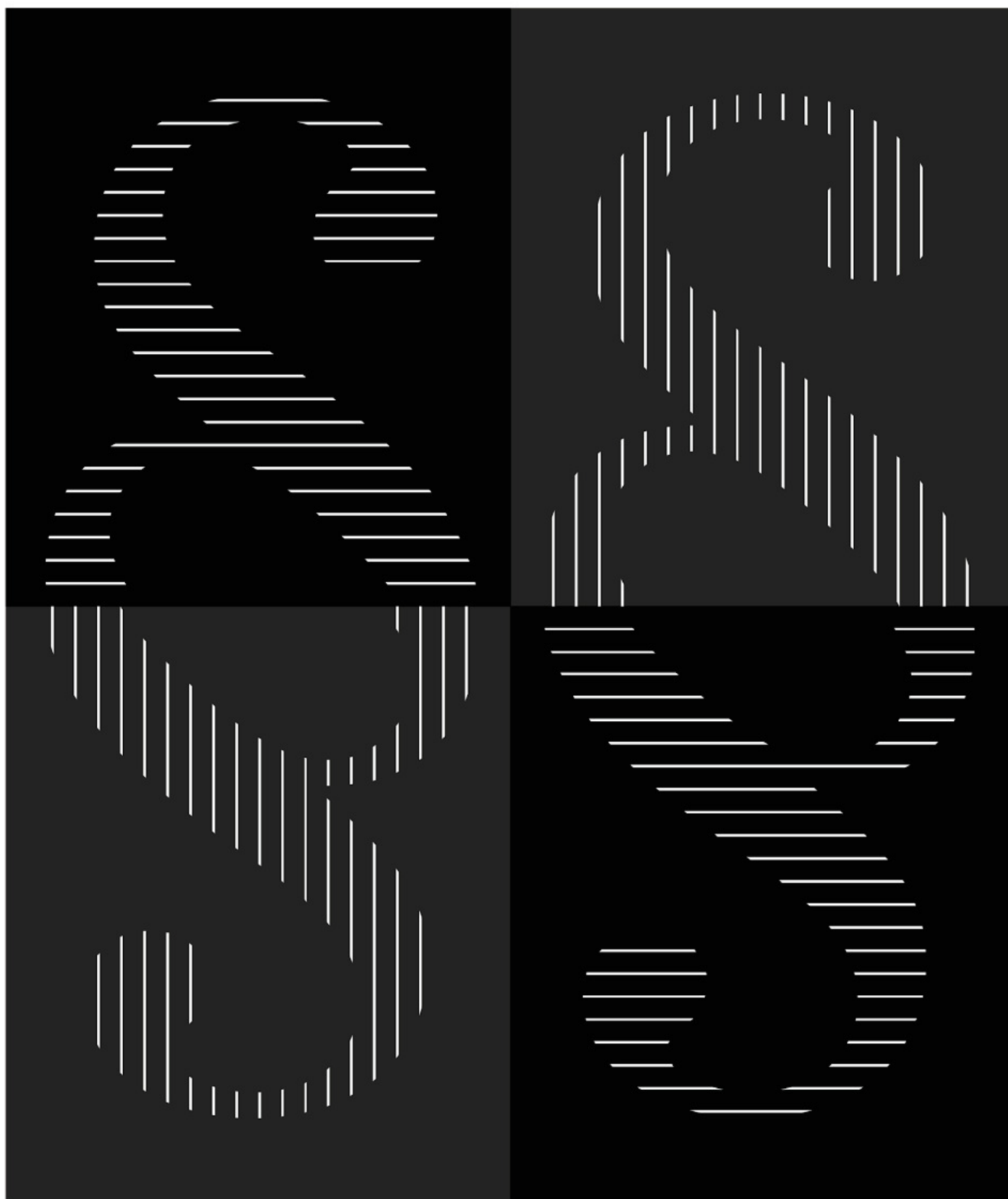


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 3 / 2016 (25)

ISSN 1689-9601 | www.ipp.tbsp.pl



Autorzy

Marcin Żurawski, Sebastian Nalazek, Dominika Szafran, Aleksandra Czarnecka, Duszan Wolczyński, Marcin Jędrysiak, Szymon Mazurkiewicz, Kamil Leśniewski, Olga Połowianiuk-Keczmerska, Anna Reterska-Trzaskowska, Łukasz Kalinowski, Paula Złotowska, Bartosz Ryt, Agata Lizak, Bartłomiej Solarz, Artur Grabowski, Joanna Mazur, Antoni Napieralski

Korekta językowa

Pracownia Edytorska Magdaleny i Jacka Pawłowiczów

Kolegium Redakcyjne

Karim Boudjouher, Kamil Burski, mgr Paweł Dziwiński, Jakub Grygutis, mgr Maciej Hadel, mgr Kamil Mamak (redaktor naczelny), mgr Mateusz Nowak, Tomasz Mraz

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31-007 Kraków
redakcja.ipp@tbsp.pl, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISSN 1689-9601

Spis treści

Marcin Żurawski, UMK

Elektroniczne zamówienia publiczne. Stan obecny i kierunki zmian.....5

Sebastian Piotr Nalazek, UWM

Prawne formy stosowania instytucji demokracji bezpośredniej na szczeblu jednostek pomocniczych gmin.....17

Dominika Szafran, UW

Przesłanki ograniczenia prawa do informacji o stanie zdrowia w polskim prawie medycznym.....28

Aleksandra Czarnecka, UJ

Charakter prawny i istota tajemnicy bankowej.....41

Duszan Wolczyński, UJ

Ograniczanie inicjatywy dowodowej strony w postępowaniu podatkowym.....70

Marcin Jędrzyński, UW

Litewska tożsamość konstytucyjna a kwestia pisowni nazwisk przedstawicieli mniejszości narodowych na Litwie.....93

Szymon Mazurkiewicz, UJ

Problem relacji bytu i powinności a koncepcja praw człowieka.....117

Kamil Leśniewski, UJ

Rules of engagement, czyli „snajperska licencja na zabijanie” w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego.....135

Olga Połowianiuk-Keczmerska, UJ

Roszczenie odszkodowawcze właściciela nieruchomości jako skutek wykonywania decyzji z art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami.....147

Anna Reterska-Trzaskowska, UŁ

Uchodźcy środowiskowi w świetle konwencji dotyczącej statusu uchodźców – przemilczany problem? 168

Łukasz Kalinowski, UJ

Prawne aspekty secesji Katalonii..... 182

Paula Złotowska , UJ

Egipski Najwyższy Sąd Konstytucyjny – jaką rolę w państwie autorytarnym spełnia sądownictwo konstytucyjne?..... 199

Bartosz Ryt, UJ

Zasada aut dedere aut iudicare w świetle Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych..... 216

Agata Lizak, WSPiA Rzeszów

Komisje uzdrowiskowe jako organy opiniodawczo-doradcze rad gmin. Geneza, obecna rola i funkcjonowanie w praktyce227

Bartłomiej Solarz, UJ

Problematyka nieruchomości zamiennej w dekrecie o własności i użytkowaniu gruntów na terenie m.st. Warszawy244

Artur Grabowski, UJ

Środki ochrony dłużnika przed egzekucją administracyjną w przypadku powstania tytułu egzekucyjnego z mocy prawa na przykładzie „opłaty dodatkowej” 256

Joanna Mazur, Antoni Napieralski, UW

Individual legal protection vs. anti-terrorist measures: the legal perspective (the saga of the Kadi cases, Hamas v. Council).....267

Marcin Żurawski*

Elektroniczne zamówienia publiczne. Stan obecny i kierunki zmian

Streszczenie

Unia Europejska zdecydowała o zastosowaniu rozwiązań określanych jako e-zamówienia w całym europejskim systemie zamówień publicznych. Zmiany te wymagają dostosowania zarówno unijnego, jak i polskiego systemu prawnego. Najważniejszym etapem jest przygotowanie implementacji unijnych dyrektyw do polskiego systemu prawnego. Równie ważne będzie przygotowanie projektu specjalnego systemu elektronicznego do obsługi zamówień publicznych w Polsce. Nie ma czasu do stracenia, gdyż terminy do implementacji są bardzo napięte, a sytuacja polityczna w Polsce jak dotąd nie ułatwiała tych zmian. Autor opisuje obecny stan polskiej i unijnej legislacji oraz proces przygotowania nowych projektów na potrzeby e-zamówień. W artykule zostaną także zaprezentowane liczne zalety i wady rozwiązań prawnych i technicznych przygotowywanych przez polski Urząd Zamówień Publicznych.

Słowa kluczowe: e-zamówienia, zamówienia publiczne, elektroniczne zamówienia publiczne

1. Wstęp

Regulacje dotyczące zamówień publicznych są jednymi z najbardziej dynamicznych obszarów prawa zarówno polskiego, jak i europejskiego. W 2014 r. Parlament Europejski oraz Rada po kilkuletnich pracach legislacyjnych uchwaliły nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych oraz koncesji na roboty budowlane, mające na celu harmonizację

* Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

i modernizację przepisów krajowych we wszystkich państwach członkowskich¹. Z uwagi na szeroki zakres wprowadzanych zmian oraz zróżnicowanie dotychczasowych systemów krajowych implementacja tych przepisów przebiega w sposób niejednolity.

W Polsce dostosowanie przepisów prawa krajowego do regulacji unijnych przebiega w zatrważająco wolnym tempie. Przygotowywany niemal od chwili ogłoszenia dyrektywy projekt ustawy Prawo zamówień publicznych² został ostatecznie przyjęty przez Radę Ministrów dopiero 27 października 2015 r.³, jednak zgodnie z zasadą dyskontynuacji nie mógł się on stać przedmiotem obrad Sejmu RP VIII kadencji, zaś nowy rząd przedstawił własny projekt w dniu 19 stycznia 2016 r. Na tak niekorzystny obrót spraw miały też wpływ problemy kadrowe „kuźni” polskiej legislacji zamówieniowej – Urzędu Zamówień Publicznych⁴, gdzie od czasu odwołania Jacka Sadowego 9 grudnia 2013 r. aż do powołania na to stanowisko Małgorzaty Stręciwilk 8 lutego 2016 r. przez cały okres prac nad projektem nowej ustawy nie zostało obsadzone stanowisko prezesa.

