determinants of legal negotiations of international trade contracts

The paper discusses role of selected types of cultural barriers in trade negotiations, and in particular their importance in negotiation concerning international commercial contracts. On the ground of critical presentation of competing models of negotiations an attempt is made to demonstrate deficiencies of these models from the point of view of eventual cultural differences existing between negotiating parties. In the paper we argue that awareness of and sensitivity to cultural context of legal orders and legal traditions is not only the crucial competence of managers and lawyers negotiating contracts in an international or intercultural milieu, but also an element which has to be taken into account by any theory of legal negotiations.

Key words: negotiations, culture, legal negotiations, trade agreement, international contract

Streszczenie

Wybrane aspekty kulturowych uwarunkowań negocjacji prawniczych międzynarodowych kontraktów handlowych

W artykule omówiono rolę wybranych barier kulturowych w negocjacjach handlowych, a zwłaszcza ich znaczenie w negocjacjach dotyczących międzynarodowych umów handlowych. Na podstawie krytycznej prezentacji konkurencyjnych modeli negocjacji, podjęto próbę wykazania braków tych modeli z punktu widzenia ewentualnych różnic kulturowych istniejących między stronami negocjującymi. W artykule stwierdza się, że świadomość różnic kulturowych i wrażliwość na kontekst kulturowy porządków prawnych i tradycji prawnych to nie tylko kluczowe kompetencje menedżerów i prawników negocjujących umowy w środowisku międzynarodowym lub międzykulturowym, ale także elementy, które należy uwzględnić w każdej teorii negocjacji prawniczych.

Słowa kluczowe: negocjacje, kultura, negocjacje prawnicze, umowa handlowa, kontrakt międzynarodowy

Łukasz Balwicki

dr, Zakład Zdrowia Publicznego i Medycyny Społecznej, Katedra Medycyny
Społecznej, Gdański Uniwersytet Medyczny

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

prof. nadzw. dr hab., Katedra Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Gdański

Analiza uchwałodawstwa rad gmin wprowadzającego strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych

Wprowadzenie

Palenie papierosów stanowi w Polsce istotny problem społeczny – pali 29% dorosłych Polaków (34% mężczyzn, 23% kobiet)¹. Równocześnie niepokój budzi stale obecna praktyka narażania na dym tytoniowy osób niepalących, zwłaszcza gdy osobami tymi są dzieci. Badania wykazują, iż co czwarty palący Polak pali w obecności dzieci i kobiet ciężarnych². Dodatkowo, zauważalny jest ciągły wzrost alternatywnych form używania nikotyny. W latach 2012–2014 odsetek Polaków, którzy kiedykolwiek używali papierosa elektronicznego, zwiększył się z 12,4% do 14,6%³. Na polskim rynku pojawiły się również nowatorskie wyroby tytoniowe, takie jak urządzenia do podgrzewania tytoniu. Zarówno palenie tytoniu, jak i używanie innych produktów

¹ *Globalny sondaż dotyczący używania tytoniu przez osoby dorosłe (GATS) Polska 2009–2010*, Ministerstwo Zdrowia, Warszawa 2010, s. 9.

² D. Kachaniak, A. Trzaskalska, U. Krassowska, *Raport z ogólnopolskiego badania ankietowego na temat postaw wobec palenia tytoniu*, TNS Polska dla Głównego Inspektoratu Sanitarnego, Warszawa 2015, s. 13.

³ F.T. Filippidis *et al.*, *Two-year trends and predictors of e-cigarette use in 27 European Union member states*, „Tobacco Control” 2017, vol. 26, nr 1, s. 98–104.

dostarczających nikotynę, niesie dla aktywnych i biernie inhalujących istotne ryzyko zdrowotne.

Jedną ze skutecznych i rekomendowanych przez Światową Organizację Zdrowia metod ograniczania palenia czy używania wyrobów nikotynowych, a przede wszystkim ochrony zdrowia osób postronnych, jest wprowadzanie stref wolnych od dymu tytoniowego i innych substancji emitowanych z wyrobów tytoniowych czy papierosów elektronicznych⁴. Obowiązujące w Polsce unormowania prawne, idące za tymi wytycznymi, zawarte są w Ustawie z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych⁵ (dalej: „ustawa antytytoniowa”, „ustawa”). Istotną rolę należy przypisać ustawowym zakazom palenia wyrobów tytoniowych, w tym nowatorskich wyrobów tytoniowych, i używania papierosów elektronicznych, w miejscach publicznych wskazanych w art. 5 ust. 1 ustawy antytytoniowej, które to zakazy przyczyniają się do stopniowego ograniczania opisanych powyżej negatywnych praktyk⁶. Ważne narzędzie w zakresie działań prozdrowotnych przyznane zostało także radom gminy. Art. 5 ust. 4 ustawy pozwala w drodze uchwały ustalić dla terenu gminy inne niż wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy miejsca przeznaczone do użytku publicznego jako strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych⁷. Uchwała rady gminy wydana na podstawie art. 5 ust. 4 ustawy jest aktem prawa miejscowego⁸, który ma szczególną doniosłość dla ochrony zdrowia – radom gminy umożliwiono bowiem wprowadzenie poszerzonej ochrony osób niepalących.

W niniejszym artykule analizie poddano uchwały rad gmin wprowadzające strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych, wydane na mocy art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej w okresie od września 2016 r. do sierpnia 2018 r.⁹. Strefy te dalej określane będą jako „strefy anty-

⁴ WHO Report on the global tobacco epidemic 2017, WHO, Geneva 2017, s. 24.

⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1446.

⁶ Zob. M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Ustawowy zakaz palenia wyrobów tytoniowych*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 1, s. 157–174.

⁷ Poza kompetencją rady gminy wynikającą z ustawy antytytoniowej istnieją inne podstawy prawne do rozszerzenia zakazu palenia, tj. regulacje kształtujące uprawnienia organów administracji publicznej oraz zakładów administracyjnych w zakresie określenia zasad korzystania z obiektów użyteczności publicznej, a także przepisy określające uprawnienia podmiotów władających rzeczą. Zob. P. Wilczyński, *Wolność palenia wyrobów tytoniowych? Artykuł dyskusyjny*, „Administracja. Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2007, nr 3, s. 65.

⁸ Zob. A. Ostapski, *Kompetencja rady gminy do ustalania stref wolnych od dymu tytoniowego*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 6, s. 65.

⁹ Przeanalizowano następujące uchwały, ujęte w systemie LEX jako „obowiązujące” w tym okresie:

tytoniowe”. Data początkowa okresu objętego badaniem związana jest z nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 22 lipca 2016 r.¹⁰, która weszła w życie z dniem 8 września 2016 r. Poszerzyła ona kompetencję rad gmin do wprowadzania stref antytytoniowych nie tylko w zakresie używania tradycyjnych papierosów czy innych wyrobów tytoniowych, lecz także papierosów elektronicznych. W wyniku nowelizacji wyraźnie zaakcentowana została również możliwość objęcia zakazem nowatorskich wyrobów tytoniowych. Analiza pozwoli na ocenę, w jakim zakresie wykorzystywana jest zmieniona kompetencja ustawowa z art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej.

-
1. Uchwała nr LIV/410/2018 Rady Miejskiej w Darłowie z dnia 24 maja 2018 r. w sprawie ustalenia terenu kąpieliska nadmorskiego „Darłówek Zachodnie” jako strefy wolnej od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskiego wyrobu tytoniowego;
 2. Uchwała nr CII/2656/18 Rady Miasta Krakowa z dnia 23 maja 2018 r. w sprawie nadania Parkowi Krakowskiemu imienia Marka Grechuty, określenia granic Parku oraz przyjęcia regulaminu Parku;
 3. Uchwała nr XLVI/426/18 Rady Miejskiej w Bełchatowie z dnia 29 marca 2018 r. w sprawie zmiany Uchwały nr XLII/370/13 Rady Miejskiej w Bełchatowie z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie wprowadzenia zasad korzystania z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej należących do Miasta Bełchatowa;
 4. Uchwała nr LVI/443/18 Rady Miejskiej w Czempiniu z dnia 19 marca 2018 r. w sprawie regulaminu korzystania z przystani wiejskiej;
 5. Uchwała nr XLI/253/2017 Rady Gminy Jedlnia-Letnisko z dnia 25 września 2017 r. w sprawie ustalenia Regulaminu Targowiska Gminnego w Jedlni-Letnisko;
 6. Uchwała nr XXVII/198/2017 Rady Gminy i Miasta Przysucha z dnia 22 czerwca 2017 r. w sprawie ustanowienia stref wolnych od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskiego wyrobu tytoniowego;
 7. Uchwała nr XXXIII/289/17 Rady Miejskiej w Bełchatowie z dnia 30 marca 2017 r. w sprawie zmiany Uchwały nr XLII/370/13 Rady Miejskiej w Bełchatowie z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie wprowadzenia zasad korzystania z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej należących do Miasta Bełchatowa;
 8. Uchwała nr LXII/1362/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 stycznia 2017 r. w sprawie zmiany uchwały nr LXXIV/954/09 Rady Miasta Krakowa z dnia 3 czerwca 2009 r. w sprawie ustalenia w granicach administracyjnych Miasta Krakowa miejsc przeznaczonych do użytku publicznego jako stref wolnych od dymu tytoniowego;
 9. Uchwała nr LXII/1349/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 stycznia 2017 r. w sprawie zmiany uchwały nr LII/980/16 Rady Miasta Krakowa z dnia 14 września 2016 r. w sprawie nadania nazwy parku i przyjęcia regulaminu parku;
 10. Uchwała nr XXXI/479/16 Rady Miasta Olsztyna z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie rozszerzenia w granicach administracyjnych Miasta Olsztyna katalogu miejsc przeznaczonych do użytku publicznego jako strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskiego wyrobu tytoniowego;
 11. Uchwała nr LII/980/16 Rady Miasta Krakowa z dnia 14 września 2016 r. w sprawie nadania nazwy parku i przyjęcia regulaminu parku.

¹⁰ Ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, Dz.U. z 2016 r., poz. 1331.

Tło prawne

Skoro nowelizacja poszerzyła kompetencje rad gmin, pozwalając na wprowadzenie na terenie gminy stref, w których zakazane jest używanie wyrobów tytoniowych, w tym nowatorskich wyrobów tytoniowych, a także papierosów elektronicznych, na początku rozważań warto wyjaśnić najważniejsze różnice pomiędzy zakresami tychże pojęć. Pozwoli to ukazać, jak istotna jest precyzja w formułowaniu treści uchwał rad gmin.

Zgodnie z art. 2 pkt 48 ustawy antytytoniowej „wyrobem tytoniowym” jest wyrób przeznaczony do spożycia przez konsumentów, składający się, nawet częściowo, z tytoniu, w tym zmodyfikowanego genetycznie¹¹. Tak rozumianym wyrobem tytoniowym jest papieros, przez który rozumie się zrolowany tytoń, który może być spożywany w drodze procesu spalania (art. 2 pkt 19 ustawy antytytoniowej). Stanowi on najpopularniejszą obecnie formę, w jakiej konsumowany jest tytoń w Polsce¹². Inne wyroby tytoniowe przeznaczone do palenia to cygara, cygaretki i tytoń sprzedawany w paczkach – służący do samodzielnego skręcania papierosów, palenia tradycyjnej czy wodnej fajki.

Przedstawiona definicja wyrobu tytoniowego wyklucza z grupy desygnatów tego pojęcia papierosy elektroniczne, tzw. e-papierosy. Definicja „tytoniu” z art. 2 pkt 36 ustawy jednoznacznie określa go bowiem jako liście lub inne naturalne części roślin, wykluczając z zakresu tego pojęcia ekstrakty używane w e-papierosach. Ponadto, elektroniczny inhalator, będący częścią papierosa elektronicznego, może służyć podawaniu innych substancji, także tych niemających w swoim składzie nikotyny. Z uwagi na powyższe cechy papierosów elektronicznych nie można kwalifikować ich jako wyrobów tytoniowych w rozumieniu art. 2 pkt 48 ustawy, a zatem należy je określać jako inne wyroby poddane reglamentacji w sposób określony ustawą antytytoniową¹³. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w unormowaniach omawianej ustawy, która w wielu przepisach wyraźnie odróżnia wyroby tytoniowe od papierosów elektronicznych, ustalając podobne ograniczenia we wprowadzaniu na rynek czy używaniu obu rodzajów wyrobów. Takim przepisem jest m.in. art. 5 ustawy, dotyczący zakazów palenia wyrobów tytoniowych, w tym nowatorskich wyrobów tytoniowych, oraz – wyłączonych z zakresu ich desygnatów – papierosów elektronicznych.

¹¹ Tożsama definicja wyrobu tytoniowego zawarta jest w art. 2 pkt 4 dyrektywy 2014/40/EU.

¹² *Globalny sondaż dotyczący używania tytoniu przez osoby dorosłe...*, s. 9.

¹³ Tak M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Status prawny papierosów elektronicznych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, vol. 38, s. 113.

Odrębne pojęcie stanowi „nowatorski wyrób tytoniowy”, za który uważa się wyrób tytoniowy inny niż papieros, tytoń do samodzielnego skręcania papierosów, tytoń fajkowy, tytoń do fajki wodnej, cygaro, cygaretki, tytoń do żucia, tytoń do nosa lub tytoń do stosowania doustnego (art. 2 pkt 11 ustawy). Przykładem takiego produktu jest system do podgrzewania tytoniu, obecny od niedawna na polskim rynku, w którym dochodzi do utleniania tytoniu w temperaturze mniejszej niż ta, z którą mamy do czynienia podczas tradycyjnego spalania. Wymaga odnotowania, iż nowatorskie wyroby tytoniowe należy uznawać za wyroby tytoniowe w rozumieniu art. 2 pkt 48 ustawy, co jest wielokrotnie akcentowane w treści ustawy antytytoniowej. Przykładowo, w art. 5 ustawy, wprowadzającym zakaz palenia „wyróbów tytoniowych, w tym palenia nowatorskich wyrobów tytoniowych”.

Analiza treści uchwał wprowadzających „strefy antytytoniowe” w aspekcie stopnia aktywności rad gmin

Pomimo że używanie wyrobów tytoniowych, w tym nowatorskich wyrobów tytoniowych, i papierosów elektronicznych, stanowi istotny problem społeczny, badanie wykazało, że aktywność rad gmin w zakresie realizowania kompetencji z art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej jest znikoma. W analizowanym dwuletnim okresie, na 2478 gmin w Polsce¹⁴, na podstawie ustawy podjęto jedynie 11 uchwał odnoszących się do przedmiotowej materii, które mają status obowiązujących¹⁵. Przy czym w okresie od września 2016 do grudnia 2016 r. podjęte zostały dwie uchwały, w roku 2017 – pięć uchwał, w roku 2018 (do sierpnia) – cztery uchwały. Należy jednocześnie wskazać, że cztery z badanych uchwał miały charakter zmieniający już obowiązujące uchwały wprowadzające strefy wolne od dymu tytoniowego, wydane w oparciu o poprzedni stan prawny.

Odnosząc się do wyników badań, trzeba zaakcentować, iż tak znikoma aktywność rad gmin jest zastanawiająca zwłaszcza dlatego, że dotyczy okresu, który nastąpił bezpośrednio po nowelizacji ustawy antytytoniowej, a więc po poszerzeniu kompetencji rad gmin. Wydawać się zatem mogło, że będzie to czynnik mobilizujący do większej aktywności, a co najmniej do dostosowania wydanych już uchwał rad gminy do treści znowelizowanego art. 5 ust. 4 ustawy poprzez wprowadzenie stref antytytoniowych również w zakresie pary z papierosów elektronicznych oraz wyraźnego stwierdzenia, że zakaz dotyczy

¹⁴ *Samorząd terytorialny w Polsce*, Baza JST, <http://administracja.mswia.gov.pl/adm/baza-jst/843,Samorząd-terytorialny-w-Polsce.html> [dostęp: 27.08.2018].

¹⁵ W badaniu nie uwzględniono jednej uchwały, która nie wprowadzała stref antytytoniowych, i jednej, która utraciła moc.

także substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych. Analiza wykazała, że jedynie cztery z badanych uchwał w pełni i wyraźnie odniosły się do znowelizowanej kompetencji z art. 5 ust. 4 ustawy. Pomimo tak ważnej roli omawianych zakazów w przeciwdziałaniu nikotynizmowi, rady gminy w większości nie wykorzystują przyznanych im narzędzi¹⁶.

Analiza treści uchwał wprowadzających „strefy antytytoniowe” w aspekcie zakresu ustanawianego zakazu

Mając na uwadze poszerzone uprawnienie rad gmin wynikające ze znowelizowanego art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej, w drugiej kolejności analizie poddano treść uchwał pod kątem ich zakresu. Celem było ustalenie, czy ustanowione w badanym okresie zakazy wprowadzające strefy antytytoniowe odnoszą się zarówno do tradycyjnych papierosów, innych wyrobów tytoniowych, w tym nowatorskich wyrobów tytoniowych, jak i do papierosów elektronicznych. Badanie wykazało, iż analizowane uchwały rad gmin w większości nie realizują w pełni kompetencji przyznanej w art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej, bądź są nieprecyzyjne w swej treści, a poprzez to mogą być niezrozumiałe dla ich adresatów. Poniżej przedstawiona zostanie szczegółowa analiza uchwał.

Uchwała nr LII/980/16 Rady Miasta Krakowa w § 7 pkt 22 wprowadza dla obszaru Parku Miejskiego Bagry Wielkie zakaz palenia papierosów, w tym papierosów elektronicznych i wyrobów tytoniowych, poza miejscami do tego wyznaczonymi. Uchwała ta nie wprowadza wprost w swej treści zakazu używania nowatorskich wyrobów tytoniowych. Należy w tym wypadku przyjmować, że nowatorskie wyroby tytoniowe są „wyrobami tytoniowymi” w rozumieniu art. 2 pkt 48 ustawy, co wyjaśniono w pierwszym rozdziale niniejszej pracy. Mimo tego, dla jasności zakresu wprowadzonego zakazu warto byłoby określić wprost, że ograniczenie dotyczy także substancji uwalnianych za pomocą nowatorskiego wyrobu tytoniowego, tak jak wskazuje art. 5 ust. 4 ustawy. Zakres ten może bowiem nie być zrozumiały dla osób używających nowatorskich wyrobów tytoniowych, jako adresatów zakazu. Podobnie sformułowana została kolejna uchwała Rady Miasta Krakowa (nr LXII/1349/17) – co do jej treści należy wyrazić tożsamą uwagę. Dopiero uchwała Rady Miasta Krakowa nr LXII/1362/17 ustala w granicach administracyjnych Miasta Kraków określone miejsca przeznaczone do użytku publicznego jako strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji

¹⁶ Podobne wnioski sformułowano na podstawie analizy danych z lat 1996–2009. Zob. M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Praktyka korzystania przez rady gminy z kompetencji do wprowadzania stref wolnych od dymu tytoniowego*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 9, s. 65–66.

uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych. Uchwała ta w pełni odpowiada znowelizowanej treści art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej. Kolejna uchwała Rady Miasta Krakowa (nr CII/2656/18), dotycząca nadania Parkowi Krakowskiemu imienia Marka Grechuty, określenia granic Parku oraz przyjęcia regulaminu Parku dotyczy znowu zakazu palenia papierosów, w tym papierosów elektronicznych i wyrobów tytoniowych, poza miejscami do tego wyznaczonymi. Uchwała ponownie nie wprowadza wprost w swym brzmieniu zakazu używania nowatorskich wyrobów tytoniowych.

Kolejna z analizowanych uchwał, tj. uchwała Rady Miejskiej w Bełchatowie nr XXXIII/289/17, poszerzając obszar określony jako strefa wolna od dymu tytoniowego na inne miejsce w niej wskazane, nie wprowadza zakazu używania papierosów elektronicznych. Należy dlatego wywodzić, że na wskazanych obszarach obowiązuje jedynie zakaz palenia wyrobów tytoniowych. Skoro w znowelizowanej ustawie wyrobem tytoniowym jest także nowatorski wyrób tytoniowy, zasadne jest uznanie, że uchwała dotyczy także tych produktów.

Uchwała Rady Gminy Jedlnia-Letnisko nr XLI/253/2017 wprowadza zakaz reklamy i promocji wyrobów tytoniowych dla terenu Targowiska Gminnego „Ryneczek w Jedlni-Letnisko” (§ 12). Uchwała w swej treści nie ustanawia strefy wolnej od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych oraz substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych. Należy zauważyć, iż zakaz reklamy i promocji wyrobów tytoniowych jest zakazem ustawowym obowiązującym z mocy art. 8 ust. 1 ustawy antytytoniowej, z kolei kompetencja rad gminy z art. 5 ust. 4 ustawy, którą wskazano jako podstawę prawną omawianej uchwały, dotyczy jedynie wprowadzania stref antytytoniowych.

Uchwała Rady Miejskiej w Czempieniu nr LVI/443/18 wprowadza dla terenu przystani wiejskiej strefę wolną od dymu tytoniowego i e-papierosów (§ 9). Zakazem nie jest wprost objęte używanie nowatorskich wyrobów tytoniowych, co może budzić wątpliwości w zakresie stosowania uchwały do tychże wyrobów, w których nie dochodzi do pełnego procesu spalania, a jedynie do procesu podgrzewania tytoniu i uwalniania mniejszej ilości substancji toksycznych niż podczas spalania w wysokiej temperaturze. Skoro jednak znowelizowana ustawa uznaje nowatorskie wyroby tytoniowe za wyroby tytoniowe, należy przyjmować, że wskazany zakaz dotyczy ich także.

Kolejna badana uchwała, tj. uchwała Rady Miejskiej w Bełchatowie nr XLVI/426/18, poszerzając obszar określony jako strefa wolna od dymu tytoniowego na inne, wskazane w niej miejsca, nie wprowadza zakazu używania papierosów elektronicznych i nie odnosi się wprost do nowatorskich wyrobów tytoniowych. Należy wywodzić, że na wskazanych obszarach obowiązuje zakaz palenia wyrobów tytoniowych, a skoro w znowelizowanej ustawie wy-

robem tytoniowym jest także nowatorski wyrób tytoniowy, uchwała dotyczy także tych produktów. Badana uchwała określa również regulamin korzystania z placu do kalisteniki, stanowiąc w § 7, że teren tego placu stanowi strefę wolną od dymu tytoniowego. Także w tym miejscu użyteczności publicznej nie wprowadzono zakazu używania papierosów elektronicznych.

Przyznana w ustawie kompetencję w pełni, i w sposób precyzyjny, realizują tylko cztery analizowane uchwały. Poza przytoczona już uchwałą Rady Miasta Krakowa nr LXII/1362/17, są to:

- uchwała Rady Miasta Olsztyna nr XXXI/479/16, która w § 1 rozszerza w granicach administracyjnych Miasta Olsztyna katalog miejsc przeznaczonych do użytku publicznego jako strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych;
- uchwała Rady Gminy i Miasta Przysucha nr XXVII/198/2017, która ustala na terenie Gminy i Miasta Przysucha miejsca przeznaczone do użytku publicznego jako strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych.
- uchwała Rady Miejskiej w Darłowie nr LIV/410/2018, która ustala teren kąpieliska nadmorskiego „Darłówek Zachodnie” jako strefę wolną od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych, za wyjątkiem oznakowanych terenów plaży, zlokalizowanych bezpośrednio przy wejściach.

Analizując treść wskazanych uchwał, należy przyjąć, iż pomimo że ustawodawca poszerzył zakres kompetencji rad gmin z art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej, wydaje się dopuszczać ustanowienie stref antytytoniowych tylko w zakresie wybranych wyrobów tytoniowych. Sama kompetencja rady gminy ma bowiem charakter fakultatywny („rada gminy może”), a przez to prawnie dopuszczalna jest sytuacja zarówno podjęcia, jak i niepodjęcia uchwały rozszerzającej ustawowe strefy¹⁷. Możliwa wydaje się także sytuacja ograniczenia zakazów do tylko niektórych rodzajów wyrobów. Trzeba jednak zdecydowanie podkreślić, iż w pełni skuteczne przeciwdziałanie nikotynizmowi, zgodnie z celem ustawy, wymaga wprowadzania zakazów odnoszących się zarówno do wyrobów tytoniowych, jak i innych wyrobów, o których mowa w art. 5 ust. 4 ustawy. Nie budzi wątpliwości, że palenie tradycyjnych papierosów jest najbardziej szkodliwe dla osób znajdujących się w pobliżu z uwagi na skutki tzw. biernego palenia. Jest ono główną przyczyną chorób takich jak rak płuc,

¹⁷ Zob. A. Ostapski, *op. cit.*, s. 67.

choroba niedokrwienna serca czy nagła śmierć sercowa u osób niepalących¹⁸. Nie istnieje jednocześnie bezpieczny poziom narażenia na dym tytoniowy na drodze biernej inhalacji¹⁹. Pomimo, jak się wydaje, mniejszej szkodliwości obcowania z osobą używającą papierosy elektroniczne²⁰, wprowadzenie omawianych zakazów w zakresie tychże wyrobów ma także duże znaczenie, zwłaszcza edukacyjne. Podobnej oceny należy dokonać odnośnie do nowatorskich wyrobów tytoniowych. Wprowadzone zakazy dotyczące także tych wyrobów pozwalają wyeliminować z przestrzeni publicznej praktykę używania produktów, które są szkodliwe i które stwarzają ryzyko tak wielu poważnych chorób. Utrudnione ich używanie, mniejsza obecność w przestrzeni publicznej, prowadzą do spadku popularności tychże wyrobów (jako efekt tzw. denormalizacji). A zatem należy zdecydowanie podkreślać istotną rolę wprowadzania przez rady gminy stref antytytoniowych dotyczących zarówno tradycyjnych papierosów, jak i innych wyrobów tytoniowych, w tym nowatorskich wyrobów tytoniowych, a także papierosów elektronicznych – zgodnie z ustawą antytytoniową.

Analiza treści uchwał rad gmin wprowadzających „strefy antytytoniowe” w aspekcie obszarowym

Nowelizacja art. 5 ust. 1 ustawy antytytoniowej sprawiła, że zakres miejsc przeznaczonych do użytku publicznego, które mogłyby stanowić przedmiot uchwałodawstwa rad gmin, uległ zawężeniu²¹. Ustawowy zakaz palenia wyrobów tytoniowych, w tym palenia nowatorskich wyrobów tytoniowych, i palenia papierosów elektronicznych, na mocy art. 5 ust. 1 ustawy, obowiązuje obecnie: 1) na terenie zakładów leczniczych podmiotów leczniczych i w pomieszczeniach innych obiektów, w których są udzielane świadczenia zdrowotne; 2) na terenie jednostek organizacyjnych systemu oświaty, o których mowa w przepisach o systemie oświaty, oraz jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, o których mowa w przepisach o pomocy społecznej; 3) na terenie uczelni; 4) w pomieszczeniach zakładów pracy innych niż wymienione w pkt 1 i 2; 5) w pomieszczeniach obiektów kultury i wypoczynku do użytku publicznego; 6) w lokalach gastronomiczno-rozrywkowych; 7) w środkach pasażerskiego transportu publicznego oraz w obiektach służących obsłudze podróży; 8) na przystankach komunikacji publicznej; 9) w pomieszczeniach obiektów spor-

¹⁸ *Policy recommendations on protection from exposure to second-hand tobacco smoke*, WHO, Geneva 2007, https://www.who.int/tobacco/resources/publications/wntd/2007/PR_on_SHS.pdf, s. 5 [dostęp: 27.08.2018].

¹⁹ *Ibidem*, s. 7.

²⁰ A. McNeill *et al.*, *E-cigarettes: an evidence update*, Public Health England, London 2015, s. 6.

²¹ Zob. M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Ustawowy zakaz palenia wyrobów tytoniowych*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 1, s. 161–162.

towych; 10) w ogólnodostępnych miejscach przeznaczonych do zabaw dzieci; 11) w innych pomieszczeniach dostępnych do użytku publicznego.

Podkreślano już, iż zgodnie z art. 5 ust. 4 ustawy, kompetencja rad gmin dotyczy innych niż wymienione w ustawie miejsc przeznaczonych do użytku publicznego. Pomimo tak znacznego zakresu obszarowego zakazów ustawowych pozostają jednak obszary, których może dotyczyć miejscowa legislacja.

Przedmiotem uchwał rad gmin w badanym okresie były następujące miejsca publiczne: kąpielisko (jedna uchwała); parki (sześć uchwał); place zabaw (pięć uchwał); tereny rekreacyjne (dwie uchwały); targowisko (jedna uchwała); boisko (jedna uchwała); przystanki autobusowe i tramwajowe (dwie uchwały). Analizując powyższe uchwały, można przede wszystkim wskazać, że cechuje je wybiórcze spojrzenie na miejsca użyteczności publicznej, które mogłyby zostać objęte zakazem palenia tytoniu i wyrobów tytoniowych. Większość z badanych uchwał dotyczyła parków i placów zabaw. Pozostaje duża liczba miejsc użyteczności publicznej, takie jak ulice, plaże, kąpieliska, obiekty sportowe czy place, które nie występowały, bądź występowały w pojedynczych przypadkach analizowanej miejscowej legislacji²².

Poza tym należy zauważyć, iż niektóre z analizowanych uchwał rad gmin odnosiły się do obszarów, na których obowiązuje ustawowy zakaz palenia wyrobów tytoniowych, w tym palenia nowatorskich wyrobów tytoniowych i palenia papierosów elektronicznych, obowiązujący na mocy art. 5 ust. 1 ustawy. Takimi miejscami ujętymi w badanych aktach prawa miejscowego są przystanki autobusowe i tramwajowe oraz place zabaw. Warto podtrzymać stanowisko, że podjęcie przez radę gminy działań uchwałodawczych w zakresie określenia stref wolnych od dymu tytoniowego jest działaniem skutecznym o tyle, o ile określone w uchwale miejsca obejmują obszar inny niż wskazany w art. 5 ust. 1 ustawy. Powielenie przepisów ustawowych – oprócz tego, że jest sprzeczne z zasadami techniki prawodawczej²³ – należy uznać także za działanie sprzeczne z celem ustawy²⁴. Wprowadzanie stref antytytoniowych na mocy aktów prawa miejscowego na tychże obszarach wykracza poza kompetencję rad gmin z art. 5 ust. 4 ustawy, która dotyczy innych niż wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy miejsc przeznaczonych do użytku publicznego, a zatem należy je uznać za niedopuszczalne²⁵.

²² Podobnie we wcześniejszych badaniach: M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Praktyka korzystania...*, s. 64.

²³ Tak A. Ostapski, *op. cit.*, s. 64.

²⁴ Tak też M. Balwicka-Szczyrba, Ł. Balwicki, *Praktyka korzystania...*, s. 61.

²⁵ Por. rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody podlaskiego z 11.07.2008 r. (nr NK.II AŁ.0911-139/08), LEX nr 488149. Podkreślono w nim, iż art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej nie upoważnia do określenia wysokości kary grzywny za nieprzestrzeganie zakazu palenia wyrobów tytoniowych w miejscach objętych tym zakazem. W świetle art. 13 ustawy ten, kto

Podsumowanie

Dokonana analiza uchwałodawstwa rad gmin dotyczącego wprowadzania stref wolnych od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych, w okresie od września 2016 r. do sierpnia 2018 r., prowadzi do refleksji o zdecydowanie niskiej aktywności w tym obszarze. Pomimo że uchwała rady gminy wydana na podstawie art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej jest aktem prawa miejscowego o dużym znaczeniu dla ochrony zdrowia, jest sporadycznie wykorzystywanym w tym celu narzędziem. Znalezienie przyczyn takiego stanu rzeczy warte jest niewątpliwie odrębnej analizy.

Przeprowadzone badanie pozwala uznać, że analizowane uchwały rad gmin w większości nie realizują w pełni kompetencji przyznanej w art. 5 ust. 4 ustawy antytytoniowej, zawężając zakres wprowadzanych stref antytytoniowych jedynie do niektórych rodzajów wyrobów. Odnotowano, że treść niektórych uchwał jest tak sformułowana, że wyklucza ich zastosowanie do papierosów elektronicznych. Niektóre z badanych uchwał są z kolei nieprecyzyjne w swej treści, a poprzez to mogą być niezrozumiałe dla ich adresatów, przede wszystkim osób używających nowatorskich wyrobów tytoniowych. Zauważono jednocześnie, że uchwałodawstwo rad gmin cechuje wybiórcze spojrzenie na miejsca użyteczności publicznej, które mogłyby zostać określone jako strefa antytytoniowa – rzadko strefa taka jest ustanawiana dla ulic, plaż, kąpielisk, obiektów sportowych czy placów. Zdecydowanie niepożądanym zjawiskiem jest powielanie przez niektóre z analizowanych uchwał zakazów obowiązujących już *ex lege*.

Z uwagi na epidemiologiczny kontekst nikotynizmu, a także stałe poszerzanie kręgu osób używających produktów do dozowania nikotyny o dzieci i młodzież, należy zdecydowanie podkreślić, że gminy nie powinny bagatelizować przyznanych im narzędzi prawnych służących ochronie zdrowia mieszkańców. A zatem warto postulować zdecydowane zwiększenie aktywności rad gmin w tym obszarze – m.in. ustanawianie w drodze uchwał licznych miejsc przeznaczonych do użytku publicznego na terenie gminy jako stref wolnych od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych. Takie prozdrowotne działania niewątpliwie wpisują się w zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o samorządzie gminnym²⁶.

łamie zakaz palenia wyrobów tytoniowych w miejscach określonych w art. 5, podlega karze grzywny, przy czym orzekanie następuje w trybie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Por. też A. Ostapski, *op. cit.*, s. 65.

²⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 994.

Abstract

Analysis of the resolution of communal councils introducing zones free from tobacco smoke, electronic cigarettes vapor and substances released by means of an innovative tobacco product use

The study analyzes the resolutions of communal councils regarding the introduction of zones free from tobacco smoke, electronic cigarettes vapor and substances released by means of an innovative tobacco product use, enacted between September 2016 and August 2018. The activity of commune councils in creating local anti-tobacco legislation has been very low, despite the resolution of the municipal council issued on the basis of art. 5 par. 4 of the Act on Health Protection Against the Consequences of Using Tobacco and Tobacco Products is an act of high importance to health. At the same time, it was pointed out that the analyzed resolutions of municipal councils do not fully fulfill the competences granted in art. 5 par. 4 acts or are imprecise in their content. It was also found that these acts repeatedly banned *ex lege* bans. Due to the importance of pro-health action, the activity of municipal councils in the studied area is strongly advocated.

Key words: smoke-free zones, electronic cigarettes, local legislation

Streszczenie

Analiza uchwałodawstwa rad gmin wprowadzającego strefy wolne od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych

W pracy dokonano analizy uchwałodawstwa rad gmin dotyczącego wprowadzania stref wolnych od dymu tytoniowego, pary z papierosów elektronicznych i substancji uwalnianych za pomocą nowatorskich wyrobów tytoniowych, w okresie od września 2016 r. do sierpnia 2018 r. Wykazano zdecydowanie niską aktywność rad gmin w tworzeniu lokalnej legislacji antytytoniowej, pomimo że uchwała rady gminy wydana na podstawie art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych jest aktem o dużym znaczeniu dla ochrony zdrowia. Wskazano równocześnie, że analizowane uchwały rad gmin w większości nie realizują w pełni kompetencji przyznanej w art. 5 ust. 4 ustawy bądź są nieprecyzyjne w swej treści. Stwierdzono także, że akty te niejednokrotnie powielają zakazy obowiązujące *ex lege*. Z uwagi na istotność działań prozdrowotnych, zdecydowanie postuluje się większą aktywność rad gmin w badanym obszarze.

Słowa kluczowe: strefy wolne od dymu tytoniowego, papierosy elektroniczne, lokalna legislacja

Tomáš Strémy

prof. JUDr., PhD, Department of Criminal Law, Criminology and Criminalistics,
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Natália Hangáčová

JUDr., Department of Criminal Law, Criminology and Criminalistics,
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Lukáš Turay

M.A., Department of Criminal Law, Criminology and Criminalistics,
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, the Slovak Republic

Organised Crime in the Slovak Republic¹

1. Organised Crime in the Slovak Republic

Having moved into the next century, organised crime and its activities still continue to be an issue. We may recognise some of the activities from countless action films and television series, but we should not be lulled into believing that these practices take place only on the screen. The most typical organised crime activities include drug dealing, extortion, murder-for-hire, and trafficking in human beings. For the most part, the Slovak Republic became a target of these activities after 1989, and the events that took place during this period led to radical changes in the civic, economic, social, and political life in the country. On the first day of January 1990, on the fourth day after being elected president, Václav Havel (president of the former Czechoslovakia) announced an amnesty for nearly 80 per cent of the convicted offenders in the country. Twenty thousand offenders, approximately 8000 of whom were Slovaks, would be released from Czechoslovak prisons, creating ideal conditions for the birth of organised crime in Slovakia.

¹ This work was supported by the Agency for Research and Development under the contract no. APVV-15-0740.

1.1 Organised Crime and Legislation in the Slovak Republic

Organised crime is not the exclusive domain of the Slovak Republic; we can find evidence of its existence from the Far East, through Russia, Ukraine, across the Middle East and Europe, to Americas. The year 2005 was a turning point for the concept of criminal law in Slovakia; it was a year of a complete recodification of criminal codes. On 20 May 2005, the National Council of the Slovak Republic adopted Act No 300/2005 (the Criminal Code) and Act No 301/2005 (the Code of Criminal Procedure). The legislative changes also affected the provisions concerning organised crime and trafficking in human beings. The relevant legislation in the Slovak Republic was greatly influenced by the United National Convention against Transnational Organized Crime, ratified by the Slovak Republic in 2002. This convention had a substantial impact on the definition of a criminal group, set out in § 129(4) of the Criminal Code:

For the purposes of this act, a criminal group shall mean a structured group of three or more persons, existing for a certain period of time and acting in concert with the aim of committing one or more crimes or offences, legalisation of the proceeds of crime within the meaning of § 233, or any of the corruption-related offences referred to in chapter eight of title three of the special part of this act, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other benefit.

It follows from the legal definition provided by Slovak law that a criminal group must have the following characteristics:

- it must be structured,
- it must consist of at least three persons,
- it must exist for a certain period of time,
- it must act in concert,
- it must act with the aim of committing one or more offences, legalisation of the proceeds of crime within the meaning of § 233, or any of the corruption-related offences.

During our research we discovered something astonishing. No one in the Slovak Republic has ever been convicted as a member of a criminal group.² We made this assessment on the basis of information obtained directly from convicted offenders and from interviews, both formal and informal, with experts.

² As of 30 September 2017.

2. Statistics

Before we begin, we should first introduce the relevant legislation in the Slovak Republic applicable at the time.

2.1 Legislation prior to 2005

The criminal code, Act No 140/1961, was in effect in the Slovak Republic until 2005. Section 246 defined the constitutive elements of a crime, which to a certain extent differ from the law applicable today.

§ 246 Trafficking in Human Beings

(1) Whoever shall recruit, transport, harbour, hand over or receive a person, by means of fraud, deception, abduction, the threat or use of force or other forms of coercion, receive or give payments or benefits to achieve the consent of a person having control of another person, or abuse their power or abuse another's powerlessness or other vulnerability, for the purpose of prostitution or other form of sexual exploitation including pornography, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude, the removal of organs or tissues or other forms of exploitation, even with the consent of that person, shall be punished by a term of imprisonment of three to ten years.

(2) Whoever shall recruit, transport, harbour, hand over or receive a person under the age of 18, even with that person's consent, for the purpose of prostitution or other form of sexual exploitation including pornography, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude, removal of organs or tissue or other forms of exploitation, shall be punished by a deprivation of liberty in the same extent as laid down in paragraph 1.

(3) A term of imprisonment of five to twelve years shall be imposed on a perpetrator

a) who commits the offence referred to in paragraph 1 or 2 against the will of another,

b) who commits the said offence against a person under the age of 15,

c) who commits the said offence as a member of an organised group, or

d) who by the commission of such offence obtains considerable benefit for themselves or for another.

(4) A term of imprisonment of eight to fifteen years shall be imposed on a perpetrator

a) who causes grievous bodily harm, death, or other very serious consequences by the commission of the offence referred to in paragraph 1 or 2,

b) who by the commission of such offence obtains very substantial benefit for themselves or for another, or

c) who commits such an offence as part of an organised group operating in more than one state.

(5) A perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1 or 2 as a member of a criminal group, or who by the commission of such offence causes the death of more than one person, shall be punished by a term of imprisonment of twelve to fifteen years, or by an extraordinary sentence.

This legislation remained in force until 2005, and we can infer from the elements of crime described here that the legislature did differentiate between victims exploited for sexual services (prostitution) and victims exploited for forced labour. The sentencing guidelines were the same and the perpetrator was considered to have committed the same offence.

2.2 Legislation after 2005

Criminal law in the Slovak Republic was amended in 2005. New criminal codes were enacted, such as the Criminal Code No 300/2005 and the Code of Criminal Procedure No 301/2005. The enactment of this legislation had a substantial impact on the definition of the elements of the offence of human trafficking; section 179 laid down new, modified, and supplemented constitutive elements:

§ 179 Trafficking in Human Beings

(1) Whoever shall recruit, transport, harbour, hand over or receive a person, by means of fraud, deception, abduction, the threat or use of force or other forms of coercion, receive or give payments or benefits to achieve the consent of a person having control of another person, or abuse their power or abuse another's powerlessness or other vulnerability, for the purpose of prostitution or other form of sexual exploitation including pornography, forced labour or services including begging, slavery or practices similar to slavery, servitude, forced marriage, forced participation in criminal activities, the removal of organs, tissues, or cells or other forms of exploitation, even with the consent of that person, shall be punished by a term of imprisonment of four to ten years.

(2) Whoever shall recruit, transport, harbour, hand over or receive a child, even with the child's consent, for the purpose of prostitution or other form of sexual exploitation including child pornography, forced labour or services including begging, slavery or practices similar to slavery, servitude, forced marriage, forced participation in criminal activities, illegal adoption, removal

of organs, tissues or cells or other forms of exploitation, shall be punished by a deprivation of liberty in the same extent as laid down in paragraph 1.

(3) A term of imprisonment of seven to twelve years shall be imposed on a perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1 or 2

a) who by the commission of that offence obtains significant benefit for themselves or for another,

b) who by the commission of that offence puts another person in danger of grievous bodily harm or death,

c) as a public official,

d) against a protected person,

e) from a specific motivation, or

f) with serious attendant circumstances.

(4) A term of imprisonment of twelve to twenty years shall be imposed on a perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1 or 2

a) who by the commission of that offence obtains considerable benefit for themselves or for another,

b) who by the commission of that offence causes grievous bodily harm or death, or other very serious consequences, or

c) as a member of a dangerous group.

(5) A term of imprisonment of twenty to twenty-five years or a life sentence shall be imposed on a perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1 or 2

a) who by the commission of such offence obtains very substantial benefit for themselves or for another, or

b) who by the commission of such offence causes grievous bodily harm to more than one person or the death of more than one person.

If we look closely at the two different definitions of the constitutive elements of the offence, we can see that Slovak legislation does not recognise a difference (that is, it is not a separate offence) between a victim exploited for forced prostitution and a victim exploited for forced labour. The constitutive element set out in § 179(1)4c is important in terms of the FINOCA project. It is this provision that is focussed on trafficking in human beings in combination with organised crime. As far as we were able to ascertain, no person has ever been convicted of this particular criminal offence in the Slovak Republic.³ We are able to make this statement after consulting the Corps of Prison and Court Guards, which at this time has no record of any person ever having been convicted of this offence, and on the basis of the statistics available on the websites of the Interior Ministry,

³ We submitted a request for information.

the Slovak National Police, and the Prosecutor-General's Office of the Slovak Republic. We also submitted a request to the Slovak Interior Ministry and the Prosecutor-General's Office in accordance with the freedom of information act. The Ministry stated they did not keep statistics on this matter. The Prosecutor-General's Office referred us to their website, where they publish Slovak crime statistics annually. According to those statistics, no person has been convicted of this particular criminal offence, and so we were forced to turn our attention to individuals.

Our fears were confirmed by the informal interviews we had conducted with crime victims' advocates, who told us that in the Slovak Republic it is the recruiters who are prosecuted, not the organised groups. This phenomenon may be attributable to the nature of the offenders. It was evident from the cases we had the opportunity to study that the offenders primarily come from vulnerable social groups. Their recruitment tactics do not employ any complicated market mechanisms, and they do not use legitimate businesses to conceal their illegal activities.

We obtained statistical data from the Slovak Interior Ministry, the Prosecutor-General's Office, and the Corps of Prison and Court Guards. The data are incorporated into the following table.

§ 179 (Act No 300/2005, entry into force 1 Jan 2006)	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Completed prosecutions of known persons	3	4	7	3	12	12
Number of which are female		1	1		1	2
Minors						
Plea agreement with prosecutor			1	1	3	1
Persons indicted	2	2	3	1	6	2
Number of which are female		1			1	
Minors						
Aged 18–19						
Aged 22–24			1			
Aged 25–29			1			
Aged 30–39	2	2				1
Aged 40–49			1	1		1
Aged 50 and over						
Repeat offenders	2	1	2		2	
Organised crime	–	–	–	–	–	–

§ 179 (Act No 300/2005, entry into force 1 Jan 2006)	2012	2013	2014	2015	2016	30.06.2017	Σ
Completed prosecutions of known persons	28	12	20	22	27	28	178
Number of which are female	7	2	5	7	3		
Minors	2		1		4		
Plea agreement with prosecutor	9	4	5	11	5		
Persons indicted	10	4	13	10	15	24	92
Number of which are female	2	2	3	1	2		
Minors			1		4		
Aged 18–19		1					
Aged 22–24		1	1				
Aged 25–29	3	1					
Aged 30–39	6	1	5	7	8		
Aged 40–49	1		4	1	1		
Aged 50 and over			2	2	2		
Repeat offenders	1	1	1	4	8		
Organised crime	–	–	–	–	–	–	–

The data show that following the recodification of criminal law, the Slovak Republic began learning to handle the newly legislated constitutive elements. The Slovak police force had the lowest rate of successfully completed criminal prosecutions in 2006 (3) and 2009 (3), but overall developments in the prosecution of these offences are positive. Since 2006, when the new constitutive elements were introduced in the recodification of criminal law (with a few exceptions in 2006, 2009, 2013, 2015), we have seen a measured growth in the number of completed investigations. There has also been increased usage of plea agreements made by prosecutors since 2012.

In terms of repeat offenders, in the majority of cases the persons were first-time perpetrators of criminal offences. The largest increase in repeat offenders in Slovakia was registered in 2016, when they comprised nearly 30% of all prosecuted persons. There was no sign of organised crime in any of the cases. As for offender gender, males constituted the majority. The most female offenders were registered in 2012 (7) and in 2015 (7).

There appear to be several reasons why relatively few prosecutions are undertaken for the offence of trafficking in human beings. One of the main reasons might be the marked similarity of the constitutive elements with those of procuring and soliciting prostitution, which is governed by § 367 of the Criminal Code as follows:

§ 367 Procuring and Soliciting Prostitution

(1) Whoever shall hire, solicit, lure, exploit, elicit or offer another person to engage in prostitution, or profit from the prostitution of another person, or enable prostitution to be practised, shall be punished by a term of imprisonment of up to three years.

(2) A term of imprisonment of one to five years shall be imposed on a perpetrator if the offence is committed with serious attendant circumstances.

(3) A term of imprisonment of three to ten years shall be imposed on a perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1 against a protected person.