Ofiarą zawirowań politycznych oraz opieszałości w dotychczas prowadzonych pracach stał się niewątpliwie sam polski system zamówień publicznych. Nawet jeśli uda się implementować przepisy unijne nieznacznie po przekroczeniu wyznaczonego terminu, pozostaną spore problemy dotyczące jakości tak przeprowadzonych zmian, które zapewne będą wyłaniać się wkrótce po wejściu w życie nowych przepisów. Należy wskazać, że dopiero 13 maja 2016 r., podczas osiemnastego posiedzenia Sejmu, odbyło się trzecie czytanie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Ustawa została uchwalona przez Sejm w brzmieniu określonym drukiem sejmowym nr 489 wraz z przyjętą poprawką nr 1, określoną w druku sejmowym nr 489-A. Marszałek Sejmu skierował ustawę do dalszych prac parlamentarnych, które odbędą się w Senacie. Owe prace rozpoczęły się w 1. połowie czerwca 2016 r.

Jedną ze zmian, którą próbowano wdrożyć w toku trwających ponad rok prac nad projektami ustaw, było rozpoczęcie wprowadzania komunikacji elektronicznej

¹ P. Nowicki, *Partnerstwo publiczno-prywatne a nowelizacja systemu zamówień publicznych Unii Europejskiej*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, *Państwo a gospodarka. Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych*, Toruń 2014, s. 142-164.

² Dokument UC 158, *Projekt ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2015 r.*, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271652/12285001/12285002/dokument188464.pdf>, [dostęp: 28.12. 2015 r.].

³ Protokół ustaleń nr 45/2015 posiedzenia Rady Ministrów w dniu 27 października 2015 r., <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12271652/12285001/12285006/dokument195240.pdf>, [dostęp: 28.12.2015 r.].

⁴ K. Borowska, *Urząd Zamówień Publicznych bez Pprezesa, dyrektora i szefa biura prawnego*, „Rzeczpospolita”, <http://www.rp.pl/Firma/310019835-Urzad-Zamowien-Publicznych-bez-prezesa-dyrektora-i-szefa-biura-prawnego.html>, [dostęp: 28.12. 2015 r.].

w zamówieniach publicznych w pełnym zakresie. Losy tej części regulacji, która dotyczy rozwoju e-zamówień, czyli elektronicznych zamówień publicznych, jak również opinie i postulaty *de lege ferenda* dotyczące tych zagadnień, będą przedmiotem niniejszego artykułu.

2. Pojęcie elektronicznych zamówień publicznych

Pojęcia „elektronicznych zamówień publicznych” oraz „e-zamówień” mogą być używane w wielu znaczeniach, np. jako określenie specyficznych trybów udzielania zamówień publicznych przy zastosowaniu specjalnych systemów informatycznych lub w kontekście wykorzystywania Internetu jako narzędzia do wymiany informacji między zamawiającym a potencjalnymi wykonawcami (np. wymóg publikacji ogłoszenia na stronie internetowej).

Na potrzeby niniejszego referatu przyjęte zostanie rozumienie używane powszechnie w całej Unii Europejskiej. Zgodnie z nim za elektroniczne zamówienia publiczne uważa się wszelkie działania w procesie udzielania zamówienia publicznego, które w miejsce tradycyjnej (tzw. „papierowej”) formy składania oświadczeń i dokumentów pozwalają na stosowanie form elektronicznych. Oznacza to, że obecnie na pojęcie e-zamówienia składają się takie elementy, jak: komunikacja elektroniczna w czasie trwania procedury zamówieniowej, elektroniczne przetwarzanie transakcji, ale także stosowanie elektronicznych form komunikacji w postępowaniu prowadzonym w formie pisemnej czy wykonywanie innych czynności związanych z zamówieniami publicznymi, które nie mają związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z zastosowaniem środków elektronicznych⁵.

Jak podkreśla się w literaturze, w momencie gdy dojdzie do całkowitego zastąpienia form tradycyjnych wykorzystywanych w zamówieniach publicznych, konieczna będzie rewizja dotychczasowego rozumienia wskazanych wyżej pojęć. Wówczas za elektroniczne zamówienia publiczne będzie można uważać wyłącznie w pełni z informatyzowane procedury udzielania zamówienia⁶.

Uważam, że obecne, szeroko rozumiane pojęcie elektronicznych zamówień publicznych w pełni obrazuje udział narzędzi informatycznych w procedurze zamówieniowej. Ułatwia to również zrozumienie, że nie tylko sporadycznie wykorzystywane narzędzia zawarte w ustawie określa się przymiotnikiem „elektroniczny”.

⁵ *Elektroniczne zamówienia publiczne – ekspertyza*, ekspertyza przygotowana przez zespół aut. w składzie W. Dzierżanowski, M. Stachowiak; współpr. M. Budzewski et al., Warszawa 2011, s. 9.

⁶ *Ibidem*.

3. Elektroniczne zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej

Nowa dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE⁷ (zwana dalej „dyrektywą klasyczną”), nakłada na państwa członkowskie obowiązek implementacji unijnych regulacji do prawa krajowego najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2016 r. Wyjątkiem jest możliwość przedłużenia tego terminu do 18 października 2018 roku w zakresie objętym art. 22 ust. 1 niniejszej dyrektywy, czyli w zakresie przepisów wprowadzających komunikację elektroniczną (z jednym wyjątkiem – komunikacja elektroniczna dotycząca centralnych jednostek zamawiających powinna stać się obowiązkowa najpóźniej do dnia 18 kwietnia 2017 r.)⁸.

Przepisy, co do których ustawodawca unijny przewidział możliwość opóźnienia implementacji, mają na celu zreformowanie całego europejskiego systemu zamówień publicznych i doprowadzenie do przeniesienia niemal całej procedury zamówieniowej do form komunikacji elektronicznej. Stworzenie nowych niezawodnych systemów teleinformatycznych wiąże się nie tylko z trudnościami natury technicznej, ale także z koniecznością poniesienia dużych kosztów.

Artykuł 22 dyrektywy klasycznej stanowi: „Państwa członkowskie zapewniają, że wszelka komunikacja i wymiana informacji odbywająca się na mocy niniejszej dyrektywy, w szczególności elektroniczne składanie ofert, przeprowadzane są z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji zgodnie z wymogami niniejszego artykułu. Narzędzia i urządzenia wykorzystywane do celów komunikacji za pomocą środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne, muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia”. W kolejnym akapicie znalazł się szereg wyjątków od tej zasady: wyspecjalizowany charakter zamówienia, który mógłby wymagać zastosowania szczególnych (nieobsługiwanych za pomocą ogólnodostępnych aplikacji) narzędzi; gdy opis oferty nie mógłby zostać przeprowadzony przy użyciu otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych aplikacji do obsługi formatów plików lub te formaty plików są objęte systemem licencji własnościowej; gdy zastosowanie elektronicznych środków komunikacji wymagałoby specjalistycznego sprzętu biurowego, który nie jest ogólnie dostępny dla instytucji zamawiających oraz gdy dokumenty zamówienia wymagają przedstawienia

⁷ Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014, str. 65.

⁸ M. Olejarz (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2014, s. 10, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0030/24879/UZP_dyrektywy.pdf, [dostęp 28.12. 2015 r.].

modelu fizycznego w takiej skali, że niepodobna go przekazać drogą elektroniczną. Wyłączenia te mają charakter techniczny i dotyczą możliwych trudności z przekazaniem oferty w odpowiedniej formie. W dalszej części artykułu 22 znajdujemy również inne wyjątki od zasady stosowania komunikacji elektronicznej, takie jak m.in.: ryzyko naruszenia bezpieczeństwa komunikacji elektronicznej, stosowanie komunikacji ustnej w sprawach dotyczących przekazywania innych niż istotne elementów postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższą regulacją do 2018 roku zdecydowana większość postępowań o udzielenie zamówienia powinna odbywać się wyłącznie za pośrednictwem elektronicznych środków komunikacji. Istotna jest cecha niedyskryminacyjności oraz interoperacyjności wskazanego systemu. Przygotowanie systemu, który spełni te wymagania, nie jest ani proste ani tanie, co zostanie wskazane w dalszej części artykułu.

O skali zmian dotyczących komunikacji elektronicznej, które mają zostać przeprowadzone, świadczy zakres dotychczasowego jej stosowania. W czasie prac Komisji Europejskiej nad projektami udział e-zamówień we wszystkich procedurach zamówieniowych szacowano na ok. 5-10 procent⁹. Po 2018 roku elektroniczne zamówienia publiczne mają być zasadą we wszystkich krajach Unii Europejskiej.

W preambule do dyrektywy klasycznej opisywane wyżej zmiany motywuje się możliwością poprawy skuteczności i przejrzystości procesu udzielania zamówień, a także zwiększenia udziału wykonawców w postępowaniach na całym rynku wewnętrznym. Niemniej jak zostało podkreślone, obowiązkowe stosowanie elektronicznych środków komunikacji po upływie wskazanego powyżej okresu nie powinno być rozumiane jako konieczność elektronicznego przetwarzania ofert, elektronicznej oceny czy automatycznego przetwarzania. Obowiązek ten nie dotyczy również stosowania elektronicznych środków komunikacji w żadnych elementach procesu zamówień publicznych po udzieleniu zamówienia ani wewnętrznej komunikacji w obrębie instytucji zamawiającej¹⁰.

Polska w chwili obecnej nie dysponuje odpowiednimi systemami informatycznymi oraz odpowiednim zapleczem technicznym do wprowadzenia e-zamówień w tak wielkiej skali. Wiąże się to z koniecznością dostosowania prawa (które wciąż jeszcze nie przewiduje możliwości powszechnego wykorzystywania rozwiązań elektronicznych) oraz dokonania inwestycji technologicznych.

⁹ Zapis przebiegu posiedzenia Komisji Administracji i Cyfryzacji z 24 lipca 2014 r., <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/biuletyn.xsp?documentId=95D6557C0611CED2C1257D2B004A9400>, [dostęp: 29.12.2015 r.].

¹⁰ Preambuła do Dyrektywy 2014/24/UE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014), pkt 52.

4. Obecne zastosowanie e-zamówień w Polsce

Obecnie w systemie zamówień publicznych można dopatrzeć się wielu elementów świadczących o stosunkowo wysokim stopniu informatyzacji, takich jak: od stosowania e-podpisu, publikacji ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego, formy prowadzenia Biuletynu Zamówień Publicznych, aż po licytację elektroniczną, aukcję elektroniczną oraz dynamiczny system zakupów.

Po raz pierwszy pojęcie elektronicznych zamówień publicznych pojawiło się w ustawie o zamówieniach publicznych z 10 czerwca 1994 r.¹¹ i oznaczało wyłącznie formy porozumiewania się, tj. ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz inne ogłoszenia zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz pocztą elektroniczną. Na mocy nowelizacji z 2001 roku wprowadzono również obowiązek zamieszczania w ramach przetargu nieograniczonego ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego¹².

W obecnie obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹³ (dalej: Pzp) przewiduje się udzielanie zamówień publicznych w trybie licytacji elektronicznej, a także z wykorzystaniem aukcji elektronicznej i dynamicznego systemu zakupów.

Licytacja elektroniczna pojawiła się już w tekście pierwotnym Prawa zamówień publicznych (wówczas jeszcze pod nazwą „aukcja elektroniczna”)¹⁴ i jest specyficznym trybem udzielania zamówienia publicznego, w którym za pośrednictwem formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), które podlegają automatycznej klasyfikacji. Licytacja elektroniczna najpełniej wykorzystuje instrumenty elektroniczne spośród wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych, jakkolwiek może zostać zastosowana wyłącznie do zamówień o wartości nieprzekraczającej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp¹⁵. Wzrost zainteresowania tym trybem następował stopniowo (77 postępowań w skali kraju w roku 2008, a już 302 w 2009); przełomem okazało się udostępnienie w 2009 r. przez Urząd Zamówień Publicznych darmowego systemu do

¹¹ T. jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.

¹² *Elektroniczne zamówienia...*, s. 8-9.

¹³ T. jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164.

¹⁴ Art. 74 i n. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177).

¹⁵ *Elektroniczne zamówienia...*, s. 21.

prowadzenia licytacji elektronicznej dla wszystkich zamawiających¹⁶. Jednak wciąż niewielki pozostaje udział licytacji elektronicznej w stosunku do wszystkich prowadzonych postępowań (w 2010 r. było to zaledwie 0,17%¹⁷).

Licytacja elektroniczna, pomimo wskazanych wyżej ograniczeń, ma jedną zasadniczą zaletę – forma ta generuje oszczędności dla zamawiających rzędu 20-30% wartości zamówienia¹⁸.

Aukcja elektroniczna, uregulowana w art. 91a-91c Pzp, nie jest natomiast trybem udzielenia zamówienia, lecz stanowi etap wyboru oferty najkorzystniejszych w trybach przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem (jeśli przesłanką zastosowania tego ostatniego trybu była sytuacja, w której w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione).

Istota aukcji elektronicznej polega na tym, iż po dokonaniu oceny ofert w sposób tradycyjny przez komisję przetargową zamawiający przystępuje za pośrednictwem formularza umieszczonego na stronie internetowej do dalszej procedury wyboru ofert (na podstawie kryteriów oceny ofert wybranych spośród tych, które zostały określone w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu). Przebieg aukcji wygląda podobnie jak przebieg licytacji elektronicznej (wykonawcy składają kolejne postąpienia za pośrednictwem formularza) – jednak aukcja wymaga, aby postąpienia były opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym. Postąpienie złożone bez e-podpisu jest nieważne. Analogicznie do przepisów dotyczących licytacji elektronicznej zamawiający może korzystać z własnej strony internetowej oraz własnego systemu przeznaczonego do przeprowadzania aukcji bądź z systemów „obcych”, takich jak przykładowo platforma aukcji elektronicznych, która została udostępniona przez Urząd Zamówień Publicznych w 2010 roku¹⁹.

Stosowanie aukcji elektronicznej zamiast licytacji ma pewne zalety. Po pierwsze, oferty zostają zweryfikowane we wcześniejszych etapach („tradycyjnych”), co nie zawsze jest w pełni możliwe w przypadku licytacji. Po drugie, eliminuje się negatywne następstwa problemów technicznych (np. awarii systemu), gdyż w dalszym ciągu pozostają wiążące

¹⁶ M. Szymczak, *Instrumenty elektroniczne w procesie udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2010, s. 3.

¹⁷ *Elektroniczne zamówienia...*, s. 5.

¹⁸ M. Szymczak, *Instrumenty...*, s. 3.

¹⁹ *Elektroniczne zamówienia...*, s. 26-27.

oferty pisemne. Po trzecie, ponieważ aukcja elektroniczna nie jest samodzielny trybem, może zostać zastosowana do zamówień przekraczających progi z art. 11 ust. 8 Pzp²⁰.

Dynamiczny system zakupów, uregulowany w art. 102-109 Pzp, to z kolei w pełni zautomatyzowany, elektroniczny proces przygotowania i udzielania wielokrotnych zamówień tego samego rodzaju. Ma on zastosowanie w dłuższym horyzoncie czasowym i opiera się na wykazie uprzednio zweryfikowanych pod względem wiarygodności dostawców towarów i usług powszechnie dostępnych na rynku, a jego zaletą jest szybkie i sprawne zawieranie transakcji oraz oszczędność czasu i środków²¹. To również nie jest tryb, lecz metoda udzielania zamówień publicznych. W ramach udzielania zamówień z użyciem dynamicznego systemu zakupów można wyodrębnić dwa etapy: postępowanie prowadzone w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów (inicjowane zamieszczeniem ogłoszenia, a następnie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w oparciu o które wykonawcy składają oferty orientacyjne) oraz postępowania prowadzonego w celu udzielania zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów (inicjowane zamieszczeniem uproszczonego ogłoszenia o zamówieniu i zaproszeniem do składania ofert nie mniej korzystnych od ofert orientacyjnych). W tym systemie wszelkie dokumenty, oświadczenia, wnioski, zaproszenia, zawiadomienia i inne informacje przekazywane są drogą elektroniczną, a oferty muszą być opatrzone e-podpisem²². Opisywane porozumienie generuje więź prawną o charakterze ciągłym, a jego czas trwania nie może przekroczyć 4 lat. W trakcie jej trwania utrzymuje się podstawowa powinność kontraktowania według z góry ustalonych warunków i realizowane są związane z nią czynności proceduralne²³.

Wskazane powyżej trzy rozwiązania stanowią najbardziej zaawansowaną formę elektronicznych zamówień publicznych stosowaną w polskim systemie prawnym. Należy pamiętać, że niemal w każdej procedurze zamówieniowej występują pewne elementy, które można zakwalifikować do e-zamówień (np. w zdecydowanej większości przetargów nieograniczonych), a których przykłady zostały wskazane powyżej. Nie zmienia to faktu, że w celu implementacji dyrektywy klasycznej konieczne będzie przygotowanie znacznie bardziej zaawansowanego i kosztownego systemu teleinformatycznego niż dotychczas udostępnione przez Urząd Zamówień Publicznych, np. na potrzeby licytacji elektronicznej.

²⁰ M. Szymczak, *Instrumenty...*, s. 17.

²¹ R. Szostak, *Szczególne procedury udzielania zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 262.

²² *Elektroniczne zamówienia...*, s. 30-31.

²³ R. Szostak, *Szczególne...*, s. 265.

5. *Projekt w ramach Programu Operacyjnego – Polska Cyfrowa*

Urząd Zamówień Publicznych przygotował wniosek o dofinansowanie projektu dla e-usług publicznych (działanie 2.1. Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych) Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (POPC). Projekt nosił nazwę „e-Zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne”. Jego prezentacja odbyła się 9 kwietnia 2015 r. w Warszawie²⁴.

Głównym celem tego projektu było przygotowanie elektronicznej platformy zamówień publicznych, która pozwalałaby zamawiającym prowadzić całe postępowanie o udzielenie zamówienia drogą elektroniczną, a także umożliwiać m.in. przesyłanie ogłoszeń, pytań i odpowiedzi, udostępnianie dokumentów oraz składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także ofert w sposób elektroniczny. Docelowo system miał być również miejscem, gdzie będzie można znaleźć całą dokumentację przetargową. Wstępne szacunki UZP, dokonane na podstawie analizy kosztów podobnych przedsięwzięć w innych państwach, zakładały, że realizacja projektu może kosztować ok. 18,5 mln euro – ponad 78 mln zł, a więc kilkakrotnie przekraczała roczny budżet Urzędu²⁵.