(4) A term of imprisonment of seven to twelve years shall be imposed on a perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1

a) who by the commission of that offence obtains considerable benefit for themselves or for another,

c) as a member of a dangerous group.

(5) A term of imprisonment of ten to fifteen years shall be imposed on a perpetrator who commits the offence referred to in paragraph 1 and through the commission of that offence causes grievous bodily harm or death.

In practice, frequent problems are encountered due to the inconsistency of application of the constitutive elements by the police and the prosecutors, i.e. whether the case at issue should be treated as trafficking in human beings or procuring and soliciting prostitution.

3. Analysis of Selected Judgments in Slovak Courts

3.1 Hearing Impaired

C.E. was sentenced to term of 4 years and 8 months in a minimum security prison plus a fine of 5000 euros for the continuing offence of trafficking in human beings. In the event he deliberately avoids paying the monetary fine, he will receive an alternative punishment of four months' imprisonment.

The defendant committed the offence in the period from 1999 to 31 October 2011, when he exploited and abused the vulnerable social situation of at least 15 hearing-impaired persons. He took advantage of their complicated situation and the fact that there were few employment opportunities for the hearing impaired, leaving them dependent solely on a disability pension that often was not enough to cover their basic needs. By promising them a good income, he lured them into a life of begging by way of selling toys and souvenirs in restaurants, where they would reveal their disability to patrons and ask them to buy toys and souvenirs for a price that was many times higher

than the actual value of these items, claiming it was for the benefit of hearing impaired persons. It worked like this:

The hearing-impaired person enters the place of business and places a plush toy on a table with a card imprinted with text indicating that by buying the plush toy (for approximately €5), the buyer would be helping the hearing impaired. After about 5 minutes, the person would return to the table and collect the toy along with any contribution.

They sold these toys in the Slovak Republic at various restaurants in various cities, primarily in Bratislava, Trenčín, Žilina, Piešťany, Nové Zámky, and Banská Bystrica.

The defendant transported these persons repeatedly for this purpose, and harboured them in Italy, Austria, or Switzerland. They were all forced to hand over all the proceeds (an undetermined amount) from this form of begging, and in return for this difficult, repeated, long-term daily labour he gave them only the very basic necessities, whilst dissuading them from returning to a normal life. More than once, he forced them to bring in more money by shouting at them to work harder, threatening the use of force.

During this period, he selected some of the hearing-impaired girls and, taking advantage of their poor social situation, lured them into prostitution. These girls engaged in prostitution in various places throughout Italy, typically from 18:00 to 06:00, seven days a week. They were forced to hand over all their earnings. He used this money to pay for their housing, food, and transportation, keeping the rest for himself. The women received no money, and he prevented them from returning to Slovakia. He forced them to earn more money by shouting at them and threatening violence.

3.2 The Road to Italy

Charges were brought against P. B. (the defendant) for the serious felony of trafficking in human beings under § 179(1)4b of the Criminal Code, on the grounds that at an unspecified time in October 2013 in Prešov (a city in eastern Slovakia), he exploited the poor social and financial situation of P.G. (the victim) and on the pretext of offering her a well-paid job as a waitress and housekeeper in Italy, he lured her and at her own expense transported her by a motor vehicle to Bolzano, Italy, and then to San Severo, Italy. Here, during an undetermined period from October 2013 to March 2014, he forced her into prostitution under the threat that he would leave her in Italy without any money. As a result, upon returning to the Slovak Republic in May 2014, P.G. suffered from post-traumatic stress disorder requiring 42 days of treatment.

This case played out in the Slovak Republic and in Italy from October 2013 until March 2014. The events that took place are best described by the victim.

In her statement she said that at the time she was supposed to go to Italy, the defendant told her she would be working as a housekeeper and waitress and earning €500–700. Her reason for going to Italy was that she was looking for a change. He told her she was not the first he was taking there, and so far everyone had been satisfied. She had no idea what kind of work the women did. The defendant drove her to Italy in his car, accompanied by his brother-in-law Ján. His brother-in-law stayed there with them for a few days, and then he found work and left. They arrived in Bolzano, where they lived in his car for around three weeks. Then they went to San Severo.

She said that when they were in Bolzano they would walk to the charity house to take care of personal hygiene, where they would eat and brush their teeth outside. They looked for work by asking around at hotels. His brother-in-law stayed in the car. The defendant told her that he would find her a job as a housekeeper and waitress. Her first contact with a man (customer) took place in a car park, where they met a man who invited them for coffee. The victim needed to shower and wash her clothes, and the defendant asked the man if she could do this at his place. He agreed. She asked the defendant to drive her to this strange man's home but he refused, saying the man would drive her there himself. And he did. The man from Morocco drove her to his home. He lived with a roommate on the ground floor in a block of flats. He told her to go ahead and shower, and he went to take her things downstairs to the washing machine. After showering, she heard someone open the door. That someone had already disrobed and he assaulted her in the shower. She tried to fight him off, but was unable to. She then told him to call Ján, who drove her back to the car park where they slept. She saw the strange man give the defendant €30. When the defendant returned to her, she told him she was supposed to get a job as a housekeeper and waitress! She asked him to explain the assault to her, and said she was only supposed to wash her clothes. The defendant told her very rudely that they needed the money.

During this period of time, she had sexual intercourse in a similar fashion with 2 more men. One man was dark-skinned and paid her €30, and the other was Asian and paid her €50. The victim stated she was afraid of the defendant. He told her he would leave her there all alone, and that they needed money.

In December, the victim actually saw a list the defendant kept of the number of customers and how much money he had earned (money that was

either given directly to him or money she got from customers that she had to hand over to him).

Later, they all moved on to San Severo. At first they lived in the car, then they spent money on petrol and food. The defendant began to make friends from whom he would then borrow money, and the victim had to pay that money back by having sexual intercourse with these friends. She said that in November, there were five men that she had to sleep with.

Then they checked into the Villa hotel, where the defendant told her that she would walk the streets. She said she did not want to do that, that she wanted to go home. He was rude and horrible to her, telling her she would do it, otherwise he would leave her all alone. He said they needed money, to which she responded that he should get a job. At that time her relationship with the defendant was a father-daughter relationship, and although he thought she was in love with him, she was not. She had sex with him three times a month, but it was not voluntary on her part – he forced her! She was even more repulsed by him because of this. He even gave her pills that he claimed were vitamins.

She was there from December through mid-January. Even while she was menstruating she had 7 to 10 customers per day, sometimes earning €350–400. She engaged in phone sex about 5 times as well. Her daily ritual was to wake up in the morning and get dressed, then the defendant would drive her to the agreed spot at seven a.m. He would leave her there until eight or nine o'clock at night, and when he would come to pick her up he would tell her to hand over all the money. He also told her the police would be checking her and she was to tell them she was there alone, of her own free will. Even though she had access to the internet at the time, she never used it because the defendant always kept an eye on her.

They returned to Slovakia on 15th January, and then she went back to Italy. She said the reason she went back was that the defendant had promised to get her a real job. He would have killed her [if she had not gone back there]; he promised her she would not have to be a prostitute. On her second visit to Italy they stayed there until May, and the defendant paid for accommodations for both of them, €210 every week.

The defendant had 4 past convictions (for theft in 1991; again for theft in 1995; for criminal damage to property belonging to another in 2002; the fourth conviction was in the Czech Republic in 2007).

The court took into account primarily the victim's testimony as well as expert evidence, and ultimately sentenced the defendant to 4 years' unconditional imprisonment.

4. The Media and Trafficking in Human Beings in the Slovak Republic

4.1 Report Broadcast by TV Markíza on 13 July 2017

(by Kristína Kovešová)

The report details the activities of the Romanian beggar ‘mafia’ in the Slovak Republic. It is a group of people that make money primarily by exploiting the disabled. They do not choose disabled persons by accident; the goal is to evoke the sympathy of passers-by in the hope they will give a more generous financial donation. They drive them to the city centre in the morning, leave them there to beg all day, and then take away all the money that was donated to them.

The reporter monitored the activity of one particular group of professional beggars from Romania for several weeks. It turns out that some of them were only pretending to have a disability to help them get more money. However, the reporter stated that whilst some of the beggars were only pretending to have a disability, others were being exploited precisely because they had a real disability. In part one of the report, she focussed on a disabled beggar who had lost both lower limbs. At first he remained silent when asked about how he had come to Slovakia and where his boss was, but later he admitted that Bratislava was not his first destination. In the past he had already been to Budapest and Vienna. He denied that he was begging. The reporter tried to help this man, but as soon as she mentioned the word ‘boss’, he clammed up and tried to get away.

Several people did speak of one man who allegedly is the boss of all the professional beggars in Bratislava. Others also spoke of a man in a hat whose job was to supervise the beggars. The reporter actually found a man who matched the description, but when she confronted him about being the supervisor, he denied everything. He claimed not to know any of them, but the report shows a witness who was able to clearly identify him as well as footage showing him in the areas where the beggars take up their positions.

After this interview, the reporter decided to follow the man and the next morning, she saw him (and another man) in the company of a false beggar and the legless man in front of a hostel near a tram stop. They boarded through separate doors and headed into the city centre, where they helped the man in the wheelchair off the tram and left him there to beg. After giving him some instructions, they went to get coffee and go shopping, all the while staying close to the beggar.

The spokesman for the Regional Police Directorate in Bratislava gave the following statement to the reporter:

Divisions working under the Regional Police Directorate in Bratislava have been paying particular attention to this type of criminal activity for some time now. It is in our interest to make sure the citizens of this city and our visitors do not become victims of this type of crime. Information reported by the media was useful in the implementation of increased measures by the competent police divisions against this criminal activity. For tactical reasons, we cannot provide detailed information about the nature of these measures.

When confronted again, the man in the hat began to behave aggressively. He even threatened to break the cameraman's camera.

According to the reporter, this is a well-organised group on several levels. The report also shows statements by several witnesses who describe how a large group of persons meet in the morning, only to divide up later. Each group has their own territory. Some go to tram and bus stops, others have their locations in selected neighbourhoods.⁴

4.2 Project of the Interior Ministry and a Citizens Organisation – www.superzarobok.sk

In 2015, the Interior Ministry took aim at the issue of trafficking in human beings. Together with the citizens association *Brániť sa oplati* [It Pays off to Resist], it created the fictitious website www.superzarobok.sk. This fictitious website presented lucrative job offers abroad, but the salaries were so outlandish that job seekers were meant to clearly understand it was a scam.⁵ The link to the site was circulated primarily on social media (in particular through a Facebook ad) and reached nearly 700.000 Slovaks. The website contained various elements suggesting it was a scam, such as the heading 'WORKS-4JU'. Another clue was that the fictitious agency had an address that does not exist. Another element meant to deter job seekers (victims) was the fake form on which they selected the location where they wanted to work and the number of months they wished to work.⁶ They were also asked to provide the email addresses of their two closest relatives/friends. After registration was completed, the persons who provided this information received an email that revealed to them how easy it was to become a victim of human trafficking. The people whose email addresses they had provided received the same email, including a link to a website offering information about how to avoid similar situations. The objective was to find out how many people would click on

⁴ The entire report is available at: <https://www.youtube.com/watch?v=Y6RdygWF5ww> [accessed: 10.12.2018].

⁵ The website offered salaries of €2000–3000

⁶ There were cases that are unrealistic in Slovakia, where over the course of two months according to the fictitious website a person could earn €4000.

the link, and this campaign reported shocking results. Forty thousand people viewed the website over the course of little more than 3 days. There were 2200 registrations. It was interesting to see the response from Slovak media, which despite being notified of the project avoided any extensive reporting about it. The campaign was intended to draw attention to the careless behaviour of people, particularly young people, and to the issue of human trafficking. Young people are easy victims of this wide-spread phenomenon. This project is unequivocal evidence that the Slovak Republic is taking an active approach to the issue.

5. Questionnaire Assessment – the Perpetrators

Cooperation on the part of the Corps of Prison and Court Guards enabled us to make contact with 4 convicted offenders, who provided us with the following information.

I

The primary purpose of exploitation was prostitution; one case involved two women, one of whom had been involved in the sex trade for quite some time. In the past she had worked in numerous other countries as a prostitute. The perpetrator worked with a family member (brother-in-law), who allegedly drew him into the criminal world deliberately, but without the perpetrator's knowledge. The perpetrator wrote on the questionnaire that in his case the victim, a woman who had prior experience of prostitution, was entirely to blame for the offence he committed.

This victim allegedly made the arrangements in a casino where they chose two girls, along with the perpetrator and his brother-in-law (the perpetrator allegedly was unaware of the subject matter of the arrangements).

The perpetrator claims he was drawn in to the criminal activity mainly because he had a vehicle and a driving licence, both of which were needed in the commission of the offence.

He stated he had never been involved in this type of trade (human trafficking – prostitution), nor had he ever committed any similar offence, such as procuring and soliciting prostitution. As a matter of fact, in the past he had only been convicted of property crime (theft).

The perpetrator was unable to respond to the remaining questions because he had never conspired with or belonged to any organised group. The perpetrator believes himself to be a victim, because he allegedly had no knowledge of having committed the offence or participating in the offence. He is not engaged in this type of activity.

II

We collected two questionnaires from a pair of co-perpetrators who were charged with the prostitution of a minor. It is important to note that the perpetrators were siblings, they were brothers. One perpetrator was convicted of human trafficking in the case of one underage victim; but on the questionnaire he indicated that there were in fact three other victims, all women, for which he was not convicted.

One of the perpetrators said that he had never been convicted of any related crimes, or any other crimes at all for that matter. Before being caught, he had only been engaged in this criminal activity for a very short time, just 5 days. He also stated he was not a member of any organised group. He was a human smuggler. He said that to be good in this 'trade', one needed to have contacts and good connections. He did not find it necessary to establish any legal form of business. In terms of information and communication technology, he said he mostly uses a mobile phone. He arranged for transport from the Slovak Republic to the United Kingdom. As part of his business he had to buy flight tickets to England. He worked as a butcher. He never borrowed any money to be used for the commission of this criminal offence. He stated that he tried to expand his 'business', the result of which was the trafficking of four victims. He indicated on the questionnaire that all of these victims were minors. He never found himself in a situation where he did not have the money necessary to commit criminal offences.

He did not need money for legal costs, because he received free legal aid in England. He received money every day from the victims, in cash, 50% of their earnings. The money was paid in cash and no information and communication technology was used in the collection of the cash. Clients paid £50–100 to the women/victims.

The offender secured housing for the victims in his 5-room house. Overhead costs included flight tickets, clothing, and housing. Information and telecommunication technology had no effect on reducing the costs associated with running this criminal trade. Because the perpetrator worked as a butcher, income from the criminal activity was supplemental.

When asked how much he received from customers, he gave this answer: from £30 to £150. He included a rate schedule for services on the questionnaire.

On average, one victim provided sexual services to 10 persons a night; the perpetrator then indicated on the questionnaire that one victim was able to provide sexual services to up to 100 clients a week.

He invested these proceeds of criminal activity into his family, since he has 4 children, but he did not elaborate how exactly this money was actually

invested. He intended to buy a house to provide housing for the victims who engaged in the provision of sexual services for him because he wanted to keep an eye on them. Information and communication technology had no effect on his profits from this criminal enterprise. The perpetrator did not use any modern technology to recruit victims or to promote the services provided by his victims. He only used mobile phones, because as he said all his client contacts came from his friends and acquaintances. His answers were inconsistent.

III

The next respondent was the brother of the convicted offender (his story is number II in this report), who unlike his brother was given probation for violating traffic laws in conjunction with violating criminal law (i.e. a vehicular accident). He allegedly became involved in this criminal activity by mistake, and according to available information it was his brother who got him involved. The respondent did not act as a member of an organised group; it was only he and his brother who committed the offences. Like his brother, he did not create any legal business as a front for his criminal activity. This perpetrator's statements matched those of his brother, including the information about how having contacts with acquaintances to ensure they had customers to whom they could offer the sexual services provided by their victims was an important part of this activity. His complicity in the crime consisted of securing the contacts. He did not borrow any money in connection with the commission of the offence, and he was never in a situation where he lacked funds. Like his brother, he was given free legal aid in the United Kingdom.

IV

The fourth respondent was engaged in the trafficking of human beings by way of forced begging – he transported victims to Germany. He was engaged in this criminal activity for 2 to 3 years. He had never previously been found guilty of this or any other criminal offence.

He associated with one other person who had already been taking trips to Italy before they became jointly engaged in this criminal activity. He stated there were several perpetrators who formed their group, but each person worked for himself or herself and each of them carried out all the activities associated with the given criminal offence, and they never divided up tasks amongst themselves.

The perpetrator worked mostly as a driver, and said that he would even personally participate in begging. He did not need to set up a legal business as

a front for his illegal activities. He stated that some of the requisites for engaging in this type of trade include a driving licence, and since the people were being transported to Germany to beg he also had to be able to speak German, and he also needed good communication skills to obtain new clients.

He did not encounter any barriers preventing him from becoming engaged in this type of criminal activity. He said his position within the group remained unchanged. He did not make use of the internet or any form of information and communication technology in the commission of this criminal offence. His position the entire time was that of the driver. He transported three people, and also provided them with housing in his own home. His only expense was for fuel. The perpetrators all pitched in to pay for fuel and for the costs of food. He obtained initial capital from the victims, as well as from selling things to a pawnbroker. His entire family pitched in to pay for his legal expenses to ensure he received legal protection. Even now as he is serving his sentence, his family members support him. As far as divvying up the bounty goes, he said everyone kept whatever they got for begging and the only other thing they had to cover were costs like petrol and housing. The perpetrators provided the food. Payday was once a month in cash. There were no other persons involved in the payment method (no courier or collector). When asked how much he spent to get the victims to their location, he responded €120. Human trafficking was not his primary source of income; he received caregiver benefits from the state (he was unemployed and lived off welfare). He used the money he collected from the victims to buy food (i.e. he bought groceries and put a little away, too). He planned on investing the money to carry out repairs in his house. He said it was never necessary to conceal the source of this money. Information and communication technology never affected his profit margin.

5.1 Summary

The perpetrators did not want to indicate how they committed the criminal offences or any details of how these were financed and how the proceeds of the crimes were distributed. Their unwillingness to cooperate may be due to fact that none of them were convicted as a member of a group, thus they did not commit an organised crime.

They frequently gave conflicting responses to questions. One of the respondents first said he did not borrow money to begin his criminal activity, but then he changed his statement and said that to make initial arrangements he needed money that he obtained by selling items to a pawnbroker. Another respondent said he only engaged in human trafficking through one person

(the victim), but later he said there were four victims, all women, through whom he committed the criminal offences.

In selecting offenders for the FINOCA 2.1 project questionnaire, we focussed our attention on offenders who were convicted of trafficking in human beings according to § 179(1) or (2) of the Slovak Criminal Code No 300/2005.

The Corps of Prison and Court Guards gave us information according to which at this time, none of the offenders are serving a prison sentence for human trafficking as a member of an organised group. We were therefore unable to conduct any interviews with offenders who were members of organised crime. It is possible that some of these offenders were members of an organised group engaged in human trafficking. However, in view of the manner in which the questionnaires were collected in the prison, the convicted offenders may have been concerned that the information could be disclosed and that would indicate they had committed crimes as members of an organised group, their crimes could have been re-qualified with a higher sentencing guideline.

6. Questionnaire Assessment – the Experts

Although we made every effort, due to the very narrowly defined subject matter it was quite difficult to select experts who deal with this issue. We contacted a professor of psychology at Comenius University, an expert for the Justice Ministry who is associated with the forensic institute for psychology and psychiatry and engages in forensic psychology, providing expert opinions and conducting research in forensic psychology. He practices clinical and forensic psychology and in the past he dealt with organised crime groups, particularly organised groups from central and southern Slovakia and Bratislava. He also dealt with large, infamous organised groups, such as the Sýkora gang, the Piťo gang, the Šátor gang, and the Takáč gang. He also evaluated one of the biggest and most influential bosses of the Slovak underworld – Mikuláš Černák. He said that as far as he knew, none of the perpetrators he had the opportunity to evaluate was charged with human trafficking. The statistical data provided by the Slovak Interior Ministry, the public prosecutor, the police, and the Corps of Prison and Court Guards support that statement. This would mean that organised groups in the Slovak Republic do not commit the crime of trafficking in human beings.

In most cases the offenders were charged with establishing and engineering organised groups, extortion and murder, and drug-related offences, but

the professor did not remember any case where any of these offenders were prosecuted for trafficking in human beings. The organised groups in the Slovak Republic had a strict hierarchy of activity: extortion, forced protection, prostitution, drug distribution. The vast majority of the perpetrators were of Slovak nationality. In one case a Ukrainian national was charged with a contract killing, but the proceedings against him were terminated.

Their prostitution-related activities concerned providing forced protection to freelance prostitutes, where they would offer protection and then demand a percentage of their earnings. This prostitution took place strictly in the Slovak Republic. They did not recruit prostitutes; on the contrary, as mentioned above the victims were already engaged in prostitution and the organised groups evaluated by the professor forced their protection on these prostitutes. In most cases the prostitutes were under the influence of drugs, since these organised groups also sold drugs. They sold drugs to the prostitutes for higher prices to force them to earn more money through prostitution, and then they would force the protection on them and exact a percentage of the proceeds of this prostitution.

They took a percentage of the earnings, which was collected by the foot soldiers – the bottom-level members of the organised group. Each foot soldier was assigned to several prostitutes, who provided sexual services in the dwellings owned by the organised group.

The professor also said he does not recall any media reports about human trafficking being committed in connection with an organised group.

He confirmed that in his professional career, he had never come across an offender who was prosecuted for human trafficking as a member of an organised group. There were cases of prostitution, but these people had already been prostitutes before they became involved with organised crime. He therefore could not provide any additional information in respect of our questions regarding the financing and *modus operandi* of other activities associated with this topic.

We attempted to contact other people involved in the detection of criminal activities associated with human trafficking, but because of the time constraints we were unsuccessful.

We also interviewed the staff at the Information Centre for Combating Trafficking in Human Beings, established by the Slovak Interior Ministry, but they were unable to answer our specific questions as they primarily assist the victims of these crimes; they referred us to their website that provides information obtained from these victims.

7. Market Structure

If you want to know the perpetrator, first know his victim. This concept would appear to be true. For this part of the final report, we drew on information obtained primarily from interviews with the staff at the Information Centre for Combating Trafficking in Human Beings and with practitioners. The data we obtained from the annual assessment of the Programme for the Support and Protection of Victims of Human Trafficking also greatly helped us.⁷ The Programme for the Support and Protection of Victims of Human Trafficking is sponsored by the Ministry of the Interior of the Slovak Republic. The pilot phase of the Programme for the Support and Protection of Victims of Human Trafficking (the “programme”) was implemented as part of the National Plan of Action for Combating Human Trafficking for 2006–2007. The programme was updated and implementation continued as part of the National Programme for Combating Human Trafficking for 2008–2010, and the National Programme for Combating Human Trafficking for 2011–2014. The new National Programme for Combating Human Trafficking for 2015–2018 was submitted for discussion to the government of the Slovak Republic, which then approved the programme, without changes, under Decree No 52 of 4 February 2015.

For the purposes of the programme, a victim means:

- a citizen of the Slovak Republic,
- a citizen of the European Union, or
- a national of a third country,

concerning whom there are reasonable grounds for believing they have become victims of the trafficking of human beings in the Slovak Republic or abroad.

Participants in the implementation of the programme:

- national coordinator for combating trafficking in human beings; the state secretary of the Ministry of the Interior of the Slovak Republic is the designee
- representatives of the ministry designated by central government administration and local governments
- NGOs and an international organisation.

⁷ http://www.minv.sk/?program_podpory_a_ochrany_obeti [accessed: 10.12.2018].

Content of the programme

For victims, the programme primarily ensures:

- isolation from the criminal environment,
- if a foreign national, legalisation of their residency in the Slovak Republic,
- assistance with voluntary return to the Slovak Republic, or if a foreign national, to their country of origin,
- financial support,
- social support,
- psychosocial interventions,
- psychotherapy services,
- legal advice,
- health care,
- retraining.

If a victim decides to cooperate with law enforcement authorities, then a scheme of comprehensive care for the duration of the criminal proceedings can be arranged.

Annual reports on the assessment of the programme provide an invaluable source of information not only about the victims, but also about the perpetrators of crimes.

7.1 Profile of a Perpetrator

The information shows that the most frequent perpetrators of these criminal offences are male. Males dominated the statistics in every year the programme was assessed (see table below). One reason is that women are less represented as perpetrators in society as a whole, and so this status inevitably crossed over to the issue of trafficking in human beings. Even where a victim identified a woman as the recruiter, very often she was working in collaboration with a male accomplice.

Gender	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Male	23 (male and female together in 2 cases)	15	26	26	22	16
Female	9 (male and female together in 2 cases)	2 (together with a male)	4	8	2	0

Demographically speaking, perpetrators most often focus on more rural areas. If we look at the level of education of the victims, we see that the majority have only a primary education.

7.2 Method of Recruitment

The method of recruitment of victims varies by country. The common denominator is that recruiters seem to always be a step ahead, always seeking new tactics to obtain the consent and then exploit the victim. Perpetrators take advantage of the specificities of each country, as every country is different. In the Slovak Republic, perpetrators primarily take advantage of the poor social situation of people living mainly in the eastern regions of the country. In most cases, the main reason for recruitment is a job opportunity, whether at home in Slovakia or abroad, and the prospect of earning a better income. Social situation is also linked to the second most frequent case, where perpetrators focus their attention on the homeless. They lure them to large cities or to foreign countries for the purpose of forced begging. The perpetrators often know no bounds and they exploit victims with physical disabilities (amputees, deaf-mutes) for forced begging to attract sympathy from passers-by in an attempt to obtain more money.

7.3 Perpetrator's Contact with Victim

If we look at recruitment methods, in most cases the perpetrators do not make use of information and communication technology. When they do, it is primarily by mobile phone but always in combination with personal contact. The use of social media was evidenced in only one case in 2013. The infrequent use of these modern trends apparently has to do with the regional distribution of perpetrators and victims of crimes. In the Slovak Republic, the poorest regions are predominantly in the east of the country. Abduction is also a frequent method of recruitment. The perpetrator lures his victim and then transports them by force across the border or to other regions within the Slovak Republic. Victims most frequently indicated personal contact as the method of recruitment.

7.4 Slovak Republic – a Country of Recruitment

According to the statistics, it would seem that the Slovak Republic is chiefly a country of recruitment. This is seen mainly in the fact that the Slovak Republic is only rarely the planned target destination or the country where victims ultimately end up. One of the reasons the Slovak Republic is predestined to be a good source country is the low standard of living in some of the regions. The most endangered groups of victims are chiefly persons with a primary education who come from a vulnerable social environment. In the Slovak Republic, the most frequent victim is a female aged 18 to 30 years, unmarried, and hails mainly from the Košice region (eastern Slovakia), fol-

lowed by the Prešov and then the Banská Bystrica regions. In most cases, they know the recruiter personally.

7.5 Purpose of Exploitation

Exploitation in Slovakia comes in various forms. Some of the most common forms are:

- sexual exploitation,
- forced labour,
- forced begging,
- forced marriage.

The purpose of exploitation has changed over the years. Whilst in 2013 victims were used primarily for sexual exploitation (15), in 2016 the primary form of exploitation was forced labour (12). In general, we can say that sexual exploitation is not confined to female victims. For instance, in 2016 a male victim was registered.

8. Financing

Based on the information we gathered in respect of financing, we can conclude that the perpetrators mainly use the proceeds from this illegal activity for their own gain, to buy food. In the future, they intended to use these proceeds to furnish the homes in which they themselves lived or which they used as a place for the victims to provide sexual services.

We know from our interview with the notable professor of psychology that in the cases involving prostitution, exploitation was mostly a form of forced protection. Organised groups were initially focussed on committing violent crimes, such as murder and drug-related criminality. Primarily as the result of drug-related crimes and the growth of drug-related activity, they then expanded their drug trade to include prostitutes. They sold drugs to prostitutes, which gave them control over the prostitutes, and then they forced protection on them. The prostitutes were engaged in their trade beforehand, so there was no recruitment and no information and communication technology was used (at most a mobile phone). Over time, they raised the price of the drugs they sold to prostitutes to make the prostitutes work harder. The outcome of this 'business plan' was that they took a part of the earnings from sex. The perpetrators never set up a legal business as a front for their illegal activities. They often acted impulsively, without a well-thought-out strategy. Transactions were primarily carried out in cash. The perpetrators did not employ any special technologies to obtain the cash.

Based on what we have learned about organised crime involvement in trafficking of human beings, we can conclude that this area of criminality has its specificities, and with enhanced activities, in particular prevention, these can be eradicated.

Abstract

Organised Crime in the Slovak Republic

The article deals with the problem of organised crime and trafficking in human beings. It also reflects the legislative changes which took place in the Slovak Republic regarding respective criminal offences in 2005. The paper consists of the research which have been made in the form of interviews with experts as well as questionnaires delivered by convicted offenders. Authors also looked closely at statistics which were obtained by submitting a request to the Slovak Interior Ministry and the Prosecutor-General's Office. Information has been supplemented by analyses of cases brought before the court and elaboration of elements concerning respective criminal offences in Slovak criminal codices. Several impressive facts have been observed. Apart from the criminality structure it has been also revealed that the Slovak Republic is mainly a country of recruitment of victims and that the most common forms of exploitation in the Slovak Republic are sexual exploitation, forced labour, forced begging and forced marriage.

Key words: organised crime, trafficking in human beings, exploitation

Streszczenie

Przestępczość zorganizowana w Republice Słowackiej

W artykule opisano problem przestępczości zorganizowanej i handlu ludźmi oraz odniesiono się do dokonanych w Republice Słowackiej w 2005 r. zmian przepisów prawa dotyczących tych przestępstw. W ramach badań przeprowadzono rozmowy z ekspertami i uzyskano dane z kwestionariuszy wypełnianych przez skazanych przestępców. Autorzy bacznie przyjrzeni się także statystykom dostarczonym na wystosowaną prośbę przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych Słowacji i Biuro Prokuratora Generalnego. Informacje z badań zostały uzupełnione o analizy spraw rozpatrywanych przed sądem i szczegółowe omówienie zapisów słowackiego kodeksu karnego. W badaniach zaobserwowano kilka istotnych faktów – oprócz struktury przestępczości zorganizowanej pozwoliły one na wykazanie, że Republika Słowacka jest głównie krajem werbowania ofiar i że najczęściej występującymi formami wykorzystywania osób są: wyzysk seksualny, praca przymusowa, zmuszanie do żebrania i wymuszone małżeństwa.

Słowa kluczowe: przestępczość zorganizowana, handel ludźmi, wykorzystywanie

Beata Więzowska-Czepiel

dr, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, Krakowska
Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Podmioty uprawnione do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – przegląd instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część II)

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł stanowi drugą część opracowania zawierającego przegląd instytucji wpisanych do prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rejestru podmiotów uprawnionych – wykazu instytucji oferujących pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich w Polsce. Rejestr ten został utworzony na podstawie art. 7 oraz art. 21 ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (dalej: u.p.r.s.k.)¹. Na mocy u.p.r.s.k., implementującej postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE², wprowadzono do prawa polskiego instytucję pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – postępowań prowadzonych przez podmioty uprawnione, spełniające wymagania określone w u.p.r.s.k. W chwili obecnej (stan na 1 marca 2018 r.) istnieje dziewięć podmiotów uprawnionych do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich. Poniżej omówiono postępowania prowadzone przed Rzecznikiem Praw Pasażera Kolei przy Prezesie Urzędu Transportu Kolejowego, Inspekcją Handlową oraz Sądem Polubownym przy Komisji Nadzoru Finansowego³.

¹ Dz.U. z 2016 r., poz. 1823.

² Dz.Urz. UE L 165 z dnia 18 czerwca 2013 r., s. 63.

³ W pierwszej części artykułu zostały omówione: Związek Banków Polskich – Bankowy Arbitraż Konsumencki, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Rzecznik Finansowy i Stowarzyszenie Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie”, B. Więzowska-Czepiel, *Podmioty uprawnio-*

Rzecznik Praw Pasażera Kolei przy Prezesie Urzędu Transportu Kolejowego

Rzecznik Praw Pasażera Kolei przy Prezesie Urzędu Transportu Kolejowego (UTK)⁴ jest podmiotem powołanym na podstawie zmian wprowadzonych ustawą o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich⁵ w ustawie o transporcie kolejowym⁶. Wprowadzenie instytucji Rzecznika Praw Pasażera Kolei było odpowiedzią na lukę istniejącą w systemie ADR w sektorze usług kolejowych. Jakkolwiek, na mocy art. 68 ust. 3 u.p.r.s.k. Rzecznik uzyskał uprawnienie do prowadzenia postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich już od dnia wejścia w życie u.p.r.s.k., tj. 10 stycznia 2017 r., rozpoczął on swoją działalność dopiero 1 lutego 2017 r., to jest od momentu powołania przez Prezesa UTK⁷, natomiast wpis do rejestru, niezbędny do przeprowadzenia notyfikacji podmiotu ADR Komisji Eu-

ne do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – przegląd instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część I), „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2018, nr 1, s. 157–176. Koordynator do spraw negocjacji przy Prezesie Urzędu Regulacji Energetyki oraz Izba Gospodarki Elektronicznej zostaną przedstawione – wraz z podsumowaniem pierwszego roku działalności podmiotów ADR – w trzeciej części artykułu, w kolejnym numerze „Studiów Prawniczych”.

⁴ Prezes UTK jest centralnym organem administracji rządowej będącym krajową władzą bezpieczeństwa i krajowym regulatorem transportu kolejowego w rozumieniu przepisów Unii Europejskiej z zakresu bezpieczeństwa, interoperacyjności i regulacji transportu kolejowego, właściwym w sprawach: regulacji transportu kolejowego; licencjonowania transportu kolejowego; nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem infrastruktury kolejowej oraz pojazdów kolejowych; bezpieczeństwa ruchu kolejowego; interoperacyjności i spójności technicznej transportu kolejowego; licencji i świadectw maszynistów (art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2117, z późn. zm., dalej: u.t.k.). Prezes UTK jest także organem właściwym w sprawach nadzoru nad przestrzeganiem praw pasażerów w transporcie kolejowym (art. 10 ust. 1a u.t.k.).

⁵ Na mocy art. 51 u.p.r.s.k.

⁶ Podstawą prawną funkcjonowania Rzecznika jest regulacja zawarta w Rozdziale 3a u.t.k., zatytułowanym „Rzecznik Praw Pasażera Kolei oraz pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich”. Odnośnie do pozasądowego rozwiązywania sporów przez Rzecznika Praw Pasażera Kolei zob. też G. Pilecki, *Rzecznik Praw Pasażera Kolei – alternatywne metody pozasądowego rozwiązywania sporów jako nowy element ochrony praw pasażerów w transporcie kolejowym*, [w:] *Rynek kolejowy. Prawne i ekonomiczne aspekty funkcjonowania*, red. M. Pawełczyk, Warszawa 2017, s. 141–156.

⁷ Na stanowisko Rzecznika powołana została Joanna Marcinkowska. Zgodnie z art. 16d ust. 1 u.t.k. Rzecznika na pięcioletnią kadencję powołuje Prezes UTK spośród osób, które: korzystają z pełni praw publicznych; nie były skazane prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe ani nie orzeczono wobec nich zakazu zajmowania kierowniczych stanowisk lub pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach państwa; posiadają tytuł zawodowy magistra lub równorzędny; znają co najmniej jeden język obcy spośród języków roboczych Unii Europejskiej; cieszą się nieposzlakowaną opinią; nie są członkami partii politycznych. Obsługę organizacyjną Rzecznika zapewnia Urząd Transportu Kolejowego (art. 16d ust. 2 u.t.k.).

ropejskiej i włączenia tego podmiotu do europejskiego systemu pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, został dokonany 15 maja 2017 r. W dniu 9 maja 2017 r. weszło w życie rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 25 kwietnia 2017 r. w sprawie organizacji instytucji Rzecznika Praw Pasażera Kolei oraz postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów pasażerskich (dalej: rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa)⁸.

Rzecznik wykonuje swoje zadania przy pomocy zespołu (art. 16f ust. 1 u.t.k.). Zgodnie z § 14 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa członkiem zespołu może być pracownik UTK, który: posiada wykształcenie wyższe; posiada wiedzę w zakresie praw pasażerów w transporcie kolejowym i ochrony praw konsumenta; posiada co najmniej roczne doświadczenie zawodowe związane z ochroną praw pasażera lub konsumenta. Upoważnienia do prowadzenia postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów pasażerskich Rzecznik udziela członkowi zespołu na czas określony nie krótszy niż 3 lata, określając zakres czynności, do których podejmowania w ramach postępowania uprawniony jest członek zespołu (art. 16f ust. 2 u.t.k.; § 15 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa).

Zgodnie z art. 16a u.t.k. Rzecznik Praw Pasażera Kolei przy Prezesie UTK prowadzi postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów pomiędzy pasażerami⁹ a przewoźnikami kolejowymi¹⁰, zarządcami infrastruktury kolejowej¹¹, właścicielami dworca bądź zarządzającymi dworcem. Ich przedmiotem są spory dotyczące zobowiązań umownych, w tym sprzedawcy biletów lub operatora turystycznego, wobec pasażera, wynikające z umów przewozu osób, rzeczy lub zwierząt w transporcie kolejowym oraz spory dotyczące usług świadczonych na rzecz pasażerów przez przewoźnika kolejowego, zarządcę infrastruktury kolejowej, właściciela dworca bądź zarządzającego dworcem. Progi wartości przedmiotu sporu prowadzonego przed Rzecznikiem postępowania określa § 13 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa, zgodnie

⁸ Dz.U. z 2017 r. poz. 893. Rozporządzenie stanowi wykonanie delegacji ustawowej zawartej w art. 16g u.t.k.

⁹ Ustawa o transporcie kolejowym nie definiuje pojęcia pasażera. Należy przyjąć, że pasażerem jest każda osoba korzystająca z usług przewozu koleją, niezależnie od tego, czy jednocześnie posiada status konsumenta. Według art. 16b ust. 1 u.t.k. spór może być prowadzony również między przedsiębiorcami.

¹⁰ Stosownie do art. 4 pkt 9 u.t.k. przewoźnikiem kolejowym jest przedsiębiorca uprawniony na podstawie licencji do wykonywania przewozów kolejowych lub świadczenia usługi trakcyjnej lub podmiot wykonujący przewozy na infrastrukturze kolei wąskotorowej.

¹¹ Zgodnie z art. 4 pkt 7 u.t.k. przez zarządcę infrastruktury należy rozumieć podmiot odpowiedzialny za zarządzanie infrastrukturą kolejową albo, w przypadku budowy nowej infrastruktury, podmiot, który przystąpił do jej budowy w charakterze inwestora; zadania zarządcy infrastruktury mogą wykonywać różne podmioty.

z którym wartość przedmiotu sporu pasażerskiego nie może być niższa niż 10 zł ani wyższa niż 20 000 zł.

Postępowanie przed Rzecznikiem wszczyna się wyłącznie na wniosek pasażera¹². Jest ono dla pasażera wolne od opłat¹³. Warunkiem wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania przed Rzecznikiem jest podjęcie przez pasażera próby kontaktu z przewoźnikiem kolejowym, zarządcą infrastruktury kolejowej, właścicielem dworca bądź zarządzającym dworcem, sprzedawcą biletów lub operatorem turystycznym i bezpośredniego rozwiązania sporu pasażerskiego, w tym na drodze postępowania reklamacyjnego pasażera¹⁴.

Stosownie do art. 16e ust. 3 u.t.k. wniosek o wszczęcie postępowania przed Rzecznikiem zawiera co najmniej elementy określone w art. 33 ust. 2 u.p.r.s.k., tj. oznaczenie stron, dokładnie określone żądanie, wskazanie rodzaju postępowania, o którym mowa w art. 3 u.p.r.s.k., zgodnie z wyborem wnioskodawcy, oraz jego podpis. Ze względu na to, że celem postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązania sporu pasażerskiego jest przedstawienie przez Rzecznika propozycji jego rozwiązania, pasażer powinien wносить o przedstawienie stronom propozycji rozwiązania sporu. Ponadto, zgodnie z § 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa, wniosek powinien zawierać: wskazanie przedmiotu sporu wraz z jego wartością; oświadczenie wnioskodawcy o podjęciu próby kontaktu z drugą stroną i bezpośredniego rozwiązania sporu pasażerskiego wraz ze wskazaniem daty podjęcia próby kontaktu i bezpośredniego rozwiązania sporu pasażerskiego; oświadczenie wnioskodawcy, że sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami nie jest w toku albo nie została już rozpatrzona przez Rzecznika albo inny właściwy podmiot, albo sąd; wskazanie, czy wnioskodawca wyraża zgodę na doręczanie pism stronom postępowania i wymianę informacji pomiędzy stronami postępowania za pomocą środków komunikacji elektronicznej, wraz ze wskazaniem adresu poczty elektronicznej.

Do wniosku o wszczęcie postępowania przed Rzecznikiem należy dołączyć: opis okoliczności sprawy, informacje na temat dotychczasowego przebiegu sporu pasażerskiego oraz kopie posiadanych przez wnioskodawcę dokumentów potwierdzających informacje zawarte we wniosku¹⁵. Wniosek o wszczęcie

¹² Art. 16e ust. 1 u.t.k.

¹³ Art. 16e ust. 5 u.t.k.

¹⁴ Art. 16e ust. 2 u.t.k.

¹⁵ Art. 16e ust. 4 u.t.k. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa do wniosku o wszczęcie postępowania należy też dołączyć: korespondencję pomiędzy wnioskodawcą a drugą stroną sporu prowadzoną w sprawie, której dotyczy wniosek, lub jej kopię albo wydruk korespondencji, w przypadku gdy wniosek jest składany w postaci papierowej, a korespondencja między stronami postępowania była prowadzona za pomocą środków komunikacji elektronicznej; oryginał lub kopię pełnomocnictwa, jeżeli wniosek wnosi pełnomocnik.

postępowania należy złożyć w postaci papierowej¹⁶ lub w postaci elektronicznej za pośrednictwem: elektronicznej platformy usług administracji publicznej (ePUAP) albo zamieszczonego na stronie internetowej Rzecznika formularza kontaktowego, albo wskazanego na stronie internetowej Rzecznika adresu elektronicznego dedykowanego do składania wniosków¹⁷.

Rzecznik odmawia rozpatrzenia sporu pasażerskiego w przypadku, gdy: przedmiot sporu pasażerskiego wykracza poza kategorie sporów objęte właściwością Rzecznika; wnioskodawca nie podjął przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania próby kontaktu z drugą stroną i bezpośredniego rozwiązania sporu pasażerskiego; spór pasażerski jest błahy lub wniosek o wszczęcie postępowania przed Rzecznikiem spowoduje uciążliwości dla drugiej strony; sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami jest w toku albo została już rozpatrzona przez Rzecznika, inny właściwy podmiot albo sąd; wartość przedmiotu sporu pasażerskiego jest niższa od 10 zł lub wyższa od 20 000 zł; wnioskodawca złożył wniosek o wszczęcie postępowania po upływie roku od dnia, w którym podjął próbę kontaktu z drugą stroną i bezpośredniego rozwiązania sporu pasażerskiego; rozpatrzenie sporu pasażerskiego spowodowałoby poważne zakłócenie działania Rzecznika¹⁸.

Postępowanie przed Rzecznikiem może być prowadzone w postaci elektronicznej albo papierowej. O formie postępowania decyduje pasażer. W przypadku gdy wyrazi on zgodę na komunikację elektroniczną, wymiana informacji pomiędzy stronami postępowania i doręczanie pism stronom postępowania odbywa się za pośrednictwem poczty elektronicznej, przy braku takiej zgody czynności te dokonywane są w postaci papierowej przesyłką pocztową rejestrowaną¹⁹. O wszczęciu postępowania Rzecznik niezwłocznie zawiadamia strony²⁰. Rzecznik przekazuje wniosek drugiej stronie sporu, wyznaczając jej nie krótszy niż 7-dniowy termin na ustosunkowanie się do wniosku²¹. W toku postępowania Rzecznik może zbierać dokumenty i dowody, które mogą przyczynić się

¹⁶ Należy go wysłać na adres Rzecznika lub złożyć w siedzibie UTK albo w siedzibie oddziałów terenowych UTK.

¹⁷ § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

¹⁸ Art. 16e ust. 6 u.t.k.

¹⁹ § 6 i 7 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

²⁰ § 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa. Jednocześnie Rzecznik informuje strony o prawie odmowy uczestnictwa lub wycofania się z postępowania na każdym etapie oraz możliwości rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu sądowym lub pozasądowym, w szczególności w innym postępowaniu pozasądowego rozwiązywania sporów, jak również o tym, że mogą nie wyrazić zgody na przedstawioną propozycję rozwiązania sporu lub nie zastosować się do niej, oraz że udział w postępowaniu nie wyklucza możliwości dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, jak też że przedstawiona propozycja rozwiązania sporu może różnić się od rozstrzygnięcia, jakie mogłoby zapaść w postępowaniu sądowym

²¹ § 10 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

do wyjaśnienia sprawy, a nie zostały przedstawione przez strony w toku postępowania²². W przypadku gdy jest to niezbędne do wyjaśnienia szczególnie skomplikowanego stanu faktycznego, Rzecznik ma kompetencję do wyznaczenia rozprawy, na którą wzywa strony postępowania lub ich przedstawicieli, jeżeli zostali ustanowieni, oraz może wezwać świadków lub inne osoby, jeżeli ich udział w rozprawie jest uzasadniony ze względu na jej przedmiot²³. Prowadząc postępowanie, Rzecznik przedstawia stronom, jeśli te wcześniej nie uzgodnią polubownego rozwiązania sporu, propozycję jego rozwiązania²⁴. W terminie 7 dni od momentu jej przedstawienia strony obowiązane są do podjęcia decyzji co do wyrażenia zgody na przedstawioną propozycję rozwiązania sporu lub odmowę jej akceptacji²⁵. Wynik postępowania nie jest wiążący dla żadnej ze stron sporu. Postępowanie kończy się z chwilą sporządzenia protokołu, w którym Rzecznik informuje o wyniku postępowania, w tym o tym, czy strony wyraziły zgodę na propozycję rozwiązania sporu.

*Inspekcja Handlowa*²⁶

Inspekcja Handlowa (IH) została powołana 21 września 1950 r. Od początku istnienia tej instytucji zakres jej kompetencji obejmował ochronę praw i interesów konsumentów. W uchwalonej 15 grudnia 2000 r. ustawie o Inspekcji Handlowej²⁷ (dalej: u.i.h.) wśród zadań IH umieszczono podejmowanie mediacji w celu ochrony interesów i praw konsumentów²⁸ oraz organizowanie i prowadzenie stałych polubownych sądów konsumenckich²⁹. Ustawą o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich IH została usytuowana

²² § 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

²³ § 12 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa. Na rozprawie strony mogą składać wyjaśnienia, przedstawiać stanowiska oraz wypowiadać się co do zebranych dokumentów i dowodów. Z przeprowadzonej rozprawy sporządza się protokół, który zawiera: oznaczenie stron, informację o miejscu, terminie i przebiegu rozprawy oraz podpis prowadzącego rozprawę.

²⁴ Art. 16b ust. 2 u.t.k.

²⁵ Art. 16b ust. 3 u.t.k.

²⁶ Dolnośląski, Kujawsko-Pomorski, Lubelski, Lubuski, Łódzki, Małopolski, Mazowiecki, Opolski, Podkarpacki, Podlaski, Pomorski, Śląski, Świętokrzyski, Warmińsko-Mazurski, Wielkopolski, Zachodniopomorski Wojewódzki Inspektor Inspekcji Handlowej.

²⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1063 z późn. zm.

²⁸ Art. 3 ust. 1 pkt 3.

²⁹ Art. 3 ust. 1 pkt 4. Na temat postępowań mediacyjnych oraz przed sądami polubownymi organizowanymi przez IH na gruncie stanu prawnego sprzed wejścia w życie zmian wprowadzonych u.p.r.s.k. zob. np.: K. Gajda, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach konsumenckich – mediacja (cz. II)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 3, s. 69–71; K. Mularczyk, G. Miś, M. Miś, *Wybrane instytucje rozstrzygające spory konsumenckie na drodze polubownej*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011, nr 3, s. 81–84.

w nowym modelu systemu ADR jako podmiot o charakterze horyzontalnym, tzn. właściwy dla tych spraw, dla których nie został utworzony właściwy podmiot sektorowy. Wprowadzone na mocy art. 50 u.p.r.s.k. zmiany w u.i.h., mające na celu dostosowanie tej instytucji i prowadzonych przez nią postępowań do wymogów dyrektywy ADR i nowego systemu ADR, objęły m.in.: zmiany terminologiczne polegające na zastąpieniu terminu „mediacja” pojęciem „pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich”, zmiany w zakresie zadań IH³⁰, zmianę w zakresie kompetencji do rozpatrywania sporów wynikłych z umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, ciepłowniczej lub gazowej, umów o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, gazu ziemnego lub umów o świadczenie usług przesyłania i dystrybucji ciepła, umów sprzedaży oraz umów kompleksowych³¹ oraz wydzielenie organizacyjne Inspekcji Handlowej, w funkcji podmiotu ADR, w celu zapewnienia wymaganej prawem niezależności – poprzez wyłączenie obszaru działalności IH dotyczącego pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich spod merytorycznego nadzoru Prezesa UOKiK³². Jednocześnie, tak jak dotychczas, obok postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, dostępne są postępowania przed działającymi przy Inspekcji Handlowej stałymi sądami polubownymi, które nie zostały jednakże zgłoszone do rejestru prowadzonego przez UOKiK.

Postępowania dotyczące pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich IH prowadzi w oparciu o przepisy u.p.r.s.k. oraz art. 36 u.i.h. Ponadto przy prowadzeniu postępowań z zakresu pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich stosuje się rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2017 r. w sprawie regulaminu organizacji i działania Inspekcji Handlowej w zakresie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich (dalej: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów)³³.

Zgodnie z ustawą, zadania Inspekcji jako podmiotu uprawnionego do prowadzenia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich realizuje wojewódzki inspektor Inspekcji Handlowej właściwy ze

³⁰ W szczególności poprzez wskazanie, że zadania dotyczące pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich IH wykonuje w zakresie niezastrzeżonym dla innych organów (dodany art. 3 ust. 3 u.i.h.).

³¹ Podmiotem właściwym do rozpatrywania tych spraw, w miejsce Inspekcji Handlowej, stał się Koordynator ds. negocjacji powołany przy Prezesie URE (zob. zmiany w brzmieniu art. 4 pkt 2 u.i.h.).

³² Przez wyrażne wskazanie, że nadzór Prezesa UOKiK nie obejmuje spraw dotyczących pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich (zob. zmiany w art. 5 u.i.h.). Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, druk sejmowy nr 630, s. 29 i 30, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=630> [dostęp: 31.03.2018].

³³ Dz.U. z 2017 r., poz. 1014.

względem na miejsce wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę (art. 5 ust. 1a u.i.h.)³⁴. Postępowania prowadzą oddelegowani do tego pracownicy inspektoratów na podstawie pisemnych upoważnień³⁵.

Do właściwości Inspekcji Handlowej należą spory cywilnoprawne między konsumentem a przedsiębiorcą (art. 36 ust. 1 u.i.h.), dla których nie zastrzeżono odrębnymi przepisami innych właściwych podmiotów uprawnionych³⁶. Postępowanie w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich oraz jego ustalenia nie mają wiążącego charakteru. W ramach procedury pozasądowego rozwiązania sporu dostępne są dwa tryby: polegający na umożliwieniu zbliżenia stanowisk stron oraz polegający na przedstawieniu stronom propozycji rozwiązania sporu³⁷. Postępowanie jest nieodpłatne, jednakże w przypadku czynności podjętych w jego toku na wniosek stron, istnieje możliwość obciążenia ich kosztami.

Postępowanie może być zainicjowane zarówno na wniosek konsumenta, jak i przedsiębiorcy. Wniosek, w języku polskim, należy złożyć do wojewódzkiego inspektora Inspekcji Handlowej właściwego ze względu na miejsce wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę³⁸. Wniosek o wszczęcie postępowania powinien zawierać co najmniej elementy określone w art. 33 ust. 2 u.p.r.s.k., tj. oznaczenie stron, dokładnie określone żądanie, wskazanie rodzaju postępowania oraz podpis wnioskodawcy³⁹. Ponadto, stosownie do § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów we wniosku należy zawrzeć oznaczenie wojewódzkiego inspektora i określenie przedmiotu sporu oraz jego wartości. Zgodnie z art. 36 ust. 6 u.i.h., do wniosku o wszczęcie postępowania należy dołączyć: opis okoliczności sprawy, informacje na temat dotychczasowego przebiegu sporu oraz kopie posiadanych przez wnioskodawcę dokumentów potwierdzających informacje zawarte we wniosku. Można go złożyć w postaci papierowej na adres wskazany na stronie internetowej wojewódzkiego inspektora Inspekcji Handlowej albo za pomocą środków komunikacji elektronicznej

³⁴ Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.i.h. wojewódzkiego inspektora powołuje i odwołuje wojewoda za zgodą Prezesa UOKiK.

³⁵ Wojewódzki inspektor pisemnie upoważnia pracownika Inspekcji do prowadzenia postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich (art. 36 ust. 9 u.i.h.). Upoważniony pracownik Inspekcji jest osobą prowadzącą postępowanie w rozumieniu ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich. Upoważnienie udzielane jest na czas określony nie krótszy niż 4 lata (§ 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów). Może ono zostać udzielone pracownikowi, który posiada co najmniej wykształcenie średnie oraz ogólną znajomość prawa, w szczególności w zakresie przepisów dotyczących praw konsumentów (§ 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów).

³⁶ Art. 3 ust. 3 u.i.h.

³⁷ Art. 36 ust. 1 pkt 1 i 2 u.i.h.

³⁸ Art. 36 ust. 4 u.i.h.

³⁹ Art. 36 ust. 5 u.i.h.

w postaci i na adres wskazany na stronie internetowej wojewódzkiego inspektoratu Inspekcji Handlowej⁴⁰.

Inspekcja odmawia rozpatrzenia sporu w przypadku, gdy jego przedmiot wykracza poza kategorie sporów objęte właściwością IH⁴¹. Inspekcja może odmówić rozpatrzenia sporu w przypadku, gdy: wnioskodawca nie podjął przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich próby kontaktu z drugą stroną i bezpośredniego rozwiązania sporu; spór jest błahy lub wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich spowoduje uciążliwości dla drugiej strony; sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami jest w toku albo została już rozpatrzona przez Inspekcję, stały sąd polubowny, inny właściwy podmiot albo sąd; wnioskodawca złożył wniosek o wszczęcie postępowania po upływie roku od dnia, w którym podjął próbę kontaktu z drugą stroną i bezpośredniego rozwiązania sporu; rozpatrzenie sporu spowodowałoby poważne zakłócenie działania Inspekcji⁴². W przypadku odmowy rozpatrzenia sporu, IH zawiadamia wnioskodawcę o jej przyczynie oraz – o ile to możliwe – wskazuje inny podmiot, który może rozpatrzyć spór⁴³.

Postępowanie prowadzi się w postaci papierowej lub elektronicznej, a w razie potrzeby, gdy przemawia za tym charakter sprawy, poszczególne czynności postępowania mogą być również podejmowane w postaci bezpośredniego kontaktu, w szczególności w siedzibie lub w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy albo w siedzibie wojewódzkiego inspektoratu Inspekcji Handlowej⁴⁴. W toku postępowania zapoznaje się stronę z żądaniem wnioskodawcy oraz przepisami prawa mającymi zastosowanie w sprawie⁴⁵. Strona może ustosunkować się do żądania wnioskodawcy w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia doręczenia żądania wnioskodawcy⁴⁶. Wraz z poinformowaniem stron o propozycji rozwiązania sporu, wyznacza się im termin na wyrażenie zgody na przedstawioną propozycję lub na zastosowanie się do niej, nie krótszy niż 10 dni od dnia doręczenia propozycji⁴⁷. Postępowanie

⁴⁰ § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

⁴¹ Art. 36 ust. 7 u.i.h.

⁴² Art. 36 ust. 8 u.i.h.

⁴³ § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

⁴⁴ § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Przebieg tych czynności utrwała się w postaci papierowej lub elektronicznej. Zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w toku postępowania strony mogą wymieniać informacje w postaci papierowej lub elektronicznej, przekazując swoje stanowiska do wiadomości Inspekcji.

⁴⁵ § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

⁴⁶ § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

⁴⁷ § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

kończy się: w przypadku wycofania się z postępowania przez którąkolwiek ze stron; jeżeli w wyznaczonym terminie strona nie ustosunkuje się do żądania wnioskodawcy albo w razie oświadczenia przez co najmniej jedną ze stron, że nie wyraża zgody na udział w postępowaniu; w przypadku wyrażenia zgody lub braku zgody na przedstawioną propozycję rozwiązania sporu; w przypadku bezskutecznego upływu terminu na wyrażenie zgody na przedstawioną propozycję rozwiązania sporu lub na zastosowanie się do niej; w przypadku gdy prowadzenie postępowania stało się z innych przyczyn niemożliwe⁴⁸.

Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego

Komisja Nadzoru Finansowego (KNF) jest centralnym organem władzy państwowej, sprawującym kontrolę nad rynkiem finansowym, powołanym do życia ustawą z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym⁴⁹ (dalej: u.n.r.f.). Do zadań Komisji, określonych w art. 4 ust. 1 u.n.r.f., należy m.in. stwarzanie możliwości polubownego i pojednawczego rozstrzygania sporów między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności sporów wynikających ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi Komisji, a odbiorcami usług świadczonych przez te podmioty (pkt 6). Na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 6 u.n.r.f. w zw. z art. 18 u.n.r.f. w dniu 31 marca 2008 r. przy Komisji został powołany Sąd Polubowny⁵⁰, oferujący dwie ścieżki polubownego rozwiązywania sporów: pierwszą w postaci mediacji oraz drugą w postaci arbitrażu. Jako podstawę prawną jego działania, art. 18 ust. 2 i 3 u.n.r.f. wskazywały przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁵¹ oraz ustalony przez Komisję,

⁴⁸ § 10 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Postępowanie kończy się sporządzeniem protokołu, który zawiera: oznaczenie właściwego wojewódzkiego inspektora; miejscowość i datę sporządzenia; imię i nazwisko osoby prowadzącej postępowanie, jej stanowisko służbowe i numer legitymacji; oznaczenie stron postępowania; opis przedmiotu sporu oraz jego wartości; określenie daty wszczęcia postępowania; opis końcowych stanowisk stron, jeżeli zostaną złożone w toku postępowania; informację o wyniku postępowania; podpis osoby sporządzającej protokół, a w przypadku sporządzenia protokołu w obecności stron – także ich podpisy (§ 10 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów).

⁴⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 621 z późn. zm.

⁵⁰ Odnosnie do Sądu Polubownego przy KNF zob. E. Rutkowska, *Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego nowym rozwiązaniem w zakresie alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów między uczestnikami rynku finansowego*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 4, s. 139–151; K. Mularczyk, G. Miś, M. Miś, *op. cit.*, s. 89–92; K. Kil, *Rola polubownego rozwiązywania sporów w polityce ochrony konsumenta usług bankowych w Polsce w perspektywie pokryzysowej*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica” 2013, nr 284, s. 63–79; Ł. Szymański, *Mediacje w Centrum Mediacji przy Sądzie Polubownym przy Komisji Nadzoru Finansowego*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2017, nr 1, s. 45–56.

⁵¹ Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 z późn. zm.

w drodze uchwały, regulamin⁵². Przyjęty w dniu 19 stycznia 2016 r. Regulamin Sądu Polubownego przy Komisji Nadzoru Finansowego, stanowiący załącznik do uchwały nr 61/2016 Komisji Nadzoru Finansowego⁵³ (dalej: Regulamin Sądu Polubownego przy KNF), wydzielił w ramach Sądu Polubownego przy KNF Centrum Arbitrażu i Centrum Mediacji i określił trzy formy postępowania przed Sądem Polubownym przy KNF: postępowanie mediacyjne w Centrum Mediacji, uproszczone postępowanie arbitrażowe w Centrum Arbitrażu, postępowanie arbitrażowe w Centrum Arbitrażu. Mocą zmian dokonanych ustawą o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, Sąd Polubowny przy KNF został *ex lege* zobowiązany do udziału w nowym systemie ADR, a zmiany wprowadzone na mocy art. 53 u.p.r.s.k. w u.n.r.f. polegały na przyjęciu regulacji, zgodnie z którą w ramach sądu polubownego działa centrum arbitrażu i centrum mediacji, prowadzące postępowania na podstawie przepisów k.p.c.⁵⁴, oraz dopuszczeniu możliwości prowadzenia przez sąd polubowny postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich na zasadach i w trybie określonych w u.p.r.s.k. oraz regulaminie⁵⁵. Postępowanie mediacyjne w Centrum Mediacji oraz uproszczone postępowanie arbitrażowe w Centrum Arbitrażu zostały zgłoszone do rejestru prowadzonego przez Prezesa UOKiK pod numerem 7. Pierwsze z wymienionych postępowań na charakter niewiążący, natomiast drugie jest postępowaniem o charakterze wiążącym.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 u.n.r.f., celem utworzonego przy KNF Sądu Polubownego jest rozpatrywanie sporów między uczestnikami rynku finansowego, w szczególności sporów wynikających ze stosunków umownych między podmiotami podlegającymi nadzorowi Komisji⁵⁶, a odbiorcami usług świad-

⁵² Przed wejściem w życie Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF z 19 stycznia 2016 r. obowiązywały: Regulamin Sądu Polubownego przy KNF przyjęty na podstawie uchwały KNF nr 8/08 z dnia 7 stycznia 2008 r. (niepubl.), zmienionej uchwałą nr 34/09 z dnia 11 lutego 2009 r. i nr 139/11 z dnia 23 maja 2011 r. (Dz.Urz. KNF z 2011 r., nr 7, poz. 21), sprostowanej uchwałą nr 187/11 z dnia 21 czerwca 2011 r. (Dz.Urz. KNF z 2011 r., nr 7, poz. 22) oraz Regulamin Sądu Polubownego przy KNF przyjęty na podstawie uchwały nr 70/2013 z dnia 12 marca 2013 r. (Dz.Urz. KNF z 2013 r., poz. 12).

⁵³ Dz.Urz. KNF z 2016 r., poz. 3. W dniu 13 czerwca 2017 r. Komisja Nadzoru Finansowego podjęła uchwałę nr 232/2017 (Dz.Urz. KNF z 2017 r., poz. 8), którą zmieniono Regulamin Sądu Polubownego. Celem tej uchwały było w szczególności dostosowanie działalności Sądu Polubownego do wymogów określonych w ustawie o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich.

⁵⁴ Poprzez dodanie do art. 18 u.n.r.f. ust. 1a i zmianę brzmienia art. 18 ust. 2 u.n.r.f.

⁵⁵ Poprzez dodanie do art. 18 u.n.r.f. ust. 2a. Przepis ten stanowi ponadto, że sąd polubowny jest podmiotem uprawnionym do prowadzenia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich w rozumieniu u.p.r.s.k.

⁵⁶ M.in. bankami, funduszami emerytalnymi, zakładami ubezpieczeń, towarzystwami funduszy inwestycyjnych. Zob. art. 1 ust. 2 u.n.r.f.

czonych przez te podmioty. Przedmiotowy zakres właściwości Sądu precyzuje ponadto § 1 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF, według którego Sąd Polubowny rozpoznaje spory o prawa majątkowe, w których wartość przedmiotu sporu wynosi co najmniej 500 zł, oraz o prawa niemajątkowe⁵⁷. Jednakże w przypadku gdy przemawia za tym szczególna zawiałość lub precdensowy charakter sprawy, a także gdy w sprawie pojawia się szczególnie istotne zagadnienie prawne lub zagadnienie dotyczące szerszego kręgu odbiorców rynku finansowego, Prezes Sądu Polubownego może zdecydować o rozpoznaniu sprawy, której wartość przedmiotu sporu jest niższa niż 500 zł. W takim przypadku na powodzie spoczywa obowiązek wskazania i uzasadnienia okoliczności pozwalających na rozpatrzenie sprawy przez Sąd Polubowny⁵⁸.

Przesłanki, na podstawie których Sąd Polubowny odmawia bądź może odmówić rozpatrywania sporu, zostały określone w § 1 ust. 3a i 3b Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. Na podstawie § 1 ust. 3a Regulaminu Sąd Polubowny odmawia wszczęcia postępowania, jeżeli przedmiot postępowania wykracza poza kategorie sporów objęte właściwością Sądu Polubownego. Stosownie do § 1 ust. 3b Regulaminu Sąd Polubowny może odmówić wszczęcia postępowania, jeżeli: sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami jest w toku albo została już rozpatrzona przez Sąd Polubowny, inny właściwy podmiot albo sąd; spór jest błahy lub wniosek o wszczęcie postępowania spowoduje uciążliwości dla drugiej strony; wartość przedmiotu sporu wynosi mniej niż 500 zł., chyba że zachodzi sytuacja określona w § 1 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

Postępowanie mediacyjne wszczyna się poprzez złożenie przez wnioskodawcę do Centrum Mediacji Sądu Polubownego⁵⁹ umowy o przeprowadzenie mediacji, która zawiera: oznaczenie stron z podaniem ich adresów do doręczeń oraz numerów telefonów i adresów poczty elektronicznej, jeśli strony je posiadają; oznaczenie pełnomocnika, jeżeli strona go ustanowiła; oznaczenie wartości przedmiotu sporu; określenie przedmiotu sporu mającego być przedmiotem

⁵⁷ § 1 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁵⁸ § 1 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁵⁹ W skład Centrum Mediacji, zgodnie z § 6 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF, wchodzi nie mniej niż 15 mediatorów. Stosownie do § 8 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF mediatorem może być osoba: posiadająca wiedzę, umiejętności i doświadczenie pożądane dla efektywnego rozwiązywania sporów na rynku finansowym, w szczególności ukończone specjalistyczne szkolenie bądź studia podyplomowe z zakresu mediacji, obejmujące problematykę mediacji cywilnych i gospodarczych; posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych; dająca rękojmię należytego wykonywania obowiązków; korzystająca z pełni praw publicznych; posiadająca co najmniej wyższe wykształcenie magisterskie; nieskazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo. Mediatorów, na czteroletnią kadencję (§ 6 ust. 5 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF), powołuje w drodze zarządzenia Przewodniczący KNF (§ 6 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF).

mediacji; oświadczenie wnioskodawcy i uczestnika o wyrażeniu zgody na mediację; oświadczenie wnioskodawcy i uczestnika wskazujące mediatora z listy mediatorów Centrum Mediacji Sądu Polubownego; dowód uiszczenia opłaty⁶⁰. Do rozpoczęcia mediacji nie jest konieczne wyczerpanie przez konsumenta drogi postępowania reklamacyjnego w instytucji finansowej. Sekretarz Sądu Polubownego po otrzymaniu kompletnej umowy o przeprowadzenie mediacji niezwłocznie przekazuje ją do wyznaczonego mediatora lub zespołu prowadzącego mediację celem przeprowadzenia mediacji⁶¹. Postępowanie prowadzone jest przez jednego mediatora, którego wspólnie wybierają strony. W przypadku gdy strony nie dokonają zgodnego wyboru bądź żadna ze stron nie wskaże mediatora, Prezes Sądu Polubownego wyznacza go w drodze zarządzenia z listy mediatorów Centrum Mediacji Sądu Polubownego. Jeżeli jedna ze stron nie skorzysta z prawa wyboru mediatora, mediację prowadzi mediator wskazany przez drugą stronę⁶². Prezes Sądu Polubownego może wyznaczyć dodatkowego mediatora do prowadzenia postępowania mediacyjnego⁶³.

Zadaniem mediatora/zespołu prowadzącego mediację jest pomoc stronom w uzgodnieniu polubownego rozwiązania sporu. Jeżeli charakter sprawy na to pozwala, za zgodną wolą stron, mediator lub zespół prowadzący mediację może zezwolić na prowadzenie mediacji w całości lub w części za pomocą środków porozumiewania się na odległość⁶⁴. Z przebiegu mediacji mediator lub zespół prowadzący mediację sporządza protokół⁶⁵.

⁶⁰ § 16 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. Regulamin stanowi, że podstawą postępowania mediacyjnego jest umowa o przeprowadzenie mediacji lub postanowienie sądu powszechnego kierującego sprawę do mediacji, natomiast podstawą uproszczonego postępowania arbitrażowego jest umowa o przeprowadzenie uproszczonego postępowania arbitrażowego (§ 3 ust. 1 i 2). Jednakże w przypadku, gdy powstały spór nie został objęty umową, zainteresowana strona sporu może zwrócić się do Sekretarza Sądu Polubownego z wnioskiem o zwrócenie się do drugiej strony sporu z pytaniem, czy zgadza się ona na przeprowadzenie postępowania przed Sądem Polubownym, określając rodzaj postępowania, które zamierza wszcząć. W tej sytuacji zgoda wyrażona w formie pisemnej przez drugą stronę sporu jest równoznaczna z zawarciem odpowiednio umowy o przeprowadzenie mediacji bądź umowy o przeprowadzenie uproszczonego postępowania arbitrażowego (§ 3 ust. 4 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Nieuzyskanie zgody drugiej strony, lub brak odpowiedzi w terminie zakreślonym przez Sekretarza Sądu Polubownego, pociąga za sobą zwrot wniosku wraz z dokumentami wniesionymi przez stronę zainteresowaną (§ 3 ust. 6 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF).

⁶¹ § 16 ust. 4 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁶² § 16 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁶³ § 16 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁶⁴ § 17 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁶⁵ § 18 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. W protokole wskazuje się: miejsce i czas przeprowadzenia mediacji; dokładne oznaczenie stron mediacji z podaniem adresów zamieszkania lub siedziby; imię i nazwisko mediatora lub mediatorów; informację o przebiegu mediacji uwzględniającą wszystkie spotkania wraz z datami ich odbycia; informację o wy-

Uproszczone postępowanie arbitrażowe w Centrum Arbitrażu⁶⁶ (druga forma postępowania zgłoszona do rejestru UOKiK) jest prowadzone, co do zasady, przy sporze, którego wartość nie przekracza 10 tys. zł. Natomiast gdy wartość sporu przekracza 10 tys. zł, uproszczone postępowanie arbitrażowe może być przeprowadzone wyłącznie na zgodny wniosek obu stron⁶⁷. Przeprowadza je skład orzekający w osobie jednego arbitra, którego wybierają strony, a w przypadku gdy tego nie dokonają, wskazuje go Prezes Sądu Polubownego⁶⁸. Uproszczone postępowanie arbitrażowe wszczyna powód poprzez skierowanie do Sądu Polubownego umowy o przeprowadzenie uproszczonego postępowania arbitrażowego, która zawiera: oznaczenie stron z podaniem ich adresów do doręczeń oraz numerów telefonów i adresów poczty elektronicznej, jeśli strony je posiadają; oznaczenie pełnomocnika, jeżeli strona go ustanowiła; oznaczenie wartości przedmiotu sporu; zwięzłe określenie przedmiotu sporu mającego być przedmiotem rozstrzygnięcia; oświadczenie powoda i pozwanego o wyrażeniu zgody na uproszczone postępowanie arbitrażowe; oświadczenie powoda i pozwanego wskazujące arbitra z listy arbitrów Sądu Polubownego⁶⁹. Do umowy należy załączyć pozew zawierający dokładne określenie roszczeń wraz z uzasadnieniem, ewentualne środki dowodowe w postaci dokumentów oraz potwierdzenie uiszczenia opłaty zgodnie z taryfą opłat Sądu Polubownego⁷⁰.

Pozwany w terminie 14 dni od dnia otrzymania pozwu przesyła odpowiedź na pozew⁷¹. Uproszczone postępowanie arbitrażowe prowadzone jest bez roz-

niku postępowania mediacyjnego (§ 18 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). W przypadku zawarcia ugody, treść protokołu może zostać zawarta w treści ugody w formie preambuły (§ 18 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF).

⁶⁶ W skład Centrum Arbitrażu wchodzi nie mniej niż 20 i nie więcej niż 40 arbitrów, z których co najmniej 1/3 posiada uprawnienia adwokata lub radcy prawnego bądź posiada stopień doktora nauk prawnych (§ 6 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Arbitrem, zgodnie § 8 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF, może być osoba: wyróżniająca się wiedzą oraz doświadczeniem zawodowym w zakresie objętym właściwością Sądu Polubownego; posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych; dająca rękojmię należytego wykonywania obowiązków arbitra; korzystająca z pełni praw publicznych; posiadająca co najmniej wyższe wykształcenie magisterskie; nieskazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo. Funkcji arbitra nie może pełnić pracownik UKNF ani członek KNF (§ 8 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Arbitrów na czteroletnią kadencję (§ 6 ust. 5 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF) powołuje w drodze zarządzenia Przewodniczący KNF, przy czym 1/2 maksymalnego składu arbitrów Przewodniczący KNF powołuje samodzielnie, natomiast pozostałych arbitrów powołuje spośród kandydatów przedstawionych przez izby lub stowarzyszenia zrzeszające podmioty podlegające nadzorowi KNF (§ 6 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF).

⁶⁷ § 19 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁶⁸ § 19 ust. 4 i 5 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁶⁹ § 19 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁷⁰ § 19 ust. 3 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁷¹ § 20 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. W uzasadnionych przypadkach arbiter może wydłużyć ten termin, jednak nie więcej niż o kolejne 7 dni.

prawy⁷². Wszelkie pisma w uproszczonym postępowaniu arbitrażowym doręcza się co do zasady drogą elektroniczną⁷³. W wyniku przeprowadzonego postępowania arbitrażowego wydany zostaje wyrok rozstrzygający spór, który jest doręczany każdej ze stron wraz z uzasadnieniem⁷⁴. Powinien on zostać wydany przez arbitra w terminie 30 dni od dnia doręczenia mu odpowiedzi na pozew. Termin ten może ulec wydłużeniu o kolejne 30 dni na uzasadniony wniosek arbitra skierowany do Prezesa Sądu Polubownego⁷⁵.

Jeżeli strony wyraziły na to zgodę przed rozpoczęciem uproszczonego postępowania arbitrażowego, od wyroku Sądu Polubownego przy KNF przysługuje apelacja⁷⁶. Apelację wnosi się w terminie 14 dni od daty doręczenia wyroku wraz z uzasadnieniem⁷⁷.

Koszty postępowania przed Sądem Polubownym reguluje Taryfa opłat za czynności Sądu Polubownego przy Komisji Nadzoru Finansowego, stanowiąca załącznik nr 1 do Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. Opłata za media-

⁷² § 22 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁷³ § 21 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁷⁴ § 22 ust. 7 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. Wyrok powinien być opatrzony datą, podpisany przez arbitra oraz zawierać: precyzyjne wskazanie stron; oznaczenie przedmiotu sporu; rozstrzygnięcie; uzasadnienie, zawierające w szczególności zasadnicze motywy rozstrzygnięcia (§ 22 ust. 6 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF).

⁷⁵ § 21 ust. 3 i 4 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. Zgodnie z § 21 ust. 5 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF w przypadku przekroczenia terminu określonego w § 21 ust. 4 Regulaminu, arbiter przedstawia niezwłocznie Prezesowi Sądu Polubownego pisemną informację o przyczynach tego przekroczenia, wraz ze wskazaniem przewidywanego terminu wydania wyroku.

⁷⁶ § 38 ust. 1 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF.

⁷⁷ § 38 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF. Apelacja powinna odpowiadać wymogom określonym w art. 368 k.p.c. Do apelacji załącza się odpisy apelacji wraz z załącznikami w trzech egzemplarzach, oświadczenie o wyborze arbitra oraz dowód opłacenia apelacji (§ 38 ust. 4 i 5 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Apelację rozpoznaje inny skład orzekający sądu, w osobie jednego arbitra, wybrany wspólnie przez strony, bądź jeżeli strony nie dokonają zgodnego wyboru, wyznaczony przez Prezesa Sądu Polubownego (§ 38 ust. 5 i 6 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Arbitrzy w postępowaniu apelacyjnym rozstrzygają o przedmiocie apelacji bez przeprowadzania rozprawy, na podstawie dokumentów przedstawionych przez strony. Skład orzekający może jednak wyznaczyć rozprawę z urzędu lub na wniosek strony, jeżeli uzna, że przemawiają za tym względy celowości, w tym w szczególności związane z zapewnieniem prawidłowego, rzetelnego, sprawnego i oszczędnego zakończenia postępowania (§ 40 ust. 1 i 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Zgodnie z § 39 ust. 2 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF strona przeciwna może wnieść odpowiedź na apelację w terminie 14 dni od dnia doręczenia jej odpisu apelacji. W wyniku przeprowadzonego postępowania apelacyjnego skład orzekający w wyroku może: oddalić apelację, jeśli jest bezzasadna, i utrzymać wyrok w mocy; uwzględnić apelację w całości lub części, zmienić zaskarżony wyrok i orzec co do istoty sprawy. Skład orzekający w postępowaniu apelacyjnym nie może przekazać sprawy do ponownego rozpoznania (§ 40 ust. 3 i 4 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF). Wyrok wydany w postępowaniu apelacyjnym jest ostateczny (§ 40 ust. 5 Regulaminu Sądu Polubownego przy KNF).

cję wynosi 50 zł i uiszcza ją wnioskodawca⁷⁸. Opłata za uproszczone postępowanie arbitrażowe wynosi 150 zł i uiszcza ją powód⁷⁹. W szczególnie uzasadnionych przypadkach Prezes Sądu Polubownego, na wniosek strony, może zwolnić ją w całości lub części od obowiązku uiszczenia opłaty⁸⁰.

Abstract

ADR-accredited entities in Poland: a review of institutions listed in the UOKiK register (part II)

The article is a second part of a review of the ADR-accredited entities in Poland (and procedures they offer), listed with accordance with Art 20 (2) of the Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes, by the competent authority, The President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK). There are currently nine ADR entities in the register maintained by President of the UOKiK, six public and three private ones. The public entities with sectoral competence are: President of the Office of Electronic Communications, Financial Ombudsman, Rail Passenger Ombudsman under the President of the Office of Rail Transport, Arbitration Court at the Polish Financial Supervision Authority, Negotiations Coordinator with the President of the Energy Regulatory Office. Trade Inspection, a public entity with horizontal dimension, covers disputes for which a relevant sectoral ADR has not been established. The private entities, as at 1 March 2018, are: Polish Bank Association – Banking Ombudsman Scheme, Chamber of Digital Economy and “Friendly Flying” Air Passenger Watchdog.

Key words: alternative dispute resolution (ADR), consumer disputes, Directive 2013/11/EU, Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes Act, accredited entities

Streszczenie

Podmioty uprawnione do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – przegląd instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część II)

Artykuł stanowi drugą część opracowania przedstawiającego przegląd podmiotów uprawnionych do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – wraz z opisem prowadzonych przez nie postępowań – wpisanych do rejestru podmiotów uprawnionych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), przekazywanego Komisji Europejskiej zgodnie z art. 20 ust. 2 zd. 3 dyrek-

⁷⁸ § 2 ust. 1 i 2 Taryfy opłat.

⁷⁹ § 3 ust. 1 i 2 Taryfy opłat.

⁸⁰ § 6 ust. Taryfy opłat.

tywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich. Obecnie (stan na 1 marca 2018 r.) do rejestru zostało wpisanych dziewięć podmiotów. Sześć podmiotów publicznych – tj. podmioty o charakterze sektorowym: Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Rzecznik Finansowy, Rzecznik Praw Pasażera Kolei przy Prezesie Urzędu Transportu Kolejowego, Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego, Koordynator do spraw negocjacji przy Prezesie Urzędu Regulacji Energetyki oraz podmiot o charakterze horyzontalnym (Inspekcja Handlowa), którego zakres działania obejmuje spory, dla których nie został utworzony właściwy sektorowy podmiot ADR – i trzy podmioty niepubliczne: Bankowy Arbitraż Konsumencki przy Związku Banków Polskich i Izba Gospodarki Elektronicznej (będące organizacją przedsiębiorców) oraz Stowarzyszenie Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie” (będące organizacją konsumentów).

Słowa kluczowe: alternatywne metody rozwiązywania sporów, spory konsumenckie, dyrektywa 2013/11/EU, ustawa o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, podmioty uprawnione

Bartosz Szolc-Nartowski

dr, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański

Wola dziedzica a treść legatu w prawie rzymskim

Wprowadzenie

W niniejszym artykule rozważono kwestię możliwości ustalenia treści legatu przez dziedzica w prawie rzymskim. Nie chodzi o to, czy samo istnienie i ważność legatu można było pozostawić woli dziedzica, lecz czy mógł on określić zakres swojego zobowiązania, a jeśli tak, to w oparciu o jakie kryteria.

Przypomnijmy, że legat w prawie rzymskim to dyspozycja pod tytułem szczególnym, *mortis causa*, za pomocą której testator albo dokonuje przy sporzenia rzeczy określonej osobie, która to rzecz wyłączona jest wobec tego z *corpora hereditaria*, albo nakłada na spadkobiercę zobowiązanie do określonego świadczenia na rzecz osoby uprawnionej, zwanej legatariuszem. Przedmiot legatu mógł mieć różną naturę. Gaius w swoich Instytucjach nie podaje definicji legatu. Wskazuje na syngularny charakter nabycia i opisuje rodzaje zapisów. Zachowane definicje legatu pochodzą z dzieł prawników okresu późnoklasycznego: Florentyna i Modestyna. Definicję tego ostatniego prawnika powtarzają w zasadzie Instytucje Justyniana.

D. 30, 116 *pr.* (Florentinus *libro undecimo institutionum*): *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

D. 30, 116 *pr.* (Florentynus w księdze jedenastej Instytucji): Zapis jest umniejszeniem spadku, za pomocą którego testator odejmuje coś od całości, która należałaby się spadkobiercy, aby przyznać [to, co odjęto] legatariuszowi.

D. 31, 36 (Modestinus *libro tertio pandectarum*): *Legatum est donatio testamento relicta.*

D. 31, 36 (Modestyn w księdze trzeciej Pandektów): Zapis jest darowizną zostawiona w testamencie.

I. 2, 20, 1: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.*

I. 2, 20, 1: Zatem legat jest darowizną pozostawioną komuś przez zmarłego.

Definicja Florentyna kładzie nacisk na efekty ekonomiczne legatu: pomniejszenie majątku spadkowego kosztem spadkobiercy i przysporzenie po stronie legatariusza. Wydaje się, że można ją odnieść do legatów wywołujących skutki rzeczowe, nie zaś do tych, które rodzą skutki obligacyjne¹. Z kolei definicja Modestyna podkreśla nieodpłatny charakter przysporzenia, nie wyjaśnia jednak treści relacji między pojęciem technicznym legatu a pojęciem darowizny, która zresztą u Rzymian nie jest nazwą czynności prawnej, lecz wskazaniem na cel praktyczny, któremu służą różne czynności.

Prawo rzymskie знаło cztery rodzaje legatów: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per praeceptionem*². Legat *per vindicationem* przyznawał legatariuszowi własność lub inne prawo rzeczowe. Nazwa legatu wzięła się stąd, że po nabyciu spadku rzecz stawała się od razu własnością zapisobiercy według prawa Kwirytów (*ex iure Quiritium*). Zatem mógł ją windykować (*vindicatio*) od dziedzica lub kogokolwiek, kto by rzecz posiadał³. Z kolei legat *per damnationem* tworzył stosunek obligacyjny między legatariuszem jako wierzycielem a spadkobiercą jako dłużnikiem. Treść świadczenia mogła mieć bardzo różną postać, stąd uważa się, że legat ten w prawie spadkowym pełnił podobną funkcję, jak stypulacja w prawie zobowiązań⁴. Legat ten mógł obejmować także rzecz cudzą lub jeszcze nieistniejącą⁵. Zobowiązanie spełniane było *intra vires hereditatis*, tj. należało najpierw zaspokoić wierzycieli, a potem legatariuszy. Legatariusz realizował ochronę swego prawa za pomocą *actio in personam*, tj. *actio ex testamento*⁶, która – w przypadku zakwestionowania pretensji przez spadkobiercę – mogła prowadzić do wniesienia przeciwko niemu

¹ Za takim poglądem M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990, s. 735.

² Systematyczny wykład dotyczący legatów daje Gaius w swoich instytucjach, Gai. 2, 191–244; Na temat ujęcia materii legatów w *Institutiones* zob. P. Arces, *La disciplina dei legati e la tecnica di scrittura nelle Istituzioni di Gaio*, „Rivista di Diritto Romano” 2013, vol. XIII, s. 1–19. Kompilatorzy justyniańscy legatom i zrównanym z nimi w prawie justyniańskim fideikomisom poświęcają wiele miejsca, bowiem aż siedem (księgi 30–36) z pięćdziesięciu ksiąg. W polskiej literaturze na temat legatów w ogólności zob. np. E. Loska, *Legat w prawie rzymskim*, „Zeszyty Prawnicze” vol. 3, z. 1, s. 69–92; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2018, s. 330–335.

³ Gai. 2, 194.

⁴ Zob. P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1994.

⁵ Gai. 2, 202–203.

⁶ Gai. 2, 213: *Quidquid heredem ex testamento dare facere oportet* – Cokolwiek spadkobierca powinien dać, uczynić na podstawie testamentu.

skargi o podwójną wartość⁷. Legat *sinendi modo* także rodził skutki obligacyjne, ale zobowiązanie spadkobiercy ograniczało się do *non facere* – zachowania bierności wobec zapisobiercy, który uprawniony był do tego, by rzecz „zabrać lub mieć dla siebie” (*sumere sibi que habere*). Wydaje się, że wśród jurystów były pewne wątpliwości co do treści i zakresu obowiązku obciążonego. Przeważał zdaje się pogląd, że nie jest on zobowiązany do przeniesienia własności rzeczy na legatariusza, a jedynie do znoszenia czy tolerowania, że legatariusz mu rzecz zabiera⁸. Jeśli więc przedmiotem legatu była nieruchomości, dziedzic musiał zezwolić na objęcie gruntu w posiadania przez legatariusza. Nie był jednak zobowiązany do przeniesienia własności gruntu w drodze formalnej mancytacji czy *in iure cessio*, pozornego procesu, w którym dziedzic uznałby roszczenie legatariusza do własności gruntu. Legatariusz zatem musiał rzecz zasiedzieć, by stać się jej właścicielem. Do ochrony wiarygodności legatariuszowi służyła *actio in personam: actio ex testamento*. Z kolei zapis *per praeceptionem* wywoływał skutki rzeczowe, ale na rzecz jednego ze współspadkobierców (*coheredes*). Legatariusz ochrony swych praw poszukiwał tu w ramach skargi o podział spadku, czyli *actio familiae erciscundae*.

Oprócz czterech typów legatów jako instytucji rzymskiego *ius civile*, Rzymianie znali także inne dyspozycje *mortis causa* pod tytułem szczególnym: fideikomisy oraz darowiznę na wypadek śmierci. Zaskarżalne *extra ordinem* od czasów Augusta fideikomisy⁹ mogły tworzyć stosunek obligacyjny nie tylko między spadkobiercą a fideikomisariuszem, ale także między legatariuszem jako obciążonym a fideikomisariuszem¹⁰ oraz między fideikomisariuszem jako obciążonym a kolejnym uprawnionym¹¹. Można było nimi obciążyć każdego, kto otrzymał *mortis causa* przysporzenie od testatora (nawet samego fideikomisariusza), od czasu Antonina Piusa także beztestamentowo¹². Uprawnionym mógł być nawet drugi dziedzic¹³. Fideikomisy były wolne od powinności związanych z formą – fideikomis można było pozostawić w testamencie, kodycyłu, nawet za pomocą skinięcia głową¹⁴. Podobne do legatu *per damnationem*, za swój przedmiot mogły mieć w zasadzie jakiegokolwiek

⁷ Gai. 2, 282.

⁸ Zob. Gai. 2, 214. Pogląd ten uzasadniony jest słowami: ponieważ nic więcej testator mu nie nakazał (*quia nihil ultra ei testator imperavit*).

⁹ Na temat początków fideikomisów zob. F. Longchamps de Bérrier, *O elastyczność prawa spadkowego*, Liber, Warszawa 2006, s. 17–45.

¹⁰ Legatariusza nie można było obciążyć legatem, zob. Gai. 2, 260 i 271.

¹¹ Gai. 2, 271.

¹² Gai. 2, 270.

¹³ Gai. 2, 269.

¹⁴ D. 32, 21 (Paulus *libro quarto sententiarum*).

świadczenie. Budząca wątpliwości jurystów¹⁵ – jako mająca cechy zarówno darowizny, jak i legatu – darowizna na wypadek śmierci ze względu na swoją użyteczność przetrwała aż do Justyniana.

Podobieństwo instytucji powodowało trudności praktyczne, w szczególności związane z problemem stwierdzenia ważności legatów. Pokonywane były one raz w drodze interwencji ustawodawcy, raz przez same osoby prywatne, chcące dokonać ważnej czynności na wypadek śmierci. Przez przyjęcie *Senatusconsultum Neronianum* (między 54 a 68 r. po Chr.) postanowiono, że jeśli testator nie wybierze formy właściwej ze względu na cel dyspozycji, legat należy traktować tak, jakby zastosowana forma była tą właściwą – co oznaczało z reguły konwersję nieważnego legatu w legat *per damnationem*¹⁶. Aby uniknąć nieważności czynności, próbowano różnych zabiegów, na przykład obciążano wszystkich spadkobierców zapisem obejmującym tę samą rzecz¹⁷, używano zwrotów charakterystycznych dla legatu i fideikomisu jednocześnie¹⁸. Instytucje stopniowo zbliżały się do siebie już w okresie klasycznym. W konstytucji cesarza Konstantyna z 339 r po Chr. zniesiono wymóg co do formy – użycie konkretnych słów nie było już warunkiem ważności legatu¹⁹. W prawie justyniańskim nastąpiło właściwie ujednolicenie legatów i fideikomisów²⁰. Uprawnieni dysponowali *actio in personam*, jak i *actio in rem*, kiedy dyspozycja *de cuius* miała wywrzeć skutki rzeczowe. Przyznano im także *actio hypothecaria*. Analogicznie zrównano darowizny na wypadek śmierci z legatami²¹. Wzajemny wpływ instytucji został prawnie usankcjonowany²². W Instytucjach Justyniana wykład o legatach i fideikomisach poprowadzony jest jednak osobno, aby „nauczeni już studenci łatwiej mogli ich przemieszanie przyjmować bardziej wyczulonym uchem”²³. Tendencja prawników justyniańskich jest jasna: zwracamy więcej uwagi na życzenia zmarłych, nie na

¹⁵ I. 2, 7, 1.

¹⁶ Gai. 2, 197. 212, 218; EU 24, 11, a; Vat. 85 (Ulp.).

¹⁷ D. 31, 66, 5 (Papinianus *libro septimo quaestionum*). Papinian uznał, że spadkodawca nie zapisał tej samej rzeczy więcej razy temu samemu człowiekowi, lecz po prostu wyraził swą wolę więcej niż jeden raz.

¹⁸ D. 32, 95 (Maecianus *libro secundo fideicomissorum*). *De cuius* użył formuły *quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius comitto, uti det, quantas summas dictavero dederō*.

¹⁹ C. 6, 37, 21 (a. 339).

²⁰ C. 6, 43, 1 (a. 529); C. 6, 43, 2 (a. 521); I. 2, 20, 2. W Digestach justyniańskich w związku z tym wprowadzono odnośne interpolacje, D. 30, 1 (Ulpianus *libro sexagesimo septimo ad edictum*): *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*.

²¹ I. 2, 7, 1.

²² Zob. na ten temat. E. Loska, *op. cit.*, s. 88–91, G. Grosso, *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*, [w:] *Studi in Onore di Ugo Enrico Paoli*, F. Le Monnier, Firenze 1956, s. 359–363.

²³ *Instytucje Justyniana*, tłum. C. Kunderewicz, PWN, Warszawa 1986, s. 118.

słowa dyspozycji. Są jednak świadomi z jednej strony dziedzictwa historycznego (ograniczenia zapisów ściśle określonymi słowami), z drugiej – uznania i praktycznego wykorzystywania fideikomisów, mających swe źródło w życzeniach zmarłych²⁴. Odminną naturę legatów i fideikomisów wciąż daje się odczuć podczas lektury opinii dawnych prawników umieszczonych przez kompilatorów w Digestach.

Dyskusja co do konstrukcji legatu damnacyjnego

Fragment prawnika z przełomu I i II w po Chr. Jawolenusa z książki drugiej Komentarzy do pism Labeona ukazuje toczoną przez prawników republikańskich dyskusję, obejmującą kwestię możliwości pozostawienia określenia miary legatu – tj. ilości czy objętości zapisanych rzeczy – woli dziedzica. Przez kompilatorów justyniańskich umieszczony został w księdze 33 Digestów w tytule VI – *De tritico vino vel oleo legato* – „O zapisie pszenicy, wina lub oliwy”.

D. 33, 6, 7 pr. (*Jawolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*): *Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum pater familias reliquisset, legatum putant: Labeo id probat idque verum est.*

D. 33, 6, 7 pr. (*Jawolenus w księdze drugiej Komentarzy do pism Labeona*): Pewien człowiek nakazał dziedzicowi dać swojej żonie wino, oliwę, zboże, ocet, miód i soloną rybę. Trebacjusz uznał, że z poszczególnych rzeczy nie należy się więcej, niż tyle, ile spadkobierca zechciał dać kobiecie, ponieważ nie dodano, ile ma być dane z każdej rzeczy. Ofiljusz, Kasceljusz, Tuberon sądzą, że zapisane zostało wszystko, co ojciec rodziny pozostawił. Labeo się z tym zgadza i jest to słuszne.

W przypadku przytoczonego tekstu nie ma podejrzeń o interpolację²⁵. Testator pozostawił żonie w legacie *per damnationem* wino, oliwę, ocet, miód i soloną rybę. Nie określił jednak, ile z każdej z tych rzeczy dziedzic winien świadczyć żonie. Problem prawny związany jest z nieokreśloną dyspozycją testatora. Nie wiadomo, czy chciał zostawić legatem określoną ilość rzeczy zapisanych, czy też wszystko, co miał. Trebacjusz uznaje, że dziedzic ma możliwość określenia miary legatu. Rozstrzyga w ten sposób dwie kwestie: interpretacyjną, zakładając, że testator nie chciał oznaczyć ilości rzeczy będących przedmiotem zapisu, i prawną, rozstrzygając pozytywnie problem ważności zapisu, przy założeniu, że obciążony legatem dziedzic ustali ilość świadczo-

²⁴ I. 2, 20, 3.