Projekt nie otrzymał jednak pozytywnej oceny koniecznej do dalszego udziału w konkursie. Powodem tego był brak gotowości legislacyjnej. Warunkiem koniecznym do uzyskania dofinansowania z funduszy Unii Europejskiej było stworzenie regulacji prawnych, które umożliwiłyby działanie projektu zgodnie z prawem. Nie była wymagana nawet uchwalona ustawa, wystarczyłoby projekt przyjęty przez Radę Ministrów. Z powodów opisanych we wstępie artykułu projekt został uchwalony już po terminie rozstrzygnięcia konkursu, które nastąpiło 16 października 2015 r.²⁶ Projekt zostanie zgłoszony w kolejnej edycji konkursu, jakkolwiek będzie ona rozstrzygnięta najwcześniej wiosną 2016 roku, co stwarza ryzyko powstania poważnych opóźnień w realizacji projektu, który jest w zasadzie niezbędny do implementacji przepisów dyrektywy klasycznej dotyczących elektronicznych zamówień publicznych²⁷. W ten sposób zbyt opieszały w tym wypadku proces legislacyjny

²⁴ Propozycje projektów w konkursie Programu Polska Cyfrowa, <https://www.polskacyfrowa.gov.pl/strony/o-programie/projekty/propozycje-projektow/>, [dostęp: 30.12.2015 r.].

²⁵ *Urząd Zamówień Publicznych o korzyściach projektu e-Zamówienia*, serwis portal samorządowy.pl. [on-line: <http://www.portalsamorzadowy.pl/prawo-i-finanse/urząd-zamowien-publicznych-o-korzysciach-projektu-e-zamowienia,69411.html>], [dostęp: 30.12.2015 r.].

²⁶ *Znamy e-usługi publiczne, które będą finansowane z programu Polska Cyfrowa*, <https://www.polskacyfrowa.gov.pl/strony/wiadomosci/znamy-e-uslugi-publiczne-ktore-beda-finansowane-z-programu-polska-cyfrowa/>, [dostęp: 30.12.2015 r.].

²⁷ S. Wikariak, *Przetarg na e-Zamówienia bez unijnego dofinansowania. Zabrakło projektu*, „Gazeta Prawna”, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/902186,na-e-przetargi-trzeba-poczekac.html>, [dostęp: 30.12.2015 r.].

jeszcze na etapie rządowym doprowadził do sytuacji, która może przynieść poważne konsekwencje w związku z trudnościami z zastosowaniem dyrektywy powszechnego stosowania elektronicznych zamówień publicznych.

Jeśli chodzi o korzyści, jakie miały wynikać z tego systemu, projektodawcy wskazywali przede wszystkim na ograniczenie kosztów zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Wprowadzenie nowych rozwiązań niewątpliwie przyczyni się do zwiększenia konkurencji, ponieważ jeden system obejmie zarówno zamówienia nieprzekraczające wartości progów unijnych, jak i przekraczające te progi. W ten sposób zwiększy się dostępność do bazy zawierającej niemal wszystkie zamówienia publiczne w Polsce, z której będą mogły korzystać podmioty nie tylko krajowe, ale też wykonawcy z całego obszaru rynku wewnętrznego. System doprowadzi również do znacznego usprawnienia sprawozdań, powstaną ujednoliczone wzory ogłoszeń, zastosowane zostanie autouzupełnianie, aktywne formularze wykrywające najczęściej popełniane błędy, co z kolei może przełożyć się na mniejszą liczbę odwołań. Postuluje się również zastosowanie rozwiązań, które mogą wykrywać zachowania świadczące o stosowaniu zmów przetargowych²⁸.

Należy podkreślić, że z ekonomicznego punktu widzenia wprowadzenie zaawansowanych elektronicznych form udzielania zamówień publicznych wymaga dużych nakładów finansowych na początku, tj. na koszty opracowania i wdrożenia systemu informatycznego, szkolenia dla pracowników, odpowiednia kampania informacyjna dla przedsiębiorców. Z czasem jednak, podobnie jak w krajach Europy Zachodniej, zastosowanie elektronicznych zamówień publicznych przyniesie wymierne korzyści. Francuska centralna jednostka zakupująca (UGAP) oszacowała, że stopniowe przejście na system e-zamówień doprowadziło do zredukowania obciążeń administracyjnych dla kupujących o 10%, natomiast portugalskie szpitale po zastosowaniu elektronicznych zamówień zyskały zmniejszenie cen kontraktów aż o 18%²⁹.

6. Zakończenie

System zamówień publicznych jest częścią systemu prawnego bardzo podatną na zmiany dokonywane w całej Unii Europejskiej. Sytuacja ta jest podyktowana m.in. unijnymi zasadami niedyskryminacji i uczciwej konkurencji oraz coraz dalej idącą harmonizacją

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ W. Hartung, M. Wojciechowski, *E-zamówienia coraz mniej wirtualne, coraz bardziej realne*, „rp.pl”, 9 kwietnia 2015 r., <http://www.dzp.pl/files/Art/Wirtualne-zamowienia-publiczne-coraz-bardziej-realne.pdf>, [dostęp: 31.12.2015 r.].

rynku zamówień publicznych. Rozwiązania takie przynoszą liczne korzyści, ale też niosą za sobą pewne zagrożenia.

Większą dostępność do rynku zamówień publicznych można rozpatrywać z dwóch punktów widzenia. Z jednej strony polscy przedsiębiorcy po wprowadzeniu elektronicznych zamówień publicznych w całej Unii Europejskiej zyskają ułatwiony dostęp do procedur zamówieniowych odbywających się na całym kontynencie. Jakkolwiek z drugiej – dotychczasowe rynki o charakterze wyłącznie lokalnym praktycznie przestaną istnieć, a niewielkie podmioty działające na ograniczonym obszarze mogą zostać wyparte przez znacznie silniejsze podmioty działające na terenie znacznie większych regionów. Dlatego tak ważne będzie respektowanie zasad nie tylko wolnej, ale też uczciwej konkurencji.

Sama informatyzacja zamówień publicznych, podobnie jak praktycznie wszystkich innych dziedzin gospodarki, a nawet życia, postępuje w zasadzie od początku istnienia Internetu i nawet bez ingerencji unijnego prawodawcy musiała prędzej czy później stać się faktem. Powszechny dostęp do Internetu oraz wiążące się z tym oszczędności dotyczące transportu, korespondencji i innych technicznych kosztów prowadzenia postępowań stwarzają nowe możliwości dla przedsiębiorców, którzy mogą w większym stopniu skupić się na świadczeniu usług, dostaw i robót budowlanych, które są głównym przedmiotem ich działalności.

Problemem okazuje się jednak tempo wdrażania unijnych regulacji. Sprawia ono kłopoty w całym polskim (i nie tylko) systemie prawnym, a szczególnie w dziedzinach związanych z cyfryzacją, gdzie Polska zmuszona jest nadrabiać dystans technologiczny w stosunku do państw Europy Zachodniej. Rozwiązania prawne nie nadążają za wdrażaniem nowoczesnych technologii i zamówienia publiczne nie są wyjątkiem w tym zakresie.

Priorytetem dla polskiej władzy ustawodawczej i wykonawczej powinno być zatem doprowadzenie do jak najszybszej implementacji nowych dyrektyw zamówieniowych, a co za tym idzie stworzenie ram prawnych do przeprowadzenia reform natury technologicznej, takich jak stworzenie systemu teleinformatycznego do obsługi wszelkich zamówień publicznych. Jako państwo członkowskie Unii Europejskiej jesteśmy do tego zobligowani, a przykład innych krajów, np. Francji³⁰, Portugalii³¹ czy Słowacji³², pozwala stawiać tezę, że

³⁰ Protokół ustaleń nr 45/2015..., S. Assar, I. Boughzala, *E-procurement platforms in the French public sector*, http://www-public.tem-tsp.eu/~assar/pdf/Assar_ICTTA06.pdf, [dostęp: 31.12.2015 r.].

³¹ A. Arantes, A. Aguiar Costa, *Over Time Public E-Procurement Impacts: The Portuguese Case*, *International Business Research*; Vol. 7, No. 7, 2014, <http://www.ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/download/33492/21246>, [dostęp: 31.12.2015 r.].

³² J. Pavel, E. Sicakova-Beblava, *Do e-auctions really improve the efficiency of public procurement? The case of Slovak municipalities*, "Prague Economic Papers", No.1, 2013, <https://www.vse.cz/polek/download.php?jnl=pep&pdf=443.pdf>, [dostęp: 31.12.2015 r.].

prawidłowo dokonywane zmiany mogą przynieść znacznie więcej korzyści niż strat polskiemu systemowi zamówień publicznych.

Polska, jako kraj członkowski Unii Europejskiej, powinna też współpracować w zakresie technologii informatycznych, które doprowadziłyby do jak największej kompatybilności z systemami wprowadzanymi lub już funkcjonującymi w innych krajach. Co oczywiste, wprowadzanie takich rozwiązań jest łatwiejsze, mniej kosztowne i szybsze w państwach mniejszych, takich jak wspomniana Portugalia czy Słowacja. W związku z tym Polska powinna analizować przydatność rozwiązań stosowanych nie tylko w wysoko rozwiniętych krajach zachodnich, ale też nowych mniejszych krajów członkowskich, które lepiej radzą sobie z przystosowaniem infrastruktury i poziomu cyfryzacji do standardów unijnych. Najważniejsze jest jednak, aby wprowadzane rozwiązania, które pochłoną wiele milionów złotych, miały właściwe i skuteczne podstawy funkcjonowania w systemie prawnym, do czego konieczna będzie gruntowna nowelizacja lub uchwalenie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, a także wejście w życie odpowiednich rozporządzeń wykonawczych w terminie, który został wskazany do implementacji przepisów unijnych.

* * *

Electronic public procurement. Current status and trends

Summary: The European Union decided to apply e-procurement solutions in all European public procurement system. This resolution requires many adjustments to both European and Polish legal systems. It is important to prepare effective legislation to implement EU directives. It is also required to prepare a project of specific electronic system for public procurement in Poland. There is no time to spare, because there is tough deadline to create this legislation, and political problems in Poland didn't make it easier. The author describes current Polish and European legislation and process of preparation new projects for e-procurement. In this article there are also presented many advantages and disadvantages of planned by Polish Public Procurement Office legal and technical problems resolutions.

Key words: e-procurement, public procurement, electronic procurement

Sebastian Piotr Nalazek*

Prawne formy stosowania instytucji demokracji bezpośredniej na szczeblu jednostek pomocniczych gmin

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę realnej możliwości udziału społeczeństwa w sprawowaniu władzy na poziomie jednostek najbardziej zbliżonych obywatelowi – jednostek pomocniczych gmin. W pracy autor stara się odpowiedzieć na pytanie, czy obecne regulacje prawne tworzą odpowiedni fundament pod aktywizację społeczeństwa i jego bezpośredni udział w kształtowaniu polityki państwa. Opierając się na metodzie dogmatycznej, a także wspierając ją analizą historyczną, autor jednoznacznie stwierdza, że mimo iż kwestia ta w skali kraju jest wysoce zróżnicowana, to ustawodawca polski tworzy swoisty szkielet instytucji pozwalającej na realizację założeń demokracji bezpośredniej. Ponadto w pracy tej przedstawione zostały postulaty mogące służyć rozwojowi partycypacji społecznej na tym właśnie poziomie..

Słowa kluczowe: demokracja bezpośrednia, partycypacja społeczna, jednostki pomocnicze, sołectwo, dzielnica, osiedle.

* Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego w Olsztynie, a także Przewodniczącym Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego „Votum”.

1. Wstęp

Zasada systemu demokratycznego obecna jest w ustawach zasadniczych wielu współczesnych państw¹. Pojęcie to nie zostało jednak zdefiniowane w sposób legalny. Również nauka nie wypracowała jednoznacznej definicji, a poszczególni badacze podejmują różnorodne próby wypełnienia tej luki. Jednakże B. Banaszak² podkreśla, że definicja uniwersalna nie jest konieczna ze względu na liczne różnice kulturowe, społeczne czy też te związane z określoną wizją ustroju demokratycznego. Dlatego też przedstawiciele nauki z poszczególnych państw podejmują różnorodne próby zdefiniowania terminu „demokracja”, uwzględniając przy tym wspomniane wyżej czynniki.

Historycznie podstawy tegoż systemu politycznego objawiały się poprzez bezpośredni udział ludności w procesach decyzyjnych. Partycypacja społeczna występująca we współczesnych państwach demokratycznych jest więc swoistą próbą restauracji ustroju wywodzącego się ze starożytnych Aten, a także w dużej mierze z wieców germańskich³ oraz słowiańskich⁴. Jak zauważa M. H. Hansen, „Stopień aktywności politycznej obywateli Aten nie miał sobie równych w dziejach świata”⁵, wyznaczając nieosiągalny wzór dla wszystkich współczesnych ustawodawstw. Charakter tej formy rządów doprowadził do ukształtowania się nowej kultury politycznej, opartej na zdecydowanie innych wzorcach niż wcześniej, a także wieki później. Dając przy tym asumpt do rozwoju instytucji demokratycznych na przełomie XVIII i XIX wieku.

Odnosząc się do tej koncepcji, T. Mołdawa stwierdza, że kluczowym jej elementem jest konstatacja, że „demokracja nie może w sposób trwały istnieć bez aktywności obywateli”⁶. Aktywność ta objawia się licznym, intensywnym i refleksyjnym uczestnictwem w procesie decyzyjnym. Jednak ze względu na liczne ograniczenia systemowe ustrój demokratyczny rozwijał się po okresie ateńskiej demokracji w dość ograniczonych formach i nie rozpowszechnił się w tak szerokiej, jak obecnie, skali. Poszukując na przestrzeni

¹ B. Banaszak wymienia w tym gronie: art. 20 ustawy zasadniczej RFN z 1949 r., art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. czy preambułę do Konstytucji Szwajcarii z 1999 r., szer.: B. Banaszak, *Porównawcze Prawo Konstytucyjne Współczesnych Państw Demokratycznych*, Warszawa 2012, s. 239.

² B. Banaszak, *Porównawcze ...*, s. 208.

³ P. Uziębło, *Demokracja Partycypacyjna*, Gdańsk 2009, s. 36.

⁴ B. Banaszak, *Porównawcze ...*, s. 241.

⁵ M.H. Hansen, *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa*, Warszawa 1999, s. 312.

⁶ T. Mołdawa, *Aktywność polityczna obywateli w systemie demokratycznym*, [w:] (red.) K. A. Wojtaszczyk, W. Jakubowski *Spółczesność i polityka. Podstawy nauk politycznych*, K. A. Wojtaszczyk, W. Jakubowski (red.) Warszawa 2007, s. 364.

wieków polskich doświadczeń związanych z aktywizacją obywateli, należy zwrócić uwagę na wiece ogólnopolskie⁷ czy też rozwijający się na ich kanwie ustrój demokracji szlacheckiej, który choć nie realizował obecnego wzorca, to tworzył swoiste podwaliny dzisiejszego systemu.

Powrót do idei demokracji rozpoczął się w XVIII w., kiedy to coraz bardziej świadome społeczeństwa, a często również i ich władcy zaczęli formułować i uznawać zasadę suwerenności narodu. Ojcem tej koncepcji był J. J. Rousseau⁸, który w swych pracach dowodził, że władza zwierzchnia należy do podmiotu zbiorowego, jakim jest lud. Nie bez znaczenia w kontekście jego dzieł wydaje się fakt, iż konstatował on jednoznacznie, że władza ta sprawowana winna być w postaci przedstawicielskiej. W polskiej Konstytucji⁹ zasada suwerenności narodu zawarta została w art. 4, gdzie bezsprzecznie stanowi urzeczywistnienie idei zawartej w tezach wspomnianego wyżej autora. Uważał on, że najwyższa władza narodu przejawia się w momencie decydowania oraz że jest ona ostateczna i żaden inny czynnik nie może na nią wpływać.

Zgodnie z § 2 art. 4 Konstytucji RP „Naród sprawuje władzę przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio”, przy czym zaznaczyć należy, że ta druga forma jest tylko swoistym uzupełnieniem i jako taka nie powinna być rozszerzana z nadto¹⁰. Dodatkowo nie bez znaczenia pozostaje stanowisko części teoretyków prawa, którzy w ujęciu ogólnym krytycznie oceniają model bezpośredniego sprawowania władzy¹¹. Koncepcja odrzucająca współcześnie demokrację bezpośrednią opiera się na argumentie, że sprawowanie władzy przez obywateli nie jest możliwe ze względu na brak możliwości spełnienia dwóch zasadniczych warunków. Pierwszy z nich to jedność czasu i miejsca podejmowania decyzji. Drugi zaś odnosi się do uczestnictwa w całym procesie podejmowania określonego rozstrzygnięcia przez podmiot suwerenności zbiorowej¹². W obecnych czasach nie ma więc realnej możliwości spełnienia tych przesłanek. Na przeszkodzie stają bowiem charakter

⁷ H. Samsonowicz, *Historia Polski do roku 1975*, Warszawa 1990, s. 88.

⁸ J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, Kęty 2001, s. 26-30.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U., nr 78, poz. 483z dnia 16 lipca 1997 r.).

¹⁰ P. Uziębło, *Demokracja ...*, s. 16.

¹¹ Za P. Uziębło: zdanie takie wyrażał m. in. E.J. Sieyes (G. Le Briazidec, *Régimen representativo y democracia directa: hacia la participacion política de los ciudadanos*, [w:] *Sistema representativo y la democracia semidirectiva. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, [red:] H. Concha Cantu, Mexico 2002, s. 353.) oraz H. Kelsen (J. Squella, *Idea de la Democracia de Kelsena*, Estudios Pulicos 13/1984, s. 55-56).

¹² P. Uziębło, *Demokracja ...*, s. 14.

organizacyjny państw współczesnych oraz ich rozległe terytoria. Natomiast zwolennicy demokracji bezpośredniej podnoszą, że wszystkie mechanizmy umożliwiające suwerenowi uczestnictwo w jakimkolwiek etapie podejmowania decyzji wypełniają przesłanki partycypacji obywatelskiej¹³. Pogląd ten akcentuje, szczególnie w polskiej nauce, B. Banaszak. Twierdzi on, że demokracją bezpośrednią jest osobisty udział „członków zbiorowego podmiotu suwerenności (obywateli państwa-miasta, wolnej ludności męskiej, narodu, ludu, ludu pracującego) w wypełnianiu przez nich funkcji publicznych”¹⁴.

Rozwiązaniem pośrednim jest przyjęcie teorii kompromisowej, która zresztą w opinii części doktryny¹⁵ najlepiej oddaje realia obecnych czasów. Pogląd opiera się na założeniu, że za demokracją bezpośrednią możemy uznać tylko taki udział w procesie decyzyjnym, który pozwala suwerenowi na podjęcie ostatecznej, niewzruszalnej decyzji w systemie realizacji władzy publicznej. Podkreślenia wymaga fakt, że współcześnie funkcjonujące systemy polityczne przewidują szereg możliwości udziału społeczeństwa w sprawowaniu władzy¹⁶, o mniejszym lub większym znaczeniu. Wśród tych licznych form P. Uziębło wymienia: zgromadzenie ludowe, inicjatywę ludową, referendum, weto ludowe, *recall* (odwołanie) czy też *appellation of sentence* (odwołanie orzeczenia). Ponadto do instytucji semi-bezpośrednich, czyli takich, w których w procesie podejmowania decyzji występuje podmiot suwerenności zbiorowej, ale ostateczną decyzję podejmuje organ publiczny¹⁷, zaliczyć można m.in.: pośrednią inicjatywę ludową, prawyборы, konsultacje ludowe oraz wysłuchanie publiczne czy skargę konstytucyjną. Katalog tych instytucji nie jest jednak zamknięty; jest on ponadto uzależniony od rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę, który bezpośrednio kształtuje te formy¹⁸. Oczywiście nie wszystkie wymienione wyżej konstrukcje zastosowane zostały przez polskiego ustawodawcę.