²⁵ Zob. *Index itp. ad h.l.*

nych rzeczy²⁶. Inni juryści republikańscy są jednak temu przeciwni, uznając, że żonie należy się z tych rzeczy wszystko, co zostawił ojciec rodziny. Nie ma wątpliwości co do tego, że zarówno Trebacjusz, jak i jego oponenci dążyli do utrzymania legatu w mocy. Rozwiązanie Ofiljusza, Kasceljusza, Tuberona i Labeona faworyzuje uprawnionego. W ten sposób skutki nieprecyzyjnego oświadczenia testatora ponieść musi spadkobierca.

Chciałbym zatrzymać się nad tym rozwiązaniem, które zostało odrzucone. Treść fragmentu jest niewątpliwie świadectwem, że pod koniec republiki rzymskiej toczyła się dyskusja co do konstrukcji legatu damnacyjnego. Pogląd Trebacjusza, uzależniającego rozmiar obowiązku świadczenia przez dziedzica od jego woli, wydaje się pozornie nierozsądny i nieco dziwaczny. Według swojego uznania dziedzic może przyznać żonie testatora symboliczną miarę zapisanych rzeczy i w ten sposób wypełnić swoje zobowiązanie. Opinia pozostałych jurystów wydaje się trafna: po prostu dokonują zabiegu mającego na celu utrzymanie w mocy zapisu na rzecz żony. W przeciwnym razie, wobec jego niedookreśloności, zapis byłby nieważny, a żona (wdowa) pozostawiona bez środków utrzymania.

Należy jednak przyjąć, że nie była to kontrowersja między nierozsądnym a uzasadnionym rozwiązaniem, a raczej prezentacja różnych opinii, z których każda miała swoje racjonalne i jurydyczne uzasadnienie. Charakter legatu damnacyjnego polegał na pewnym współdziałaniu dziedzica i testatora. Dziedzic występował tu jako pośrednik, realizator woli testatora czy jego powiernik. Nie bez znaczenia było zaufanie, którym testator obdarzał dziedzica. Za trafny uznaję pogląd, że interpretacja Trebacjusza odpowiadała bardziej domniemanej woli testatora²⁷. Poza tym był to zapis na rzecz żony, a dziedzic mógł być osobą dość dobrze zorientowaną w jej potrzebach, przedmiot legatu przecież był ściśle powiązany z potrzebami życia codziennego. Przy tego typu legacie istniała potrzeba zwrócenia uwagi nie tylko na element woli testatora, ale także – choć w ograniczonym zakresie – na wolę dziedzica. Wola ograniczona była powierzonym zaufaniem. Być może była to próba uelastycznienia konstrukcji legatu *per damnationem*, który można uznać za prototyp fideikomisu²⁸. Obciążony pełni tu funkcję pośrednika między testatorem a legatariu-

²⁶ C.A. Maschi, *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*, Vita e pensiero, Milano 1938, s. 58. Autor uznaje także, że brak zgody między jurystami schodzi na dalszy plan, ponieważ Trebacjusz i jego oponenci poszukują woli testatora. Juryści nie pozostają już w sferze sztywnej interpretacji *verba*, lecz interpretują *voluntas*. Por. zachowany fragment z tego samego dzieła Jawolenusa, D. 35, 1, 40, 5 (Iavolenus *libro secundo ex posterioribus Labeonis*): *Labeo Trebatii probat quia haec mens testantis fuisset* – Labeo podziela opinie Trebacjusza, ponieważ taki był zamiar testatora.

²⁷ C. Ferrini, *Opere*, vol. 2, U. Hoepli, Milano 1929, s. 59.

²⁸ *Ibidem*.

szem. Trebacjusz zresztą doradzał Augustowi, by ten wprowadził do porządku prawnego kodycyłe i fideikomisy. W obu przypadkach prawnik kieruje się tymi samymi względami: użyteczności i szacunku dla woli zmarłego²⁹.

W relacji Jawolenusa nie ma jednak wzmianki o tym, że w testator powierzył określenie zakresu zobowiązania dziedzicowi. To rozwiązanie podsuwa Trebacjusz. Być może inni juryści brali w większym stopniu pod uwagę słowa dyspozycji *de cuius*. Nie chcieli uzupełniać woli spadkodawcy, ponieważ nie została wyrażona w treści dyspozycji. Z drugiej strony starali się utrzymać legat na rzecz żony w mocy. Co innego, jeśli testator powierzył określenie zakresu zobowiązania. Co ciekawe, Trebacjusz uzasadnia swoje rozstrzygnięcie właśnie tym, że testator nie dodał, ile ma być świadczone z każdej rzeczy (*non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur*). Prawdopodobnie jurysta twórczo przenosi tu przyjętą już przez jursprudencję regułę co do możliwości wyboru przez testatora jakości świadczonych rzeczy. Twierdzenie, że dziedzic mógł zwolnić się z legatu przez świadczenie minimalnej ilości rzeczy należałoby jednak odrzucić³⁰. Rozsądniejszy wydaje się pogląd, że dziedzic w tej sytuacji powinien uwzględnić potrzeby legatariusza, pozycję zmarłego i ilość rzeczy określonych ogólnie w zapisie, znajdujących się w majątku zmarłego. Najprawdopodobniej taka była właśnie wola zmarłego. Trebacjusz nie użył terminów prawnych odnoszących się do zakresu swobody uznania przy określeniu wysokości zobowiązania: swobodnej decyzji (*arbitrium merum*) i decyzji ograniczonej treścią zasad dobrej wiary (*arbitrium boni viri*)³¹. Prawdopodobnie upatrywał źródła należytego wypełnienia obowiązku przez dziedzica w stosunkach społecznych.

Nie była to zapewne sprawa błaha, lecz wywołująca poważne wątpliwości i Trebacjusz w toku konkretnego procesu, jako współczesny autorytet prawniczy, poproszony był o wydanie *responsum*, które te wątpliwości rozstrzygało. Zapewne takie było rozstrzygnięcie w tej konkretnej sprawie. Jednakże próba uelastycznienia na trwałe konstrukcji legatu damnacyjnego nie powiodła się. Lukę tę w przyszłości wypełnić miało wprowadzenie zażalenia fideikomisów.

²⁹ I. 2, 25.

³⁰ Tak przyjmują C. Ferrini, *Opere*, s. 60; F. Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, vol. I, Aalen 1969, s. 9. Przeciwnie – U. John, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo*, C.F. Müller, Karlsruhe 1970, s. 58. Wg autora dziedzic mógłby zwolnić się przez świadczenie rzeczy w minimalnej ilości, stąd rozwiązanie Trebacjusza wydaje się innym prawnikom niezadowalające.

³¹ Wydaje się, że kwestia tego rozróżnienia została pogłębiona przez późniejszych prawników, por. D. 17, 2, 76–80, gdzie mowa o problemie ustalenia wysokości udziałów w spółce przez jednego ze współników.

Posag według osądu opiekunów

Inaczej sprawa została rozstrzygnięta przy prawnej ocenie legatu, w którym ojciec pozostawił córce posag według osądu opiekunów (*arbitratu tutorum*). Świadcstwo poglądów Tuberona i Labeona przekazuje jurysta Celsus.

D. 32, 43 (*Celsus libro quinto decimo digestorum*): *Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitratu legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitratu constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.*

D. 32, 43 (Celsus w księdze piętnastej Digestów): Jeśli ojciec nakazał, aby ustawić posag dla córki w wysokości ustalonej przez opiekunów, Tuberon uznał, że tego rodzaju słowa należy zinterpretować, jakby zapisano w legacie „wedle uznania uczciwego człowieka”. Labeon zapytuje, skąd będzie wiadomo, ile powinien wynosić posag „według uznania uczciwego człowieka” dla córki każdego jednego spadkodawcy. Twierdzi, że nie jest trudno to ocenić na podstawie godności, majątku oraz liczby dzieci tego, kto sporządził testament.

W tym przypadku zaaprobowana jest możliwość ustalenia wysokości zobowiązania przez opiekunów. Okoliczności przypadku pozwalają jednak na szukanie obiektywnego kryterium decyzji³². Testator ma zaufanie do opiekunów testamentowych, którzy przynajmniej bezpośrednio nie są zainteresowani uzyskaniem korzyści kosztem majątku spadkowego. Stąd uzasadnienie powierzenia osądu opiekunom jest praktyczne: mając najlepszą wiedzę, zastępują wolę ojca.

Musiała być jednak wątpliwość co do takiego rozstrzygnięcia, opinie opiekunów mogły być różne, a i warto było poddać je jakiemuś obiektywnemu sprawdzianowi – nie tylko na wypadek sporu. Według Tuberona *arbitrium* powinno zostać sprowadzone do *arbitrium boni viri*, a ściślej: zapis winien być interpretowany, jakby został powierzony do wykonania wedle *arbitrium boni viri*. Takie rozwiązanie znowu wydaje się mieć na celu wprowadzenie elementu określoności świadczenia i utrzymanie w mocy dyspozycji. Zagadnienie pogłębia Labeon, pytając, jakie konkretne kryteria przyjąć, by ustalić wysokość posagu dla córki każdego jednego spadkodawcy. Pytanie to wydaje się podnosić wątpliwości co do zasadności rozstrzygnięcia Tuberona. Stanowisko, jakie zajmują prawnicy wobec siebie, nie jest jasne. Z jednej strony podniesiona przez Labeona wątpliwość zostaje usunięta, jurysta tłumaczy, na czym winno polegać zastosowanie w tej sytuacji kryterium *boni viri*. Twier-

³² P. Frezza, *Ius gentium*, „RIDA – Revue internationale des droits de l'Antiquité” 1949, vol. 2, s. 288.

dzi, że w zasadzie jest to łatwe – należy uwzględnić godność, majątek oraz liczbę dzieci sporządzającego testament. Z drugiej strony banalność rozwiązania może sugerować, że w istocie jest to wypowiedź nieco ironiczna. Być może Labeon uznaje, że jeśli istnieją pewne obiektywne kryteria, pozwalające na ustalenie wysokości obowiązku świadczenia przez dziedzica, odesłanie do *arbitrium boni viri* jest nieuprawnione czy stanowi zbyt daleko idącą zapobiegliwość. Istotna mogła być też inna myśl: przyjęcie *arbitrium boni viri* oznacza, że przedmiot legatu został określony, a to pozwala na utrzymanie legatu w mocy. Przyjąć można też prostsze wyjaśnienie. Labeon podaje konkretne kryteria oceny, które należy uwzględnić w każdej podobnej sprawie. Konsekwencją zawężenia oceny do *arbitrium boni viri* była najprawdopodobniej możliwość zakwestionowania niesłusznego osądu, być może możliwość ta znajdowała prawną ochronę także w *accusatio suspecti tutoris*³³.

Elastycznie, czyli także bez udręki i szkody dla spadkobiercy

Pozostałe zachowane teksty dotyczące możliwości pozostawienie dziedzicowi swobody co do określenia treści zapisu pochodzą od późniejszych jurystów epoki pryncypatu. Osądowi dziedzica testator pozostawiał niekiedy wypełnienie warunku. Przykład daje Quintus Cervidius Scaevola w tekście pochodzącym z księgi czwartej Odpowiedzi.

D. 33, 1, 13, 1 (Scaevola libro quarto responsorum): *Uxore herede scripta ita cavit: "Libertis meis omnibus alimentorum nomine singulis annuos denarios duodecim ab herede dari volo, si ab uxore mea non recesserint". Quaero, cum pater familias sua voluntate de civitate difficile profectus sit, ea autem adsidue proficiscatur, an liberti cum ea proficisci debeant. Respondi non posse absolute responderi, cum multa oriri possint, quae pro bono sint aestimanda: ideoque huiusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est. Item quaeritur, cum proficiscens eis nihil amplius optulerit ac per hoc eam secuti non sint, an legatum debeatur. Respondit et hoc ex longinquis brevibusque excursionibus et modo legati aestimandum esse.*

D. 33, 1, 13, 1 (Scaevola w księdze czwartej Odpowiedzi prawnych): Ktoś ustanowił spadkobierczynią żonę z takim zastrzeżeniem: „Chcę, żeby mój spadkobierca dawał wszystkim moim wyzwolencom na utrzymanie po dwanaście denarów co roku, o ile nie odejdą od mojej żony”. Pytam, czy skoro ojciec rodziny (spadkodawca) z własnej woli rzadko wyjeżdżał z miasta, ona zaś ciągle wyjeżdża, to czy wyzwolenicy powinni z nią podróżować? Udzieliłem porady, że nie ma jednoznacznej odpowiedzi, bowiem może zaistnieć wiele sytuacji, które trzeba będzie ocenić w każdym przypadku wedle poczucia dobra i słuszności. Dlatego tego rodzaju niejednoznaczność winna być rozwiązana wedle osądu uczciwego człowieka. Zachodzi

³³ Taką możliwość postuluje P. Frezza, *ibidem*.

również pytanie, czy skoro żona, wyruszając gdzieś, nie dała im nic więcej, i dlatego nie wyruszyli z nią, to czy zapis jest należyty? Udzielił odpowiedzi, że należy to ocenić, biorąc pod uwagę czas trwania tych wyjazdów oraz rozmiar zapisu.

Testator ustanowił spadkobierczynią żonę – z zastrzeżeniem, że chce, by wszyscy jego wyzwolenicy otrzymywali na utrzymanie po dwanaście denarów co roku, o ile nie odejdą od żony. Ponieważ spadkodawca rzadko wyjeżdżał z miasta, żona zaś ciągle wyjeżdżała, powstało pytanie, czy wyzwolenicy powinni z nią podróżować. I tu jurysta pokazuje użyteczność kryterium *arbitrium boni viri*: stwierdza że nie ma jednoznacznej odpowiedzi, może bowiem zaistnieć wiele sytuacji, które trzeba będzie ocenić w każdym przypadku wedle poczucia słuszności – *pro bono sint aestimanda*. Stąd tego rodzaju różnorodność stanów faktycznych winna być oceniana wedle *arbitrium boni viri*. Bierzemy pod uwagę wolę testatora, ale także i dziedzica (choć w ograniczonym zakresie), przez którego testator niejako wykonuje swoją wolę zza grobu.

Ulpian daje opis przykładowego stanu faktycznego, w którym zapis opiekujący na trzydzieści pozostawiono dziedzicowi do wypłaty, dodając, że ma to nastąpić w nierównych ratach płatnych w trzech częściach co roku.

D. 33, 1, 3 (*Ulpianus libro vicesimo quarto ad Sabinum*): *Si legatum sit relictum annua bima trima die, triginta forte, dena per singulos debentur annos, licet non fuerit adiectum "aequis pensionibus". 1. Proinde et si adiectum fuerit "pensionibus", licet non sit insertum "aequis", item si scriptum fuerit "aequis", licet non sit adiectum "pensionibus", dicendum erit aequas fieri. 2. Sed si adiectum "pensionibus inaequis", inaequales debebuntur: quae ergo debeantur, videamus. Et puto eas deberi (nisi specialiter testator electionem heredi dedit), quas vir bonus fuerit arbitratus, ut pro facultatibus defuncti et depositione patrimonii debeantur. 3. Sed et si fuerit adiectum "viri boni arbitratu", hoc sequemur, ut pro positione patrimonii sine vexatione et incommodo heredis fiat. 4. Quid si ita "pensionibus, quas putaverit legatarius?" an totum [tostum] petere possit, videamus. Et puto totum non petendum simul, sicut et in heredis electione. Fieri enim pensiones debere testator voluit, quantitates dumtaxat pensionum in arbitrio heredis aut legatarii contulit. 5. Sed si ita sit legatum "heres meus Titio decem trima die dato", utrum pensionibus an vero post triennium debeatur? Et puto sic accipiendum, quasi pater familias de annua bima trima die sensisse proponatur. 6. Si cui certa quantitas legetur et, quoad praestetur, in singulos annos certum aliquid velut usuras iusserit testator praestari, legatum valet: sed in usuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.*

D. 33, 1, 3 (Ulpianus w księdze dwudziestej czwartej Komentarza do pism Sabinusa): Jeśli zapis, opiekujący, na przykład na trzydzieści, pozostawiono do wypłaty w trzech częściach płatnych co roku, to w każdym roku należne będzie po dziesięć, chociaż nie dodano „w równych ratach”. 1 Stąd także jeśli dodane zostałyby „w ratach”, chociaż nie zawarto słowa „równych”, także jeśli zostałyby napisane „w równych”, ale nie dodano „ratach”, to trzeba będzie powiedzieć, że raty są równe. 2. Jeśli

jednak dodano „w nierównych ratach”, to będą należne nierówne raty. Zastanówmy się, jakie zatem raty są należne. I sądzę, że należne są takie (chyba że spadkodawca wyraźnie wybór przekazał spadkobiercy), które wskazałby uczciwy człowiek, tak żeby odpowiadały finansowym możliwościom majątku zmarłego i stanu, w jakim majątek ów się znajduje. 3. Lecz także jeśli dodane zostałoby „zgodnie z osądem uczciwego człowieka”, będziemy trzymać się tego, żeby [wyplata rat] następowała stosownie do sytuacji majątku spadkowego oraz bez udręki i szkody dla spadkobiercy. 4. A co, jeżeli tak [dodano]: „w ratach, które określi zapisobierca”? Zastanówmy się, czy [w takim przypadku] może [on] domagać się całości [w jednej racie]. Sądzę, że nie można domagać się całości na raz, podobnie jak w przypadku prawa wyboru spadkobiercy. Spadkodawca bowiem życzył sobie, żeby dokonane zostały wypłaty w ratach, a tylko wysokość wypłat pozostawił do wyboru spadkobiercy albo zapisobiercy. 5. Jeżeli jednak zapis brzmi następująco: „Niech mój spadkobierca wypłaci Titiusowi dziesięć w trzecim roku”, to czy [zapis] należy jest w ratach, czy po okresie trzech lat? I sądzę, że tak należy to rozumieć, jakby zostało przedstawione, że ojciec rodziny miał na myśli wypłaty w trzech rocznych ratach. Jeżeli zapisano komuś określoną sumę i spadkodawca nakaze, żeby co roku, dopóki nie zostanie wydany cały zapis, wypłacać [zapisobiercy] jakąś konkretną kwotę, na przykład odsetki, to zapis jest skuteczny. Lecz w przypadku odsetek należą się one dotąd, dopóki nie przekracza się dozwolonej prawem ich wysokości.

Ulpian udziela odpowiedzi, że dziedzic powinien wypłacić raty w takiej wysokości, w jakiej wskazałby uczciwy człowiek, czyli – jak uznaje – tak żeby odpowiadały finansowym możliwościom majątku zmarłego i stanu, w jakim majątek ten się znajduje. Jurysta stara się uwzględnić wyrażoną w testamencie wolę zmarłego i nadać dyspozycji zmarłego rozsądną treść. Nie bez powodu bowiem testator wspomniał o nierównych ratach. Jeśli zaś testator sam dodałby, że ustalenie rat nastąpić ma *virī boni arbitrātū*, raty mają zostać wypłacone – wedle Ulpiana – stosownie do sytuacji majątku spadkowego oraz bez udręki i szkody dla spadkobiercy (*sine vexatione et incommodo heredis*). Możliwe też było wyraźne przekazanie spadkobiercy możliwości wyboru co do wysokości rat. W tym przypadku jednak świadczenie było określone, a dziedzicowi testator zapewniał elastyczność przy spełnieniu zobowiązania.

Fideikomis – nieskrępowana wola obciążonego?

Szttywność rozwiązań przyjętych pod koniec republiki przełamana została przez wprowadzenie instytucji fideikomisów. Nieudany projekt Trebacjusza uelastycznienia zapisu *per damnationem* ziścił się przy mniej formalnych zapisach powierniczych. Przez wprowadzenie zaskarżalności w *cognitio extra ordinem* fideikomis stał się instytucją, która w większym stopniu dawała możliwość interpretacji mającej swe oparcie w woli autora dyspozycji. W odniesieniu do możliwości ustalenia treści fideikomisu przez obciążonego,

w źródłach spotkać można klauzule *si volueris, si iustum putaveris, si aestimaveris, si comprobaveris*. Przytoczmy dwa teksty autorstwa Ulpiana.

D. 30, 75 pr. (Ulpianus libro quinto disputationum): *Si sic legatum vel fidei commissum [fideicommissum] sit relictum „si aestimaverit heres” „si comprobaverit” „si iustum putaverit”, et legatum et fideicommissum debetur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.*

D. 30, 75 pr. (Ulpian w księdze piątej Dysput): Jeśli zapis lub fideikomis pozostawiono w następujący sposób: „jeśli spadkobierca uzna to za dobre”, „jeśli to zatwierdzi”, „jeśli uzna to za słuszne”, zarówno zapis, jak i fideikomis będą należne, ponieważ powierzono je spadkobiercy jako uczciwemu człowiekowi, a nie pozostawiono jego nieskrępowanej woli.

Być może pierwotny tekst dotyczył wyłącznie legatów, a rozwiązanie było negatywne – *legatum non debetur*. Końcowy zaś fragment został dodany przez kompilatorów przy redakcji Digestów, aby zrównać rozwiązania dotyczące legatów i fideikomisów. Bardziej prawdopodobne jest jednak, że kompilatorzy dodali wzmiankę o legatach. Swoboda, z jaką dopuszczona została możliwość zdecydowania o zakresie zobowiązania z fideikomisu przez obciążonego, kontrastuje z rygorem, z którym *veteres* odrzucili opinie Trebacjusza. Ulpian kładzie jednak nacisk na ograniczenie swobody decyzji obciążonego – podlega ona weryfikacji i jest zaskarżalna.

Przejdźmy do następnego tekstu zaczerpniętego przez kompilatorów justyniańskich z drugiej księgi Fideikomisów Ulpiana:

D. 32, 11, 7–8 (Ulpianus libro secundo fideicommissorum): *Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur „si volueris”, tamen si ita adscriptum fuerit: „si fueris arbitratus” „si putaveris” „si aestimaveris” „si utile tibi fuerit visum” vel „videbitur”, debetur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum. 8. Proinde si ita sit fideicommissum relictum: „illi, si te meruerit”, omnimodo fideicommissum debetur, si modo meritum quasi apud virum bonum collocare fideicommissarius potuit: et si ita sit „si te non offenderit”, aequè debetur: nec poterit heres causari non esse meritum, si alius vir bonus et non infestus meritum potuit admittere.*

D. 32, 11, 7–8 (Ulpian w księdze drugiej Fideikomisów): Wprawdzie fideikomis nie jest należny, jeśli zapis brzmi „jeśli zechciałbyś”, to jednak będzie należny, jeśli zostanie dodana taka formułka: „jeśli uznałbyś”, „jeśli stwierdziłbyś”, „jeśli oceniłbyś”, „jeśli wydałoby ci się odpowiednie”, albo „jeśli będzie się wydawało”. Spadkodawca nie dał bowiem tutaj spadkobiercy pełnej swobody wyboru, lecz pozostawiono [fideikomis], tak jakby powierzając go uczciwemu człowiekowi. 8. Stąd jeśli fideikomis został sporządzony w ten sposób: „Temu a temu, jeśli się wobec Ciebie zasłuży”, to fideikomis jest jak najbardziej należny, jeżeli tylko fideikomisa-

riusz mógł zasłużyć się w ten sposób, który zaaprobowałby uczciwy człowiek. A jeśli jest tak: „jeśli nie wyrządzi ci szkody”, to tak samo będzie należny. I spadkobierca nie będzie mógł argumentować, że [fideikomisariusz] się nie zasłużył, jeśliby inny uczciwy i niestranny człowiek mógł przyznać, że się zasłużył.

Klauzula *si volueris* („jeśli zechciałbyś”) powodowała nieważność fideikomisu, jednak dodanie zwrotu „jeśli uznałbyś, stwierdziłbyś, oceniłbyś” i innych klauzul tego typu uznawane było za dopuszczalne. Pierwszy zwrot uzależniałby bowiem fideikomis od nieskrępowanej woli spadkobiercy – brak więc tu byłoby źródła dla zobowiązania. Natomiast zwroty odnoszące się do oceny obciążonego pozwalały na weryfikację wykonania nałożonej prośby przez dysponenta w oparciu o kryterium, które zaaprobowałby modelowy *vir bonus*. Podobnie jeśli fideikomis został sporządzony z dodaniem klauzuli „temu, jeśli wobec ciebie się zasłużył” – spadkobierca nie może bronić się skutecznie, twierdząc, że fideikomisariusz się nie zasłużył, jeśli inny uczciwy i bezstronny człowiek twierdziłby, że się zasłużył.

Podsumowanie

Rzymskie legaty, jako instytucja *ius civile*, ze względu na swój formalizm i wymóg użycia określonych słów dla wywołania danych skutków prawnych nie pozwalały w pełni na realizację życzeń zmarłego, jeśli zostały wyrażone w sposób niedoskonały. Z czasem próbowano temu zaradzić. Próbę uelastycznienia legatu damnacyjnego podjął żyjący w I w. przed Chr. Trebacjusz. Jednakże jego propozycja, by dziedzic mógł ustalić zakres ciążącego na nim zobowiązania, została odrzucona przez innych prawników. Z rygiorem, z jakim *veteres* odrzucili opinię Trebacjusza, kontrastuje swoboda, z jaką późniejsi prawnicy dopuszczali interwencję obciążonego w treść zobowiązania wynikającego z fideikomisu. Analiza poszczególnych zwrotów używanych w fideikomisach wskazuje, że przedmiotem zainteresowania jurystów było, czy w konkretnym przypadku chodziło o dopełnienie przez dziedzica życzeń lub prośb zmarłego. Fideikomis był instytucją, która pozwalała niejako – wedle słów Franciszka Longchamps de Bérrier – na interwencję w przeszłość, jakiej nie dawała inna instytucja prawna³⁴. Do podejścia tego nie mógł pretendować reżim prawny legatów. Z czasem jednak i to się zmieniło.

³⁴ F. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 188.

Abstract

Content of legacy and the heir's will in Roman law

The debate held by ancient lawyers on the question of an heir's power to decide upon the extent of a performance under the legacy *per damnationem* is the subject of this paper. For example: the testator omitted to specify the amount of wine, olive or salt fish bequeathed under a legacy *per damnationem*. Does it make legacy invalid? – or maybe the heir has a power to decide on how much of these commodities are to be owned? Or perhaps the legatee is entitled to take all of the things left by testator? Should we rather uphold the will of the testator or bear the consequences of the testator's failure to express his will in a clear and definitive manner? Could the legacy *per damnationem* rely on a measure of cooperation between the testator and heir? What is the role of typical Roman social value like *fides* as far as the estimation of validity of such legacies is concerned? And what are the legal instruments to qualify the performance of the heir as proper or not? Was *fideicommissum*, emerging institution of inheritance law, more elastic instrument for testators? The paper includes texts of Roman jurists from the classical period taken from the Digests of Justinian, giving some proposals of their interpretations.

Key words: Roman law, wills, legacies, trusts

Streszczenie

Wola dziedzica a treść legatu w prawie rzymskim

Przedmiotem artykułu jest zagadnienie dopuszczalności powierzenia dziedzicowi ustalenia zakresu świadczenia w rzymskim legacie *per damnationem*. W artykule analizowane są teksty rzymskich jurystów z okresu klasycznego. Przykładowo: testator nie określił ilości rzeczy zapisanych gatunkowo: oliwy, wina, solonej ryby. Czy legat będzie ważny? – czy też dziedzic będzie uprawniony do określenia miary zapisanych rzeczy, a tym samym określi treść świadczenia? Czy może legatariusz będzie uprawniony do żądania świadczenia wszystkich rzeczy z zapisanej kategorii? Czy powinniśmy dążyć do utrzymania w mocy dyspozycji testatora, czy raczej uznać, że nie wyraził swej woli w sposób dostatecznie określony? Czy legat damnacyjny może polegać na współpracy między testatorem a dziedzicem? Dziedzic pełniłby wówczas funkcję pośrednika, elastycznie dostosowując do rzeczywistości życzenia zmarłego. Jakie są prawne instrumenty służące uznaniu, że wypełnienie legatu przez dziedzica nastąpiło w sposób prawidłowy? Czy fideikomis był bardziej elastycznym narzędziem, umożliwiającym wypełnienie woli *de cuius*?

Słowa kluczowe: prawo rzymskie, testament, legaty, fideikomisy

Agnieszka Bednarczyk-Płachta

dr, Katedra Prawa i Postępowania Administracyjnego oraz Nauk o Administracji,
Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Jakość zmian prawa o szkolnictwie wyższym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Wprowadzenie

Na gruncie polskiego prawa o szkolnictwie wyższym¹, które obowiązywało do czasu wprowadzenia obecnej ustawy² o szkolnictwie wyższym i nauce, wyraźnie widać tendencje i przyzwyczajenia ustawodawcy w zakresie sposobu i jakości tworzenia prawa. Chciałoby się powiedzieć, że w tym przedmiocie niewiele się zmieniło, albo jest nawet gorzej, ale to już temat na odrębny artykuł. Niniejsza publikacja stanowi swoisty wstęp do analizy nowych przepisów – bez odniesienia się do poprzedniego stanu prawnego regulacje wprowadzone w nowej ustawie (zwanej „Ustawą 2.0”) mogą wydawać się jedynie niekonstytucyjne. Jest to tym bardziej alarmujące, że zestawienie sposobu wprowadzania zmian w poprzednim stanie prawnym i obecnym jednoznacznie pokazuje, że ustawodawca nie ma na celu tworzenia prawa zgodnie z obowiązującymi standardami, nie stosuje się do orzecznictwa, a także w ogóle nie wyciąga wniosków i powiela błędy poprzednich ekip rządzących.

Ciągłe zmiany, wprowadzenie nowych pomysłów i niedostosowanie wprowadzanych norm prawnych do już funkcjonujących przepisów rzutują nie tylko na stabilność całego systemu prawnego, ale przede wszystkim na jego jakość. Powoduje to trudności z prawidłowym stosowaniem prawa i w bezpośredni sposób rzutuje na kondycję polskiej nauki. Organy uczelni

¹ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 572 z późn. zm. Postanowienia ostatniej nowelizacji tej ustawy weszły w życie 1 października 2014 r.

² Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz.U. z 2018 r., poz. 1668.

publicznych i niepublicznych zmuszone są niemal nieustannie dostosowywać swoje działania, przepisy wewnętrzne, plany studiów itp. do aktualnej polityki danej opcji politycznej – prowadzonej oczywiście pod hasłami poprawy jakości nauczania na polskich uczelniach. Zamiast zajmować się realizacją tak ważnego zadania publicznego na najwyższym poziomie, uczelnie, stosując obowiązującą je ustawę, borykają się z problemami wynikającymi ze złej jakości tworzonego prawa.

Podkreślić należy, że od chwili uchwalenia w 2005 r. ustawy o szkolnictwie wyższym (dalej: prawo o szkolnictwie wyższym) i uchylenia poprzednich aktów prawnych w tym zakresie, tj. ustawy z 1990 r.³ i ustawy z 1997 r. o wyższych szkołach zawodowych⁴, ustawa prawo o szkolnictwie wyższym była nowelizowana ponad 30 razy. Ostatnie dwie nowelizacje miały miejsce 18 marca 2011 r. i 11 lipca 2014 r.⁵. Bezpośrednio po wejściu w życie postanowień nowelizacji z 2011 r. rozpoczęły się prace nad kolejną nowelizacją, która w swych założeniach częściowo zniósła, a częściowo zmieniała rozwiązania przyjęte w 2011 r. A w momencie rozpoczęcia obowiązywania aktu z 2014 r. ogłoszono wielką reformę prawa i przygotowywanie „Ustawy 2.0”, która miała zrewolucjonizować szkolnictwo wyższe w Polsce.

Taki sposób prac nad kolejnymi nowelizacjami z punktu widzenia jakości tworzonego prawa pozostawia wiele do życzenia i odbiega od ogólnie przyjętych w prawie zasad legislacyjnych. Dodatkowo postawę ustawodawcy, który w swoich działaniach nie bierze pod uwagę wyniku konsultacji resortowych ani społecznych w istotnych kwestiach, trudno ocenić pozytywnie.

W niniejszym opracowaniu przedstawione zostały działania legislatora związane z dwiema ostatnimi nowelizacjami wpływające bezpośrednio na jakość prawa. Wskazany został mechanizm działania ustawodawcy przy wprowadzeniu do obrotu prawnego rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego (TK), zobowiązujących sejm do zmiany niekonstytucyjnych przepisów, oraz sposób uwzględniania ugruntowanej linii orzecznictwa w trakcie projektowanych zmian. W artykule opisano sposób wprowadzania przepisów dotyczących możliwości pozyskiwania środków publicznych na kształcenie przez szkoły niepubliczne i zaniechania ustawodawcy w przedmiotowym

³ Ustawa z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym, Dz.U. z 1990 r., nr 65, poz. 385 z późn. zm.

⁴ Ustawa z dnia 26 czerwca 1997 r. o wyższych szkołach zawodowych, Dz.U. z 1997 r., nr 96, poz. 590.

⁵ Ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2011 r., nr 84, poz. 455; Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2014 r., poz. 1198.

zakresie. Jako przykład powyższych uwarunkowań wskazano także przepisy dotyczące pozyskiwania, przetwarzania i gromadzenia danych o studentach i absolwentach uczelni przez ministra właściwego ds. nauki i szkolnictwa wyższego, w systemie informatycznym stworzonym na te potrzeby. W tym zakresie poruszone zostały kwestie dotyczące bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych oraz kompetencji władzy do pozyskiwania szczegółowych informacji o obywatelach w odniesieniu do konstytucyjnych zasad podniesionych w orzecznictwie TK. Zakresem opracowania zostały także objęte kompetencje ministra w przedmiocie sprawowania nadzoru i kontroli nad uczelniami. W powyższej kwestii zostały podniesione uprawnienia do ingerowania w wewnętrzne sprawy uczelni w odniesieniu do konstytucyjnej zasady autonomii szkół wyższych oraz kompetencji o charakterze osobowym, które są charakterystyczne dla sprawowania funkcji kierownictwa, a nie nadzoru nad podmiotami zewnętrznymi względem administracji publicznej. Drugim aspektem kompetencji nadzorczych stanowiących przedmiot niniejszej publikacji był nadzór fachowy, wykonywany za pomocą Polskiej Komisji Akredytacyjnej (PKA). Mając na względzie zapadłe we wskazanych zakresach wyroki TK, ocenione zostały działania ustawodawcy w związku ze zmianą uznanych za niekonstytucyjne przepisów prawa, a także ogólne tendencje i zachowania legislatora w odniesieniu do sposobu projektowania prawa i uwzględnienia w tym zakresie utrwalonej linii orzecznictwa TK. Analiza wymienionych przykładów zmiany przepisów prawa daje możliwość wyprowadzenia ogólnych wniosków w przedmiocie jakości polskiego systemu prawa – nie tylko prawa o szkolnictwie wyższym.

Implementacja orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w zakresie finansowania działalności statutowej

Temat zasad pozyskiwania dofinansowania działalności statutowej przez uczelnie niepubliczne, choć kontrowersyjny, nie stanowił obiektu specjalnego zainteresowania ustawodawcy na przestrzeni zmian w prawie od 2005 r. Na gruncie obowiązujących przepisów prawa przyjęta została zasada, że szkoły wyższe publiczne otrzymują dotację budżetową na prowadzoną działalność statutową, natomiast szkoły wyższe niepubliczne swoją działalność co do zasady prowadzą w oparciu o środki własne. Od zasady tej przewidziano wszakże pewien wyjątek, opisany w uchylonym obecnie ust. 5 art. 94 prawa o szkolnictwie wyższym. Na podstawie tego zapisu przed nowelizacją teoretycznie uczelnie niepubliczne, po spełnieniu warunków określonych przez ministra, mogły ubiegać się o dotację przeznaczoną na pokrycie części opłat wnoszonych przez studentów studiów stacjonarnych oraz uczestników sta-

cjonarnych studiów doktoranckich oraz na dofinansowanie kosztów realizacji zadań wymienionych w art. 94 ust. 1 pkt 1, 2, 4 oraz 8–10 prawa o szkolnictwie wyższym. Jednakże na gruncie nowelizacji z 2014 r. możliwość taka została uchylona. Przyczyną przedmiotowej zmiany nie były w mojej ocenie ani kwestie konstytucyjne, ani finansowe. Działania ustawodawcy w tym przedmiocie wynikała z błędnej interpretacji orzeczenia TK⁶ oraz bylejałości tworzonych rozwiązań. Możliwość ubiegania się przez uczelnie niepubliczne o środki na działalność statutową nie stanowiła do czasu wydania przez TK orzeczenia w sprawie przedmiotu zainteresowania ustawodawcy, a przedmiotowy zapis w czasie obowiązywania nowelizacji z marca 2011 r. i wcześniej był zapisem martwym, gdyż nie zostały do niego wydane przepisy wykonawcze. Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 95 ust. 1 prawa o szkolnictwie wyższym (wg stanu prawnego sprzed 1 października 2014 r.) minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego został zobowiązany do wydania rozporządzenia w przedmiocie warunków i trybu występowania przez uczelnie niepubliczne o dotacje na wyżej wymienione zadania oraz sposobu kontroli ich wykorzystania. TK uznał uzależnienie prawa uczelni niepublicznych do pozyskania środków publicznych na działalność statutową od warunków ustalanych w rozporządzeniu, a więc akcie rangi podstawowej, za niezgodnie z art. 70 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁷.

Aby wyjaśnić motywację wskazanego rozstrzygnięcia oraz błędne działanie ustawodawcy w związku z implementacją sugerowanych przez TK rozwiązań, należy nie tylko cofnąć się do źródła wprowadzenia takich zapisów już na mocy prawa o szkolnictwie wyższym z 1990 r., ale także zapoznać się ze szczegółową motywacją sędziów TK. W czasie obowiązywania prawa o szkolnictwie wyższym z 1990 r. zostały wydane aż dwa rozporządzenia regulujące wskazaną materię: rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 4 kwietnia 2003 r.⁸ oraz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 26 sierpnia 2005 r.⁹, obydwa w sprawie warunków i trybu występowania uczelni niepaństwowej o dotacje z budżetu państwa. Zapisy te umożliwiały uczelniom niepublicznym ubieganie się o dotację państwową na kształcenie na studiach stacjonarnych, po spełnieniu konkretnych warunków. Wejście w życie nowego prawa o szkolnictwie wyższym z 2005 r. spowodowało konieczność wydania nowych aktów wykonawczych w przedmiotowym zakresie, zgodnie z delegacją nowej ustawy. Kolejne ekipy rządzące nie były

⁶ Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2013 r., K 16/13, Dz.U. z 2013 r., poz. 1588.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 493 ze sprost. i zm. (dalej: Konstytucja).

⁸ Dz.U. z 2003 r., nr 62, poz. 558.

⁹ Dz.U. z 2005 r., nr 166, poz. 1386.

jednak zainteresowane podejmowaniem tego tematu, gdyż nie służył on zbijaniu kapitału politycznego i w swej kontrowersyjności zmuszałby do podjęcia często trudnych i nieatrakcyjnych politycznie decyzji.

Z wnioskiem o zbadanie konstytucyjności zapisów prawa o szkolnictwie wyższym w zakresie udziału władz publicznych w finansowaniu uczelni niepublicznych oraz konieczności ustawowego określenia warunków tego finansowania wystąpił Rzecznik Praw Obywatelskich. W swojej skardze zarzucił on zapisowi art. 94 ust. 5 i 95 ust. 1 ustawy¹⁰, że pozostawienie do rozstrzygnięcia przez ministra w formie aktu rangi podstawowej (rozporządzenia) kluczowej kwestii, jaką jest możliwość przyznania lub nieprzyznania dotacji uczelniom niepublicznym, oznacza kreowanie ich praw podmiotowych aktem zbyt niskiej rangi. Rzecznik podkreślił konieczność tworzenia prawa w tym zakresie w zgodzie z art. 70 ust. 3 Konstytucji, który zastrzega, że warunki udziału władz publicznych w finansowaniu wyższych szkół niepublicznych stanowią materię zarezerwowaną wyłącznie dla ustawy. Do stanowiska Rzecznika przychylił się także Prokurator Generalny, który dopatrywał się uchybień w postępowaniu kolejnych ministrów obejmujących resort. Zarówno Rzecznik Praw Obywatelskich, jak i Prokurator Generalny podnieśli, że delegacja ustawowa obliguje ministra do wydania rozporządzenia w każdej sprawie z zakresu jego zadań, a co za tym idzie – uchylanie się od jego wydania jest bez względu na przyczynę działaniem *contra legem*. Nie do oceny ministra pozostaje bowiem słuszność wprowadzenia danego zapisu. Minister jako organ władzy wykonawczej obowiązany jest wykonywać to, co uchwalił ustawodawca, a w przypadku wątpliwości co do zgodności danych zapisów z prawem – uruchomić stosowne procedury. Z zaprezentowanymi stanowiskami nie zgodził się natomiast marszałek sejmu oraz z oczywistych pobudek minister nauki i szkolnictwa wyższego. Zdaniem marszałka prawdą jest, że kwestie aktów wykonawczych są wtórne wobec zapisów ustawowych. W jego opinii kryteria ubiegania się o dotacje budżetowe przez uczelnie niepubliczne stanowią co prawda materię ustawową, jednak art. 70 ust. 3 Konstytucji nie stanowi normatywnego źródła prawa podmiotowego szkół niepublicznych do występowania o pomoc państwa w takim zakresie. Marszałek nie wypowiedział się jednoznacznie co do niewydania przez ministra stosownych rozporządzeń, pozostawiając pole ministrowi. Minister nauki i szkolnictwa wyższego w swoim wystąpieniu podniósł, że delegacja ustawowa w brzmieniu określonym w art. 95 ust. 1 nie była możliwa do wykonania, co uzasadnia jego beczynność w przedmiotowej sprawie. Wydanie spornego rozporządzenia zdaniem ministra prowadziłoby do dwukrotnego uregulowania tych sa-

¹⁰ W brzmieniu ustalonym na mocy nowelizacji z 18 marca 2011 r.

mych kwestii i w konsekwencji mogłoby umożliwić podwójne finansowanie tych samych celów i zadań.

Przed wydaniem orzeczenia w przedmiotowej sprawie TK zasięgnął także opinii Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego, która z zgodnie z ustawowym umocowaniem jest organem wspomagającym w zakresie tworzenia prawa o szkolnictwie wyższym¹¹. W swojej opinii Rada podzieliła stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich oraz podkreśliła, że brak właściwego uregulowania kwestii finansowania uczelni niepublicznych stanowił nie tylko uchybienie, ale także wpłynął negatywnie na jakość prawa o szkolnictwie wyższym. Co więcej, jako najważniejszą kwestię Rada wskazała konieczność ustawowego uregulowania zasad ubiegania się o dotacje na działalność statutową uczelni niepublicznych związaną z kształceniem na studiach stacjonarnych, oceniając sam sposób ujęcia upoważnienia ustawowego jako rzecz drugorzędną. Konstytucja w art. 70 ust. 3 nakazuje władzom publicznym udział w finansowaniu szkolnictwa wyższego, nie przesądzając o poziomie tego finansowania i pozostawiając tą kwestię w gestii ustawodawcy.

W sprawie braku wydania stosownych rozporządzeń w przedmiotowej sprawie wypowiadały się także i inne podmioty, takie jak Polski Związek Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”, kwestia ta była też przedmiotem licznych interpelacji poselskich oraz wystąpień Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich przedstawianych w trakcie procesu legislacyjnego.

Na podstawie omawianego przykładu – przytoczonych stanowisk oraz powstałej patowej z punktu widzenia szkół niepublicznych sytuacji – należy zadać pytanie o sposób działania ustawodawcy, o przestrzeganie zasad procesu legislacyjnego i fachowość tworzonego prawa.

W tym zakresie wypowiedział się TK, zajmując stanowisko nie tylko odnośnie do zgodności zaskarżonego art. 94 ust. 5 z Konstytucją, ale także co do jakości prawa na gruncie rozwiązań systemowych art. 70 ust. 3 Konstytucji, który wprowadza zasadę wyłączności ustawowej formy regulującej zasady udziału państwa w finansowaniu działalności uczelni niepublicznych. Oznacza to, że zakres spraw oddanych w ramach materii ustawowej do decyzji suwerena musi być regulowany na gruncie aktów prawa tworzonych przez organy tego suwerena reprezentujące, czyli przez przedstawicieli wybranych w wyborach pięcioprzymiotnikowych, podlegających odpowiedzialności politycznej. Gwarantuje to bowiem zachowanie standardów właściwych dla prawidłowo przeprowadzonego procesu legislacyjnego. W ocenie TK konieczność zachowania formy aktu rangi ustawowej w podjętej kwestii stanowi funkcję służebną w stosunku do zasad: prawa do nauki, wolności wyboru

¹¹ Art. 45 prawa o szkolnictwie wyższym.

rodzaju szkoły i prawa do zakładania szkół niepublicznych, przysługujących obywatelom. Żaden akt rangi podstawowej nie gwarantuje przestrzegania wskazanych zasad, zwłaszcza akt wydawany przez organ jednoosobowy. Wprowadzona delegacja ustawowa osłabia podstawowe zasady gwarantujące stabilność i właściwą jakość systemu prawa. Co więcej, ustawodawca obowiązany jest podporządkować się postanowieniom Konstytucji w zakresie tworzonego prawa, a co za tym idzie – nie ma on możliwości wyboru, czy daną kwestię ureguluje w ustawie, czy też akcie wykonawczym, gdyż ta decyzja nie leży w jego kompetencjach, a jest mu z góry narzucona. Analizowany przez TK przypadek nie tylko pokazuje, że uprawnienie uczelni niepublicznych zawarte w Konstytucji nie zostało zrealizowane, a obowiązek umożliwienia wszystkim podmiotom ubiegania się o środki publiczne został pominięty zarówno przez ustawodawcę, jak i władzę wykonawczą, ale stanowi swoiste zwieńczenie działań ustawodawcy, które w konsekwencji przyczyniły się do obniżenia jakości prawa.

Opisywana kwestia nie jest sprawą marginalną, lecz dotyczy ogromnej grupy obywateli. W czasie trwania przedmiotowego sporu w Polsce do rejestru uczelni niepublicznych i związków uczelni niepublicznych prowadzonego przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego wpisanych było 328 szkół niepublicznych (w tym uczelnie zakładane przez związki wyznaniowe) na 460 uczelni wyższych w ogóle (publicznych i niepublicznych). Uczelnie niepubliczne kształciły w tym czasie 29% studentów w Polsce¹². W szkołach niepublicznych dotacje na działalność dydaktyczną stanowiły jedynie 6% przychodów, podczas gdy w uczelniach publicznych wartość ta wynosiła prawie 72%¹³. Wydawać by się mogło, że zgodnie z zapadłym wyrokiem TK, nakazującym zmianę prawa i ustawowe uregulowanie sposobu i zasad ubiegania się o środki publiczne na kształcenie na studiach stacjonarnych przez szkoły niepubliczne, zmiany powinny iść w kierunku umożliwienia szkołom niepublicznym ubiegania się o środki publiczne. Jednakże nowelizacją z 11 lipca 2014 r. art. 94 ust. 5 prawa o szkolnictwie wyższym został uchylony, a nie zmieniony. Działanie ustawodawcy w przedmiotowym zakresie było sprzeczne z sugestiami TK. Pomijając fakt, że tym zabiegiem szkołom wyższym niepublicznym została zamknięta, przynajmniej na tej podstawie, droga do otrzymania dotacji dydaktycznej na kształcenie – jakość i sposób implementacji zapadłego orzeczenia do systemu prawa pozostawia wiele do życzenia. Zdaje się, że ustawodawca, nie chcąc się borykać z kolejnymi kłopo-

¹² *Szkoły Wyższe i ich finanse w 2011 r.*, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa 2012, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/edukacja/edukacja/szkoły-wyższe-i-ich-finance-w-2011-r-,2,8.html?contrast=default> [dostęp: 5.06.2016].

¹³ *Ibidem*.

tami i wyzwaniami związanymi ze zmianą prawa (koniecznością zapewnienia odpowiedniej jego jakości, a następnie opracowania zasad i procedur występowania przez uczelnie niepubliczne o środki publiczne na kształcenie oraz ich przyznawania), wolał po prostu przepis uchylić. Należy uwzględnić fakt, że kwestia możliwości finansowania kształcenia w uczelniach niepublicznych została na gruncie Konstytucji pozostawiona do decyzji ustawodawcy, jednak sposób wycofania się z obowiązujących w poprzednich latach rozwiązań stoi w sprzeczności z powszechnie uznanymi kanonami sposobów zmiany prawa z punktu widzenia jego jakości. Oczywiście założeniem kształcenia w uczelniach niepublicznych jest jego odpłatność, odwrotnie niż w uczelniach publicznych, jednak proporcja, w jakiej dotowane są te podmioty, jest wyraźnie niekorzystna dla tych pierwszych. W normie art. 70 ust. 3 Konstytucji nie chodzi przecież o zrównanie poziomu finansowania szkół publicznych i niepublicznych, a jedynie umożliwienie podmiotom niepublicznym realizowania prawa do uzyskania jakiejś części środków potrzebnych na ich działalność z budżetu państwa, a dotowanie działalności podstawowej ma zmierzać do pełnej realizacji zasady równości¹⁴ i powszechnego dostępu do edukacji¹⁵.

Wskazany przykład pokazuje, w jaki sposób dość często niestety wprowadzane są zmiany w prawie, bez względu na to, czy wynikają one z orzeczeń TK czy też innych okoliczności. Ogromnym polem do nadużyć w tej kwestii są kompetencje nadzorcze organów państwa, ustanowione nad uczelniami. Brak dbałości o jakość prawa w tym zakresie, objawiający się wprowadzaniem kolejnych instytucji w oderwaniu od uwarunkowań i sposobu funkcjonowania uczelni ogólnie w systemie prawa administracyjnego, powoduje nie tylko chaos legislacyjny, ale także przysparza problemów w wykonywaniu źle skonstruowanego prawa.

Orzecznictwo TK w zakresie kompetencji nadzorczych organów państwa

Jakość prawa to także sposób kształtowania praw i obowiązków adresatów aktów prawa w odniesieniu do prawidłowości przypisanych im kompetencji. Najczęstszym problemem związanym ze wzajemnym kształtowaniem relacji prawnych pomiędzy adresatami norm prawnych jest prawidłowe określenie ich wzajemnego usytuowania na gruncie prawa. Ocena jakości wprowadzanych uregulowań możliwa jest dzięki nałożeniu na wprowadzone zapisy ustawowe siatki ogólnoustrojowych rozwiązań w badanym zakresie. Sposób

¹⁴ Art. 32 Konstytucji.

¹⁵ Art. 70 ust. 4 Konstytucji.

ten daje oczekiwane efekty zwłaszcza w odniesieniu do przyjętych na gruncie prawa o szkolnictwie wyższym uregulowań nadzorczych. W przypadku szkół wyższych nadzór należy rozpatrywać na zasadach ogólnych właściwych dla prawa administracyjnego – jako prawo sprawdzania działalności podmiotu nadzorowanego z możliwością władczego ingerowania w jego działalność. Może on dotyczyć zarówno podmiotów należących do systemu administracji publicznej, jak i tych niepublicznych, niepowiązanych zależnościami służbowymi i osobowymi z nadzorcą¹⁶. W zakres przedmiotowej definicji wpisują się także relacje łączące organy administracji z obywatelami, np. na gruncie nadzoru budowlanego, czy też relacje właściwe dla podmiotów niepublicznych wykonujących zadania publiczne. Pojęcie nadzoru używane jest także do określenia relacji wewnętrznych w administracji o charakterze ustrojowo-organizacyjnym, które występują w układach hierarchicznej zależności¹⁷.

Brak dbałości ustawodawcy o prawidłowość wprowadzania instytucji nadzoru do poszczególnych aktów prawnych i niejednolite stosowanie pojęcia nadzoru w stosunku do relacji łączących państwo z różnymi podmiotami¹⁸ powoduje wiele kłopotów interpretacyjnych. Na gruncie prawa o szkolnictwie wyższym można powiedzieć, że ustawodawca niekonsekwentnie buduje środki nadzoru w stosunku do uczelni. Ta niekonsekwencja, a nawet niefrasobliwość przejawia się nie tylko w odniesieniu do doktrynalnego ujęcia i usytuowania w systemie prawa pewnych pojęć, ale także w stosunku do ustroju nadzorowanych podmiotów. Największym problemem w odniesieniu do jakości tworzonych przepisów i ich spójności z innymi normami prawa w przypadku ustawy o szkolnictwie wyższym jest regulowanie w ramach tej samej ustawy kwestii dotyczących autonomii i niezależności funkcjonalnej i organizacyjnej szkół wyższych oraz suwerenności jej organów, przy jednoczesnym ustanowieniu kompetencji nadzorczych naruszających te prawa.

Przykładem takiego działania ustawodawcy są choćby przepisy dotyczące zbierania informacji o destynatariuszach świadczonych przez uczelnie usług edukacyjnych. Na podstawie art. 13b i art. 34a prawa o szkolnictwie wyższym i rozporządzeń wykonawczych wydanych do tych przepisów, uczelnie publiczne i niepubliczne obowiązane są przekazywać Ministrowi dane o wszystkich absolwentach i studentach pobierających naukę w danej uczelni.

¹⁶ P. Chmielnicki, *Zakłady administracyjne w Polsce. Ustrój wewnętrzny*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 137.

¹⁷ Idem, *Świadczenie usług przez samorząd terytorialny w Polsce. Zagadnienia ustrojowoprawne*, Wydawnictwo Municipium, Warszawa 2005, s. 296.

¹⁸ Współcześnie coraz częściej podkreślana jest rola nadzoru jako relacji pomiędzy państwem a podmiotami zewnętrznymi. Chodzi przede wszystkim o relację w ramach administracji zdecentralizowanej (państwo–samorządy) i relację państwo–obywatel (rozumiany jako osoby fizyczne i prawne, również te wykonujące zadania publiczne).

Z uwagi na uregulowania art. 51 ust. 2 Konstytucji, który zakazuje gromadzenia przez państwo informacji o obywatelach, jeżeli nie jest to konieczne i niezbędne dla demokratycznego państwa prawa, oceną konstytucyjności przedmiotowych zapisów zajął się TK. Na mocy dotychczasowego orzecznictwa Trybunału normy zawarte w art. 51 Konstytucji stanowiły element ochrony prawnej życia prywatnego, którego podstawowym czynnikiem jest prawo do autonomii informacyjnej jednostek¹⁹. Znaczy to, że każdy podmiot czy osoba posiada wyłączne prawo do decydowania o ujawnieniu informacji jej dotyczących oraz ich zakresie. Kompetencja ta jest zatem nierozzerwalnie związana z umożliwieniem takim podmiotom kontrolowania zakresu i sposobu przepływu danych osobowych ich dotyczących, a także wglądu w gromadzone na ich temat informacje. W przypadku przetwarzania i gromadzenia takich danych organy czy podmioty je pozyskujące obowiązane są uzyskać zgodę właścicieli danych nie tylko na ich ujawnienie, ale także przetwarzanie i gromadzenie. Niestosowanie się do tych wymogów przez jakikolwiek podmiot administrujący danymi nie może wynikać z takiego uznania państwa i dla swej konstytucyjności musi mieć znaczenie dla bezpieczeństwa tegoż państwa. Stanowisko TK odnosi się także do danych studentów gromadzonych przez organy nadzorcze nad uczelniami, a wkraczanie w sferę autonomii jednostek na podstawie przyznanych ustawowo kompetencji nadzorczych nie stanowi przesłanki uzasadniającej ograniczenie konstytucyjnych gwarancji prawa do prywatności przez gromadzenie przez państwo takiej ilości danych o obywatelach. Upoważnienie Ministra właściwego ds. nauki i szkolnictwa wyższego na podstawie przepisów ustawy do gromadzenia danych o studentach i absolwentach w ustanowionym zakresie nastąpiło bez uwzględnienia przyjętej linii orzecniczej TK i przede wszystkim zostało zaprojektowane z pominięciem obowiązujących zasad prawa.

Wraz z wejściem w życie nowelizacji prawa o szkolnictwie wyższym z dnia 18 marca 2011 r. oraz przepisów wykonawczych do ustawy²⁰, uczelnie zobowiązane zostały do przekazywania informacji o swoich studentach władzy publicznej. Bez wyraźnego uzasadnienia państwo zdecydowało się na gromadzenie ogromnej ilości danych o obywatelach. Nadmienić w tym miejscu należy, że w chwili wejścia w życie przedmiotowego obowiązku wprowadzono także

¹⁹ Wyrok TK z dnia 19 lutego 2002 r., U 3/01, OTK-A 2002, nr 1, poz. 3; wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2000 r., K 15/98, OTK 2000, nr 3, poz. 86; wyrok TK z dnia 6 grudnia 2005 r., SK 7/05, OTK-A 2005, nr 11, poz. 129; wyrok TK z dnia 24 czerwca 1997 r., K 21/96, OTK 1997, nr 2, poz. 23.

²⁰ Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 22 września 2011 r. w sprawie danych zamieszczanych w ogólnopolskim wykazie studentów, Dz.U. z 2011 r., nr 201, poz. 1201.

nieobowiązujące już obecnie uregulowania dotyczące pobierania opłat za studia stacjonarne w uczelniach publicznych, odbywane na drugim i kolejnych kierunkach studiów. Z tego względu nałożenie na szkoły wyższe publiczne obowiązku przekazywania informacji dotyczących studentów studiujących na więcej niż jednym kierunku studiów w adekwatnym zakresie oraz nałożenie na wszystkie typy uczelni obowiązku przekazywania do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego informacji o studentach, którzy pobierają świadczenia pomocy materialnej, studiują nieodpłatnie, czy korzystają z innego rodzaju pomocy publicznej za pośrednictwem uczelni, przy odpowiednim obwarowaniu ustawowym wydaje się rzeczą uzasadnioną. W tym zakresie ogólnopolski wykaz studentów jako narzędzie niezbędne do sprawowania bieżącego monitoringu uprawnień do bezpłatnego kształcenia na uczelniach publicznych oraz do zachowania przejrzystości systemu przyznawania pomocy materialnej w uczelniach publicznych i niepublicznych nie przekraczałby zapisów art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ustawodawca poszedł jednak znacznie dalej i ustanowił kompetencje nadzorcze ministra w tym zakresie, odrywając je nie tylko od celu, jakiemu mają służyć, ale także od ogólnych zasad właściwych dla nadzoru nad podmiotami zewnętrznymi względem administracji publicznej. Uczelnie (zarówno publiczne, jak i niepubliczne) zostały zobowiązane do przekazywania do systemu POL-on danych dotyczących wszystkich studentów, a nie tylko tych, którzy pobierają świadczenia pomocy materialnej lub korzystają z finansowanych przez państwo studiów. Zgodnie z normą art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Na tej podstawie powstaje zasadnicze pytanie, jakimi ważnymi względami lub koniecznością ochrony przed jakimi zagrożeniami bezpieczeństwa i porządku publicznego kierował się ustawodawca, upoważniając ministra do gromadzenia i przetwarzania tak szerokiego zakresu danych o tak ogromnej liczbie obywateli. Jednocześnie nasuwa się także pytanie o możliwość kreowania takich kompetencji nadzorczych ministra w odniesieniu do studentów uczelni niepublicznych (którzy płacą za kształcenie i nie pobierają świadczeń pomocy materialnej) oraz do osób studiujących zaocznie w uczelniach publicznych. Tożsame wątpliwości dotyczą danych na temat absolwentów szkół wyższych, które w założeniu mają pomóc w śledzeniu kariery zawodowej studentów i dzięki temu umożliwić dostosowanie prowadzonego w uczelniach kształce-

nia do potrzeb rynku pracy. Czy jednak do tego celu każdy absolwent musi być znany ministrowi z imienia i nazwiska, a także innych danych, jak np. nr PESEL? Obecne przepisy zobowiązują uczelnie publiczne i niepubliczne do przekazywania powyższych danych w takim samym zakresie, a co za tym idzie w systemie informatycznym kontrolowanym przez ministra znajdują się dane osób wymienionych z imienia i nazwiska, opłacających czesne i niekorzystających z pomocy publicznej.

Przyznać należy, że w swych założeniach cele wprowadzanych uregulowań dotyczących kontrolowania zakresu finansowania działalności szkół wyższych czy przyznawania studentom pomocy materialnej były niewątpliwie użyteczne, jednakże sposób pozyskiwania danych o studentach i absolwentach oraz przekazywania ich przez uczelnie pozostawia wiele kwestii nierozstrzygniętych, zwłaszcza w odniesieniu do zakresów norm art. 51 ust. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Celem tak ukształtowanych obwarowań działania ustawodawcy jest zabezpieczenie praw obywateli przed zbyt pochopnym i nieuzasadnionym ich ograniczaniem przez ustawodawcę, który przedmiotowe granice władny jest wytyczać. Mimo że ustawodawca posiada kompetencje do określania praw obywateli przez stanowienie ustaw, ich miejsce w hierarchii aktów prawnych jest jasno określone i znajduje się w relacji podrzędnej do Konstytucji. Tym bardziej władza wykonawcza nie została upoważniona do ingerowania w takie kwestie. Czynnikiem umożliwiającym wprowadzenie ograniczeń wolności i praw i pozyskiwanie przez państwo danych o obywatelach mógłby być częściowo brak dostępnych innych skutecznych środków realizujących podobny cel w odniesieniu do bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia i moralności publicznej, a także praw i wolności innych osób²¹. Pierwsza przesłanka określana jest mianem wymogu proceduralnego lub formalnego jako zasada wyłączności ustrojowej. Pozostałe przesłanki stanowią zakres merytoryczny wprowadzanych ograniczeń²². Ich zaistnienie jednakże musi wynikać z rzeczywistej potrzeby dokonania w danych okolicznościach ingerencji w zakres prawa lub wolności obywateli, podyktowanej koniecznością osiągnięcia w ten sposób ważnego celu państwowego. Ograniczenie to jest niezbędne, ponieważ posłużenie się innymi środkami nie doprowadzi do osiągnięcia zamierzonego

²¹ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK 1999, nr 1, poz. 2; wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r., K 33/02, OTK-A 2002, nr 7, poz. 97; wyrok TK z dnia 25 maja 1999 r., SK 9/98, OTK 1999, nr 4, poz. 78; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008, s. 115.

²² J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 392; wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3, LEX.

efektu, oraz jest proporcjonalne, to znaczy jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawa i wolności zostaną ograniczone, i jednocześnie pozostaje w racjonalnej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie²³. Przesłanki te ujmuje się w trzy kluczowe zasady, na gruncie których konieczne jest porównanie założonych celów i korzyści płynących z ich osiągnięcia z możliwymi szkodami, które mogą powstać w skutek wprowadzenia ograniczeń. Przesłanka ta nakazuje zachowanie odpowiedniej relacji i proporcji między ograniczeniem danej wolności lub prawa konstytucyjnego a zamierzonym celem regulacji prawnej oraz wybór środków najmniej uciążliwych i dolegliwych²⁴. Mając powyższe na uwadze, trudno jest wskazać cel przyświecający ustawodawcy, zwłaszcza w zakresie oddelegowania części uregulowań dotyczących przetwarzania danych do kompetencji ministra, a więc organu władzy wykonawczej, na gruncie prawa rangi podstawowej.

Wątpliwości o podobnej naturze podnosił nieraz TK w swoim orzecznictwie. W trakcie procesu legislacyjnego argumenty te zostały także podniesione w trakcie uzgodnień międzyresortowych oraz w apelach uczelni. Co do wprowadzonego sposobu i zakresu pozyskiwanych danych negatywną opinię wydał m.in. Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych. W stanowisku przedstawionym przez Szefa ABW poważne obawy wzbudziło zobowiązanie uczelni do przekazywania danych o absolwentach i studentach (imienia, nazwiska czy nr PESEL) nie tylko właściwemu ministrowi, ale także do ZUS. W ocenie Szefa ABW rozwiązanie to jest dyskusyjne z punktu widzenia ochrony i bezpieczeństwa takich danych. W swych wnioskach końcowych zalecił on daleko idące doprecyzowanie tych kwestii²⁵. Kolejnym zagadnieniem podnoszonym przez wskazane resorty była zgodność projektowanych uregulowań z zasadami stosowania ustawy o informatyzacji działań podmiotów wykonujących zadania publiczne, z uwagi na odmienności ustrojowe szkół publicznych i niepublicznych, również w perspektywie konieczności sfinansowania przez wszystkie szkoły działań związanych z informatyzacją.

Mając na uwadze bezpieczeństwo danych obywateli oraz jakość projektowanych rozwiązań swoje ogromne wątpliwości w przedmiotowym zakresie

²³ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK 1999, nr 1, poz. 2, LEX.

²⁴ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 682; J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 256.

²⁵ Pismo Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia 14 sierpnia 2013 r., przekazane w ramach uzgodnień międzyresortowych, zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 10 grudnia 2013 r., K 16/13, Dz.U. z 2013 r., poz. 1588, LEX. Sugestie zawarte w piśmie nie znalazły odzwierciedlenia w zmianach projektowanych na gruncie prawa o szkolnictwie wyższym.

zgłosił także Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych. W przekazanym w ramach uzgodnień piśmie z dnia 9 sierpnia 2013 r. stwierdził, że „w demokratycznym państwie prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, dla uznania legalności wprowadzonych rozwiązań ingerujących w sferę prywatności jednostki, które w znacznej mierze dotyczą przetwarzania danych osobowych, nie wystarczy ich ustawowy charakter”²⁶, podkreślając nadrzędność konstytucyjnej zasady wyrażonej w art. 51 ust. 2 Konstytucji. Stanowisko Inspektora zostało nie tylko oparte na zasadach praworządności i dbałości o jakość prawa, ale przede wszystkim sformułowane zgodnie z wyrokiem TK z 2002 r.²⁷. Trybunał wskazał w przywołanym orzeczeniu, że „żądanie niekoniecznych, acz wygodnych dla władzy informacji o jednostkach nie może uzasadnić ich pozyskiwania i jest sprzeczne ze wskazanym przepisem Konstytucji”. TK w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślał, że nie wystarczy, aby zastosowane przez ustawodawcę środki jedynie sprzyjały założonym przez państwo celom lub też ułatwiały ich osiągnięcie, lub też „były wygodne” dla władzy. Ograniczenia muszą być uzasadnione koniecznością ich dokonania, a ich celowość jest niewystarczającą przesłanką²⁸. Z uwagi na przytoczone argumenty uczestników procesu legislacyjnego, a także stanowisko TK upoważnienie nadzorcze przyznane ministrowi powinno zostać ocenione jako zbyt daleko idące i rzutujące negatywnie na jakość ustanowionego prawa.

Analiza zapisów prawa o szkolnictwie wyższym, a także procesu legislacyjnego wprowadzanych zmian pokazuje, że działania ustawodawcy wpływające na pogarszanie jakości prawa wynikać mogą nie tylko z błędnej interpretacji i niewłaściwego wprowadzania do systemu prawnego zaleceń TK zapadłych w konkretnych sprawach (nakazujących zmianę konkretnych przepisów), ale również z nieprzestrzegania już wyinterpretowanych i utrwalonych w orzecznictwie TK i porządku prawnym zasad. W tym przypadku mamy do czynienia z niewłaściwym przypisywaniem poszczególnym organom kompetencji i niewłaściwym projektowaniem prawa wkraczającego w wolności jednostek.

²⁶ Pismo Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 9 sierpnia 2013 r., DOLiS-033-318/13/AFS/50994, zob. uzasadnienie wyroku TK z dnia 10 grudnia 2013 r., K 16/13, Dz.U. z 2013 r., poz. 1588, LEX.

²⁷ Wyrok TK z dnia 20 listopada 2002 r., K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83, zob. *Synteza informacji o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2002 r.*, opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2003, www.trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/synteza1.pdf [dostęp: 6.06.2016].

²⁸ Wyrok TK z dnia 20 listopada 2002 r., K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83; wyrok TK z dnia 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64; E. Łętowska, *Ochrona praw jednostki w polskiej Konstytucji z 1997 r.*, „Szkoła Praw Człowieka. Teksty Wykładów” 1998, z. 2, s. 17.

Zapisy dotyczące nadzoru i kontroli nad szkołami wyższymi niestety nie należą do najlepiej skonstruowanych w punktu widzenia zasad i jakości prawa.

Przykładem takiego bloku norm prawnych mogą być także przepisy upoważniające ministra właściwego ds. nauki i szkolnictwa wyższego do ingerencji w wewnętrzne sprawy uczelni w sposób przekraczający unormowania o nadzorze i kontroli w prawie administracyjnym w relacji do podmiotów usytuowanych na zewnątrz względem administracji publicznej. Z uwagi na wykonywanie zadania publicznego, jakim jest szkolnictwo wyższe, przez podmioty niebędące częścią administracji publicznej, środki prawne nadzoru i kontroli powinny zostać dobrane przez ustawodawcę zgodnie z charakterem tej relacji i nie powinny ewoluować w stronę środków właściwych dla funkcji kierownictwa. Mimo bogatego orzecznictwa TK²⁹ w tym zakresie, wydane go odnośnie do dostosowania zasady decentralizacji i zasady pomocniczości przy wykonywaniu zadań publicznych przez podmioty zewnętrzne względem administracji centralnej, w tym przez samorząd terytorialny, szkoły wyższe z punktu widzenia ustanowionych przepisów o nadzorze w wielu przypadkach zostały potraktowane przez ustawodawcę jako podmioty zależne.

Minister właściwy ds. nauki i szkolnictwa wyższego został wyposażony w kompetencję, która umożliwia mu wystąpienie do senatu uczelni z wnioskiem o odwołanie rektora uczelni publicznej lub niepublicznej w przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów prawa lub statutu³⁰. Ustawodawca, projektując takie zapisy, nie sformułował definicji pojęć „istotnego naruszenia” i „rażącego naruszenia” prawa. Tymczasem ich brak jest kluczowy z punktu widzenia ochrony praw szkół wyższych wszystkich typów, gdyż zakwalifikowanie działania ich organu jako rażącego lub istotnego naruszenia prawa przez nadzorcę może prowadzić w konsekwencji nawet do likwidacji uczelni. Ustawodawca nie wyjaśnił także, czy jako istotne lub rażące naruszenie można zakwalifikować te same czyny. Użycie przez ustawodawcę przedmiotowych pojęć w jednym przepisie i przypisanie ich odmiennych nieco konsekwencji prawnych skłaniałoby do wniosku, że są to różne czyny, jednakże interpretacja pozostałych przepisów o nadzorze sugeruje, że chodzi o czyny tożsame. Jak widać, niekonsekwencja ustawodawcy przy stosowaniu odpowiedniej termi-

²⁹ Np. wyrok TK z dnia 18 lutego 2003 r., K 24/02, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=2&dokument=236&sprawa=2587> [dostęp: 6.06.2016]; uchwała TK z dnia 27 września 1994 r., W 10/93, Dz.U. z 1994 r., nr 113, poz. 550; wyrok TK z dnia 10 grudnia 2013 r., K 16/13, Dz.U. z 2013 r., poz. 1588; wyrok TK z dnia 25 lipca 2013 r., SK 61/12, Dz.U. z 2013 r., poz. 1005, LEX; wyrok TK z dnia 16 listopada 1999 r., SK 11/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 158, LEX; wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 143, LEX; wyrok TK z dnia 31 marca 2009 r., SK 19/08, OTK ZU 2009, nr 3A, poz. 29, LEX; wyrok TK z dnia 25 lipca 2013 r., SK 61/12, Dz.U. z 2013 r., poz. 1005, LEX.

³⁰ Art. 38 prawa o szkolnictwie wyższym.

nologii na gruncie stanowionego prawa przekłada się wprost na jego jakość, powodując nie tylko chaos terminologiczny, ale i pociągając za sobą poważne konsekwencje. Są one tym poważniejsze, że skutkują nadaniem ministrowi kompetencji o charakterze kierowniczym, a nie nadzorczym, gdyż upoważniony on został do zawieszenia rektora w pełnieniu przez niego funkcji do czasu rozpatrzenia przez organy uczelni wniosku o jego odwołanie³¹. Co więcej, minister może odwołać rektora w przypadku dopuszczenia się przez niego rażącego naruszenia prawa bez zasięgnięcia opinii organów szkoły wyższej czy też organów doradczych, takich jak Rada Główna Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz odpowiednio Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich lub Konferencja Rektorów Zawodowych Szkół Polskich³². Przedmiotowe uprawnienie jest samodzielną kompetencją ministra opartą na jego swobodnym uznaniu, czy czyni wypełniając znamiona rażącego naruszenia prawa, czy też nie. Stanowi ono przejaw możliwości głębokiej ingerencji w sprawy wewnętrzne podmiotu niepowiązanego z ministrem – ingerencji właściwej funkcji kierownictwa, wynikającej z zależności osobowej w odniesieniu do hierarchicznych uwarunkowań strukturalnych w administracji, a nie dla relacji z podmiotem niezależnym. Przedmiotowe uprawnienie jest właściwe raczej dla relacji założycielskich w szkołach niepublicznych. Jest to sprzeczne nie tylko z zakresem funkcji nadzoru na gruncie prawa administracyjnego, ale także z utrwalonym orzecznictwem TK, z którego ustawodawca nie korzysta.

Powstaje w ten sposób niespójny system prawa. Naruszona zostaje bowiem zasada autonomii szkół wyższych opisana w Konstytucji³³. W opinii doktryny i przywołanego orzecznictwa TK przyznanie podmiotowi autonomii oznacza bowiem, że jest on uprawniony do samodzielnego decydowania o sposobie i kierunkach swojego działania (tzn. „sam się rządzi”³⁴). Autonomia szkół wyższych sprowadza się zatem do stanowienia „rozległych reguł statutowych o charakterze samorządowym”³⁵, które zostały zapisane w Konstytucji pod gwarancją tejsze zasady oraz zasady wolności nauki i nauczania. Stanowią one zatem nie tylko uprawnienie szkół wyższych do samodzielności i niezależności, ale także ustanawiają obowiązek po stronie państwa do ich przestrzegania i ochrony. Co więcej, z punktu widzenia charakteru osobowych środków

³¹ Art. 38 ust. 3 prawa o szkolnictwie wyższym.

³² Art. 38 ust. 5 prawa o szkolnictwie wyższym.

³³ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Liber, Warszawa 2000, s. 40.

³⁴ H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 26.

³⁵ D. Antonowicz, *Uniwersytet przyszłości. Wyzwania i modele polityki*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2005, s. 40.

nadzoru ministra niejasny jest zakres odpowiedzialności rektora za naruszenie prawa. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 37a ust. 2 prawa o szkolnictwie wyższym, nie wiadomo, o jakiego typu odpowiedzialność chodzi (cywilną? dyscyplinarną? karną? administracyjną?). W polskim systemie prawnym nie można bowiem wyróżnić generalnej instytucji odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych, a ustawodawca, wprowadzając odpowiedzialność określonych organów za złamanie prawa, musi wyraźnie określić, o jaką odpowiedzialność chodzi³⁶. Czy wprowadzając przedmiotowe przepisy, ustawodawca zamierzał uznać rektora za funkcjonariusza publicznego? Nie wiadomo. Przedmiotowe ukształtowanie prawa narusza konstytucyjną zasadę dostatecznej określoności i świadczy nie tylko o niekonsekwencji ustawodawcy, ale także o niedotrzymywaniu przez niego konstytucyjnych standardów stanowienia prawa.

Podsumowanie

Jakość zmian w prawie o szkolnictwie wyższym, a także analiza dotychczasowego działania ustawodawcy i wyciągnięcie wniosków na przyszłość to kwestie istotne i przede wszystkim aktualne, biorąc pod uwagę stan prawny na dzień wejścia w życie „Ustawy 2.0”. W związku z działaniami ustawodawcy dotyczącymi kolejnej reformy szkolnictwa wyższego, zapowiadanej jako gruntowna zmiana całego systemu, pojawia się możliwość stworzenia nowoczesnego i kompatybilnego z oczekiwaniami rynku sposobu kształcenia na poziomie wyższym – która może zostać wykorzystana lub zmarnowana. Wynik zależeć będzie w mojej ocenie w dużej mierze od tego, czy ustawodawca wyciągnie wnioski z dotychczasowych uchybień i poprawi to, co jest do poprawy, a zostawi to, co się sprawdziło, czy w typowy dla siebie sposób stworzy prawo w wielu miejscach niewspółpracujące z innymi aktami i zasadami prawa oraz Konstytucją. Czy jego działania będą prowadzone w odezwaniu od ogólnych zasad i instytucji funkcjonujących na gruncie prawa administracyjnego? Czy uwzględni fatyczny status prawny szkół wyższych jako podmiotów zewnętrznych względem administracji publicznej i umożliwi ich prawidłowe funkcjonowanie na rynku usług edukacyjnych? Pytań jest o wiele więcej, a odpowiedzi niestety jeszcze nie są znane. Jeśli ustawodawca wsłucha się w głos doktryny i orzecznictwa – zwłaszcza orzecznictwa TK – jest szansa na poprawę.

³⁶ W. Wróbel, Opinia opracowana do przedłożenia rządowego na zlecenie Biura Analiz Sejmowych Sejmu RP, VI kadencja Sejmu, z dnia 8 grudnia 2010 r. w sprawie rządowego projektu ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3391, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3391> [dostęp: 6.06.2016].

Istotne jest zatem nieustanne zawracanie uwagi na konieczność inkorporowania orzeczeń TK zgodnie z ich uzasadnieniami, tworzenie prawa spójnego i adekwatnego do wprowadzanych instytucji. Niezbędne jest także uwzględnienie przez ustawodawcę aktualnych stanów faktycznych, gdyż nowelizowane prawo bez względu na jego jakość nie funkcjonuje w próżni.

Abstract

The quality of changes to the law on higher education and the jurisprudence of the Constitutional Tribunal

On the basis of the Polish law about higher education, which was in force until the introduction of the present law about higher education and science, we can clearly see the tendencies and habits of the legislator in terms of the manner and quality of law-making. This publication is a kind of introduction to the analysis of new regulations, because without reference to what was, the regulations introduced in the new “Act 2.0” may seem only unconstitutional.

This is alarming because by comparing the way changes are made in the previous legal and current state, it is clear that the legislator does not aim to create law in accordance with applicable standards, and also does not learn from mistakes. Constant changes in the law about higher education affecting the status of these entities and the way they operate under public law have not contributed to the wider opening of the discussions on the status of higher education institutions, as public administration entities, nor the quality of the created law. Since the adoption of the current law on higher education from 2018, the previous law has been changed over 30 times.

The aim of the article is to indicate the mechanisms of the legislator's actions, which, contrary to the legislative technique and suggestions of the Constitutional Tribunal (*Trybunał Konstytucyjny*, TK), changed the law in the previous legal state, which directly affects the current regulations. The legislative chaos, introducing and removing law institutions and solutions in isolation from their functioning under administrative law and the sense of justification of the Constitutional Tribunal, lack of stability and consistency in adopting new solutions, adversely affects not only the condition of science and higher education, but also difficulties in revision of current views of doctrine and case law on this subject.

Key words: universities, changes in law about higher education, the Polish Accreditation Committee (PKA) qualifications, supervisory competences, external relations, Constitutional Tribunal

Streszczenie

Jakość zmian prawa o szkolnictwie wyższym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Na gruncie polskiego prawa o szkolnictwie wyższym (Ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2011 r., nr 84, poz. 455; Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2014 r., poz. 1198.), które obowiązywało do czasu wprowadzenia obecnej ustawy o szkolnictwie wyższym i nauce (Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz.U. z 2018 r. poz. 1668) wyraźnie widać tendencje i przyzwyczajenia ustawodawcy w zakresie sposobu i jakości tworzenia prawa. Artykuł stanowi swoisty wstęp do analizy nowych przepisów – bez odniesienia się do poprzedniego stanu prawnego regulacje wprowadzone w nowej ustawie (zwanej „Ustawą 2.0”) mogą wydawać się jedynie niekonstytucyjne.

Jest to tym bardziej alarmujące, że zestawienie sposobu wprowadzania zmian w poprzednim stanie prawnym i obecnym jednoznacznie pokazuje, że ustawodawca nie ma na celu tworzenia prawa zgodnie z obowiązującymi standardami, a także w ogóle nie uczy się na swoich błędach. Ciągłe zmiany prawa o szkolnictwie wyższym, wpływające na status tych podmiotów i sposób ich funkcjonowania na gruncie prawa publicznego, nie przyczyniły się do otwarcia na szerszą skalę dyskusji na temat statusu szkół wyższych jako podmiotów administracji publicznej ani o jakości tworzonego prawa. Do chwili uchwalenia obecnie obowiązującej ustawy o szkolnictwie wyższym, poprzednia była nowelizowana ponad 30 razy.

Celem opracowania jest wskazanie mechanizmów działania ustawodawcy, który w sposób niezgodny z techniką legislacyjną i sugestiami Trybunału Konstytucyjnego dokonywał zmian w prawie w poprzednim stanie prawnym, co rzutuje bezpośrednio na obecnie obowiązujące przepisy. Powstały chaos legislacyjny, wprowadzanie i usuwanie instytucji i rozwiązań prawnych w oderwaniu od ich funkcjonowania na gruncie prawa administracyjnego i sensu uzasadnień TK, brak stabilności i konsekwencji w przyjmowaniu nowych rozwiązań, wpływają niekorzystnie nie tylko na kondycję nauki i szkolnictwa wyższego, ale i na trudności w rewizji dotychczasowych poglądów doktryny i orzecznictwa na ten temat.

Słowa kluczowe: szkoły wyższe, zmiany w prawie o szkolnictwie wyższym, uprawnienia Polskiej Komisji Akredytacyjnej (PKA), kompetencje nadzorcze, relacje zewnętrzne, Trybunał Konstytucyjny

Karol Flisek

doktorant, Katedra Prawa Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Jagielloński w Krakowie; aplikant w Krakowskiej Izbie Adwokackiej

Główne modele orzecznictwa sądów administracyjnych¹

Wprowadzenie

Sądy administracyjne na całym świecie powinny pełnić funkcję hamulca władzy administracyjnej i strażnika legalności jej działań. Nie oznacza to jednak, że wszędzie działają one na identycznych zasadach czy też że zakres ich ingerencji jest jednakowy w każdym przypadku. W toku rozwoju instytucji sądownictwa administracyjnego ukształtowały się dwa skrajne systemy: kasatoryjny (nazywany też w doktrynie weryfikacyjnym) oraz reformatoryjny (określany też jako merytoryczny). Na temat ich mocnych i słabych stron, jak i w kwestii dopuszczalności modelu merytorycznego w doktrynie od dawna już toczy się żywa dyskusja. Wydaje się jednak, że celowe jest wyraźne odróżnienie obu modeli oraz wskazanie ich istoty – co zostało obrane za cel niniejszego opracowania. Zabieg ten może mieć bowiem niebagatelne znaczenie z punktu widzenia wskazanego wyżej sporu doktrynalnego. W dalszej części artykułu zwrócono uwagę również na dwie nowocześniejsze konstrukcje prawne, które oscylują na granicy obu systemów, tj. „pętlę administracyjną” oraz nakaz sądowy. Na koniec prowadzone są rozważania na temat przyszłości sądownictwa administracyjnego i jego kompetencji orzeczniczych.

Należy zwrócić uwagę, że omawiane systemy zostały przedstawione w ujęciu modelowym, a we współczesnych porządkach prawnych „czyste” modele po prostu nie występują lub przestają występować, ze względu na to, że sądu

¹ Niniejszy artykuł jest fragmentem pracy magisterskiej autora, obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie w dniu 28.06.2017 r.

w systemie reformatoryjnym nie można pozbawić możliwości orzekania kasacyjnego, zaś w systemie weryfikacyjnym coraz częściej pojawia się konieczność wyposażenia sądu w (choćby niewielkie) kompetencje merytoryczne.

Model kasatoryjny (weryfikacyjny)

W polskim systemie dominuje obecnie model kasacyjny. Według jego założeń sąd administracyjny sprowadzony jest do roli „ust ustawy”, jednostka zaś chroniona jest w sposób bierny². W ramach swoich kompetencji orzeczniczych sąd może jedynie uchylić zaskarżony akt lub ewentualnie stwierdzić jego nieważność (gdy zajądą wymagane prawem przesłanki), tj. wyeliminować go z obrotu prawnego, lub stwierdzić jego wydanie z naruszeniem prawa. W związku z tym w systemie kasacyjnym sąd administracyjny wpływa bezpośrednio tylko i wyłącznie na zaskarżony do niego akt³, lecz nie rozstrzyga sprawy administracyjnej w sposób merytoryczny. Do tego ostatniego w dalszym ciągu uprawniony i zobowiązany jest jedynie organ administracji publicznej. W uproszczeniu zatem można powiedzieć, że zakres zainteresowania sądu nie wychodzi poza badany akt (w uproszczeniu bowiem sąd administracyjny może ingerować w każdy akt wydany w granicy danej sprawy administracyjnej – nie tylko bezpośredni przedmiot zaskarżenia – art. 135 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴).

W modelu kasacyjnym, wykształconym w XIX-wiecznej monarchii habsburskiej, sąd administracyjny rozstrzyga spór co do istnienia i treści stosunku administracyjnoprawnego⁵. Jakkolwiek o „sporze” w postępowaniu sądowoadministracyjnym należy raczej mówić w kategoriach umownych⁶ – trzeba stwierdzić, że sąd administracyjny orzekający kasacyjnie, prowadząc hipotetyczną subsumcję⁷, nie ma na celu konkretyzacji normy

² *Metodyka pracy w sądach administracyjnych*, red. R. Hauser, J. Drachal, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 25 i 29.

³ Celem pośrednim zaskarżenia aktu w tym modelu jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej zgodnie z prawem. Tak: T. Woś, [w:] *Postępowanie sądowoadministracyjne*, red. T. Woś, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 58. W doktrynie określa się też cel pośredni nieco inaczej, np. jako ochronę przyjętego katalogu wartości. Tak: J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 6, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 458.

⁴ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1369 ze zm. (dalej: p.p.s.a.).

⁵ *Metodyka pracy w sądach...*, s. 25.

⁶ J. Zimmermann, *Z podstawowych zagadnień sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, red. J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński, Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2005, s. 494.

⁷ J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 247.

prawnej, lecz jedynie kontrolę takiej konkretyzacji przeprowadzonej przez organ administracji publicznej⁸. Imperatywna aktywność sądu ogranicza się zatem do sformułowania zwrotu stosunkowego⁹, tj. stwierdzenia, czy przedmiot skargi jest lub nie jest zgodny z prawem, oraz podjęcia rozstrzygnięcia o jego losie prawnym. Wykładnia prawa przeprowadzona przez sąd administracyjny jest przy tym prawnie wiążąca dla organu administracyjnego. Takie ograniczenie kompetencji sądu jedynie do pozostawiania aktu w obrocie prawnym lub jego z niego eliminacji może prowadzić do swobodnego impasu prawnego, polegającego na tym, że sprawa kilka razy wraca do sądu administracyjnego i ostatecznie nie zostaje rozstrzygnięta w sposób właściwy¹⁰. Sytuacja taka, m.in. w doktrynie brytyjskiej czy holenderskiej, nazywana jest efektem jo-jo¹¹, ze względu na swoistą cykliczność w krążeniu sprawy pomiędzy organem administracji a sądem administracyjnym. Jest to element, który zarzuca się systemowi kasacyjnemu najczęściej, m.in. na gruncie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP¹², który statuuje prawo do sądu, tj. rozpatrzenia sprawy w sposób sprawiedliwy i jawny, a przede wszystkim skuteczny, bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Krążenie sprawy między sądem a organem administracji prowadzi do stanu sprzecznego z przywołanym artykułem ustawy zasadniczej (tj. prowadzi do braku skuteczności środka prawnego).

Obecnie w europejskich systemach prawnych obserwuje się odejście od czystych modeli kasacyjnych na rzecz wyposażenia sądu w kompetencje orzecznicze typu merytorycznego. System kasacyjny coraz częściej postrzegany jest jako zbyt sformalizowany, sztywny i nieprzystający do współczesnych realiów¹³. Jako związany z nurtem pozytywizmu prawniczego, jest przy tym

⁸ *Metodyka pracy w sądach...*, s. 26.

⁹ T. Woś, *op. cit.*, s. 266.

¹⁰ P. Daniel, F. Geburczyk, *Merytoryczne orzekanie i kształtowanie aktów organów administracji przez sądy administracyjne – uwagi prawoporównawcze*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016, nr 1 (64), s. 55.

¹¹ S. Jansen, *Towards an Adjustment of the Trias Politica: the Administrative Courts as (Procedural) Lawmaker; a Study of the Influence of the European Human Rights Convention and the Case Law by the European Court of Human Rights on the Trias Politica, in particular the Position of Dutch Administrative Courts in relation to the Administration*, [w:] *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, red. F. Stroink, E. van den Linden, Intersentia, Antwerpen–Oxford 2005, s. 54, za: Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne a prawo europejskie*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 109.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

¹³ Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne...*, s. 29; idem, *O merytorycznym orzekaniu przez sądy administracyjne raz jeszcze*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2015, nr 4, s. 18.

uznawany za przestarzały¹⁴. Utrzymanie jego pierwotnego, XIX-wiecznego kształtu w Europie wydaje się niemożliwe¹⁵, ze względu na kompletnie inny charakter administracji w dzisiejszych czasach. Podnosi się, że we współczesnych realiach prawnych Polski i Europy – jeżeli kontrola sprawowana przez sądy administracyjne ma być efektywna – to oprócz kompetencji weryfikacyjnych oraz nakazowych (patrz omawiany niżej *injunction*) konieczne jest przyznanie im dodatkowych możliwości orzeczniczych (merytorycznych)¹⁶.

Model reformatoryjny (merytoryczny)

Inną funkcję sąd administracyjny pełni w modelu merytorycznym, którego mniejsze lub większe elementy coraz częściej pojawiają się w europejskich systemach prawnych. Jego istotą jest to, że sąd administracyjny (zamiast organu administracji) kończy definitywnie postępowanie administracyjne poprzez wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego – i tym samym załatwienie sprawy administracyjnej. Po wydaniu takiego orzeczenia organ administracji publicznej nie musi, a wręcz nie może realizować swojej kompetencji przez wydanie aktu administracyjnego. Ten fakt budzi niemałe kontrowersje w literaturze na gruncie art. 10 Konstytucji RP i zasady trójpodziału władz. W „czystym” modelu merytorycznym to sąd powinien dokonać subsumcji (urzeczywistniając subsumcję hipotetyczną), a jego wyrok zastępuje decyzję administracyjną (każdego typu), przez co to sąd *de facto* przejmując sprawę administracyjną do rozpoznania i rozstrzygnięcia. W związku z tym kompetencja merytoryczna sądu administracyjnego umożliwia mu samodzielne rozstrzygnięcie o istocie sprawy administracyjnej¹⁷. Istotą sprawy administracyjnej jest przy tym taki splot stanu faktycznego i prawnego, który aktualizuje kompetencje organu do władczej konkretyzacji tego stanu prawnego poprzez jego subsumcję pod stan faktyczny¹⁸. Opierając się na powyższych spostrzeżeniach, można dojść do wniosku, że za orzeczenia merytoryczne nie można uznać orzeczeń sądu administracyjnego, które co prawda zastępują decyzję organu administracji, lecz decyzję o skutku jedynie procesowym, która *de facto* nie odnosi się do istoty sprawy administracyjnej.

¹⁴ J. Stelmach, B. Brożek, *Sztuka negocjacji prawniczych*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, *passim*.

¹⁵ Z. Kmiecik, *Efektywność sądowej kontroli administracji publicznej*, PiP 2010, z. 11, s. 24.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ P. Pietrasz, *Reformatoryjne orzekanie przez wojewódzkie sądy administracyjne w przypadku sądowej kontroli decyzji i postanowień – uwagi de lege ferenda*, [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Prutisa*, red. J. Bieluk *et al.*, Temida 2, Białystok 2012, s. 806.

¹⁸ J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 342.

W systemie francuskim prawo nazywa taką konstrukcję orzekaniem w pełnym zakresie sporu (*recours de pleine juridiction* lub *recours de plein contentieux*)¹⁹, a same takie kompetencje merytoryczne sądu – substancjalnymi. W tym postępowaniu francuski sąd administracyjny, po przejęciu sprawy administracyjnej do rozpatrzenia i rozstrzygnięcia, ma prawo orzekać o treści, istnieniu i skutkach praw podmiotowych²⁰, czyli bezpośrednio oddziaływać na sytuację prawną jednostki.

Sąd administracyjny w klasycznym modelu merytorycznym ma po prostu kompetencje do wydania wyroku zastępującego decyzję administracyjną i tym samym – do realizowania samodzielnie kompetencji organu administracyjnego, tj. władczej konkretyzacji aktu generalnego i abstrakcyjnego, np. w formie decyzji. Wiąże się to nieodłącznie z koniecznością podejmowania przez sąd nowych ustaleń faktycznych – w wersji zbliżonej do uzupełniającego postępowania dowodowego prowadzonego przez organ II instancji w postępowaniu administracyjnym²¹. W związku z tym system merytoryczny nigdy nie poprzestaje na tzw. fragmentarycznym postępowaniu dowodowym prowadzonym przez sądy administracyjne (obecnie rozwiązanie takie przyjmuje polska regulacja), a przyznaje im pełne instrumentarium dowodowe, nie wyłączając oględzin, przesłuchań świadków czy opinii biegłych.

Przedstawiony klasyczny model orzekania merytorycznego zdecydowanie najlepiej rozwinięty jest w systemie szwajcarskim²². Inne ukształtowanie procesu decyzyjnego w sądzie administracyjnym jest co najwyżej określane jako „model z elementami orzekania merytorycznego”. Sąd administracyjny w systemie merytorycznym może w założeniu zastąpić każdą decyzję administracyjną – zarówno konstytutywną, jak i deklaratoryjną – jak również inne prawne formy działania administracji. Należy też uznać, że wyrok sądu administracyjnego, zastępując decyzję organu, może wywołać bezpośrednio skutki cywilnoprawne (np. w sytuacji gdyby sąd administracyjny dokonał zwrotu wywłaszczonej nieruchomości samym wyrokiem sądowym). Organ administracyjny nie musi wykonywać wyroku merytorycznego (przynajmniej w sferze prawnej), wywołuje on bowiem skutki prawne samodzielnie. Tu właśnie wydaje się leżeć większość bolączek modelu orzekania reformatoryjnego, ze względu na to, że sąd *de facto* ingeruje w proces administrowania przez

¹⁹ W systemie tym spotykamy też postępowanie dotyczące uchylenia aktu administracyjnego (*recours de l'annulation pour excès de pouvoir*), które w uproszczeniu można porównać z systemem kasatoryjnego orzekania. Zob. P. Daniel, F. Geburczyk, *op. cit.*, s. 61.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Zob. art. 135 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1257 (dalej: k.p.a.).

²² A. Skoczyła, *Modele uprawnień orzeczniczych sądów administracyjnych w Europie*, PiP 2012, z. 10, s. 24.

wykonywanie kompetencji organu administracji publicznej. Fakt ten budzi w doktrynie poważne wątpliwości prawne właściwie na każdej płaszczyźnie działania polskiego systemu sądownictwa administracyjnego – zarówno na gruncie konstytucyjnym, jak i ustawowym.