Na potrzeby analizy demokracji bezpośredniej w jednostkach najmniejszych została przyjęta koncepcja kompromisowa, rozszerzona również o pewne formy konsultacyjnego podejmowania decyzji. Tylko tak szeroko pojmowana partycypacja obywateli pozwoli w sposób najpełniejszy na realizowanie idei społeczeństwa obywatelskiego. Analiza tych

¹³ *Tamże*, s. 15.

¹⁴ B. Banaszak, *Porównawcze...*, s. 248

¹⁵ P. Uziębło, *Demokracja ...*, s. 16.

¹⁶ A. Kołomycew, *Lokalne grupy działania, jako forma partycypacji na szczeblu lokalnym*, wystąpienie wygłoszone na I Seminarium Młodych Badaczy Prawa Konstytucyjnego, które odbyło się w Mącholicach Kapitulnych w dniach 11-12 marca 2010 r. Przegląd Prawa Konstytucyjnego 1/2010, s. 103-106.

¹⁷ P. Uziębło, *Demokracja ...*, s. 17.

¹⁸ *Tamże*, s. 39, 60.

kwestii umożliwi odpowiedź na pytanie, czy ustawodawca stworzył odpowiednie instrumenty prawne umożliwiające społeczeństwu wpływanie na kształt polityki w obszarze najbliższym obywatelom. Co może być nawet ważniejsze, albowiem umożliwi znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy jednostki pomocnicze w obecnych kształcie mogą w pełni realizować zasadę subsydiarności.

2. Problem partycypacji w małych jednostkach

W odniesieniu do partycypacji znaczenie duże, jeśli nie największe, ma „skala możliwości uczestnictwa”¹⁹. Dlatego też fizycznie trudne wydaje się funkcjonowanie takich form na terytorium całego kraju. Remedium na ten problem może okazać się aktywizacja społeczeństwa poprzez małe grupy, najczęściej lokalne. Stopień udziału tej części społeczeństwa uzależniony jest przede wszystkim od formy partycypacji, mentalności mieszkańców oraz wielkości obszaru, na jakim jest stosowana. Nie sposób nie zauważyć, że to w mniejszych liczebnie społecznościach łatwiej jest udzielać się poszczególnym jednostkom. Powyższa teza znajduje potwierdzenie w literaturze, gdzie badacze podkreślają, że optymalna wielkość jednostki gminnej to 20 000 mieszkańców²⁰. Stąd też wkład tych właśnie indywidualów ma największy wpływ na skalę oraz charakter czynności podejmowanych w ramach określonego obszaru partycypacji obywatelskiej, a także kreuje szansę na przedstawienie swoich racji i poddania ich pod rozważanie. W związku z tym formą najbardziej adekwatną do realizacji interesów małych społeczności wydają się jednostki pomocnicze gmin. Mimo że nie posiadają ściśle ustawowo określonych kompetencji, w przypadku odpowiedniej regulacji prawnej ich statusu mogą stanowić podatny grunt umożliwiający aktywizację społeczeństwa lokalnego. Kwestia ta uregulowana została w art. 5 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, która to wprowadziła możliwość tworzenia: sołectw, dzielnic i osiedli, jako jednostek pomocniczych²¹. Takie uregulowanie tworzyło katalog zamknięty, przez co niemożliwe stało się zastosowanie w całym kraju historycznego nazewnictwa częstokroć związanego z kulturą i tożsamością określonych miejscowości. Nierzadko, choć bez normatywnego upoważnienia, występowały przecież w Rzeczypospolitej Polskiej jednostki takie, jak: sioła,

¹⁹ A. Kołomycew, *Lokalne...*, s. 104.

²⁰ P. Świaniewicz, *Consolidation or Fragmentation? The Size of Local Government in Central and Eastern Europe*, Budapeszt 2002; P. Świaniewicz, *If Territorial Fragmentation Is a Problem, Is Amalgamation a Solution? East European Perspective*, „Local Government Studies” 2/2010, s. 183-203.

²¹ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U., nr 16, poz. 95).

przysiółki, kolonie, okręgi, obwody, rejony czy rewiry²². Uwzględnienie tego właśnie czynnika historycznego²³ poprzez dodanie zwrotu „i inne” umożliwiło tworzenie jednostek nienazwanych. Przykładami takich jednostek są w przypadku Torunia okręgi²⁴ lub wspólnoty samorządowe w Wałbrzychu²⁵. W odniesieniu do jednostek nazwanych ustrój ich został ustawowo określony, przez co radom gminy nie pozostawiono swobody w decydowaniu o kształcie organów jednostki. Taka konstrukcja, zgodnie z zamysłem ustawodawcy, prowadzić miała do tworzenia jednostek nazwanych, mających charakter jednostek wyższego rzędu, w przeciwieństwie do jednostek nienazwanych, które szeregowano by niżej. Nie zyskało to jednak normatywnego wyrazu i zgodnie z doktryną²⁶, a w dużej mierze również z praktyką, pogląd taki nie znajduje uzasadnienia. Jednakże w sołectwach, w pewnych przypadkach również osiedlach²⁷, a także w przypadku odpowiednio skonstruowanych organów pozostałych jednostek²⁸, mogą być tworzone odpowiednie fora do wymiany myśli w postaci organu uchwałodawczego, w którego skład wchodzić mogliby wszyscy mieszkańcy obszaru, na jakim ustanowiono jednostkę pomocniczą. To na tej płaszczyźnie ścieranie się różnych poglądów może okazać się najbardziej efektywne. Ponadto art. 35 § 1 pkt 4 ustawy o samorządzie gminnym zobligował radę gminy do przekazania jednostce pomocniczej określonych zadań w momencie tworzenia tejże. Analizując ten przepis można wywnioskować, że utworzenie jednostki pomocniczej bez przekazania jej kompetencji byłoby przede wszystkim niecelowe, a ponadto niezgodne z postulatami leżącymi u podstaw zasady pomocniczości. Rozszerzając

²² A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, *Samorząd gminny. Komentarz*,. Warszawa 2010, s. 61-62.

²³ H. Izdebski, *Jednostki pomocnicze gminy – pomiędzy organami gminy a obywatelami jako podmiotem władzy lokalnej*, Samorząd Terytorialny 12/2011, s. 95-110.

²⁴ Uchwała nr 511/97 Rady Miejskiej Torunia z dnia 25 czerwca 1997 r. ws. powołania Okręgów będących jednostkami pomocniczymi Gminy Miasta Torunia oraz nadania im statutów. <http://urząd.um.walbrzych.pl/page/wsp%C3%B3lnoty-samorz%C4%85dowe>, [dostęp dnia: 8.06.2015 r.].

²⁵ Uchwała Rady Miejskiej Wałbrzycha z dnia 30 grudnia 2004 r. ws. utworzenia jednostki pomocniczej Wałbrzych pod nazwą Wspólnota Samorządowa „Biały Kamień, Konradów” i nadania Statutu tej jednostce (Dz.Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2005 r., Nr 21, poz. 505).

²⁶ M. Augustyniak, *Jednostki pomocnicze gmin*, Warszawa 2010, s. 32.

²⁷ Gdy statut osiedla tak stanowi - art. 37 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2013 r., poz. 594).

²⁸ Rada gminy kreując określoną jednostkę nienazwaną na przykład sioło może stworzyć w niej organy o dowolnym charakterze. Dlatego też mogą to być organy uchwałodawcze obejmujące wszystkich mieszkańców danego obszaru tak jak to zostało zrealizowane w przypadku sołectw gdzie występuje forma zgromadzenia mieszkańców.

ten katalog o art. 39 u.s.g., który pozwala na upoważnienie przez wójta organu wykonawczego jednostki pomocniczej, będącego reprezentantem interesów zgromadzenia, do dokonania określonych spraw z zakresu administracji publicznej²⁹, oraz o art. 48 uprawniający te jednostki do zarządu i rozporządzania własnym mieniem, można jednoznacznie stwierdzić, że ustawodawca zbudował stabilny szkielet kompetencyjny, który zrealizowany zostać może przez obywateli, jako ogół, w postaci organu uchwałodawczego jednostki pomocniczej. Co istotne, podstawa ta może zostać znacznie rozszerzona przez radę gminy. Częstokroć pojawiają się postulaty ustawowej regulacji tych zadań, szczególnie w przypadku jednostek tworzonych na dużym terytorium. Oczywistym jest przecież, że w jednostkach, w których skład wchodzi ponad 100 tys. osób, trudniej partycypować jest poszczególnym obywatelom, niż w jednostkach małych, których właściwość terytorialna obejmuje znacznie mniejsze społeczności. Równie istotne jest także to, że gdy mieszkańcy mają wpływ na podejmowane decyzje, to chętniej je uznają i akceptują. Częstokroć uznając owe decyzje za podjęte samodzielnie.

W odniesieniu do wspomnianego art. 5 u.s.g. warto zastanowić się nad postulatem zaproponowanym przez Prezydenta RP w „projekcie ustawy o wzmocnieniu udziału mieszkańców w działaniach samorządu terytorialnego, o współdziałaniu gmin, powiatów i województw oraz o zmianie niektórych ustaw”³⁰, w którym zaproponowany został nowy kształt art. 5 u.s.g. Zmiana ta miała na celu ustanowienie nowych kryteriów tworzenia jednostek pomocniczych. Opierać się one miały na uwzględnianiu w tym procesie więzi społecznych i kulturowych oraz charakteru urbanistycznego, infrastruktury technicznej, a także charakteru zabudowy³¹. Stosowanie powyższych przesłanek przy tworzeniu jednostek pomocniczych prowadzić mogłoby do większego zainteresowania udziałem w pracach jednostek, a przez to pośrednio do przyznawania im coraz szerszych uprawnień.

Nawiązując jeszcze do kompetencji organów uchwałodawczych sołectw i osiedli, jako zgromadzeniowej formy sprawowania władzy przez obywateli, warto w dwóch zdaniach odnieść się do coraz powszechniejszych instytucji umożliwiających finansowanie potrzeb mieszkańców. Otóż nierozsądnym byłoby lekceważenie w tej materii budżetów partycypacyjnych oraz środków mogących wpływać na realizację potrzeb mieszkańców sołectwa w postaci funduszu sołectkiego. I choć niemożliwa jest w tym artykule analiza obu

²⁹Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.