Konieczne w tym miejscu jest zdecydowanie odróżnienie orzekania merytorycznego (reformacyjnego) od możliwości merytorycznej kontroli ustaleń organu przez sąd administracyjny. To drugie pojęcie oznacza możliwość oceny profesjonalizmu oraz rzetelności ustaleń organu administracji w sferze czysto specjalistycznej²³. Taki kształt regulacji nie musi jednak wiązać się z możliwością zastąpienia przez sąd ustaleń organu dotyczących stanu faktycznego i prawnego ustaleniami własnymi²⁴. Na potrzeby niniejszego artykułu wszelkie odniesienia do orzekania merytorycznego należy łączyć z modelem merytorycznym polegającym na ingerencji sądu administracyjnego w istotę sprawy administracyjnej w zastępstwie organu.

Konstrukcje prawne z elementami orzekania merytorycznego

Oprócz wyżej opisanych i przeanalizowanych modeli istnieje wiele typów kompetencji orzeczniczych przyznawanych sądom administracyjnym, a klasyfikowanych jako modele „z elementami merytorycznymi”. Niektóre z nich mają więcej wspólnego z „czystym” modelem reformatoryjnym, niektóre mniej, jednakże łączy je jeden element – realny wpływ sądu administracyjnego na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej (niekoniecznie bezpośredni)²⁵. Poniżej opisane zostały dwa z nich – najważniejsze, najszerzej dyskutowane oraz najczęściej spotykane w Europie.

Przede wszystkim jako orzekanie z elementem merytorycznym określa się konstrukcję „pętli administracyjnej” (*administrative loop*), która charakterystyczna jest m.in. dla prawa holenderskiego (*bestuurlijke lus*)²⁶. Wiąże się ona z wydaniem przez sąd orzeczenia tymczasowego (*interlocutory judgement*), a następnie zawieszeniem postępowania administracyjnego. W orzeczeniu

²³ Problem ten, w polskiej doktrynie *de facto* nieporuszany, jest przedmiotem ważkich dyskusji za oceanem, na gruncie prawa amerykańskiego.

²⁴ M. Bernatt, *Konstytucyjne aspekty sądowej kontroli działalności administracji (między efektywnością a powściągliwością)*, PiP 2017, z. 1, s. 48.

²⁵ Wyodróżniono je na podstawie: Z. Kmiecik, *O merytorycznym orzekaniu...*, s. 26–30.

²⁶ Idem, *Wzmocnienie kompetencji najwyższych sądów administracyjnych i jego wpływ na efektywność orzecznictwa – podsumowanie wyników seminarium zorganizowanego przez Stowarzyszenie Rad Stanu i Najwyższych Sądów Administracyjnych Unii Europejskiej we współpracy z Radą Stanu Belgii i przy wsparciu Komisji Europejskiej, Bruksela, 1–2 marca 2012 r.*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 4, s. 166.

tym sąd zawiera wytyczne co do rozstrzygnięcia (tzw. *specific instructions*)²⁷, które wiążą organ administracyjny, mający obowiązek przedstawienia sądowi w wyznaczonym terminie projektu aktu, który uwzględnia te wskazania. Konieczną przesłanką zastosowania „pętli administracyjnej” jest stwierdzenie wady przedmiotu skargi oraz uchylenie aktu przez sąd. Sąd określa przy tym zakres działań, jakie organ może i powinien przedsięwziąć, a następnie analizuje przedstawiony projekt rozstrzygnięcia. Z związku z powyższym organ jest świadomy, że jego działanie nieuchronnie zostanie skontrolowane przez sąd administracyjny²⁸ – wytyczne sądowe nakazują mu zaś działać w określony sposób. Konstrukcja ta występuje ponadto np. w systemie niemieckim (*Zwischenurteil*) czy francuskim (*jugement avant dire droit*), jednakże w różnych, czasem nieco zniekształconych formach²⁹.

Podobną konstrukcją jest nakaz sądowy. Polski ustawodawca nowelizacją z 2015 roku w nowym art. 145a § 1 p.p.s.a. wprowadził jego specyficzną formę. Nakaz ten, w literaturze określany jako *injunction*, polega na wiążącym wskazaniu przez sąd organowi sposobu załatwienia sprawy. W klasycznym ujęciu brytyjskiego *common law*, z którego nakaz ów się wywodzi, *injunction* jest też niekiedy wiązany z zobowiązaniem organu do niepodjęmowania konkretnego działania, tj. do zaniechania³⁰. Odmianą nakazu jest *permanent injunction*, który wydawany jest po merytorycznym rozpatrzeniu sprawy³¹. We włoskim systemie prawnym procedura ta – zwana *giudizio di ottemperanza* – polega na powołaniu przez sąd komisarza, który ma za zadanie wyegzekwowanie wykonania wyroku sądu administracyjnego. W Europie konstrukcja ta, w różnych formach, jest dość powszechna (np. francuski *l'injonction*) i postrzegana jako „naturalny i nieodzowny składnik reżimu sprawowania jurysdykcji sądowej w sprawach administracyjnych”³².

Przedstawione konstrukcje³³ często wykorzystywane są jako argument na poparcie tezy, że możliwe jest zbudowanie skutecznej ochrony w modelu z założenia kasacyjnym. O ile konstrukcje te mają wymiar dyscyplinujący

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Co według części przedstawicieli doktryny jest jedną z największych zalet tego rozwiązania. Zob. P. Langbroek, G. ten Berge, *Towards Integrated Lawmaking by Administrative Courts and Public Authorities. On Instruments and Possibilities for Constructive Integration Between the Administration and the Administrative Courts in Relation to Administrative Decision Making, Administrative Objection and Appeal*, [w:] *Judicial Lawmaking...*, za: Z. Kmiecik, *Efektywność sądowej kontroli...*, s. 24.

²⁹ Z. Kmiecik, *Wzmocnienie kompetencji...*, s. 166.

³⁰ *Ibidem*, s. 170.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Nie sposób wymienić tutaj wszystkich konstrukcji typu *quasi*-merytorycznego w systemach europejskich. Przedstawiono najważniejsze i najpowszechniejsze z nich.

i wywierający pewną presję na organ (zwłaszcza *administrative loop*), o tyle należy stwierdzić, że nadal sąd administracyjny nie ma możliwości ingerencji w sytuację administracyjnoprawną jednostki w sposób bezpośredni, co skutkuje pozbawieniem jej *de facto* w pełni skutecznej ochrony sądowej. Ponadto, modele te zdają się pomijać problem bezczynności organu administracyjnego – sąd nadal nie ma skutecznych środków jego dyscyplinowania.

Europejskie tendencje poszerzania kompetencji sądów administracyjnych do orzekania w sposób reformatoryjny

W państwach należących do Unii Europejskiej możemy w ostatnim czasie zauważyć coraz silniejszą tendencję do poszerzania uprawnień sądów administracyjnych o kompetencje orzekania merytorycznego. Na dowód należy wskazać dwa ogólnoeuropejskie seminaria w tym przedmiocie: *Increasing the Efficiency of the Supreme Administrative Courts' Powers* („Wzmocnienie efektywności kompetencji najwyższych sądów administracyjnych”, Bruksela, 01–02.03.2012 r.) i *High-quality of Administrative Justice* („Skuteczne, wysokiej jakości sądownictwo administracyjne”, Paryż, 26–28.05.2013 r.). Na obu zgodnie skonstatowano, że niezbędne jest wyposażenie sądów w szersze kompetencje orzecznicze. Oba spotkania zostały zorganizowane przez Stowarzyszenie Rad Stanu i Najwyższych Sądów Administracyjnych Unii Europejskiej.

Na pierwszym z nich, brukselskim, próbowało wprost odpowiedzieć na pytanie, „czy sąd administracyjny może samodzielnie wykonywać władzę związaną z naprawieniem wadliwej decyzji (*can the administrative court itself exercise its power to rectify a flawed decision*) i we własnym zakresie usunąć stwierdzone naruszenie?”³⁴. Taką kompetencję sądu nazwano kompetencją do zastąpienia decyzji swoim orzeczeniem (*power to reverse decision*)³⁵. Dyskusje skupiały się również wokół analizowanej wyżej konstrukcji „pętli administracyjnej”, w której dopatrywano się potencjalnego rozwiązania problemów dotyczących zagadnienia efektywności (skuteczności) orzeczeń sądów administracyjnych. Sporo uwagi poświęcono również, wtedy jeszcze nieobecnemu w polskim systemie postępowania przed sądami administracyjnymi, pojęciu nakazu sądowego (*injunction*)³⁶. Mimo braku wypracowania jednolitej odpowiedzi na zadawane pytania, seminarium w Brukseli osiągnęło konsensus w kwestii obecnych tendencji rozwojowych europejskiego sądownictwa administracyjnego – klasyczny, wręcz przestarzały model kontroli (*überprüfung*)

³⁴ Z. Kmiecik, *Wzmocnienie kompetencji...*, s. 167.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, s. 170.

to w dzisiejszych czasach za mało³⁷, a sądy administracyjne muszą być wyposażone w dodatkowe kompetencje, które zwiększą skuteczność ich orzeczeń, a przez to pozwolą na pełniejszą ochronę praw jednostki.

Z podobnych założeń wyszli uczestnicy seminarium w Paryżu. W drugiej części rozważań, poświęconej skuteczności i jakości sądownictwa, starano się zdefiniować, czym tak naprawdę jest skuteczność działalności sądów administracyjnych oraz jakie powinny być jej ogólne założenia. Odwołano się przy tym do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁸, której art. 13 stanowi o prawie do skutecznego środka ochrony³⁹.

Opisane konferencje debatujące o przyszłości sądownictwa administracyjnego w Unii Europejskiej ukazały ważną prawdę: problem skuteczności sądownictwa administracyjnego nie jest swoisty dla polskiego systemu prawa administracyjnego czy systemu wymiaru sprawiedliwości. Europejskie środowisko prawnicze jednoznacznie stwierdziło, że wymagane są w tej kwestii zmiany, nie precyzując jednak do końca, o jakie zmiany chodzi.

Podsumowanie

Analizując obecne polskie i europejskie tendencje w kształtowaniu systemu orzecznictwa sądów administracyjnych, nie sposób nie zauważyć w literaturze coraz większego zainteresowania – zarówno w pozytywnym, jak i negatywnym sensie – systemem reformacyjnych kompetencji orzeczniczych tych sądów. Wydaje się, że fenomen ten można powiązać przede wszystkim z sędziwością modelu weryfikacyjnego, powstałego w czasach i na gruncie monarchii cesarza Franciszka Józefa. System ten, przyjmowany powszechnie w pionierskich czasach sądownictwa administracyjnego, kiedy to w wielu przypadkach miało ono w jak najmniejszym stopniu ograniczać władzę monarchy, dziś jawi się jako nieprzystający do obecnych realiów i wyzwań, z jakimi musi mierzyć się system prawa administracyjnego. Biorąc to pod uwagę, starania europejskich (również polskich) środowisk prawniczych w celu zaradzenia bolączkom i problemom dotyczącym skuteczności orzecznictwa sądów administracyjnych poprzez ingerencję w ten zastany model należy ocenić jednoznacznie pozytywnie.

Dokąd zmierza system sądownictwa administracyjnego w Europie? Wydaje się, że będziemy świadkami stopniowego przejścia na model meryto-

³⁷ *Ibidem*, s. 175.

³⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

³⁹ Z. Kmiecik, *Sprawozdanie: Skuteczność i wysoka jakość sądownictwa administracyjnego (Seminarium, Paryż, 26–28 V 2013)*, PiP 2013, z. 4, s. 115–116.

ryczny lub co najmniej dalszego „mieszania” opisanych modeli, również poprzez zupełnie nowe, nieznanne jeszcze konstrukcje. Pewne jest, że w obliczu impasu prawnego, do którego może doprowadzić niesubordynacja organu administracji publicznej (przykładowo pozostawanie w bezczynności) przy jednoczesnym braku skutecznych narzędzi jego dyscyplinowania przez sąd administracyjny, *status quo* nie ma prawa się ostać.

Abstract **Main administrative judicial models**

The author analyzes and evaluates two major judicial models, which are adopted in systems of administrative justice: the reformatory model and cassatory model. The focus was on trying to explain what both discussed systems are and capture their essence in order to indicate their strengths and weaknesses. Then analyzed are two legal structures, which in recent times are gaining in popularity, both in Poland and in Europe: ‘administrative loop’ and an injunction. They are treated as a solution to judiciary problems, which is situated on the boundary of the reformatory and cassatory systems. At the end, the author wonders which direction will follow the system of administrative justice when it comes to the impact of the judiciary to settle the case.

Key words: substantive competence of the administrative courts, cassatory competence of the administrative courts, administrative loop, injunction, the future of the administrative justice

Streszczenie **Główne modele orzecznictwa sądów administracyjnych**

W artykule zanalizowano i poddano ocenie dwa główne modele orzecznicze, które przyjmowane są w systemach sądownictwa administracyjnego: model merytoryczny i model kasatoryjny. Skupiono się na próbie wyjaśnienia, czym są omawiane systemy, oraz uchwycenia ich istoty w celu wskazania ich mocnych i słabych stron. Następnie analizie poddane zostały dwie konstrukcje prawne, które w ostatnim czasie zyskują popularność w Polsce i całej Europie: „pętla administracyjna” oraz nakaz sądowy. Są one ujmowane jako rozwiązania problemów sądownictwa na granicy systemu merytorycznego i kasacyjnego. Na koniec autor zastanawia się, w jakim kierunku podąży system sądownictwa administracyjnego w kwestii jego wpływu na rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej.

Słowa kluczowe: merytoryczne orzekanie sądów administracyjnych, kasatoryjne orzekanie sądów administracyjnych, pętla administracyjna, nakaz sądowy, przyszłość sądownictwa administracyjnego

Kinga Piwowarska

doktorantka, Katedra Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych,
Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Czy nowe technologie zrewolucjonizują rynek pracy?

Wprowadzenie

Rozwój technologii dosięga każdego z nas w wielu aspektach życia, np. medycyny, pracy, edukacji, nauki, techniki, motoryzacji, social mediów. W niniejszym artykule skupiam się na wpływie owej technologii na pracę. Czy nowe technologie i nowe formy pracy – m.in. telepraca, praca z zastosowaniem technologii informacyjno-telekomunikacyjnych (*ICT based work*), praca w ramach platform cyfrowych (*crowdworking*) – zrewolucjonizują rynek pracy? Rozważę też, czy wykorzystywanie nowych technologii przez pracodawcę czy przyszłego pracodawcę, m.in. w zakresie *background screening* (w tym *credit* i *criminal check*), pozyskiwania i wykorzystywania danych biometrycznych, zastosowania technologii identyfikacji radiowej (RFID) poprzez wszczepianie chipa dla kontroli pracownika czy usprawnienia procesów organizacyjnych u pracodawcy, nie stanowi nadużycia podmiotowego prawa do prywatności i wręcz nie narusza godności.

W opracowaniu odniosę nowe technologie stosowane na rynku pracy do Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych z 27 kwietnia 2016 r.¹, które weszło w życie 25 maja 2018 r. i wymusiło zmianę w wielu aktach prawnych, w tym w ustawie z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy². Rozważę, jak obecnie kształtują się przepisy k.p. w zakresie rewolucji technologicznej oraz czy istnieją zawody, które są zagrożone wyparciem z rynku pra-

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119/1 (dalej: RODO).

² Dz.U. z 2018 r., poz. 917 (dalej: k.p.).

cy ze względu na automatyzację pracy, oraz *a contrario* – czy istnieją zawody przyszłości, które będą potrzebne za kilkanaście lat.

Background screening

Już na etapie rekrutacji potencjalny pracodawca, szczególnie korporacyjny, wykorzystuje szereg nowoczesnych i rozwiniętych technologicznie narzędzi, żeby „prześwietlić” potencjalnego pracownika, tj. zweryfikować dane, m.in. w zakresie: wykształcenia, dotychczasowego przebiegu zatrudnienia, doświadczenia, umiejętności – które kandydat podaje w CV, zaświadczeniach i innych dokumentach. Pracodawca często chce też sprawdzić niekaralność, historię kredytową oraz jaką opinią cieszy się kandydat w danej branży, aby w przyszłości uniknąć niepotrzebnych problemów. Ma to miejsce szczególnie przy zatrudnianiu na kierownicze, menadżerskie i samodzielne stanowiska pracy.

Rekruterzy coraz częściej szukają informacji o kandydatach na pracowników w Internecie: na portalach społecznościowych czy branżowych serwisach (tzw. *media research*). Dochodzi do wirtualnych kontroli tożsamości, ponieważ Internet stanowi ogromne źródło informacji o potencjalnym pracowniku. Co więcej, aby pozyskać pracownika, rekruterzy na stronach internetowych czy portalach społecznościowych, np. LinkedIn, GoldenLine, Facebook, Gumtree, infopraca, umieszczają oferty pracy i poprzez tzw. profilowanie³ wyszukują potencjalnych kandydatów. Informacje o danym stanowisku pracy trafiają do konkretnych, dopasowanych już do stanowiska użytkowników portalu. Jest to możliwe dzięki temu, że użytkownicy portali sami zamieszczają tam informacje o sobie.

W zakresie „prześwietlania” kandydata na pracownika (tzw. *background screening*, *background check*, *pre-employment screening*), pracodawcy współpracują z wyspecjalizowanymi podmiotami trzecimi, zajmującymi się weryfikacją informacji o kandydacie. Jednym z takich podmiotów jest platforma Screening.pl⁴, oferująca następującą usługę: potencjalny pracodawca zamieszcza ofertę pracy, np. na portalu internetowym, zainteresowany ofertą kandydat na pracownika wysyła mu CV, po czym potencjalny pracodawca odsyła

³ Zgodnie z motywem nr 71 RODO profilowanie polega na dowolnym zautomatyzowanym przetwarzaniu danych osobowych pozwalającym ocenić czynniki osobowe osoby fizycznej, a w szczególności analizować lub prognozować aspekty dotyczące efektów pracy, sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji lub zainteresowań, wiarygodności lub zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się osoby, której dane dotyczą – o ile wywołuje skutki prawne względem tej osoby lub w podobny sposób znacząco na nią wpływa.

⁴ Właściciele twierdzą że jest to pierwsza tego typu działalność w Polsce. Zob. *O nas*, Screening.pl, <http://www.screening.pl> [dostęp: 15.05.2018].

kandydatowi login i hasło do konta na Screening.pl, a on już we własnym zakresie wypełnia formularz, załącza CV, ewentualnie inne dokumenty oraz wyraża zgodę na weryfikację przez Screening.pl w zakresie: danych osobowych, historii edukacji i zatrudnienia, funkcji i udziałów w spółkach, prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej, karalności, posiadanych certyfikatów i kursów oraz wiarygodności i długów. W zależności od wyników weryfikacji, potencjalny pracodawca podejmuje decyzję o zatrudnieniu (bądź nie) danej osoby. Niewątpliwie taki proces pozwala uniknąć zatrudnienia niekompetentnych, niewiarygodnych oraz karanych pracowników, niekiedy z wierzycielstwami, co mogłoby wywołać negatywne konsekwencje dla pracodawcy w przyszłości.

Oczywiście kandydaci na pracowników również korzystają z dobrodziejstw nowej technologii, jakimi są ciągle rozwijające się środki masowego przekazu, szczególnie Internet, poprzez czytanie opinii i zapytania na forach, blogach czy komunikatorach o warunki pracy i wynagrodzenia u danego potencjalnego pracodawcy. Niewątpliwie jeszcze 20 lat temu takie praktyki nie były powszechne, jednak standard zatrudnienia coraz bardziej się podnosi, a co za tym idzie – świadomość przyszłych stron stosunku pracy również się zmienia.

Skoro na polskim rynku funkcjonują podmioty zajmujące się *background screeningiem*, pracodawcy korzystają z ich usług, a działania takie nie są wprost zakazane przez prawo – to można stwierdzić, że nie są z nim niezgodne. Z drugiej jednak strony z literalnej wykładni przepisu art. 22¹ k.p. wprost wynika, że to pracodawca ma prawo żądać podania od kandydata na pracownika konkretnych danych i w związku z tym to on, a nie jakikolwiek inny podmiot, jest ich dysponentem/administratorem. Wprawdzie np. Screening.pl nie żąda od kandydata na pracownika podania danych czy wysłania CV, kandydat robi to bowiem z własnej inicjatywy, niemniej to pracodawca jest inicjatorem, aby dane zostały przekazane dalej i to on wysyłała kandydatowi login i hasło do platformy. Ponadto z § 3 przepisu art. 22¹ k.p. można wywieść, że udostępnienie pracodawcy danych osobowych następuje w formie oświadczenia osoby, której one dotyczą, a pracodawca ma prawo żądać udokumentowania danych osobowych osób, o których mowa w § 1 i 2 tego artykułu⁵. Jak wskazano w piśmiennictwie, podstawowym celem przepisu jest nie tylko wskazanie podstawy żądania udostępnienia danych osobowych przez pracodawcę, ale również określenie granic przedmiotowych

⁵ Zob. A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 140–143; M. Gersdorf, *Kilka uwag praktycznych o ochronie danych osobowych pracownika*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 8, s. 14–19.

tego uprawnienia, które uniemożliwia w ten sposób ewentualne nadużycia⁶. W mojej ocenie k.p. wyraźnie więc zakreśla zakres podmiotowy omawianej regulacji. „Prześwietlanie” kandydata przez podmiot trzeci na wyraźne żądanie pracodawcy i to z zastrzeżeniem, że jeżeli kandydat nie wyrazi na to zgody, nie będzie możliwe przejście procesu rekrutacji, budzi moje wątpliwości, gdyż mogłoby stanowić o bezpodstawnym pozbawieniu kandydata prawa do swobodnie wybranej pracy, naruszając tym samym zasadę wolności pracy oraz zasady współżycia społecznego i społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa. Słuszną była propozycja⁷ brzmienia przepisu art. 22² k.p., zgodnie z którym brak zgody kandydata na pracownika lub jej wycofanie w zakresie innych kategorii danych niż wymienione wprost w ustawie, nie powinno być podstawą niekorzystnego traktowania osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika, a także nie może powodować wobec nich jakichkolwiek negatywnych konsekwencji, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny odmowy zatrudnienia, wypowiedzenia umowy o pracę lub jej rozwiązania bez wypowiedzenia przez pracodawcę. Takie brzmienie przepisu nie zostało jednak wprowadzone do ustawy, podobnie jak problematyka rekrutacji. Regulacje miały być zmienione w związku z wejściem w życie RODO, jednak tak się nie stało, co stanowi o kolejnym niedostosowaniu k.p. do obecnych realiów.

Credit check / criminal check

Jeżeli chodzi o kontrolę kredytową kandydata na pracownika (tzw. *credit check*), to trzeba stwierdzić, że w Polsce nie ma przepisów przewidujących taką procedurę. Raport kredytowy w Biurze Informacji Kredytowej (BIK) zawiera przede wszystkim informacje o zadłużeniach – obecnych i dawnych – oraz o terminowości ich spłat. Pytanie brzmi – po co pracodawcy takie informacje?

Tu znowu trzeba przywołać przepisy dotyczące możliwej kontroli, ochrony danych osobowych, k.p. oraz Konstytucji, z których wynika, że każdemu przysługuje ochrona danych go dotyczących, szczególnie danych sensytywnych (wrażliwych). Wprawdzie w art. 9 RODO historia kredytowa nie jest wskazana jako element danych wrażliwych, więc teoretycznie pracodawca może mieć do niej dostęp, jednak wątpliwa wydaje się potrzeba posiadania przez pracodawcę informacji o sytuacji finansowej i ewentualnych ciężących

⁶ J. Stelina, *Komentarz do 22¹ KP*, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, C.H. Beck, Warszawa 2018, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjzgyzdonboobqxlругi4tinbrhaza> [dostęp: 15.05.2018].

⁷ Zgodnie z projektem z 8 maja 2018 r. ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679 (RCL, UC100).

na kandydacie na pracownika wierzytelnościach, bowiem nie jest ona adekwatna i proporcjonalna do realizacji usprawiedliwionego celu. Z drugiej jednak strony, jeżeli prowadzona jest rekrutacja na wysokie stanowiska menadżerskie, szczególnie na takie, na których pracownik ma dostęp do szczególnie ważnych informacji, stanowiących wręcz *know-how* pracodawcy, gdzie podpisywana jest z pracownikami umowa o poufności czy zakazie konkurencji, nie liczy się tylko doświadczenie zawodowe i umiejętności. W dzisiejszych czasach ważne są również kompetencje miękkie oraz tzw. kręgosłup moralny, postawa, przeszłość, ocena w branży czy też nastawienie kandydata na pracownika. Ponadto pracodawcy niechętnie realizują uprawnienie wynikające z przepisu art. 87 k.p. – dotyczącego dokonywania potrąceń z wynagrodzenia – gdyż niejednokrotnie jest to dla nich niepotrzebny kłopot. Wprawdzie można by było jako podstawę prawną działania pracodawcy wskazać przepis art. 22¹ § 4 k.p., z którego wynika, że pracodawca może żądać podania innych danych osobowych niż określone w § 1 i 2, jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów, jednak w zakresie historii kredytowej pracownika, przy standardowych pracach, a nie np. w służbie publicznej, trudno taki przepis wskazać.

Wątpliwe wydaje się uzyskanie pisemnej zgody pracownika czy kandydata na pracownika na przeprowadzenie procedury *credit check*, można by było bowiem stwierdzić, że stanowi to obejście wskazywanego wyżej przepisu art. 22¹ § 1 k.p. Grupa Robocza Unii Europejskiej, w przyjętym przez siebie dokumencie z 1 sierpnia 2003 r. stwierdziła, że

pracodawca popełnia błąd, jeśli próbuje zalegalizować przetwarzanie danych pochodzących od pracownika za pomocą uzyskanej od pracownika zgody. Można posłużyć się zgodą, jeśli odnosi się ona do przypadku, w którym pracownik ma całkowitą swobodę jej udzielenia i może odmówić udzielenia takiej zgody bez poniesienia szkody⁸.

Uzyskanie zgody na pobranie dodatkowych danych osobowych mogłoby mieć rację bytu przy weryfikacji przeszłości kryminalnej kandydata na pracownika czy pracownika (*criminal check*), jednak też obok wyraźnego zastrzeżenia ustawowego. Zgoda sama w sobie wydaje się wątpliwa, gdyż dane o niekaralności są szczególnie chronione⁹. Podstawą prawną byłby każdorazowo dany przepis, pozostający *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 22¹ § 4 k.p.

⁸ Wyrok NSA z 6 września 2011 r., sygn. I OSK 1476/10, Legalis nr 369758.

⁹ K. Wrońska-Zblewska, *Możliwość weryfikacji, czy kandydat na pracownika nie był karany w przypadku uzyskania zgody na przetwarzanie tych danych*, Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjuwelrsga2tcmbuhe4dk> [dostęp: 15.05.2018].

– tam, gdzie obowiązuje wymóg niekaralności¹⁰. W myśl przepisu art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy z 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym¹¹, prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przysługuje pracodawcom, w zakresie niezbędnym dla zatrudnienia pracownika, co do którego z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności, korzystania z pełni praw publicznych, a także ustalenia uprawnienia do zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Zatem pracodawca nie ma potrzeby, a nawet prawa posiadania informacji o niekaralności w stosunku do każdej grupy pracowników, a tylko do takiej, co do której *expressis verbis* jest to określone w ustawie szczególnej.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 10 RODO przetwarzania danych osobowych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa lub powiązanych środków bezpieczeństwa na podstawie art. 6 ust. 1 wolno dokonywać wyłącznie pod nadzorem władz publicznych lub jeżeli przetwarzanie jest dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw i wolności osób, których dane dotyczą. Wszelkie kompletne rejestry wyroków skazujących są prowadzone wyłącznie pod nadzorem władz publicznych.

Podsumowując ten zakres problematyki, kontrola nie może oczywiście naruszać przepisów k.p., RODO, ustawy z 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych¹², dóbr osobistych, godności, prawa do prywatności – czyli wartości konstytucyjnych, które tak bardzo są ostatnio chronione (szczególnie po wejściu w życie RODO) – ani prowadzić do dyskryminacji. Główna regulacja ograniczająca w mojej ocenie możliwość kontroli i prześwietlania kandydata na pracownika czy pracownika przez pracodawcę wynika z przepisu art. 8 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.¹³, zgodnie z którym każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka¹⁴ w przepisie art. 12, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁵ w przepisie art. 17 ust. 1 i 2 również poruszają niniejsze zagadnienie. Ponadto

¹⁰ Np. w przypadku zatrudnienia nauczyciela mianowanego, pracownika służby cywilnej, członka zarządu banku, funkcjonariusza publicznego.

¹¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 730.

¹² Dz.U. z 2018, poz. 1000 (dalej: ustawa).

¹³ Dz.U. z 1993, nr 61, poz. 284.

¹⁴ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, uchwalona 10 grudnia 1948 r., http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf [dostęp: 15.05.2018].

¹⁵ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

przepis art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹⁶ mówi, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Wyżej sformułowane prawo do prywatności¹⁷ uzupełniają przepisy odnoszące się do ochrony tajemnicy komunikowania się i prawa jednostki do ochrony danych osobowych. Są to prawa niekwestionowane, które muszą być respektowane nie tylko przez władze publiczne, ale i inne podmioty, skuteczne *erga omnes*¹⁸.

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku¹⁹, stwierdził, że w zakresie art. 51 Konstytucji prawodawca konstytucyjny kładzie nacisk przede wszystkim na ochronę jednostki wobec władz publicznych, bowiem to jest podmiot, który zobowiązany jest do realizacji prawa jednostki do nieujawniania inaczej niż na podstawie ustawy informacji dotyczących swojej osoby. Trybunał dodał jednak, że wymieniony przepis konstytucyjny dotyczy wszelkich przypadków, w których jednostka zobowiązana zostaje do ujawniania informacji o sobie innym podmiotom, a więc także podmiotom prywatnym.

Dane biometryczne

W Polsce coraz popularniejsza staje się identyfikacja osób za pomocą danych biometrycznych. Czym jest biometria? Słowo pochodzi z języka greckiego, gdzie *bios* oznacza 'życie', a *metron* – 'mierzyć', tak więc jest to technika dokonywania pomiarów istot żywych. Pomiary mogą być wykonywane w różny sposób, poprzez odniesienie się do konkretnych cech, m.in. cech fizycznych (np. tęczęwka, linie papilarne, układ naczyń krwionośnych na dłoni lub przebieg ręki, rozkład punktów i temperatur na twarzy, DNA), a także cech behawioralnych (np. głos, sposób chodzenia, podpis odręczny, dynamika i sposób pisanie na klawiaturze). Dane biometryczne wymienione są wprost w RODO jako szczególna kategoria danych osobowych: przepis art. 9 ust. 1 rozporządzenia zabrania przetwarzania danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznego

¹⁶ Dz.U. z 2009 r., nr 114, poz. 946 (dalej: Konstytucja).

¹⁷ Zob. T. Liszcz, *Ochrona prywatności pracownika w relacjach z pracodawcą*, „Monitor Prawa Pracy” 2007, nr 1, s. 9–15.

¹⁸ P. Litwiński, *Publicznoprawna ochrona danych osobowych jako środek ochrony prywatnej*, [w:] *Dobra osobiste XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, red. J. Balcarczyk, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 505–520.

¹⁹ Wyrok TK z 19 lutego 2002 r., sygn. U3/01, OTK-A 2002, nr 1, poz. 3.

zidentyfikowania osoby fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby. W związku z faktem, że RODO weszło w Polsce w życie, jest to prawo powszechnie obowiązujące.

W związku z powyższym, kluczowe dla przedmiotowej kwestii pozostaje to, że przetwarzanie danych biometrycznych, jak i innych danych wrażliwych, co do zasady jest zabronione. Co do zasady, ponieważ istnieją regulacje, które dopuszczają przetwarzanie tych danych. I tak, przepis art. 9 ust. 2 RODO wskazuje, że nie jest zabronione przetwarzanie szczególnych kategorii danych osobowych, jeżeli jest spełniony chociaż jeden z ustawowych wyjątków. Taki, który odnosi się do stosunku pracy, jest wyrażony w pkt b): przetwarzanie jest dozwolone, jeżeli jest niezbędne do wypełnienia obowiązków i wykonywania szczególnych praw przez administratora lub osobę, której dane dotyczą, w dziedzinie prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, o ile jest to dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, lub porozumieniem zbiorowym na mocy prawa państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą.

O danych biometrycznych *expressis verbis* mowa w przepisie art. 2 pkt 1 ustawy o dokumentach paszportowych z 13 lipca 2006 r.²⁰. Zgodnie z nim przez dane biometryczne należy rozumieć wizerunek twarzy i odciski palców umieszczone w dokumentach paszportowych w formie elektronicznej. Ustawodawca zastrzegł więc możliwość pobierania danych biometrycznych w celu wydania tzw. paszportu biometrycznego, który pozwala zidentyfikować tożsamość na podstawie danych cech fizycznych.

W odniesieniu do biometrii w prawie pracy, to można jej dokonywać na różne sposoby, m.in. w celu weryfikacji tożsamości. Najbardziej popularną formą jest „odcisk palca”, zatem skanowanie linii papilarnych, które przybierają następnie postać cyfrową. Ma to zastąpić kartę dostępu – uniemożliwiać wejście na teren zakładu pracy osób nieuprawnionych i fałszowanie rzeczywistego czasu pracy przy pomocy innych osób, stanowić o kontroli dostępu do pomieszczeń, sprzętu służbowego, zbioru danych, dokumentów, programów oraz ułatwiać prowadzenie ewidencji czasu pracy.

„Niewątpliwie wykorzystywanie danych biometrycznych w zakładach pracy to przyszłość. Przyszłość, od której ani pracownicy, ani pracodawcy nie uciekną”²¹ – słowa sprzed dekady się sprawdziły, jednak nadal sytuacja

²⁰ Dz.U. z 2018 r., poz. 1919.

²¹ K. Malik, *Problematyka przetwarzania danych biometrycznych pracowników*, „Monitor Prawa Pracy” 2008, nr 12, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zoggydamzyg43dm#> [dostęp: 17.05.2018].

prawna danych biometrycznych nie została uregulowana. *De lege ferenda*, pozyskiwanie danych biometrycznych być może mogłoby być dozwolone na szerszą skalę, jeżeli byłoby wykorzystywane w celu ochrony szczególnych interesów pracodawcy, np. zapewnienia bezpieczeństwa pracowników lub ochrony mienia, kontroli produkcji, zachowania w tajemnicy poufnych informacji czy systemów. Zatem ze względu na kontrolę dostępu do szczególnie ważnych informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, lub dostępu do pomieszczeń wymagających szczególnej ochrony. Mogłoby być też dopuszczalne, gdyby podanie takich danych było niezbędne do wypełnienia przez pracodawcę obowiązku nałożonego przepisem prawa. Do przetwarzania takich danych powinni być wówczas dopuszczeni wyłącznie pracownicy posiadający pisemne upoważnienie nadane przez pracodawcę oraz obowiązani do zachowania tajemnicy. Sytuacja prawna pracowników w zakresie pozyskiwania ich danych osobowych (szczególnie wrażliwych) nadal nie jest wprost i czytelnie uregulowana w polskim ustawodawstwie. Ogromną szansą – niewykorzystaną niestety przez ustawodawcę – na wypełnienie tej luki prawnej była nowelizacja wynikająca z wejścia w życie RODO.

Konkludując w tym zakresie, przetwarzanie danych biometrycznych stanowi o kontroli ze strony pracodawcy. Niezależnie od tego, iż w maju 2018 r. k.p. został znowelizowany i po raz pierwszy w polskim prawie pracy została wprost uregulowana możliwość kontroli pracownika przez pracodawcę²², to nadal kontrola ta nie jest nieograniczona. W mojej ocenie nieprzekraczalną granicą kontroli jest godność człowieka, jego wolność i prywatność. Nie powinno to działać *a casu ad casum*. Zresztą przepis art. 30 Konstytucji potwierdza, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Nikt nie ma prawa nikogo uprzedmiotowić, nawet za jego wyraźną zgodą – niekiedy jest ona bowiem wątpliwa i nie zawsze nieprzymuszona. Prawo powinno podążać za technologią, ale postęp technologiczny musi być zgodny z nadrzędnymi wartościami. Próbuje powyższemu nadać wymiar aksjologiczny, rozpatrywany nie tylko w ramach norm prawnych, a także w kontekście etyki. Dane w formie cyfrowej przechowywane w bazach danych mogą być przecież nielegalnie wykorzystywane do różnych celów, np. udostępniane nieuprawnionym podmiotom²³ zajmującym się kupowaniem danych biometrycznych czy co gorsza użyte w celu

²² Dotychczas uregulowana była kontrola telepracownika, a także bieżące kierownictwo pracodawcy i podporządkowanie pracownika.

²³ Zob. M. Korga, *Dane biometryczne i ich wykorzystywanie na gruncie stosunku pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2011, nr 12, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw-62zoge2dambuhaydqng> [dostęp: 17.05.2018].

przygotowania ataków terrorystycznych, poprzez tzw. kradzież tożsamości. Łatwo też może dojść do wycieku danych, jeżeli nie są odpowiednio zabezpieczone.

Generalizując, wszelkie dane osobowe powinny być przetwarzane zgodnie z prawem, zbierane dla oznaczonych i adekwatnych celów oraz niepoddawane dalszemu przetwarzaniu niezgodnemu z tymi celami, przechowywane w postaci umożliwiającej identyfikację osób, których dotyczą, nie dłużej niż jest to niezbędne do osiągnięcia celu przetwarzania.

Dane biometryczne są też wykorzystywane przy badaniach poligraficznych kandydatów na pracowników czy pracowników w toku zatrudnienia²⁴. NSA stwierdził w wyroku, iż „skutki badań poligraficznych, mimo że dobrowolnych, naruszają prawa i wolności osobiste badanych. Wyrażenie zgody na badania przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej decyzji”²⁵.

Za brakiem możliwości wykorzystywania danych biometrycznych (gdzie nie jest to przewidziane przepisami, por. motyw 52 RODO, który wskazuje, że należy również zezwolić na wyjątki od zakazu przetwarzania szczególnych kategorii danych osobowych), przemawia regulacja o charakterze ogólnym, tj. art. 11¹ k.p., w myśl którego pracodawca jest obowiązany szanować godność i inne dobra osobiste pracownika. „Dobrami osobistymi są powszechnie uznane w społeczeństwie wartości niemajątkowe związane ściśle z osobą człowieka i będące przejawami godności osoby ludzkiej, obejmujące przede wszystkim integralność fizyczną i psychiczną oraz indywidualność człowieka”²⁶. Do dóbr osobistych z art. 23 k.c.²⁷ w omawianym zakresie zalicza się m.in. prawo do prywatności, godność, dane biometryczne oraz wizerunek.

²⁴ К. Пивоварска, *Полиграфное тестирование в трудовом праве – что не запрещено, то разрешено?* [K. Piwowarska, *Badania poligraficzne w prawie pracy – co nie jest zakazane, jest dozwolone?*], [w:] *Применение полиграфа в бывшем восточном блоке*, pod red. Я. Видацкого, В. Шаповалова, И. Усикова [Badania poligraficzne w byłym bloku wschodnim, red. J. Widacki, V. Shapovalov, I. Usikov], Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2017, s. 171–188; por. A. Drozd, *O dopuszczalności wykorzystywania wariografu w stosunkach pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 4, s. 9–14; M. Leśniak, M. Gramatyka, *Dopuszczalność badań poligraficznych w świetle konstytucyjnych praw i wolności obywatelskich*, „Prawa Człowieka” 1998, nr 5, s. 141–152; A. Cempura, M. Widacki, *Prawna dopuszczalność pracowniczych badań poligraficznych w Polsce*, „Palestra” 2012, nr 11–12, s. 39–47; J. Pietruszka, R. Rogalski, *Nie odbierać prawa do obrony – artykuł dyskusyjny o poligrafie*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2004, nr 11, s. 15–21; R. Jaworski, *Badania poligraficzne (wariograficzne) w ochronie miejsce pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2007, nr 1, s. 11–15.

²⁵ Wyrok NSA z 13 lutego 2003 r., sygn. II SA 1620/01.

²⁶ *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, wyd. 8, C.H. Beck, Warszawa 2017, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjxgazdknroobqxlrugmydqnzrgy3q> [dostęp: 18.05.2018].

²⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1025.

NSA w wyroku z 1 grudnia 2009, sygn. I OSK 249/09²⁸ stwierdził, że brak równowagi w relacji pracodawca–pracownik stawia pod znakiem zapytania dobrowolność wyrażenia zgody na pobieranie i przetwarzanie danych osobowych (biometrycznych). Z tego względu ustawodawca ograniczył przepisem art. 22 k.p. katalog danych, których pracodawca może żądać od pracownika. Ryzyko naruszenia swobód i fundamentalnych praw obywatelskich musi być proporcjonalne do celu, któremu służy. W przypadku wykorzystania danych biometrycznych do kontroli czasu pracy pracowników takie ryzyko jest nieproporcjonalne do zamierzonego celu przetwarzania.

Podobne stanowisko zaprezentował NSA w wyroku z 6 września 2011 r., sygn. akt I OSK 1476/10²⁹. Natomiast WSA w Warszawie w wyroku z 20 czerwca 2011 r., sygn. akt SA/Wa 719/11³⁰ wskazał, że pracodawca popełnia błąd, jeśli próbuje zalegalizować przetwarzanie danych pochodzących od pracownika za pomocą uzyskanej od pracownika zgody. Można posłużyć się zgodą, jeśli odnosi się ona do przypadku, w którym pracownik ma całkowitą swobodę jej udzielenia i może odmówić udzielenia takiej zgody bez poniesienia szkody. W tym zakresie podobnie wypowiedział się również GODO w decyzji z 15 grudnia 2009 r.³¹, w której nakazał usunięcie przedsiębiorcy danych osobowych, obejmujących przetworzone do postaci cyfrowej informacje o charakterystycznych punktach linii papilarnych palców pracowników, przetwarzanych w celu ewidencji czasu pracy, oraz zaprzestanie zbierania ww. danych osobowych. Jeżeli więc istnieją inne sposoby kontroli czasu pracy, np. karty czy wpis do dziennika, to należy w pierwszej kolejności wykorzystać te, które nie naruszają prywatności pracownika.

WSA w wyroku z 18 czerwca 2010, sygn. II SA/Wa 151/10³², stwierdził, że wyrażona na prośbę pracodawcy pisemna zgoda pracownika na pobranie i przetworzenie jego danych osobowych narusza prawa pracownika i swobodę wyrażenia przez niego woli. Tak więc skoro pracownik nie inicjuje podania tych danych, a zwraca się o nie pracodawca, to trudno mówić o dobrowolnej i swobodnej zgodzie, tym bardziej że już z samego art. 22 k.p. wynika stosunek podrzędności i kierownictwa ze strony pracodawcy, bowiem osoba,

²⁸ ONSAiWSA 2011, nr 2, poz. 39, s. 169.

²⁹ LEX nr 965912. Zob. E. Kulesza, *Glosa do wyroku NSA z dnia 6 września 2011 r.*, I OSK 1476/10, OSP 2013/10/104.

³⁰ LEX nr 994017.

³¹ Decyzja GODO z 15 grudnia 2009 r. nakazująca usunięcie przedsiębiorcy danych biometrycznych – odcisków palców – ze zbioru prowadzonego w celu ewidencji czasu pracowników, DIS/DEC-1261/46988/09 dot. DIS-K-421/138/09, <https://giodo.gov.pl/pl/289/3336> [dostęp: 15.05.2018].

³² LEX nr 643811.

której dane dotyczą, pozostaje w układzie podległości względem podmiotu, któremu zgoda ma być udzielona³³.

Jednak nawet gdyby nie opierać się na powyższym, to przepis art. 22¹ § 1 k.p. taksatywnie wskazuje, jakich informacji można żądać od kandydata do pracy. Nie wskazano tam, że pracodawca może domagać się od osoby ubiegającej się o zatrudnienie jakichkolwiek danych wrażliwych. Skoro tak, to ich przetwarzanie co do zasady jest niedozwolone. Co do zasady, gdyż podobnie jak przy weryfikacji historii kryminalnej czy badaniu poligraficznym, są wyjątki ustawowe, które na to pozwalają. Odnosi się do tego przepis art. 22¹ § 5 k.p., zgodnie z którym w zakresie nieuregulowanym w § 1–4 do danych osobowych, o których mowa w tych przepisach, stosuje się przepisy o ochronie danych osobowych. Co ciekawe, Sąd Najwyższy w wyroku z 5 sierpnia 2008 r., sygn. I PK 37/08³⁴, wskazał, że polecenie pracodawcy nakładające na pracownika obowiązek udzielenia informacji (danych osobowych) niewymienionych w art. 22¹ § 1 i 2 k.p. lub w odrębnych przepisach (art. 22¹ § 4 k.p.) jest niezgodne z prawem (art. 100 § 1 k.p.) i dlatego odmowa jego wykonania nie może stanowić podstawy rozwiązania umowy o pracę w trybie art. 52 § 1 pkt 1 k.p. Nie może więc dla pracownika wywoływać negatywnych konsekwencji jego zachowanie polegające na odmowie udzielenia informacji, których nie wymaga od niego ustawa. Po raz kolejny widać więc, jak mocno działa funkcja ochronna prawa pracy w odniesieniu do pracownika.

Biochipy – kontrolowanie pracowników za pomocą technologii identyfikacji radiowej (RFID)

Według mnie dozwoloną granicę pozyskiwania danych biometrycznych przekracza również RFID (*Radio-Frequency Identification*), tzw. technologia bliskiego odczytu³⁵. Jest to system kontroli, który wykorzystuje do komunikacji fale radiowe, dzięki mikrourządzeniom elektronicznym, nazywanym znacznikami (tagami, transponderami, chipami)³⁶.

³³ P. Fajgielski, *Zgoda na przetwarzanie danych*, [w:] *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, red. G. Sibiga, X. Konarski, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 47.

³⁴ OSNP 2010/1-2/4.

³⁵ Za autora metody uważa się Thomasa W. Heetera, który w marcu 1999 r. w Houston opatentował swój wynalazek (patent nr 5.878.155) i nadał mu następujący opis: „Sposób weryfikacji ludzkiej tożsamości podczas uczestniczenia w elektronicznej transakcji handlowej”.

³⁶ Zob. J. Terstegge, *Komentarz*, [w:] *Prawo do prywatności – prawo do godności*. 26. Międzynarodowa Konferencja Ochrony Prywatności i Danych Osobowych, 14–16 września 2004 Polska, Wrocław, Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, Warszawa 2006, s. 99–101.

Transponder RFID to radiowe urządzenie nadawcze lub nadawczo-odbiorcze, które wysyła sygnał zawierający kodowane dane identyfikacyjne, ale tylko w odpowiedzi na pobudzenie sygnałem radiowym o określonej częstotliwości. Mikroprocesory emitują jednoznacznie identyfikowany numer w momencie pobudzenia radiowym sygnałem pochodzącym z czytnika. Pozwala to na identyfikację i śledzenie przedmiotów (biochip-implant pozwala zrealizować te funkcje w stosunku do żywych organizmów) także dlatego, że znaczniki te są niewielkie (znaczniki mogą być wielkości ziarnka piasku i działać bez baterii; są też znaczniki większe, mające własny system zasilania i większy zasięg transmisji)³⁷.

Informacje zawarte w chipie są zaszyfrowane i mogą być dostępne przez fizyczne zbliżenie do czytnika, z kolei chip RFID może być zamontowany w samochodzie, na ubraniu, w karcie, ale również wszczepiony w ludzkie ciało – taki implant jest tzw. biochipem. W literaturze przedmiotu pisze się, że aktualnie jedną z „najnowocześniejszych metod kontroli pracowników jest wykorzystanie technologii identyfikacji radiowej – RFID. [...] Technologia RFID stanowi kompilację geolokalizacji z technologią biometryczną”³⁸.