³⁰ Projekt ustawy o wzmocnieniu udziału mieszkańców w działaniach samorządu terytorialnego, o współdziałaniu gmin, powiatów i województw oraz o zmianie niektórych ustaw, <http://www.prezydent.pl/dialog/fdp/samorzad-terytorialny-dla-polski/inicjatywy-ustawodawcze/projekt-ustawy-o-samorzadzie/> [dostęp dnia: 8.06.2015 r.].

³¹ *Tamże*.

tych form, to podkreślić należy, że w ramach określonych środków wydzielonych odpowiednio przez gminę mieszkańcy mogą decydować o podejmowanych inicjatywach. Przez co zwiększa się legitymizacja działań samorządu³² oraz spełniane są potrzeby bliższe mieszkańcom.

4. Bezpośredni wpływ na działalność organów administracji

Poza bezpośrednim udziałem w pracach organu uchwałodawczego jednostek pomocniczych doktryna³³ wyróżnia inne sposoby partycypacji obywatelskiej. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę na takie formy realizacji partycypacji społecznej, jak: konsultacje społeczne, inicjatywa mieszkańców oraz inicjatywa uchwałodawcza.

Konsultacje społeczne są swoistą szansą na wyrażenie aprobaty lub dezaprobaty przez mieszkańców jednostki pomocniczej wobec organów władzy lokalnej³⁴. Na pierwszy plan w tym wypadku wysuwają się konsultacje w sprawie tworzenia przez radę gminy jednostki pomocniczej. Przeprowadzone są one obligatoryjnie³⁵; jeśli czynność ta nie zostanie dokonana, uchwała powołująca je do życia jest nieważna. Przy czym mimo iż takie konsultacje winny się odbyć, to wynik ich nie jest wiążący dla organów rady gminy. Obszar, na którym wymagane jest ich przeprowadzenie, również nie został określony w ustawie. W związku z tym pojawiło się wiele rozbieżności. Między innymi dotyczące tego, czy konsultacje powinny być przeprowadzone tylko na terenie jednostki projektowanej, czy też na terytorium całej gminy. Wątpliwości na tym tle starał się rozwiać Naczelny Sąd Administracyjny, który skonstatował, że przeprowadzenie konsultacji na terenie całej gminy „nie jest tylko prawnie dopuszczalne, ale i racjonalne”³⁶. Co istotne, sposób przeprowadzenia tych konsultacji podlega materii statutowej gminy, a ta nie podlega obligatoryjnym konsultacjom; jak jednak słusznie zauważa M. Augustyniak, w tej sprawie rada gminy może przeprowadzić konsultacje fakultatywne³⁷.

³²A. Konopelko, *Demokracja partycypacyjna w samorządzie lokalnym*, Samorząd Terytorialny 12/2011, s. 86-94.

³³M. Augustyniak, *Partycypacja społeczna w jednostkach pomocniczych – wnioski de lege lata i postulaty de lege ferenda*, [w:] *Partycypacja obywateli i podmiotów obywatelskich w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym*, (red.) M. Mączyński, M. Stec, Warszawa 2012, s. 241.

³⁴Tamże, s. 242.

³⁵Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.

³⁶Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 10 października 2000 r. II SA/Łd 1097/00.

³⁷M. Augustyniak, *Part...*, s. 242.

Zupełnie inną kwestią wydaje się być zasięgnięcie opinii w sprawie statutu utworzonej jednostki. Akt ten poprzez określenie organizacji oraz zadań jej powierzonych stanowi podstawę działalności jednostki pomocniczej, który jest podstawą jej działalności poprzez określenie jej organizacji i zadań powierzonych³⁸. Przed podjęciem uchwały dotyczącej kształtu wspomnianego aktu statutu należy przeprowadzić konsultacje z mieszkańcami³⁹; brak tychże konsultacji prowadzi do nieważności powziętej uchwały. Sposób zasięgnięcia opinii kształtuje się w taki sam sposób, jak w przypadku konsultacji w sprawie utworzenia jednostki. Postuluje się jednakowoż⁴⁰, ażeby obywatele mogli wyrazić swoje zdanie i realnie uczestniczyć w projektowaniu statutu.

Ustawodawca przewidział wszelako jeszcze pewną formę substytucji w stosunku do konsultacji. Mianowicie jeśli sami mieszkańcy wyjdą z pomysłem tworzenia jednostki pomocniczej, to przyjmuje się, że jest to inicjatywa mieszkańców i w takim wypadku przeprowadzenie konsultacji nie jest obligatoryjne. Nadmienić jednak należy, że ustawa o samorządzie gminnym nie definiuje samej inicjatywy mieszkańców i zasadnym wydaje się przyjęcie, że regulacja tej kwestii spoczywa na radzie gminy tworzącej własny statut. Przyjęcie takiego stanowiska w znacznym stopniu ogranicza możliwość partycypacji obywatelskiej, tworząc swoiste „okowy” dla rozwoju tej instytucji⁴¹.

Odnosząc się do kwestii inicjatywy uchwałodawczej, należy podkreślić, że kwestia ta uregulowana jest w sposób zróżnicowany; zależy to niemniej tylko i wyłącznie od przyjętego przez radę gminy statutu. Ciekawym rozwiązaniem tej kwestii wydawała się regulacja zawarta we wspomnianym wcześniej prezydenckim projekcie ustawy. Przewidywał on możliwość złożenia przez organ uchwałodawczy jednostki pomocniczej projektu uchwały i nakładał na przewodniczącego rady gminy obowiązek wprowadzenie pod obrady tego projektu, jeśli wpłynął on do rady gminy co najmniej 30 dni przed rozpoczęciem sesji. W tym artykule dopatrzeć się można korelacji z art. 20 ustawy o samorządzie gminnym, który za podmiot uprawniony, w oparciu o tą samą konstrukcję, uznaje wójta gminy. Wspomniany projekt tworzył szansę na bardziej szczegółową regulację kwestii partycypacji społecznej, niezależnej od rad gmin. Niestety nie uzyskał on aprobaty większości parlamentarnej.

5. Podsumowanie

³⁸Tamże, s. 249.

³⁹Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.

⁴⁰H. Izdebski, *Samorząd Terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2008, s. 156.

⁴¹M. Mączyński, *Komentarz do art. 5 ustawy o samorządzie gminnym* [w:] (red.) K. Bandarzewski, *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2013, s. 105.

Konkludując, widzimy, że w ustawie określone zostały formy udziału obywateli w sprawowaniu władzy. Tworząc niejako „szkielet” uprawnień partycypacyjnych na szczeblu najbliższym obywatelom, na którym najłatwiej realizować jest potrzeby społeczności lokalnych i co ważniejsze wypełniać podstawy zasady pomocniczości, która przecież legła u podstaw samorządu terytorialnego. I tu pojawiają się dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze, jeśli mieszkańcy w ramach jednostek pomocniczych mają realizować zadania przypisane im przez radę gminy, to posiadać muszą określone odpowiednie fundusze. Takowe mogą pozyskać jednak tylko od wspomnianego powyżej organu. Praktyka pokazuje jednak, że gminy nie chcą ograniczać swoich kompetencji, tracąc przy tym dodatkowe środki finansowe. Dobitnie potwierdzają to badania przeprowadzone przez P. Świaniewicza, który zauważa, że środki przekazywane jednostkom pomocniczym w dużych miastach to zazwyczaj mniej niż 1% budżetu gminy⁴². Po drugie, rada gminy wyposażyć je musi w konkretne uprawnienia gwarantowane statutowo. Na kanwie tych dwóch przesłanek skonstatować można, że mimo, iż partycypacja społeczna została wpisana ustawowo w system polskiego samorządu, to skala realnej jej realizacji zależy od rady gminy i co trudno przyznać jest ona bardzo ograniczona. Choć nie bez znaczenia pozostaje fakt rozwoju skali, czego najlepszym przykładem jest Kraków czy Gdańsk⁴³.

Na zakończenie warto wspomnieć, że wcześniej wspomniany projekt prezydencki dążył do regulacji wielu kwestii mogących ustawowo określić znaczną część kompetencji zarówno jednostek pomocniczych, jak i innych zgrupowań obywateli. Można mieć tylko nadzieję, że kiedykolwiek możliwa będzie realizacja jego postanowień. Taka regulacja z pewnością wzmocniłaby jednostki pomocnicze, a przez to mogłaby wzbudzić większe zaangażowanie obywateli. I tu właśnie pojawia się błędne rondo ukute przez zespół pracujący pod przewodnictwem P. Świaniewicza⁴⁴: jednostki pomocnicze nie wzbudzają zainteresowania, ponieważ nie mają znaczących kompetencji, a nie zostały wyposażane w te kompetencje, ponieważ obywatele nie wykazują dużego zainteresowania tymi instytucjami.

Powyższa praca skupia się wokół rozważań czysto teoretycznych, dotykając jedynie fragmentarycznie praktyki, która często wydaje się być, i jest, odmienna od założeń prawodawcy. Ponadto duże rozbieżności pomiędzy regulacjami przyjętymi przez konkretne gminy uniemożliwiają wysunięcie jednoznacznych wniosków. Niemniej z całą pewnością można stwierdzić, że jednostki pomocnicze wspierane przez radę gminy są w stanie być

⁴²P. Świaniewicz, *Jednostki pomocnicze w dużych miastach: błędne rondo marginalizacji czy ślepa uliczka*, Samorząd Terytorialny 1-2/2014, s. 55-71.

⁴³Tamże.