Biochipy są udoskonalonymi kodami kreskowymi – istnieje inna metoda identyfikacji, tj. wytatuowanie na ręce lub czoło znaku w formie kodu kreskowego. Taki tatuaż zawiera dane personalne potrzebne do ustalenia tożsamości podmiotu.

W 2015 r. jeden ze szwedzkich pracodawców, firma Epicenter, zdecydował się na wszczepienie pracownikom, którzy dobrowolnie się na to zgodzili, biochipów. Pracownicy poprzez przyłożenie ręki do czytnika mogą dostawać się do pomieszczeń i zbiorów danych, kopiować i skanować dokumenty, odbierać telefony, łączyć się z Internetem, robić zakupy online, a nawet płacić w sklepie.

Oczywiście nie kwestionuję przydatności nowych technologii – choćby do odnajdywania porwanych lub zaginionych osób (np. chorych na chorobę Alzheimera) czy monitorowania więźniów – ani możliwości ich zastosowania w medycynie – np. do badań czy usprawniania organizmu (rozzrusznik serca, aparat słuchowy), jednak w stosunkach pracy jej zastosowanie wydaje się niepotrzebne, a w realiach polskich – wręcz zabronione. Pracodawca byłby w stałym posiadaniu informacji na temat pracownika, szczególnie o jego lokalizacji, przez co mógłby go nieustannie kontrolować, a wręcz inwigilować. W tym zakresie praca ludzka nie może więc zostać zalgorytmizowana. Biochipy, skoro stają się nierozdzielalnym elementem ludzkiego ciała, naruszają

³⁷ K.M. Szymorek, *Aspekty prawne kontrolowania pracowników za pomocą technologii identyfikacji radiowej (RFID)*, „Monitor Prawa Pracy” 2012, nr 10, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zoge2dkmbvge2dcmy> [dostęp: 15.05.2018].

³⁸ *Ibidem*.

nadrzędne wartości, o których pisałam wyżej. Z korzystania z czytnika linii papilarnych można zrezygnować w każdym momencie, a z biochipa – już niekoniecznie.

Zawody zagrożone wyparciem z rynku i zawody przyszłości

Należy zadać sobie pytanie, czy w związku ze zmianami globalizacyjnymi i rozwojem technologicznym istnieją zawody zagrożone wyparciem z rynku pracy, oraz *a contrario* – zawody przyszłości.

Według raportu *Aktywni+. Przyszłość rynku pracy*³⁹ serwisu Gumtree.pl, 40% miejsc pracy w Polsce zastąpią w przyszłości roboty i maszyny. Nowe technologie, w tym maszyny, już wyparły z rynku pracy wielu pracowników – szczególnie w fabrykach. Stało się tak, ponieważ praca człowieka okazała się bardziej zawodna i mniej opłacalna niż praca zautomatyzowanych robotów. Maszyna jest szybsza, dokładniejsza oraz mniej kłopotliwa – poza bieżącym serwisem nie potrzebuje przerw w pracy, nie żąda podwyżki, nie dotyczy jej minimalna stawka wynagrodzenia, nie bierze urlopu na żądanie czy zwolnienia chorobowego. Człowiek okazuje się więc mniej wydajny. Jednak czy każdą pracę da się zautomatyzować? Wydaje się, że nie, a nawet jeśli się dało, to nie byłoby to słuszne. Zgodnie z raportem, za około 25 lat cyfryzacja i automatyzacja doprowadzi do tego, że najbardziej pożądanymi i najlepiej opłacanymi zawodami będą te, w których pracuje się na dużych zbiorach danych, w tym danych statystycznych. Konieczna będzie ich analiza i interpretacja celem otrzymania wyników. W związku z tym jeszcze bardziej rozwinie się branża IT i robotyka. Na łatwe znalezienie pracy będą mogli liczyć inżynierzy, programiści i developerzy (*data scientist*, *DevOps engineer* oraz *data engineer*), pracujący nad analizą danych, tworzeniem programów i aplikacji oraz rozwojem sztucznej inteligencji. Niewątpliwie muszą to być osoby z wysokim wykształceniem, wykwalifikowane i z odpowiednim doświadczeniem. Pomimo tego i tak istnieją już boty – programy wykonujące określone czynności (np. w zakresie programowania) w zastępstwie pracownika.

Z kolei według raportu Warszawskiego Instytutu Studiów Ekonomicznych *Czy robot zabierze Ci pracę? Sektorowa analiza komputeryzacji i robotyzacji europejskich rynków pracy*⁴⁰ w Polsce najbardziej zagrożonymi zawodami

³⁹ *Aktywni+. Przyszłość rynku pracy. Raport Gumtree 2017*, http://www.delab.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2017/04/DELabUW_raport_Aktywni.pdf [dostęp: 15.05.2018].

⁴⁰ *Czy robot zabierze Ci pracę? Sektorowa analiza komputeryzacji i robotyzacji europejskich rynków pracy*, Warszawski Instytut Studiów Ekonomicznych, Warszawa, [b.d.], http://wise-europa.eu/wp-content/uploads/2016/03/PolicyWorking-WISE-_nr1_141029.pdf [dostęp: 15.05.2018].

są robotnicy przetwórstwa spożywczego, pracownicy administracji, pracownicy obrotu pieniężnego, sprzątaczkę, robotnicy budowlani, górnicy, a także kolejarze, kasjerzy i kierowcy ciężarówek. Najmniej perspektywiczne, a wręcz wymierające są następujące profesje: doradca klienta bankowego, pracownicy wywołujący zdjęcia i operatorzy maszyn procesu fotograficznego, sporządzający sprawozdania podatkowe, agenci cargo i przewozu, zegarmistrzowie, agenci ubezpieczeniowi, technicy matematycy, krawcy, wyszukiwacze tytułów, telemarketerzy. Mówi się też, o możliwości zastąpienia pracy sędziów przez roboty⁴¹. Wydaje się to bardzo abstrakcyjne, aczkolwiek możliwe.

Carl B. Frey i Michael A. Osborne, naukowcy z Uniwersytetu Oksfordzkiego, opublikowali w 2013 r. wyniki pracy na projekcie *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*⁴². W raporcie można znaleźć zawody zagrożone wyeliminowaniem przez komputeryzację i automatyzację. Wprawdzie badania odnoszą się do krajów najbardziej rozwiniętych gospodarczo, w tym USA i krajów anglosaskich, niemniej jednak mogą stanowić pewien wyznacznik dla Polski. Według naukowców istnieją trzy czynniki, które zapobiegają automatyzacji i zbyt niemu wkraczaniu technologii w rynek pracy. Są to ludzkie cechy i umiejętności: kreatywność, inteligencja społeczna oraz zdolności skutecznego zarządzania zadaniami. Dzięki temu zawody takie jak: terapeuci rekreacyjni, kierownicy zespołów: mechaników, monterów, serwisantów, dyrektorzy zarządzający sytuacjami kryzysowymi, pracownicy ochrony zdrowia psychicznego i terapii odwykowych, terapeuci zajęciowi, protetycy, pracownicy pomocy społecznej, chirurdzy jamy ustnej i twarzowo-szczękowi, dowódcy w straży pożarnej i służbach bezpieczeństwa – nie są zagrożone „wyginięciem” w ciągu najbliższych 20 lat. Na liście zamieszczono 702 zawody (im niższa pozycja na liście, tym większe prawdopodobieństwo komputeryzacji danego zawodu) – dla przykładu na 123. miejscu byli pisarze, na 144. lekarze i pielęgniarki (z zastrzeżeniem, że lekarze chirurdzy znaleźli się na 15. pozycji), na 333. rzeźnicy, a na 353. sędziowie prawa administracyjnego. Na 424. miejscu pomywacze, na 453. zarządcy nieruchomości komunalnych i prywatnych, na 505. tapetiarze, 541. rzeczoznawcy nieruchomości, a na 677. analitycy kredytowi.

⁴¹ *AI zastąpi także sędziów?*, http://www.geekweek.pl/news/2017-03-23/ai-zastapi-takze-sedziow_1661209/ [dostęp: 15.05.2018].

⁴² C.B. Frey, M.A. Osborne, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, September 17, 2013, https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf [dostęp: 15.05.2018].

Uberyzacja zatrudnienia, ICT based work, crowd employment

Paczkomaty, pralniomaty, dostawa dronami, drukarki 3D, hologramy, aplikacje mobilne – wszystko to wpływa na zmianę naszego życia i konsumpcjonizm. Rozwój technologii zaspokaja potrzeby społeczne młodego „cyberpokolenia”, nazywanego iPokoleniem. Wyrażna jest ogólna tendencja do digitalizacji usług, które dostarczane są drogą internetową, a co za tym idzie – do rozwoju technologii.

I tak, w związku z rozwojem aplikacji mobilnych, coraz mniej przydatny może okazać się np. zawód taksówkarza. Aplikacja Traficar, dzięki której można krótkoterminowo wynająć auto, jest niezwykle popularna w Polsce. Podobnie Uber czy Lyft, aplikacje, która niejako zastępuje tradycyjne korporacje taksówkarskie. Wystarczy w aplikacji jeden dotyk, a samochód już jedzie, gdyż system szybko lokalizuje pasażera⁴³. Nie ma konieczności wykonywania tradycyjnych połączeń telefonicznych i długiego oczekiwania. Analogicznie działają Deliveroo czy Uber Eats – realizujące usługę dostarczania jedzenia.

Wzrost popularności samozatrudnienia i świadczenia usług, np. przewozu na żądanie nazwano „uberyzacją zatrudnienia”⁴⁴. Jest to tzw. praca na życzenie za pośrednictwem aplikacji (*work on demand via apps*). Praca taka najczęściej jest świadczona w transporcie, przy sprzątanii, załatwianiu drobnych sprawunków, a nawet przy pracach biurowych⁴⁵. Używam tu słowa „praca”, ale niewątpliwie nie jest ona wykonywana w warunkach k.p., a osoby ją świadczące nie są pracownikami w rozumieniu art. 2 k.p. „Uberyzacja zatrudnienia” prowadzi do: braku stabilności zatrudnienia (dorywczości) i należyte

⁴³ Pomimo powyższych ułatwień specjaliści z Google’a, Tesli i Ubera pracują nad w pełni autonomicznymi samochodami. Prowadzone testy wykazują, że takie rozwiązanie może być nawet bezpieczniejsze niż jazda samochodem kierowanym przez człowieka.

⁴⁴ Jak pisze Uber na swojej stronie: „Stań się swoim własnym szefem i zarabiaj, jeżdżąc, kiedy chcesz, ile chcesz”, *Zarejestruj się, aby zostać kierowcą*, Uber, https://www.uber.com/al/join?ec_exp=1&exp=70801t&city=krakow&utm_source=AdWords_Brand&utm_campaign=search-google-brand_139_495_pl-krakow_d_txt_acq_cpc_pl-pl_%2Buber_kwd-38545560932_148380348625_23031856822_b_c_track-oct10urlupdate_restructure&cid=380214862&adg_id=23031856822&fi_id=&match=b&net=g&dev=c&dev_m=&cre=148380348625&kwid=kwd-38545560932&kw=%2Buber&placement=&tar=&ds_rl= [dostęp: 15.05.2018].

Spośród krajów europejskich Uber cieszy się największą popularnością w Wielkiej Brytanii, Francji i Polsce. Działalność gospodarcza aplikacji we Włoszech została zakazana, we Francji – częściowo ograniczona, w Wielkiej Brytanii – częściowo uregulowana, a w Polsce pozostaje zupełnie nieuregulowana.

⁴⁵ J. Unterschütz, *Praca w ramach platform i aplikacji cyfrowych – wyzwania dla zbiorowego prawa pracy*, cz. 1, „Monitor Prawa Pracy” 2017, nr 8, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjwhaztqni> [dostęp: 20.05.2018].

ochrony, braku możliwości korzystania z pracowniczych praw indywidualnych i zbiorowych – jak prawo do godziwego wynagrodzenia, bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony prywatności, strajku – ponadto do przeniesienia ryzyka na świadczącego usługi, fragmentaryzacji pracy, nieuczciwej konkurencji oraz nienależytych i niewystarczających gwarancji świadczeń z ubezpieczeń społecznych⁴⁶. Jednak z drugiej strony nie wolno nikomu odbierać wolności do pracy swobodnie wybranej, w tym – do samozatrudnienia.

Godne uwagi jest to, że Europejska Fundacja na rzecz Poprawy Warunków Życia i Pracy (Eurofound) wskazała nowe formy zatrudnienia – dwie postaci pracy w gospodarce cyfrowej: pracę z zastosowaniem technologii informacyjno-telekomunikacyjnych (*ICT based mobile work*) oraz *crowd employment* (w tym pracę w ramach platform cyfrowych)⁴⁷.

Praca z zastosowaniem technologii informacyjno-telekomunikacyjnych definiowana jest jako sposób organizacji pracy, w ramach którego praca wykonywana jest co najmniej częściowo, a zarazem regularnie, poza główną siedzibą przedsiębiorstwa, niekiedy w domu pracownika z wykorzystaniem technologii informacyjno-telekomunikacyjnych w celu połączenia się z systemem komputerowym stosowanym w przedsiębiorstwie [...] może być wykonywana w każdym czasie i w każdym miejscu, nawet gdy pracownik jest w trakcie podróży. Pomimo wykorzystania nowoczesnej technologii tego rodzaju praca jest często wykonywana na podstawie typowej umowy o pracę⁴⁸.

ICT based mobile work przypomina więc telepracę, która jest uregulowana w k.p. w przepisach art. od 67⁵ do 67¹⁷, jednak istnieje różnica. W warunkach telepracy praca może być wykonywana regularnie poza zakładem pracy, z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Istnieje też pewien rodzaj podporządkowania co do czasu pracy, miejsca jej świadczenia (zwykle w domu, choćby ze względu na przepisy w zakresie BHP) oraz regulacji obowiązujących wewnątrz w zakładzie pracy. Natomiast świadczenie pracy z zastosowaniem technologii informacyjno-telekomunikacyjnych odbywa się w bliżej niesprecyzowanym miejscu, niekoniecznie w domu – zatem bez podporządkowania. Forma telepracy również podpada pod definicję pracy w ramach nowych technologii, jednak w obliczu innych form nie wydaje się już tak aktualna.

⁴⁶ B. Bednarowicz, „Uberyzacja zatrudnienia” – praca w gospodarce współdziałania w świetle prawa UE, „Monitor Prawa Pracy” 2018, nr 2, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjygm3dqna> [dostęp: 20.05.2018].

⁴⁷ I. Mandl et al., *New forms of employment*, Eurofound, Luxemburg 2015, s. 1–2.

⁴⁸ J. Unterschütz, *Praca w ramach platform...*

Z kolei *crowd work* (*crowd employment*), określaną także niekiedy jako *crowdsourcing*, interpretuje się jako

pracę w ramach platform cyfrowych, rozumianą jako wykonywanie serii zadań za pośrednictwem platform cyfrowych, które umożliwiają podmiotom indywidualnym i organizacjom dostęp do nieokreślonej i nieznannej grupy innych podmiotów w celu rozwiązania określonego rodzaju problemów, zrealizowania określonych usług lub dostarczenia towarów za opłatą⁴⁹.

Dochodzi więc do wymiany usług, różnego rodzaju dóbr, informacji pomiędzy podmiotami z zakresu handlu, transportu, opieki zdrowotnej czy edukacji poprzez sieć internetową⁵⁰.

W obliczu powyższego w przyszłości może dojść do pogłębienia się zjawiska *humans-as-a-service* (ludzie jako usługa), a czwarta rewolucja przemysłowa (tzw. przemysł 4.0)⁵¹, gospodarka oparta na wiedzy i technologii, automatyzacji, robotyzacji, sztucznej inteligencji (*artificial intelligence*, AI) zmieni w przyszłości rynek pracy. Praca ludzka nadal będzie potrzebna, tym bardziej że technologie starzeją się i dezaktualizują. Trzeba jednak mieć też na uwadze podejście bardziej sceptyczne, mówiące o tzw. bezrobociu technologicznym – gdyż w pewnych zawodach maszyny mogą wyprzeć człowieka.

RODO w prawie pracy

W związku z wejściem w życie RODO doszło do uchwalenia nowej ustawy o ochronie danych osobowych, a wraz z nią do zmiany kilkuset innych ustaw, w tym k.p. – po art. 22¹ dodano art. 22² i art. 22³. Co ciekawe, przepisy tych artykułów dotyczą sytuacji prawnej, która i tak już miała miejsce w zakładach pracy. Słusznie jednak została wprost uregulowana możliwość stosowania przez pracodawcę monitoringu oraz kontroli elektronicznej poczty służbowej i innych narzędzi pracy. Możliwości inwigilacji dzięki dostępności różnorodnych urządzeń są praktycznie nieograniczone, jednak powinno się to odbywać w myśl kilku zasad: zgodności z prawem, ze względu na usprawiedliwiony cel, z zastosowaniem proporcjonalności w stosunku do celu, transparentności, spełnienia wymagań określonych w przepisach o ochronie

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Zob. J. Unterschütz, *Nowe formy pracy w gospodarce cyfrowej – w poszukiwaniu pracownika*, [w:] *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*, red. G. Goździewicz, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 323–337.

⁵¹ Zob. T. Iwański, J. Gracel, *Przemysł 4.0. Rewolucja już tu jest. Co o niej wiesz?*, Astor, [Kraków 2016], https://www.astor.com.pl/images/Industry_4-0_Przemysl_4-0/ASTOR_przemysl4_whitepaper.pdf [dostęp: 20.05.2018].

danych osobowych⁵². Istnieją obostrzenia co do stosowania kontroli – monitoring w postaci środków technicznych umożliwiających rejestrację obrazu można wprowadzić, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa pracowników lub ochrony mienia, lub kontroli produkcji, lub zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę. Będzie to tzw. szczególny nadzór nad terenem zakładu pracy lub terenem wokół zakładu pracy. Ponadto monitoring nie może służyć do kontroli pracy świadczonej przez pracowników. Cele jego wprowadzenia są jasno określone (wyliczone enumeratywnie) w art. 22² § 1 k.p. Co do zasady, monitoring nie obejmuje pomieszczeń sanitarnych, szatni, stołówek oraz palarni lub pomieszczeń udostępnianych zakładowej organizacji związkowej, chyba że stosowanie monitoringu w tych pomieszczeniach jest niezbędne do realizacji celów wskazanych wyżej – oczywiście z zastrzeżeniem, że nie naruszy to godności oraz innych dóbr osobistych pracownika, a także zasady wolności i niezależności związków zawodowych. Monitoring może się odbywać przy zastosowaniu technik uniemożliwiających rozpoznanie przebywających w tych pomieszczeniach osób. Takie nagrania obrazu pracodawca przetwarza wyłącznie do celów, dla których zostały zebrane, i przechowuje przez okres nieprzekraczający 3 miesięcy od dnia nagrania, następnie zobowiązany jest je zniszczyć. Co ważne, w związku z powyższą regulacją zmieniły się również przepisy w zakresie źródeł prawa wewnątrzzakładowego. Postanowienie o wprowadzeniu monitoringu musi znaleźć się w układzie zbiorowym pracy, w regulaminie pracy albo w obwieszczeniu. Nie później niż na 2 tygodnie przed uruchomieniem monitoringu pracodawca jest zobowiązany powiadomić o jego wprowadzeniu pracowników. Poza powyższym obowiązkiem informacyjnym pracodawca oznacza też pomieszczenia i teren monitorowany w taki sposób, aby to było widoczne i czytelne, np. za pomocą odpowiednich znaków lub ogłoszeń dźwiękowych, nie później niż jeden dzień przed jego uruchomieniem. W zakresie nowo zatrudnionych pracowników, jeszcze przed ich dopuszczeniem do pracy pracodawca zobowiązany jest na piśmie przekazać im informacje o obowiązujących zasadach monitoringu.

Dozwolona jest również kontrola służbowej poczty elektronicznej pracownika, a także inne formy monitoringu, jednak ustawodawca nie wskazuje jakie. Tak więc dzięki katalogowi otwartemu można wywieść, że chodzi

⁵² A. Lach, *Monitorowanie pracownika w miejscu pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 10, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi2tamrzgq2tg> [dostęp: 20.05.2018]; idem, *Inwigilacja przy użyciu kamer użytkowych*, [w:] *Spółeczeństwo inwigilowane w państwie prawa*, red. P. Chrzczonowicz, V. Kwiatkowska-Darul, K. Skowroński, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2003, s. 143–150.

o kontrolę samochodu służbowego poprzez zamontowanie lokalizatora GPS, kontrolę aktywności prawnika w Internecie (np. na portalach Facebook, LinkedIn, GoldenLine), kontrolę telefonu służbowego, a nawet kontrolę osobistą, tj. przeszukiwanie w sytuacji, gdy istnieje podejrzenie czy uzasadnione podejrzenie, że pracownik wynosi z zakładu pracy mienie pracodawcy, zatem narusza podstawowe obowiązki pracownicze, w tym zasady ochrony mienia oraz zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę. Powyższe jest o tyle uzasadnione, że kontrole mogą być przeprowadzone, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia organizacji pracy umożliwiającej pełne wykorzystanie czasu pracy oraz właściwego użytkowania udostępnionych pracownikowi narzędzi pracy. Czas pokaże, jak przyjmą się nowe sposoby kontroli pracowników. *De lege lata* słusznie iż ustawodawca, choć niekompletnie, ale jednak uregulował tę kwestię. Niewątpliwie brakuje doregulowania w zakresie pobierania danych biometrycznych i możliwości kontroli z tego wynikających, a także stosowania *criminal i credit check*.

Fakt funkcjonowania w Polsce coraz liczniejszych korporacji, praca na odległość, podróże służbowe oraz komunikowanie się przez środki masowego przekazu, daje wiele możliwości, aby w mądry sposób korzystać z nowych zasad kontroli pracowników. RODO w prawie pracy zostało więc wprowadzone bardziej pod kątem pracodawców, jednak nadal z poszanowaniem konstytucyjnie chronionych godności, dóbr osobistych i prawa do prywatności.

Podsumowanie

Uważam, że rynek pracy już został zrewolucjonizowany przez nowe technologie. *De lege ferenda* prawo powinno nadążać za tym rozwojem, jednak z poszanowaniem nadrzędnych wartości i w zgodzie z autentyczną wolą kandydata na pracownika czy pracownika. Zastosowanie sztucznej inteligencji w stosunkach pracy powinno mieć granice. Zatem odpowiedź na pytanie, czy nowe technologie zrewolucjonizują rynek pracy – stanowczo brzmi: tak, jednak granice dopuszczalnej rewolucji zależą od woli każdego z nas.

Abstract

Whether new technologies will revolutionize the labour market?

The article discusses changes in the labour law in connection with globalization, automation, civilization and technological development, especially against the background of new forms of employment: „ICT based work”, „crowdworking”. It was also considered whether the use of new technologies by the employer or the future employer, including in the scope of background screening (including credit and criminal check), acquisition and use of biometric data, application of radio frequency identification technology (RFID) by implanting a chip for employee control or organizational processes improvement at the employer, does not constitute abuse of the subjective right to privacy and does not violate dignity. The above was referred to the General Data Protection Regulation of 27.04.2016 (GDPR) and related changes in the Labour Code. To determine whether new technologies will revolutionize the labour market the question was asked: are there occupations that are at risk of being forced out of the labour market due to the automation of work, and contrarily – are there professions of the future.

Key words: new technologies, Labour Law, General Data Protection Regulation (GDPR)

Streszczenie

Czy nowe technologie zrewolucjonizują rynek pracy?

W artykule poruszono temat zmian w prawie pracy w związku z globalizacją, automatyzacją, rozwojem cywilizacyjnym i technologicznym, szczególnie na tle nowych form zatrudnienia: pracy z zastosowaniem technologii informacyjno-telekomunikacyjnych (*ICT based work*) i pracy w ramach platform cyfrowych (*crowdworking*). Rozważono również, czy wykorzystywanie nowych technologii przez pracodawcę czy przyszłego pracodawcę, m.in. w zakresie *background screening* (w tym *credit* i *criminal check*), pozyskiwania i wykorzystywania danych biometrycznych, zastosowania technologii identyfikacji radiowej (RFID) poprzez wszczepianie chipa dla kontroli pracownika czy usprawnienia procesów organizacyjnych, nie stanowi nadużycia podmiotowego prawa do prywatności i wręcz nie narusza godności. Powyższe odniesiono do Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych z 27 kwietnia 2016 r. (RODO) i związanych z nim zmian w Kodeksie pracy. Aby przesądzić, czy nowe technologie zrewolucjonizują rynek pracy, postawiono pytanie: czy istnieją zawody, które są zagrożone wyparciem z rynku ze względu na automatyzację pracy, oraz przeciwnie – czy istnieją zawody przyszłości.

Słowa kluczowe: nowe technologie, prawo pracy, rozporządzenie o ochronie danych osobowych (RODO)

Jan Dytko

dr, Wydział Prawa, Administracji i Zarządzania, Instytut Prawa, Ekonomii
i Administracji, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach

Postępowanie w sprawie incydentów medycznych

Wprowadzenie

Termin „wyroby medyczne” pochodzi się z prawa unijnego i został przyjęty w polskich regulacjach prawnych. Oznacza wszelkiego rodzaju sprzęt, urządzenia techniczne i aparaty znajdujące zastosowanie w działalności leczniczej. Definicja „wyrobu medycznego” obejmuje także różnego rodzaju środki ortopedyczne, materiały medyczne i sanitarne wykorzystywane w celu zapobiegania chorobom, ich rozpoznawania i leczenia oraz usuwania skutków chorób, urazów upośledzeń oraz w rehabilitacji chorych¹.

Stanem pożądanym jest, aby w obrocie i użytkowaniu znajdowały się tylko takie wyroby, które gwarantują skuteczność działania oraz wysoki poziom bezpieczeństwa pacjentów, użytkowników i osób postronnych. Warunkiem realizacji tych założeń jest funkcjonowanie prawnych mechanizmów nadzoru nad produkcją, rejestracją i wprowadzaniem do obrotu wyrobów medycznych, ale także ewidencji, analizy oraz sposobu postępowania w przypadku niedających się uniknąć wypadków związanych ze stosowaniem tych wyrobów². Zakresem niniejszego opracowania objęto analizę ostatniego z wymienionych zagadnień, począwszy od zdefiniowania, czym jest wypadek (incydent) medyczny, poprzez całą procedurę związaną z obligatoryjnym bądź fakultatywnym zgłoszeniem jego zaistnienia, a skończywszy na skutkach z tym związanych. Metodyka przyjęta w opracowaniu ma charakter zarówno

¹ S. Poździoch, *Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 9.

² D. Wąsik, N. Wąsik, *Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015, s. 18.

teoretycznoprawny (opisowy), jak i dogmatyczny, oparty na poglądach doktryny prawa, incydentalnie również – na poglądach judykatury. Celem było wypracowanie swoistego modelu postępowania, zgodnie z chronologicznym ciągiem zdarzeń (działań) związanych z wystąpieniem incydentu medycznego. Nie bez znaczenia są także elementy prewencji – taki model może pomóc unikać incydentów medycznych w przyszłości.

Podstawowe definicje

Incydentem medycznym jest: 1) wadliwe działanie, defekt, pogorszenie właściwości lub działania wyrobu, jak również nieprawidłowość w jego oznakowaniu lub instrukcji używania, które mogą lub mogły doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia (pod pojęciem poważnego pogorszenia stanu zdrowia należy rozumieć: a) chorobę zagrażającą życiu; b) trwałe osłabienie funkcji organizmu lub trwałe uszkodzenie struktury ciała; c) stan wymagający interwencji medycznej w celu zapobieżenia chorobie zagrażającej życiu oraz trwałemu osłabieniu funkcji organizmu albo trwałemu uszkodzeniu struktury ciała. Ponadto, śmierć płodu, zagrożenie życia płodu, wrodzoną wadę lub uszkodzenie okołoporodowe – w tym także spowodowane pośrednio nieprawidłowymi wynikami badań diagnostycznych otrzymanymi za pomocą wyrobów użytych zgodnie z instrukcjami używania dostarczonymi przez wytwórcę³) – pacjenta lub użytkownika wyrobu, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* – pośrednio także innej osoby; 2) techniczna lub medyczna przyczyna związana z właściwościami lub działaniem wyrobu, która może lub mogła doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* – pośrednio także innej osoby⁴.

Przykładami incydentów medycznych mogą być: 1) błędne (pozytywne lub negatywne) wyniki testu wykonywanego przy użyciu wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro*; 2) wystąpienie wcześniej nieprzewidywanych negatywnych reakcji organizmu ludzkiego na użycie wyrobu medycznego; 3) wystąpienie nieoczekiwanych efektów ubocznych użycia wyrobu medycznego; 4) niebezpieczne interakcje wyrobu medycznego z określonymi substancjami lub produktami⁵. Podkreślenia wymaga, że pojęcie incydentu

³ Art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 211 z późn. zm. (dalej: u.w.m.).

⁴ Art. 2 ust. 1 pkt 14 u.w.m.

⁵ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 252.

medycznego należy odróżnić się od tzw. zdarzeń niepożądanych⁶. Definicja takich zdarzeń została sformułowana w art. 2 pkt 16 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne⁷. Jest to każde zdarzenie natury medycznej wywołujące negatywne skutki u pacjenta lub uczestnika badania klinicznego, któremu podano produkt leczniczy (także weterynaryjny), chociażby nie miały one związku przyczynowego ze stosowaniem tego produktu.

Zgłaszanie incydentów medycznych

Zasadą jest, że incydent medyczny zgłasza się niezwłocznie⁸. Określenie „niezwłocznie” oznacza, że w normalnych warunkach powinno to nastąpić bez zbędnej zwłoki, zatem w możliwie najszybszym terminie od stwierdzenia incydu⁹. Zgłaszanie incydentów medycznych stanowi szczególnie istotny element w procesie kompleksowo ujętego nadzoru nad wyrobami medycznymi¹⁰.

Zakres obowiązku zgłaszania incydu¹¹ medycznego jest zróżnicowany w zależności od podmiotu, który powziął informację na jego temat, a także okoliczności, w jakich incydent miał miejsce. W przypadku podmiotów leczniczych: świadczeniodawców (czyli podmiotów wykonujących działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, za które uznaje się osoby fizyczne, które uzyskały fachowe uprawnienia do udzielania świadczeń zdrowotnych i udzielają ich w ramach wykonywanej działalności gospodarczej; ponadto podmioty, realizujące czynności z zakresu zaopatrzenia w wyroby medyczne¹²) i przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku usług medycznych – obowiązek zgłoszenia dotyczy wiadomości o wystąpieniu incydu¹³ medycznego, natomiast organy administracji publicznej i podmioty wykonujące jej zadania – zobowiązane są do reagowania już w przypadku powzięcia samego podejrzenia, że incydent medyczny mógł wystąpić¹⁴.

Krąg podmiotów zgłaszających incydent medyczny jest stosunkowo szeroki i obejmuje każdego (osobę fizyczną i instytucję), niezależnie od tego, w jaki sposób dowiedziała się o danym incydencie¹⁵. Incydenty medyczne

⁶ M. Tarnawski, [w:] R. Blicharz, Ł. Chmielniak, L. Ogiegło, P. Ślęzak, M. Tarnawski, L. Wilk, *Ustawa o wyrobach medycznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 431.

⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 2142 z późn. zm.

⁸ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 253.

⁹ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 334.

¹⁰ *Ibidem*, s. 332.

¹¹ Art. 5 pkt 41 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1938 z późn. zm.

¹² D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 253.

¹³ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 431.

zgłaszane są Prezesowi Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej: Prezes Urzędu). Organ ten, w celu wyjaśnienia przyczyn i skutków incydentu medycznego oraz oceny konstrukcji i właściwości wyrobu, może wystąpić do podmiotu zgłaszającego incydent o udostępnienie próbek wyrobu, którego dotyczy incydent, oraz próbek wyrobów i wyposażenia wyrobów stosowanych łącznie z wyrobem podczas wystąpienia określonego incydentu. Prezes Urzędu może zlecić badania lub weryfikację próbek (niezbędnych do przeprowadzenia badań i weryfikacji wyrobu) instytutom badawczym, uczelniom, jednostkom certyfikującym wyroby lub laboratoriom. Jeżeli wyniki badań lub weryfikacji próbek potwierdzą, że wyrób nie spełnia określonych dla niego wymagań, koszty tych badań i weryfikacji pokrywa wytwórca, autoryzowany przedstawiciel, importer lub dystrybutor wyrobu¹⁴.

Świadczeniodawca, który podczas udzielania świadczeń zdrowotnych stwierdził incydent medyczny, jest obowiązany zgłosić go niezwłocznie wytwórcy lub autoryzowanemu przedstawicielowi, a kopię zgłoszenia przesłać Prezesowi Urzędu¹⁵. Incydent może być zgłoszony także przez pacjentów lub członków ich rodzin, przy czym ustawodawca w przypadku tych osób nie nakłada na nich obowiązku dokonania obligatoryjnego zgłoszenia, lecz daje im jedynie takie uprawnienie¹⁶. Obligatoryjnemu zgłoszeniu incydentu medycznego podlegają następujące organy administracji: Główny Inspektor Farmaceutyczny, Główny Inspektor Sanitarny, Główny Lekarz Weterynarii, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Szef Krajowej Administracji Skarbowej, Prezes Urzędu Dozoru Technicznego, Główny Inspektor Pracy, Prezes Państwowej Agencji Atomistyki, Minister Obrony Narodowej, Komendant Główny Policji, Prezes Głównego Urzędu Miar, Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia, Agencja Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji, Centrum Monitorowania Jakości w Ochronie Zdrowia, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Centralny Ośrodek Badań Jakości w Diagnostyce Laboratoryjnej, Centralny Ośrodek Badań Jakości w Diagnostyce Mikrobiologicznej oraz podmioty prowadzące zewnętrzną ocenę jakości pracy medycznych laboratoriów diagnostycznych, które podczas wykonywania swojej działalności powzięły podejrzenie, że wystąpił incydent medyczny¹⁷. Niewykonanie tego obowiązku nie jest jednak penalizowane (z wyjątkiem: świadczeniodawców, importerów, dystrybutorów, laboratoriów badawczych,

¹⁴ Art. 82 ust. 3a u.w.m.

¹⁵ Art. 74 ust. 1–2 u.w.m.

¹⁶ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 254.

¹⁷ Art. 74 ust. 3 u.w.m.

instytutów badawczych, serwisantów sprzętu medycznego¹⁸), przy czym zaniechanie przez kogokolwiek, kto powziął informację o wystąpieniu incydentu, może narazić go na potencjalną odpowiedzialność odszkodowawczą, o ile fakt niezgłoszenia incydentu wyrządzi szkodę po stronie osoby dotkniętej jego skutkami¹⁹. Obowiązek zgłoszenia o zaistniałym incydencie medycznym dotyczy również podmiotów świadczących usługi w zakresie naprawy, serwisu, utrzymania i kalibracji wyrobów²⁰.

W sytuacji gdy nie można ustalić adresu wytwórcy lub jego autoryzowanego przedstawiciela albo jeżeli ani wytwórca, ani autoryzowany przedstawiciel nie mają miejsca zamieszkania lub siedziby na terytorium RP, incydent medyczny zgłasza się dostawcy wyrobu posiadającemu miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP, przesyłając równocześnie kopię zgłoszenia Prezesowi Urzędu²¹. Jeżeli wytwórca zaprzestał prowadzenia działalności związanej z wyrobem, w związku z którym wystąpił incydent (np. postawienie wytwórcy w stan likwidacji albo prawomocne ogłoszenie jego upadłości), wówczas Prezes Urzędu sam wdraża z mocy prawa procedurę związaną z badaniem incydentu²².

Zgłoszenia incydentu medycznego dokonuje się na formularzu, w którym podaje się w szczególności: 1) datę i miejsce oraz opis incydentu medycznego i jego skutków; 2) nazwę i adres wytwórcy i autoryzowanego przedstawiciela; 3) nazwę i adres dostawcy wyrobu; 4) nazwę handlową wyrobu; 5) nazwę rodzajową wyrobu; 6) numer seryjny lub fabryczny lub numer partii lub serii wyrobu; 7) numer jednostki notyfikowanej znajdujący się obok znaku CE (deklaracja wytwórcy, że wyrób, który został wprowadzany do obrotu, spełnia wymagania zasadnicze oraz przepisy prawa, normy jakości i bezpieczeństwa dotyczące tego wyrobu); 8) imię i nazwisko osoby zgłaszającej incydent albo nazwę podmiotu zgłaszającego incydent oraz imię i nazwisko osoby dokonującej zgłoszenia w imieniu tego podmiotu; 9) dane adresowe umożliwiające kontakt z podmiotami i osobami zgłaszającymi incydent albo osobą zgłaszającą incydent w imieniu podmiotu, w tym numer telefonu i, jeżeli to możliwe, numer faksu i adres poczty elektronicznej²³. Kluczowe jest również wskazanie, czy użycie wyrobu medycznego miało miejsce po raz pierwszy, czy też było to użycie kolejne albo wielokrotne. Linią podziału wyrobów medycznych jest więc okoliczność, czy mamy do czynienia z wyrobami jednorazowego użytku,

¹⁸ Art. 102 ust. 1 u.w.m.

¹⁹ M. Tarnawski, *op. cit.*, 433.

²⁰ Art. 74 ust. 4 u.w.m.

²¹ Art. 74 ust. 5 u.w.m.

²² S. Poździoch, *op. cit.*, s. 364.

²³ Art. 74 ust. 6 u.w.m.

czy z wyrobami używanymi wielokrotnie, lub z wyrobami po regeneracji²⁴. W przypadku gdy incydent medyczny ma związek z implantem, należy podać również datę jego wszczepienia lub usunięcia, a jeżeli nie są znane – okres, przez który implant pozostawał wszczepiony²⁵.

System raportowania o incydentach medycznych

Istnieje domniemanie raportowania każdego incydentu medycznego, nawet gdy pozostają wątpliwości, czy raportowanie takie w świetle prawa jest obowiązkowe. Domniemanie to obciąża podmiot zobowiązany do zgłoszenia incydentu odpowiedzialnością za prawidłową jego kwalifikację, jako podlegającego raportowaniu, ze wszystkimi tego konsekwencjami²⁶. Oznacza to, że jedynie w sytuacji absolutnej pewności co do tego, że określone zdarzenie wyczerpuje wszystkie warunki wyłączające obowiązek raportowania, można od takiego obowiązku odstąpić, jednakże z uzasadnieniem owego odstąpienia. Wątpliwości w tym zakresie nie może być żadnych²⁷.

Otrzymanie zgłoszenia o incydencie medycznym wymaga od wytwórcy wyrobu medycznego podjęcia postępowania wyjaśniającego. Zgłaszający incydent jest zobowiązany udzielić wytwórcy oraz jego autoryzowanemu przedstawicielowi oraz każdemu innemu podmiotowi upoważnionemu przez wytwórcę do działania w jego imieniu, niezbędnej pomocy w celu wyjaśnienia związku przyczynowego pomiędzy wyrobem a zgłoszonym incydentem. W szczególności wyjaśnienia takie winny obejmować niezbędne informacje odnośnie do samego wyrobu i powstałego w związku z jego stosowaniem incydentu oraz udostępnienie wyrobu do badań i oceny²⁸. Identyczne postępowanie odnosi się do próbek, wyposażenia i innych wyrobów związanych z incydentem²⁹. W praktyce, obowiązek niesienia pomocy wytwórcy dotyczy także dystrybutorów wyrobów medycznych, serwisantów oraz pracowników świadczeniodawców (szeroko rozumianego personelu medycznego)³⁰. Co więcej, po konsultacjach z wytwórcą lub jego autoryzowanym przedstawicielem, w postępowanie wyjaśniające nad incydentem może włączyć się również sam Prezes Urzędu. Jego działania będą ogniskowały się wokół: 1) zebrania dodatkowych informacji i opinii dotyczących incydentu; 2) zlecenia

²⁴ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 336.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 436.

²⁷ *Ibidem*, s. 439.

²⁸ Art. 78 ust. 3 u.w.m.

²⁹ Art. 78 ust. 5 u.w.m.

³⁰ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 446.

opracowania niezależnych raportów dotyczących incydentu; 3) skonsultowania się z jednostką notyfikowaną, która brała udział w ocenie zgodności wyrobu; 4) wydania odpowiednich zaleceń i ostrzeżeń dla użytkowników wyrobu (prewencja)³¹.

Jeśli w ramach postępowania wyjaśniającego działania wytwórcy dotyczące wstępnej oceny (zarówno wyrobu, jak i incydentu), w zakresie czyszczenia lub odkażania (także próbek wyrobu i wyposażenia medycznego) doprowadziłyby do zmiany właściwości wyrobu, wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel winien fakt ten również zgłosić Prezesowi Urzędu³². Jeżeli Prezes Urzędu nabierze wątpliwości w tym zakresie, może zwrócić się do innego podmiotu (np. określonego instytutu medycznego) o wykonanie odpowiednich czynności, obejmujących swym zasięgiem działania wytwórcy w obszarze zmian właściwości wyrobu³³.

Wytwórca ocenia, czy zgłoszony incydent medyczny jest zdarzeniem spełniającym kryteria raportowania (podstawowe cechy raportu wytwórcy to wstępna analiza incydentu oraz informacja o wstępnych działaniach korygujących lub zapobiegawczych wdrożonych przez wytwórcę, w tym o podjętych lub przewidywanych badaniach³⁴). Kryteria raportowania mogą odnosić się do zdarzeń z wyrobem albo incydentu medycznego³⁵. Na podstawie § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie kryteriów raportowania zdarzeń z wyrobami, sposobu zgłaszania incydentów medycznych i działań z zakresu bezpieczeństwa wyrobów³⁶, zdarzenie z wyrobem i incydent medyczny podlegają raportowaniu, jeżeli spełniają łącznie następujące kryteria: 1) wystąpiło zdarzenie, incydent medyczny lub stwierdzono sytuację, która mogła lub może doprowadzić do zdarzenia lub incydentu medycznego, w szczególności gdy wyniki badań wyrobu, analiza informacji dostarczonych wraz z wyrobem lub informacje naukowe wskazują czynnik, który mógł lub może doprowadzić do zdarzenia lub incydentu medycznego; 2) istnieje uzasadnione podejrzenie, że zdarzenie, incydent medyczny lub sytuacja, która mogła lub może doprowadzić do zdarzenia lub incydentu medycznego, w szczególności, gdy wyniki badań wyrobu, analiza informacji dostarczonych wraz z wyrobem lub informacje naukowe wskazują na czynnik, który mógł lub może doprowadzić do zdarzenia lub incydentu medycznego; 3) zdarzenie doprowadziło lub mogło doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia

³¹ Art. 82 ust. 3 u.w.m.

³² Art. 78 ust. 4 u.w.m.

³³ Por. M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 447.

³⁴ Art. 76 ust. 4 u.w.m.

³⁵ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 255.

³⁶ Dz.U. z 2016 r., poz. 201 (dalej: rozporządzenie).

stanu zdrowia pacjenta, użytkownika albo w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro*, pośrednio także innej osoby. W przypadku wątpliwości, czy zdarzenie spełnia kryteria raportowania, należy uznać, że są one spełnione³⁷. W doktrynie prawa funkcjonuje pogląd, że incydent medyczny podlega obowiązkowemu raportowaniu, jeżeli doprowadził albo mógł doprowadzić (czy też może doprowadzić w przyszłości) do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, użytkownika, a w przypadku wyrobu w diagnostyce *in vitro* – pośrednio także innej osoby³⁸.

Jeżeli wytwórca oceni, że incydent medyczny jest zdarzeniem, które nie spełnia kryteriów raportowania, to dokumentuje uzasadnienie swojej decyzji i przekazuje je Prezesowi Urzędu. W przeciwnym razie, albo gdy Prezes Urzędu uzna, że incydent wymaga mimo wszystko raportowania, wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel jest zobligowany do jego sporządzenia. Raport taki ma charakter wstępny i sporządzany jest na odpowiednim formularzu³⁹. Formularz taki stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia. Zawiera on w szczególności: 1) datę i miejsce oraz opis incydentu medycznego i jego skutków (przykładowo: liczbę pacjentów, których dotknął incydent; liczbę wyrobów, których dotyczył; obecne miejsce znajdowania się wyrobu lub miejsce jego przeniesienia; wskazanie, kto posługiwał się wyrobem – profesjonalny użytkownik, pacjent czy inna osoba; wskazanie charakteru użycia wyrobu – czy było to pierwsze użycie wyrobu, czy ponowne użycie wyrobu do jednokrotnego lub wielokrotnego użytku; czy incydent wystąpił po regeneracji lub odnowieniu wyrobu; ponadto: informację, czy zaobserwowano problemy przed użyciem wyrobu, oraz informację o pacjencie – płeć, masa ciała, a także informację, jakie działania zaradcze podjęto w zakresie opieki nad pacjentem, którego dotknął incydent); 2) dane identyfikujące wytwórcę i jego autoryzowanego przedstawiciela (nazwa, adres); 3) dane identyfikujące sam wyrób, w tym: nazwę i adres dostawcy wyrobu, nazwę handlową i rodzajową wyrobu, numer seryjny lub fabryczny albo numer partii (serii wyrobu), numer jednostki notyfikującej znajdujący się obok znaku CE (*Conformité Européenne* – deklaracja producenta, że wyrób spełnia wymagania); 4) dane podmiotu zgłaszającego incydent albo osoby czyniącej to w jego imieniu (personalia albo nazwa podmiotu niebędącego osobą fizyczną, dane teleadresowe – numer telefonu, faksu oraz adres poczty elektronicznej)⁴⁰. W doktrynie prawa uznaje się, że wstępny raport z incydentu medycznego powinien

³⁷ § 2 ust. 3 rozporządzenia.

³⁸ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 257.

³⁹ Art. 76 ust. 1–3 u.w.m.

⁴⁰ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 258.

zawierać pierwszy komentarz wytwórcy oraz przewidywaną datę sporządzenia kolejnego raportu⁴¹.

Raport wstępny przesyła się Prezesowi Urzędu niezwłocznie, jednakże nie później niż w ciągu 2 dni po otrzymaniu przez wytwórcę lub jego autoryzowanego przedstawiciela informacji o poważnym zagrożeniu zdrowia publicznego spowodowanym incydem⁴². Owo zagrożenie wymaga podjęcia natychmiastowych działań w celu minimalizacji ryzyka – nie można odwlekać ich w czasie, albowiem zazwyczaj tego samego rodzaju wyrób jest równocześnie użytkowany u wielu świadczeniodawców, a nawet u jednego podmiotu udzielającego rodzajowych świadczeń zdrowotnych (np. stacje dializ albo oddziały kardiologiczne wykonujące zabiegi wszczepienia stymulantów serca⁴³). W przypadku gdy incydent medyczny wywołał śmierć pacjenta dotkniętego jego skutkami, termin raportowania jest wprawdzie dłuższy i wynosi 10 dni od zdarzenia, jednakże jest to podyktowane koniecznością ustalenia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wyrobem a incydem związanym z jego zastosowaniem. Jeżeli incydent medyczny nie był tak poważny w skutkach, tzn. jego efektem nie była np. śmierć człowieka, termin wstępnego raportowania jest jeszcze dłuższy i wynosi do 30 dni⁴⁴.

Ustawa o wyrobach medycznych nie wskazuje granicznego terminu, w jakim powinno zostać zakończone postępowanie wyjaśniające. Jeżeli owo postępowanie nie zostało jednak zakończone (przyczyny mogą być rozmaite), co zostało odnotowane w raporcie wstępnym, wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel przesyła Prezesowi Urzędu kolejny raport – w terminie określonym w pierwszym raporcie⁴⁵. Zawiera on w szczególności wyniki postępowania wyjaśniającego uzyskane do chwili sporządzenia raportu⁴⁶.

Ponieważ w pewnym momencie postępowanie wyjaśniające nad incydem medycznym winno zostać zakończone, wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel przesyła Prezesowi Urzędu raport końcowy, także sporządzony na odpowiednim formularzu. Zawiera on: 1) wyniki postępowania wyjaśniającego; 2) informacje o przewidywanych lub podjętych działaniach, takich jak dodatkowy nadzór nad wyrobami będącymi w użyciu, działania zapobiegawcze i korygujące w stosunku do przyszłej produkcji, działania zaradcze, albo informację o braku potrzeby takich działań⁴⁷. Po otrzymaniu takiego

⁴¹ *Ibidem*, s. 262.

⁴² Art. 76 ust. 5 pkt 1 u.w.m.

⁴³ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 342–343.

⁴⁴ Art. 76 ust. 5 u.w.m.

⁴⁵ Art. 78 ust. 6 u.w.m.

⁴⁶ Art. 78 ust. 11 u.w.m.

⁴⁷ Art. 78 ust. 7–8 u.w.m.

raportu, Prezes Urzędu może uznać postępowanie w sprawie wyjaśnienia incydentu medycznego za zakończone, o czym informuje wytwórcę lub jego autoryzowanego przedstawiciela⁴⁸. Ma to jednak charakter uznaniowy – Prezes Urzędu może zalecić dalsze wyjaśnianie incydentu, zwłaszcza gdy oceni, że dotychczasowe postępowanie mogło być nierzetelne, czynności w tym postępowaniu były podejmowane wybiórczo, a sam opis incydentu i podjętych czynności zaradczych był lakoniczny. Mogą tu też wchodzić w grę następujące uchybienia: nieścisłość raportu końcowego względem wcześniejszych raportów, niedokładność albo niepełność ustaleń czy wreszcie niezrozumiałe czy nielogiczne ustalenia finalne⁴⁹.

Podobne incydenty medyczne wynikające z tej samej przyczyny, które wystąpiły już kilkakrotnie i zostały poprawnie udokumentowane, a raporty ich dotyczące – ocenione przez Prezesa Urzędu, mogą być raportowane zbiorczo jako raporty okresowe⁵⁰. W tym wypadku wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel uzgadnia z Prezesem Urzędu możliwość i częstotliwość przysyłania takich raportów. Zawierają one: 1) typ raportu i uzgodniony okres zbiorczego zgłaszania; 2) liczbę incydentów medycznych – łączną i w okresie objętym raportem; 3) badania, działania korygujące i zapobiegawcze wdrożone przez wytwórcę; 4) wskazanie państw, w których dystrybuowano wyroby⁵¹.

Raportowanie wzrostu liczby lub częstości występowania incydentów medycznych

Jeżeli wytwórca, na podstawie doświadczeń dotyczących wyrobów w fazie poprodukcyjnej, stwierdzi istotny wzrost liczby lub częstotliwości występowania reklamacji albo zdarzeń i incydentów medycznych, przedstawia (lub jego autoryzowany przedstawiciel) Prezesowi Urzędu raport o trendzie w incydentach medycznych. Raport taki sporządzany jest także na formularzu, obejmującym następujące informacje: 1) datę sporządzenia i typ raportu; 2) nazwę i adres wytwórcy i autoryzowanego przedstawiciela; 3) nazwę handlową i nazwę rodzajową wyrobu; 4) numery seryjne lub fabryczne lub numery serii lub partii wyrobów; 5) klasę lub kwalifikację wyrobu; 6) numer identyfikacyjny jednostki notyfikowanej, która brała udział w ocenie zgodności wyrobu; 7) okres, w którym analizowano trend, opis trendu i analizę jego przyczyn; 8) działania korygujące i zapobiegawcze wdrożone przez wytwórcę

⁴⁸ Art. 78 ust. 9 u.w.m.

⁴⁹ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 268.

⁵⁰ Art. 79a ust. 1 u.w.m.

⁵¹ Art. 79a ust. 2–3 u.w.m.

oraz harmonogram dalszych działań; 9) wskazanie państw, w których dystrybuowano wyroby⁵².

Wytwórca ocenia także ryzyko związane z wyrobami, których dotyczy incydent medyczny lub inne zdarzenie spełniające kryteria raportowania i na podstawie wyników oceny tego ryzyka podejmuje decyzję o konieczności podjęcia działań korygujących oraz ich zakresu⁵³. Wstępne działania korygujące lub zapobiegawcze powinny dążyć do wyeliminowania ewentualnego narażenia potencjalnych pacjentów na szkodę związaną z używaniem wyrobu medycznego oraz zapobieżenie uszkodzeniom tego wyrobu, aparatury oraz urządzeń medycznych. W tym celu wytwórca i współpracujący z nim personel świadczeniodawcy powinni: 1) powołać zespół do zbadania okoliczności incydentu medycznego; 2) zabezpieczyć wyrób medyczny, co do którego istnieje podejrzenie o posiadaniu właściwości powodujących powstanie incydentu medycznego; 3) ustalić kolejność zdarzeń składających się na incydent; 4) ustalić czas incydentu, rodzaj zdarzenia i ewentualnie stan poszkodowanego pacjenta; 5) usunąć z otoczenia wyrobu wszelką aparaturę i przedmioty mogące stwarzać ryzyko uszkodzenia wyrobu lub pogłębienia istniejących usterek; 6) przesłuchać świadków incydentu i na tę okoliczność sporządzić odpowiedni protokół z uwzględnieniem oddzielenia faktów od opinii; 7) poddać przeglądowi wyrób medyczny i wszelkie urządzenia równolegle używane podczas zaistnienia incydentu medycznego. Czynności związane z oględzinami i przeglądem wyrobu medycznego mogą być dodatkowo dokumentowane fotografiami, a także rejestracją dźwięku i obrazu⁵⁴.

Prezes Urzędu ocenia adekwatność podjętych przez wytwórcę działań korygujących w obszarze przeciwdziałania incydentom medycznym. W uzasadnionych przypadkach może on udzielić wytwórcy wytycznych, obejmujących: 1) zakres badań, analiz i weryfikacji wyrobu; 2) skorzystanie z pomocy niezależnych laboratoriów i instytutów badawczych, które powinny wykonać badania, analizy i weryfikację wyrobu; 3) określenie terminów wykonania poszczególnych działań korygujących i zapobiegawczych; 4) ustalenie niezbędnych zmian w projekcie, konstrukcji lub sposobu wytwarzania wyrobu; 5) zakres uzupełnienia informacji, które będą dostarczane wraz z wyrobem, w tym o niezbędne ostrzeżenia⁵⁵.

⁵² Art. 79a ust. 6–8 u.w.m.

⁵³ Art. 82 ust. 1 u.w.m.

⁵⁴ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 262.

⁵⁵ Art. 82 ust. 2 u.w.m.

System ostrzegania przed incydentami medycznymi

Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych sporządza sprawozdania: miesięczne, kwartalne i roczne. Wydaje również własny Dziennik Rejestracji. Publikuje także almanach, obejmujący 5 działów: 1) o Urzędzie; 2) o produktach leczniczych; 3) o produktach leczniczych weterynaryjnych; 4) o wyrobach medycznych; 5) produktach biobójczych. Wydaje komunikaty dotyczące bezpieczeństwa wyrobów medycznych, ponadto biuletyny i wykazy, w tym dotyczące wyrobów medycznych⁵⁶.

Dodatkowo ustawodawca nałożył na Prezesa Urzędu obowiązki wynikające z norm zharmonizowanych dla wszystkich państw członkowskich UE, celem zapobieżenia w przyszłości sytuacjom niebezpiecznym, które mogą wywołać incydenty medyczne. W ten sposób tworzy się system wczesnego ostrzegania przed możliwością wystąpienia w państwie członkowskim takiego samego lub adekwatnego incydentu⁵⁷. System ten nakłada na Prezesa Urzędu następujące zadania: 1) sporządzenie w języku angielskim i przesłanie Komisji Europejskiej oraz właściwym organom państw członkowskich raportu dotyczącego bezpieczeństwa wyrobu (National Competent Authority Report, NCAR); 2) przekazanie danych do bazy EUDAMED. Jest to europejska baza danych dotyczących wyrobów medycznych. Baza ta zapewnia szybki i prosty dostęp do informacji zawierających dane o podmiotach działających na unijnym rynku wyrobów medycznych. Ponadto – o udzielonych tych podmiotom certyfikatach oraz prowadzonych przed te podmioty badaniach klinicznych nad wyrobami, a także o incydentach medycznych z udziałem tych podmiotów. EUDAMED ma zapewnić w tym zakresie skuteczny nadzór i kontrolę w dziedzinie wyrobów medycznych – ich produkcji, obrotu i używania w ramach wspólnego rynku⁵⁸. Obligatoryjne przekazywanie danych do EUDAMED wprowadzono decyzją nr 2010/227/UE z dnia 19 kwietnia 2010 r. Komisji Europejskiej w sprawie europejskiej bazy danych o wyrobach medycznych⁵⁹. Decyzja ta nakłada na państwa członkowskie obowiązek zgłaszania wszelkich danych o wyrobach medycznych⁶⁰.

W przypadku gdy informacje o incydencie medycznym są istotne dla ochrony bezpieczeństwa, zdrowia lub życia pacjentów, użytkowników wyrobów lub innych osób w państwach członkowskich UE, Prezes Urzędu dodat-

⁵⁶ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 356.

⁵⁷ M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 457.

⁵⁸ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 361.

⁵⁹ Dz.Urz. UE L z 2010 r., poz. 102.

⁶⁰ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 361.

kowo przygotowuje raport zawierający: 1) dane identyfikujące raport oraz dane adresowe i kontaktowe do swojego urzędu; 2) dane dotyczące wyrobu oraz numer jednostki notyfikowanej; 3) dane wytwórcy wyrobu i autoryzowanego przedstawiciela; 4) rodzaj podjętych działań zaradczych; 5) informacje uzupełniające oraz przyczynę sporządzenia raportu⁶¹. Formularz raportu stanowi załącznik nr 5 rozporządzenia.

W postępowaniach w sprawie incydentów medycznych i bezpieczeństwa wyrobów, zgłoszenia o incydentach oraz wszelkie raporty ich dotyczące, ponadto dokumentacja oceny zgodności wyrobu oraz wyniki badań i publikacje naukowe, certyfikaty zgodności, deklaracje zgodności oraz oznakowania i instrukcje używania wyrobów, powinny być (poza językiem angielskim) równolegle tłumaczone na język polski⁶². Znajduje to swoje uzasadnienie w fakcie, że prowadzenie korespondencji tylko w języku angielskim obarczone jest ryzykiem, że przy opisie konkretnego przypadku może dojść do zniekształcenia znaczenia danego terminu, który np. nie znajduje on odpowiednika w języku polskim albo określony termin w języku polskim może być różnie tłumaczony na język angielski⁶³.

Podsumowanie

W definicji incydentu medycznego zostały zawarte najważniejsze nieprawidłowości, a wystąpienie którejkolwiek z nich oznacza, że wyrób medyczny nie spełnia wszystkich odnoszących się do niego wymagań. Pomimo że procedury oceny zgodności wyrobu z tymi wymaganiami są rygorystyczne i jasno określone, to incydenty medyczne zdarzają się lub potencjalnie mogą się zdarzyć⁶⁴. Dane statystyczne w tej materii są trudne do oszacowania, jednakże warto zauważyć, że błędy natury technicznej wydają się współcześnie przeważać liczebnie nad błędami typu diagnostycznego czy błędami terapeutycznymi, ponieważ ich skala może być zbliżona do kategorii błędów organizacyjnych. Nie można pominąć też faktu, że mogą się zdarzyć takie sytuacje, w których wyrób medyczny spełnia wszystkie kryteria, wytwórca dopełnił ze swej strony wszelkich formalności przewidzianych prawem, a mimo to wystąpiły określone uchybienia i niedociągnięcia (leżące u podstaw incydentu medycznego), które zazwyczaj obciążają świadczeniodawcę, ściśle rzecz biorąc – jego personel⁶⁵.

⁶¹ Art. 83 ust. 4 u.w.m.

⁶² Art. 84 u.w.m.

⁶³ D. Wąsik, N. Wąsik, *op. cit.*, s. 280.

⁶⁴ S. Poździoch, *op. cit.*, s. 333.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 364.

Analiza materii wskazuje, że znacząca liczba błędów medycznych występuje w obszarze wytwarzania i stosowania wadliwych produktów wykorzystywanych w działalności leczniczej (np. leków, urządzeń technicznych i aparatury medycznej). Błędy w fazie projektowania, a następnie wytwarzania wyrobów medycznych powodują ciąg negatywnych konsekwencji, które aktywizują się dopiero po wprowadzeniu wyrobu do obrotu i rozpoczęciu stosowania wadliwego produktu. Pociągają to za sobą znaczące koszty, zarówno finansowe, jak i społeczne⁶⁶.

W niniejszym opracowaniu nie podejmuje się problematyki dotyczącej odpowiedzialności za przyczyny i samo powstanie incydentów medycznych. Owa odpowiedzialność mieści się w granicach prawa karnego (penalizacja pewnych zachowań związanych z incydentami), co wykracza poza obszar zainteresowań autora. Ponieważ jednak opisana problematyka dotyczy materii prawa administracyjnego, nie sposób choćby nie zasygnalizować konsekwencji, które wypływają z tej okoliczności. Otóż wystąpienie incydentu medycznego daje podstawę do realizacji przez Prezesa Urzędu władztwa administracyjnego, obejmującego wydanie decyzji administracyjnej w sprawie: 1) poddania wyrobu medycznego szczególnym wymaganiom przeciwdziałającym w przyszłości powstawaniu incydentów medycznych; 2) zakazania produkcji wyrobu medycznego (jeśli skutki związane z wywołanym przez niego incydentem były najdotkliwsze – biorąc pod uwagę życie i zdrowie ludzkie); 3) wstrzymania lub ograniczenia wprowadzenia wyrobu do obrotu i jego używania. I najsilniejszy środek oddziaływania: wycofanie wyrobu z obrotu⁶⁷. Ów środek ostatecznie stoi na straży ludzkiego życia i zdrowia – najwyższych wartości, które zawsze zyskują prymat nad wszelkimi innymi dobrami, zresztą nie tylko w sferze szeroko pojętego prawa medycznego.

Abstract

Proceedings regarding medical incidents

Medical incident is a negative phenomenon both in the area of medical activities performed by authorized entities as well as in the processes of creating medical products by its producers. No medical product gives full guarantee both of its effectiveness in the therapeutic process, as well as in achieving only the positive results to the therapy. There are cases where in addition to the primary purpose for which the product was created and subjected to use, a negative phenomenon appears in terms of health and human

⁶⁶ *Ibidem*, s. 12.

⁶⁷ Art. 86 ust. 1 u.w.m.

life – it can form a so-called medical incident. Those are the subjects of administrative opposition which is the purpose of using appropriate normative instruments. This study, based on descriptive method, is a presentation of ways and efforts eliminating the phenomenon's of such incidents in a form of legally organized series of activities of which the most radical form is the withdrawal of a defective medical product from the market in the broadly understood area of medical activities.

Key words: medical product, medical phenomena, protection of health and human live

Streszczenie

Postępowanie w sprawie incydentów medycznych

Incydent medyczny stanowi negatywne zjawisko zarówno w obszarze wykonywania działalności leczniczej przez uprawnione do tego podmioty, jak i procesów wytwarzania wyrobów medycznych przez producentów. Żaden produkt medyczny nie daje pełnej gwarancji swojej skuteczności w procesie leczniczym ani w osiąganiu wyłącznie pozytywnych rezultatów związanych z prowadzą terapią. Istnieją bowiem przypadki, gdy oprócz podstawowego celu, dla którego wyrób medyczny został wytworzony i jest używany, pojawiają się negatywne z punktu widzenia zdrowia i życia pacjenta zjawiska, przybierające postać tzw. incydentów medycznych. Podlegają one zwalczaniu metodami administracyjnymi, czemu służy odpowiednie instrumentarium normatywne. Niniejsze opracowanie, oparte na metodzie opisowej, stanowi prezentację sposobów skutecznego zapobiegania występowaniu takich incydentów, w formie prawnie zorganizowanego ciągu czynności, które ostatecznie mogą doprowadzić do wycofania wadliwego produktu medycznego z obrotu w szeroko pojętym obszarze działalności medycznej.

Słowa kluczowe: wyrób medyczny, zjawiska medyczne, ochrona zdrowia i życia ludzkiego

GLOS Y

GLOSSES

Beata Stępień-Załucka

PhD, Faculty of Law and Administration, University of Rzeszów

**Lawfulness in Poland vs the application
of the European arrest warrant.
Commentary on the judgement of the Court of Justice
of the European Union of 25 July 2018, C-216/18¹**

1. The discussed case refers to an extremely important issue, namely the practical application of the European arrest warrant (EAW). There is also a much broader significance, as opening of the case is related to the doubts referring to the judiciary reforms which have been taking place in Poland since 2015. Assessing the reforms the court of a foreign country was in doubt – following the objection of the suspect to whom the EAW was to be applied – whether the case of the suspect may be handled in Poland in a manner guaranteeing the suspect the basic rights, including the right to a fair trial. The question is whether in the event of doubt as to the autonomy and independence of judges there is a possibility to refuse the execution of the Polish EAW or surrendering a Polish citizen detained in a State other than Poland².

In that regard it must be mentioned that the EAW is an instrument of co-operation between the EU Member States, enabling considerably fast mutual surrendering of the requested citizens of the respective States. The operation of the EAW is based on the mechanism of mutual recognition of court adjudications. The EAW is issued by the judicial authority of the pursuing State and submitted directly to the judicial authority of a Member State, in the territory of which the requested person is staying. The judicial authorities of the latter State decide about the EAW execution and surrendering of the requested person³.

¹ ECLI:EU:C:2018:586.

² Cf. R. Grzeszczak, S. Terret, The EU's Role in Policing the Rule of Law: Reflections on Recent Polish Experience, *Northern Ireland Legal Quarterly* 2018, No. 3, p. 347–366.

³ Cf. O. Bures, European Arrest Warrant: Implications for EU Counterterrorism Efforts, *Central European Journal of International and Security Studies* 2009, No. 1, p. 21–46.

The obligatory and optional reasons for the refusal to execute the EAW have been listed in the Council Framework Decision (2002/584/JHA)⁴.

2. The discussed case was adjudicated based on the below described facts. On 1 February 2012, 4 June 2012 and 26 September 2013, Polish courts issued three European arrest warrants against the person concerned, in order for him to be arrested and surrendered to those courts for the purpose of conducting criminal prosecutions. On 5 May 2017 the person concerned was arrested in Ireland on the basis of those EAWs and brought before the referring court, the *High Court*. He informed the court that he did not consent to his surrender to the Polish judicial authorities. In support of his opposition to being surrendered, the person concerned submitted, inter alia, that his surrender would expose him to a real risk of a flagrant denial of justice in contravention of Article 6 of the European Convention of Human Rights (ECHR). In this connection, he contended, in particular, that the recent legislative reforms of the system of justice in the Republic of Poland denied him his right to a fair trial. In his submission, those changes fundamentally undermined the basis of the mutual trust between the authority issuing the European arrest warrant and the executing authority, calling the operation of the European arrest warrant mechanism into question. On the basis of the information in the reasoned proposal and of the findings of the Commission for Democracy through Law of the Council of Europe relating to the situation in the Republic of Poland and to the effects of the recent legislative reforms on its system of justice, the referring court concluded that, as a result of the cumulative impact of the legislative changes that have taken place in the Republic of Poland since 2015 concerning, in particular, the Constitutional Court (Trybunał Konstytucyjny), the Supreme Court (Sąd Najwyższy), the National Council for the Judiciary (Krajowa Rada Sądownictwa), the organisation of the ordinary courts (sądy powszechne), the National School of Judiciary (Krajowa Szkoła Sądownictwa) and the Public Prosecutor's Office (Prokuratura), the rule of law has been breached in that Member State. The referring court bases that conclusion on changes found by it to be particularly significant, such as:

- the changes to the constitutional role of the National Council for the Judiciary in safeguarding independence of the judiciary, in combination with the Polish Government's invalid appointments to the Constitutional Court and its refusal to publish certain judgements;
- the fact that the Minister for Justice is now the Public Prosecutor, that he is entitled to play an active role in prosecutions and that he has a disciplinary

⁴ Official Journal L 190, 18/07/2002, p. 1–20.

role in respect of presidents of courts, which has the potential for a chilling effect on those presidents, with consequential impact on the administration of justice;

- the fact that the Supreme Court is affected by compulsory retirement and future appointments, and that the new composition of the National Council for the Judiciary will be largely dominated by political appointees; and
- the fact that the integrity and effectiveness of the Constitutional Court have been greatly interfered with in that there is no guarantee that laws in Poland will comply with the Polish Constitution, which is sufficient in itself to have effects throughout the criminal justice system.⁵

That being so, the referring court considered, on the ground that the ‘wide and unchecked powers’ of the system of justice in the Republic of Poland are inconsistent with those granted in a democratic State subject to the rule of law, that there is a real risk of the person concerned being subjected to arbitrariness in the course of his trial in the issuing Member State. Thus, surrender of the person concerned would result in breach of his rights laid down in Article 6 of the ECHR and should, accordingly, be refused. In those circumstances, the *High Court* decided to stay proceedings and refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

(1) Notwithstanding the conclusions of the Court of Justice in [the judgement of 5 April 2016,] *Aranyosi and Căldăraru* [(C-404/15 and C-659/15 PPU, EU:C:2016:198)], where a national court determines there is cogent evidence that conditions in the issuing Member State are incompatible with the fundamental right to a fair trial because the system of justice itself in the issuing Member State is no longer operating under the rule of law, is it necessary for the executing judicial authority to make any further assessment, specific and precise, as to the exposure of the individual concerned to the risk of unfair trial where his trial will take place within a system no longer operating within the rule of law?

(2) If the test to be applied requires a specific assessment of the requested person’s real risk of a flagrant denial of justice and where the national court has concluded that there is a systemic breach of the rule of law, is the national court as executing judicial authority obliged to revert to the issuing judicial authority for any further necessary information that could enable the national court discount the existence of the risk to an unfair trial and if so, what guarantees as to fair trial would be required?

At the same time, the referring court requested that the present reference be dealt with under the urgent preliminary ruling procedure provided for in Article 107 of the Rules of Procedure of the Court.

⁵ See the justification to the CJEU decision of 25 July 2018 – C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586.

3. Deciding in the case, the Court pointed out specifically that the requirement of judicial independence forms part of the essence of the fundamental right to a fair trial, a right which is of cardinal importance as a guarantee that all the rights which individuals derive from EU law will be protected and that the values common to the Member States set out in Article 2 Treaty of the European Union (TEU), in particular the value of the rule of law, will be safeguarded. In accordance with Article 19 TEU, which gives concrete expression to the value of the rule of law affirmed in Article 2 TEU, it is for the national courts and tribunals and the Court of Justice to ensure the full application of EU law in all Member States and judicial protection of the rights of individuals under that law. The very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is of the essence of the rule of law. It follows that every Member State must ensure that the bodies which, as 'courts or tribunals' within the meaning of EU law, come within its judicial system in the fields covered by EU law meet the requirements of effective judicial protection. In order for that protection to be ensured, maintaining the independence of those bodies is essential, as confirmed by the second paragraph of Article 47 of the Charter [of Fundamental Rights of the European Union], which refers to access to an 'independent' tribunal as one of the requirements linked to the fundamental right to an effective remedy. The independence of national courts and tribunals is, in particular, essential to the proper working of the judicial cooperation system embodied by the preliminary ruling mechanism under Article 267 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), in that, in accordance with the Court's settled case-law, that mechanism may be activated only by a body responsible for applying EU law which satisfies, *inter alia*, that criterion of independence. The high level of trust between Member States on which the European arrest warrant mechanism is based is thus founded on the premiss that the criminal courts of the other Member States – which, following execution of a European arrest warrant, will have to conduct the criminal procedure for the purpose of prosecution, or of enforcement of a custodial sentence or detention order, and the substantive criminal proceedings – meet the requirements of effective judicial protection, which include, in particular, the independence and impartiality of those courts. It must, accordingly, be held that the existence of a real risk that the person in respect of whom a European arrest warrant has been issued will, if surrendered to the issuing judicial authority, suffer a breach of his fundamental right to an independent tribunal and, therefore, of the essence of his fundamental right to a fair trial, a right guaranteed by the second paragraph of Article 47 of the Charter, is capable of permitting the executing judicial authority to refrain, by way of

exception, from giving effect to that European arrest warrant, on the basis of Article 1(3) of Framework Decision 2002/584⁶. Thus, where, as in the main proceedings, the person in respect of whom a European arrest warrant has been issued, pleads, in order to oppose his surrender to the issuing judicial authority, that there are systemic deficiencies, or, at all events, generalised deficiencies, which, according to him, are liable to affect the independence of the judiciary in the issuing Member State and thus to compromise the essence of his fundamental right to a fair trial, the executing judicial authority is required to assess whether there is a real risk that the individual concerned will suffer a breach of that fundamental right, when it is called upon to decide on his surrender to the authorities of the issuing Member State. To that end, the executing judicial authority must, as a first step, assess, on the basis of material that is objective, reliable, specific and properly updated concerning the operation of the system of justice in the issuing Member State, whether there is a real risk, connected with a lack of independence of the courts of that Member State on account of systemic or generalised deficiencies there, of the fundamental right to a fair trial being breached. Information in a reasoned proposal recently addressed by the Commission to the Council on the basis of Article 7(1) TEU is particularly relevant for the purposes of that assessment. Such an assessment must be carried out having regard to the standard of protection of the fundamental right that is guaranteed by the second paragraph of Article 47 of the Charter. If the executing judicial authority finds that there is, in the issuing Member State, a real risk of breach of the essence of the fundamental right to a fair trial on account of systemic or generalised deficiencies concerning the judiciary of that Member State, such as to compromise the independence of that State's courts, that authority must, as a second step, assess specifically and precisely whether, in the particular circumstances of the case, there are substantial grounds for believing that, following his surrender to the issuing Member State, the requested person will run that risk. The executing judicial authority may refrain, on the basis of Article 1(3) of Framework Decision 2002/584, to give effect to a European arrest warrant issued by a Member State which is the subject of a reasoned proposal as referred to in Article 7(1) TEU only in exceptional circumstances where that authority finds, after carrying out a specific and precise assessment of the particular case, that there are substantial grounds for believing that the person in respect of whom that European arrest warrant has been issued will, following his surrender to the issuing judicial authority, run a real risk of

⁶ Cf. N. Subic, Executing a European Arrest Warrant in the Middle of a Rule of Law Crisis: Case C-216/18 PPU Minister for Justice and Equality (LM/Celmer), *Irish Journal of European Law* 2018, No. 1, p. 98 et seq.

breach of his fundamental right to an independent tribunal and, therefore, of the essence of his fundamental right to a fair trial⁷.

4. In the light of the foregoing considerations, in the opinion of the Court of Justice, the answer to the questions of the Irish court referred is that Article 1(3) of Framework Decision 2002/584 must be interpreted as meaning that, where the executing judicial authority, called upon to decide whether a person in respect of whom a European arrest warrant has been issued for the purposes of conducting a criminal prosecution is to be surrendered, has material, such as that set out in a reasoned proposal of the Commission adopted pursuant to Article 7(1) TEU, indicating that there is a real risk of breach of the fundamental right to a fair trial guaranteed by the second paragraph of Article 47 of the Charter, on account of systemic or generalised deficiencies so far as concerns the independence of the issuing Member State's judiciary, that authority must determine, specifically and precisely, whether, having regard to his personal situation, as well as to the nature of the offence for which he is being prosecuted and the factual context that form the basis of the European arrest warrant, and in the light of the information provided by the issuing Member State pursuant to Article 15(2) of the framework decision, there are substantial grounds for believing that that person will run such a risk if he is surrendered to that State.

5. The discussed case is an example of how the reforms of the judiciary, which have not been broadly discussed or justified, may affect the external perception of the standing of the national system of justice. Even the most legitimate reform of courts made by way of a 'shortcut' may raise and usually raises doubts⁸. Therefore, any change of the system of justice organisation must be made in compliance with certain standards binding in that regard. Signalling the possibility of affecting these standards, particularly by the courts of other countries, is a situation which should not be allowed when making any reforms, or at least should be limited. This has to be taken into account when introducing further changes to the judiciary.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cf. T. Trotman, Taking Judicial Independence Seriously?, *TREMA: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2018, No. 5, *passim*.

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Robert Borkowski

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego;
prezes Polskiego Towarzystwa Bezpieczeństwa Narodowego

**Dennis Howitt, *Introduction to Forensic
and Criminal Psychology***

[wyd. 6, Pearson Education Limited, London 2018, 720 s.]

Recenzowana książka brytyjskiego psychologa i kryminologa Dennisa Howitta zyskało już status pozycji klasycznej pośród podręczników akademickich dla adeptów prawa i kryminologii. Jest bowiem jedną z najlepszych i najbardziej cenionych na świecie pozycji z zakresu psychologii kryminalnej¹, czego dowodem jest szósta już jej edycja. Na tle innych, wiodących prac o charakterze podręczników lub poradników wydawanych w krajach anglosaskich w ostatniej dekadzie², osiągnęła najwięcej wydań. Jej autor jest profesorem Wydziału Nauk Społecznych w Uniwersytecie Loughborough, gdzie w Szkole Nauk Społecznych, Politycznych i Geograficznych prowadzi zajęcia z psychologii stosowanej dla słuchaczy takich kierunków studiów jak kryminologia i polityka społeczna oraz socjologia z kryminologią. Zainteresowania badawcze profesora Howitta początkowo koncentrowały się na komunikowaniu masowym w odniesieniu do prezentowania przestępczości, przemocy i pornografii w mass mediach, następnie ewoluowały w kierunku zastosowania wiedzy psychologicznej do rozwiązywania rozmaitych kwestii

¹ Zob. S. Duff, *Book review: Dennis Howitt, Introduction to Forensic and Criminal Psychology, London: Pearson, 2015*, „Psychology Learning & Teaching” 2016, vol. 15, nr 1, s. 115–116.

² Zob. m.in. H. Gavin, *Criminal and Forensic Psychology*, Sage, Thousand Oaks 2018; R. Forbes, *Criminal Psychology*, Kimmers Publishing 2016; S. Scott-Snyder, *Introduction to Forensic Psychology: Essentials for Law Enforcement*, CRC Press, Boca Raton–London–New York 2016; I.B. Weiner, R.K. Otto, *The Handbook of Forensic Psychology*, Wiley, Hoboken, NJ 2013; C.R. Bartol, A.M. Bartol, *Introduction to Forensic Psychology. Research and Application*, Sage, Thousand Oaks 2012; C.R. Hollin, *Psychology and Crime. An Introduction to Criminological Psychology*, Routledge, Abingdon 2012; C.R. Bartol, A.M. Bartol, *Current Perspectives in Forensic Psychology and Criminal Behavior*, Sage, Thousand Oaks 2011; D. Canter, *Forensic Psychology: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2010; D. Gadd, T. Jefferson, *Psychological Criminology. An Introduction*, Sage, Thousand Oaks 2007.

społecznych. Liczba jego publikacji, powstałych w ciągu przeszło czterdziestu lat pracy naukowej, jest imponująca, są wśród nich prace na temat sprawców przestępstw seksualnych, wpływu pokazywania przemocy w mediach na społeczeństwo, statystyki i metod obliczeniowych, metodologii badań oraz jakościowych metod badań w psychologii.

Książka *Introduction to Forensic and Criminal Psychology* [Wprowadzenie do psychologii sądowej i kryminalnej] ma znaczną objętość (720 stron) i podzielona została na dwadzieścia siedem rozdziałów tematycznych, co zapewniło jej przejrzysty, ułatwiający lekturę układ treści. We Wprowadzeniu autor wyjaśnia, że najważniejszą ideą przyświecającą mu podczas pisania książki była chęć przedstawienia psychologii sądowej i kryminalnej jako wciąż dynamicznie rozwijającej się dyscypliny (s. XXV). Dobitnie podkreśla, by podczas studiowania problemów psychologii kryminalnej nie zapominać o różnicach pomiędzy systemami prawnymi, policyjnymi, wymiaru sprawiedliwości i penitencjarnymi różnych krajów świata – zwłaszcza o różnicach pomiędzy systemem amerykańskim a europejskimi. Chociaż bowiem mechanizmy zachowań jednostkowych i społecznych są podobne mimo różnic kulturowych, to doświadczenia z działań funkcjonariuszy, śledczych, prokuratorów itd., bynajmniej nie będą przydatne w krajach o odmiennej kulturze prawnej i całkowicie różnym systemie prawa karnego.

Pięć pierwszych rozdziałów poświęconych jest problematyce kryminologicznej i socjologicznej. W rozdziale otwierającym książkę autor rozpatruje, czym jest psychologia kryminalna i sądowa, przytaczając definicje psychologii kryminalnej zaproponowane przez brytyjskie, australijskie i amerykańskie towarzystwa psychologiczne. Wyróżnia m.in. psychologię kliniczną, kognitywną, społeczną, policyjną, śledczą (profilowanie) oraz resocjalizacji (s. 6) i podkreśla, że szczególnie rozwój psychologii sądowej oraz kryminalnej datuje się od lat 80. ubiegłego wieku. Wszelkie definicje i relacje między kategoriami pojęciowymi prezentowane są w starannie opracowanych i czytelnych diagramach. Dodatkowo każdy rozdział otwiera jednostronicowe omówienie najważniejszych kwestii (*Overview*), gdzie przytaczane są definicje kluczowych pojęć. Rozdział drugi poświęcony jest społecznym kontekstom przestępczości, a głównie problematyce tworzenia statystyk przestępczości, w tym różnic pomiędzy statystykami sądowymi, policyjnymi oraz danymi pochodzących z surveyów wiktymologicznych (s. 19). Rozdział trzeci prezentuje zagadnienia psychologii społecznej, w tym problematykę społecznych postaw wobec przestępczości oraz kwestie psychologii i socjologii strachu przed przestępczością; autor wzmiankuje tu zagadnienie paniki moralnej. W kolejnym rozdziale dominuje tematyka wiktymologiczna, Howitt zajmuje się problematyką

ofiar przestępstw i omawia rolę PTSD w procesach rewiktylizacji (s. 51). W zamykającym tę część podręcznika rozdziale piątym, w zwięzły i klarowny sposób przedstawione i porównane zostały teorie kryminologiczne.

Kolejne rozdziały (od szóstego do dziesiątego) odnoszą się do przestępczości pospolitej. W rozdziale szóstym przeprowadzono analizę antyspołecznych zachowań nastolatków w krajach Europy, Ameryki Północnej i Ameryki Łacińskiej. Autor przytacza wyniki globalnych badań, w których spośród krajów Europy Wschodniej i Środkowej przebadano populacje Polski, Rosji oraz Estonii. Rozdział siódmy poświęcony jest problematyce kradzieży oraz innych przestępstw przeciwko mieniu (kradzieże z włamaniem, podpalenia, zniszczenia, wandalizm itp.). Howitt przytacza dane z brytyjskich badań, z których wynika, że 40% mężczyzn i 22% kobiet popełnia w ciągu swojego życia przynajmniej jeden akt przywłaszczenia mienia, co w ostatnich latach wiąże się zwłaszcza z nasileniem zjawiska kradzieży sklepowych w Wielkiej Brytanii. W rozdziale ósmym autor podejmuje problematykę przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Przytacza socjologiczne, psychologiczne oraz socjobiologiczne teorie przemocy. Pisz o efektach oddziaływania scen przemocy prezentowanych w mass mediach na psychikę młodych ludzi oraz wzmiankuje o przemocy domowej i zjawisku stalkingu. Rozpatrując przemoc domową, Howitt bierze pod uwagę również przemoc kobiet wobec mężczyzn (w europejskich statystykach jest to zazwyczaj 10% aktów przemocy domowej). Zauważa, że stosunkowo rzadko stalking wiąże się lub jest motywowany chęcią stosowania przemocy – chociaż ofiary tej formy prześladowania mogą czuć się fizycznie zagrożone. Na koniec autor podkreśla, że w XX w. zaobserwowano systematyczny wzrost liczby czynów przestępczych z użyciem przemocy fizycznej. Przytacza dane z badań brytyjskich, z których wynika, że znacząca część sprawców takich przestępstw dokonuje ich tylko raz w życiu – szkoda, że Howitt nie rozwija tego wątku i nie docieka przyczyn takiego stanu rzeczy (autorefleksja? strach przed karą? udana resocjalizacja?).

Kolejne dwa rozdziały poświęcone są problematyce przestępstw na tle seksualnym. I tak w rozdziale dziewiątym Howitt poświęca uwagę przestępstwu zgwałcenia: przedstawia odnośne statystyki i typy gwałcicieli (s. 173–174), rozważa problem, czy skłonność do gwałtu można uznać za szczególną orientację seksualną (s. 169–170) oraz uczula czytelnika na szkodliwe stereotypy dotyczące zgwałceń. Następny rozdział poświęcony jest problematyce pedofilii i molestowania dzieci – z nader istotnymi refleksjami na temat częstości występowania pedofilii w społeczeństwach (s. 193).

W rozdziale jedenastym D. Howitt porusza *de facto* wątki socjologii organizacji, rozpatrując policję jako środowisko zawodowe (tytuł jest nieco mylący dla czytelnika, brzmi bowiem *Police psychology*). Na określenie warsztatu

pracy, ale też form reagowania na stres i związane z nim zaburzenia autor stosuje całościowe określenie *police culture* (s. 239).

Rozdział dwunasty (dodany w piątej edycji książki) poświęcony jest problematyce terroryzmu i sytuacji zakładniczych. Autor definiuje terroryzm na gruncie nauki brytyjskiej i skupia uwagę na psychologicznych efektach zamachów terrorystycznych, lapidarnie odnosząc się do zagadnień szacowania ryzyka ataków oraz przyczyn rozwoju terroryzmu, czyli społecznego podłoża radykalnych ruchów zbrojnych. Rozważa alternatywę, czy istnieje osobowość terrorysty, czy też należy uznać terroryzm za rodzaj psychopatologii (s. 251–252). W końcowej części tego rozdziału, poświęconej kryzysom zakładniczym, pisze o roli negocjacji policyjnych prowadzonych w celu uwolnienia zakładników (s. 259–261), skupiając się na aspektach psychologicznych tego rodzaju rokowań (s. 261–266). Zwraca uwagę na możliwości popełniania błędów w analizie kryminalistycznej – podaje przykład mylnego przypisania niewinnej osobie sprawstwa zamachu bombowego w Madrycie w 2004 r. na podstawie niedokładnej analizy daktyloskopijnej (s. 247–248).

W rozdziale trzynastym brytyjski kryminolog porusza jakże ważki problem zeznań naocznych świadków. Podkreśla aktualność klasycznego brytyjskiego podejścia, w którym za wiarygodne uznaje się zeznania dwóch naocznych świadków, o ile rzecz jasna nawzajem się potwierdzają (s. 268–274). Kolejne dwa rozdziały poświęcone są problematyce profilowania (podobnie jak rozdział na temat terroryzmu zostały dodane dopiero w najnowszych edycjach), przy czym rozdział czternasty dotyczy w całości profilowania kryminalnego w oparciu o model FBI, natomiast rozdział piętnasty – profilowania geograficznego i statystycznego³. Autor omawia koncepcje czołowych twórców tej metody kryminalistycznej, tj. Davida Cantera, Jamesa Brussela, Roberta Resslera i Johna Douglasa. W sposób zrozumiały przedstawia czterofazowy schemat profilowania FBI, przytacza wszakże rozliczne wątpliwości co do zasadności i skuteczności profilowania podnoszone przez krytyków tej metody. Opisuując typologię zabójców, przywołuje prace brytyjskiego profilera Paula Brittona⁴.

Rozdziały szesnasty i siedemnasty powinny być ze względu na logikę wywodu poprzedzone rozdziałem trzynastym (zeznania świadków), traktują bowiem o fałszywych oskarżeniach i zeznaniach oraz o błędach popełnianych w śledztwie. Autor prezentuje całe spektrum zagadnień – od zaburzeń i upośledzeń psychicznych, typów osobowości (np. osobowości borderline) aż po oddziaływanie

³ Zob. R. Borkowski, *Radykalizacja jako kategoria analityczna w profilowaniu terrorystów*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2014, nr 4, s. 73–82; idem, *Scotia J. Hicks, Bruce D. Sales, Profilowanie kryminalne*, przeł. A. Sawicka-Chrapkiewicz, red. nauk. wydania polskiego B. Lach, Warszawa 2015 [recenzja], „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2015, nr 2, s. 91–94.

⁴ Zob. P. Britton, *Profil mordercy*, tłum. P. Kiliński, wyd. 3, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2018.

alkoholu i narkotyków na psychikę świadków. Rozdział osiemnasty poświęcony jest psychologii kłamstwa, wykrywaniu kłamstw i określaniu wiarygodności zeznań. Howitt opisuje algorytmy postępowania, takie jak RAM, SUE czy analiza mowy ciała, podkreślając w odniesieniu do tej ostatniej, że nie ma prostego i niezawodnego sposobu detekcji kłamstwa. W rozdziale dziewiętnastym zaprezentowane zostało wykrywanie kłamstw poprzez badania poligraficzne. Omawiając fazy badania CQT (*control question technique*) poligrafem wg FBI, autor wskazuje nowatorskie próby tworzenia poligrafu w oparciu o technologię rezonansu magnetycznego (MRI) oraz elektroencefalografu (EEG). Następny rozdział odnosi się do kwestii dzieci w roli świadków.

Kolejne dwa rozdziały dotyczą problematyki sprawców przestępstw cierpiących na zaburzenia psychiczne. W rozdziale dwudziestym pierwszym Howitt porusza kwestię wykorzystywanych w kulturze masowej (filmowej) stereotypów, że zaburzenia i choroby psychiczne prowadzą do przestępczości – podkreśla, że znacznie częściej osoby takie stają się ofiarami przemocy aniżeli jej sprawcami (s. 433). W ramce na s. 441 to stereotypowe podejście zostało podsumowane następującym dialogiem:

- Dlaczego niektórzy popełniają straszliwe zbrodnie?
- Bo są psychopatami.
- Skąd wiemy, że są psychopatami?
- Bo popełniają straszliwe zbrodnie.

Autor opisuje różne rodzaje zaburzeń, chorób psychicznych i deficytów umysłowych, zgodnie z klasyfikacją WHO (s. 435). Na koniec przytacza tradycyjny pogląd na rolę służby wojskowej, która chroni młodych mężczyzn przed popełnianiem przestępstw poprzez socjalizację i kanalizację agresji (s. 443). Kolejny rozdział dotyczy kwestii niepełności sprawców przestępstw oraz osób zaburzonych lub osób o określonych deficytach psychicznych występujących przed obliczem sądu. Howitt eksponuje bardziej represyjny – w porównaniu z brytyjskim – charakter amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości. Amerykańskie sądy orzekają wobec chorych psychicznie kary więzienia, gdzie osadzeni poddawani są leczeniu psychiatrycznemu (s. 454). Rozdział dwudziesty trzeci poświęcony jest społecznemu postrzeganiu wymiaru sprawiedliwości w Zjednoczonym Królestwie oraz porównaniu systemów anglosaskich z europejskimi (kontynentalnym) w kwestiach przedstawiania dowodów, taktyki obrońców, ekspertyz biegłych itd. Rozdział dwudziesty czwarty poświęcony sądownictwu i procesom podejmowania decyzji. Howitt ponownie porównuje systemy brytyjski z amerykańskim, w tym m.in. zagadnienie oceny dowodów, komunikowania, kompromisów – i w konsekwencji podejmowania decyzji przez sędziów, ławników i ławy przysięgłych (*jury*).

Trzy ostatnie rozdziały podręcznika poświęcone zostały zagadnieniom resocjalizacji i powrotu sprawców przestępstw do społeczeństwa. W rozdziale dwudziestym piątym autor rozważa kwestię efektywności więzennictwa, przedstawiając różne koncepcje resocjalizacji, podejmując nader aktualny problem zagrożenia przemocą w zakładach karnych (s. 515–520) oraz kwestię interpretacji więzienia jako wspólnoty terapeutycznej (s. 513–515). W rozdziale dwudziestym szóstym zwięźle prezentuje problematykę psychologicznych terapii dla sprawców przestępstw seksualnych (s. 528–536) oraz program ART (*Agression Training Programme*) dla stosujących przemoc fizyczną (s. 537–541). Wreszcie w końcowym rozdziale porusza zagadnienie szacowania ryzyka recydywy. Przytacza sprawę Tarasoffa (*Tarasoff decision*) w USA w 1974 r., w której sąd uznał za zasadny obowiązek złamania tajemnicy zawodowej przez psychoterapeutę prowadzącego terapię osoby formułującej groźby w odniesieniu do potencjalnych ofiar i przekazania ostrzeżenia osobie zagrożonej. Howitt przedstawia też metody szacowania ryzyka recydywy z użyciem przemocy, takie jak OAS (*Overt Agression Scale*), HCR-20 (*Historical Clinical Risk Management for Violence*) – START (*Short-Term Assessment of Risk and Treatability*) – uznaje, że wszelkie oszacowania na podstawie psychologicznych badań klinicznych są daleko niewystarczające.

Całości opracowania dopełnia 13-stronicowy słownik najważniejszych pojęć z zakresu psychologii i kryminologii, obszerna, licząca aż 66 stron bibliografia oraz 18-stronicowy indeks nazwisk i 8-stronicowy indeks tematyczny. Książkę wydała w estetyczny sposób, choć na papierze skromnej jakości, brytyjska oficyna Pearson Education, specjalizująca się w literaturze naukowej i edukacyjnej.

Introduction to Forensic and Criminal Psychology jest jednym z najważniejszych podręczników w swojej dziedzinie. Stanowi bardzo dobre kompendium wiedzy, podanej w sposób klarowny i uporządkowany; został napisany prostym i zrozumiałym językiem, z zachowaniem dobrego stylu narracji. Rozpatrywane przykłady zdarzeń i przestępstw pozwalają czytelnikowi zrozumieć elementy teorii psychologicznych przy jednoczesnym poznawaniu praktycznej strony psychologii kryminalistycznej i sądowej. Książka Dennisa Howitta jest niezbędnym podręcznikiem brytyjskich studentów studiów licencjackich w zakresie psychologii stosowanej i kryminologii i może być polecana także polskiemu czytelnikowi – zarówno studentom studiów prawniczych i psychologicznych, jak i specjalistom chcącym poznać angielską terminologię oraz anglosaskie podejście do wielu zagadnień kryminologicznych.

Lista recenzentów

W roku 2018 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

dr hab. Jacek Barcik
dr Jarosław Czerw
dr Marcin Glicz
prof. nadzw. dr hab. Anna Golonka
dr Magdalena Grzyb
prof. nadzw. dr hab. Wojciech Maciejko
dr hab. Jacek Mazurkiewicz
dr Marcin Pieniążek
dr Ewa Plebanek
dr Bogusław Przywora
dr hab. n. o zdr. Piotr Romaniuk
dr Magdalena Rzewuska
dr hab. Małgorzata Sieradzka
mec. Jarosław Sroczyński
prof. dr hab. Andrzej Świątkowski
prof. dr hab. Tadeusz Widła
prof. nadzw. dr hab. Mariusz Załucki