⁴⁴P. Świaniewicz, J. Krukowska, M. Lackowska, A. Kurniewicz, *Błędne rondo marginalizacji? Jednostki pomocnicze samorządu w zarządzaniu dużymi miastami*, Warszawa 2013, s. 196-214.

podmiotami umożliwiającymi realną partycypację społeczną. Jednakże wsparcie to jest warunkiem *sine qua non* umożliwiającym prawidłowe funkcjonowanie systemu samorządu terytorialnego.

* * *

Legal forms of applying the institution of direct democracy at the level of the auxiliary units of communes

Summary: The article analyses the issue of real possibility to participating society in exercising authority at closest level to the citizen - auxiliary units of communes. In this thesis author are trying to answer the question whether the current legal regulations create applicable foundation for social activation and its direct participation in creating state policy. Author by basing on dogmatic method and supporting it by historical analysis come to conclusion that the issue is highly varied across the country although polish legislator creates basis for institution which allows to realize assumptions of direct democracy. Moreover author in thesis presents postulates which can be used to develop social participation at this level.

Key words: direct democracy, social participation, auxiliary units, solectwo, district, housing estate.

Dominika Szafran*

Przesłanki ograniczenia prawa do informacji o stanie zdrowia w polskim prawie medycznym

Streszczenie

Artykuł dotyczy jednego z fundamentalnych praw pacjenta, jakim jest prawo do uzyskania informacji o stanie zdrowia. Prawo to może być w określonych ustawowo przypadkach ograniczane. Przesłanki do jego ograniczenia zostały omówione w oparciu o orzecznictwo i poglądy przedstawicieli nauki. Prawo pacjentów do otrzymania informacji dotyczącej stanu zdrowia jest bardzo ważne z uwagi na fakt, że bez niego trudna byłaby realizacja innych uprawnień pacjentów, w szczególności prawa do wyrażenia zgody na leczenie. Czasami jednak może być ono ograniczone z powodu wieku lub woli pacjenta albo złych prognoz dotyczących jego stanu zdrowia. Analiza przypadków, w których możliwe jest ograniczenie tego prawa, jest także istotna z punktu widzenia lekarzy i ich obowiązku zapewniania informacji pacjentom.

Słowa kluczowe: prawo do informacji, prawo medyczne, pacjenci

1. Wstęp

Zdrowie to szczególne dobro chronione przez wiele przepisów prawnych, zarówno o randze krajowej, jak i międzynarodowej. Nie dziwi zatem fakt, że jest ono także przedmiotem zainteresowania samych pacjentów oraz osób im najbliższych. Prawo do informacji o stanie zdrowia to jedno z podstawowych praw zapewnianych pacjentom, a przesłanki jego ograniczenia muszą być ściśle sprecyzowane oraz ograniczone do sytuacji o

* Autorka jest studentką V roku prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

charakterze wyjątkowym. Wymiana informacji jest jednym ze składników każdego procesu diagnostycznego, terapeutycznego i rehabilitacyjnego². Z prawem do informacji o stanie zdrowia wiąże się ponadto niezbędne w procesie leczenia zaufanie pacjenta do lekarza. Chory, który nie otrzymuje rzetelnej i prawdziwej informacji, może stracić swoje zaufanie do lekarza, które ma wpływ na efektywność całego procesu leczenia. Jednak nie tylko sami pacjenci są zainteresowani uzyskaniem takiej informacji. Osoby im bliskie, przede wszystkim członkowie rodziny, również powinny mieć zapewniony do niej dostęp. W takiej sytuacji należy wszelako ściśle oznaczyć jej zakres oraz ustalić krąg osób uprawnionych do jej otrzymania. Gdyby bowiem tego zaniechać, w wielu sytuacjach pojawiałyby się kolizja z prawem do prywatności pacjenta, która jest zarazem jego dobrem osobistym, chronionym przez przepisy prawa cywilnego. Zadaniem ustawodawcy było więc zapewnienie pacjentom tego prawa, określenie podmiotów uprawnionych do otrzymania informacji o stanie zdrowia oraz metodach leczenia, a także precyzyjne określenie sytuacji, w jakich prawo może być ograniczone ze względu na wystąpienie szczególnych okoliczności. Z prawem tym związane są ponadto pozostałe uprawnienia, albowiem bez wiedzy pacjenta o swoim stanie zdrowia ciężko byłoby mówić o prawie do wyrażenia przez niego zgody na czynności medyczne czy do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza. Po raz pierwszy próby uregulowania uprawnienia pacjenta do uzyskania informacji w związku z udzielaną interwencją medyczną w polskim prawie administracyjnym dokonano w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej z 1991 roku. W art. 19 ust.1 pkt 2 tej ustawy przyznano pacjentowi prawo do informacji o stanie swego zdrowia³.

Prawo pacjenta do informacji jest ściśle związane z wyrażaniem przez niego zgody na interwencję medyczną. Pacjent, chcąc wyrazić zgodę na leczenie lub odmówić jej wyrażenia, powinien uprzednio otrzymać pełną oraz rzetelną informację na temat swojego stanu zdrowia oraz ewentualnych metodach leczenia. Jak wskazuje I. Bernatek-Zagula: „Elementem warunkującym legalność zgody jest uprzednie uzyskanie informacji, na co zostaje wyrażona. W przeciwnym bowiem wypadku, udzielenie zgody traci nie tylko oparcie w normie prawnej, ale też jest pozbawione sensu”⁴.

2. Podstawa prawna prawa pacjenta do informacji o stanie zdrowia

²J. Zajdel, *Kompendium prawa medycznego*, Łódź 2008, s. 99.

³D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 357.

⁴I. Bernatek-Zagula, *Prawo pacjenta w Polsce do informacji medycznej*, Toruń 2008, s. 63.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁵, pacjent ma prawo do informacji o swoim stanie zdrowia. Z tymże prawem jest ponadto skorelowany obowiązek lekarza do udzielania takiej informacji, który został zdefiniowany w art. 31 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁶. Zgodnie z tym przepisem lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Stroną uprawnioną jest w tym przypadku pacjent, czyli – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta – osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny; natomiast stroną obowiązowaną jest lekarz. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta ilekroć w ustawie jest mowa o lekarzu, należy rozumieć przez to również lekarza dentystę oraz felczera w zakresie wynikającym z przepisów o zawodzie felczera. Przez informację powszechnie rozumie się wiadomość o czymś lub zakomunikowanie czegoś⁷. W tym przypadku mamy do czynienia z wiadomością dotyczącą szeroko rozumianego stanu zdrowia podmiotu uprawnionego do jej otrzymania.

Prawo pacjenta do informacji zostało szeroko ujęte w Kodeksie Etyki Lekarskiej. Jest to wobec tego obowiązek udzielania informacji nie tylko prawny, ale także etyczny lekarza. W art. 13 ust. 3 została nałożona na niego powinność udzielania informacji pacjentom. Przepis ten stanowi: „Lekarz powinien poinformować pacjenta o stopniu ewentualnego ryzyka zabiegów diagnostycznych i leczniczych i spodziewanych korzyściach związanych z wykonywaniem tych zabiegów, a także o możliwościach zastosowania innego postępowania medycznego”. Zgodnie z ust. 2 informacja taka powinna być sformułowana w sposób dla niego zrozumiały. Oznacza to, że lekarz powinien dostosować jej zakres i sposób przedstawienia do wieku, stanu zdrowia oraz indywidualnej sytuacji pacjenta. Wymaga to od niego pewnej umiejętności rozpoznawania stopnia wrażliwości pacjenta i dostosowania do niego sposobu przekazywania informacji. Lekarz powinien oczywiście podać informację jak najbardziej zgodną ze stanem faktycznym, jednak powinien unikać sformułowań, które

⁵ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. nr 52/2009, poz. 417).

⁶ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. nr 277/2001, poz. 1634).

⁷ *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2005, s. 534.

negatywnie wpłyną na stan psychiczny chorego. Zrozumiałość przekazu to niewątpliwie wyrażenie go w sposób, który nie spowoduje wątpliwości u pacjenta. Inaczej wyglądało to w przypadku pacjenta, który ma wykształcenie medyczne, a inaczej w przypadku pacjenta, który nie jest obeznany z terminologią medyczną. Nawiązuje do tego art. 17 Kodeksu Etyki Lekarskiej, zgodnie z którym: „W razie niepomyślnej dla chorego prognozy, lekarz powinien poinformować o niej chorego z taktem i ostrożnością. Wiadomość o rozpoznaniu i złym rokowaniu może nie zostać choremu przekazana tylko w przypadku, jeśli lekarz jest głęboko przekonany, iż jej ujawnienie spowoduje bardzo poważne cierpienie chorego lub inne niekorzystne dla zdrowia następstwa; jednak na wyraźne żądanie pacjenta lekarz powinien udzielić pełnej informacji”. Kodeks Etyki Lekarskiej w art. 16 reguluje przypadki, w których lekarz może zaniechać informowania pacjenta o stanie jego zdrowia lub leczeniu. Może podjąć taką decyzję, gdy pacjent wyrazi takie życzenie. Jeśli natomiast pacjent jest nieprzytomny, lekarz może udzielić dla dobra chorego niezbędnych informacji osobie, co do której jest przekonany, że działa ona w interesie chorego. Wobec tego nie ma w tym przepisie wskazanego katalogu osób uprawnionych poprzez odwołanie się do stopnia pokrewieństwa lub innych łatwo weryfikowalnych przesłanek. Lekarz powinien być natomiast przekonany, że osoba, której udziela informacji o stanie zdrowia pacjenta nieprzytomnego, działa w jego interesie. Ustawa o prawach pacjenta pomija jakkolwiek kwestię udzielania informacji w sytuacji, gdy ten jest nieprzytomny. W takiej sytuacji rozważa się odpowiednie zastosowanie 31 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, na podstawie którego lekarz może udzielić informacji osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁸. Jeśli chodzi natomiast o pacjenta małoletniego, to zgodnie z art. 16 ust. 3 Kodeksu Etyki Lekarskiej, lekarz ma obowiązek informowania jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego.

Wśród źródeł prawa międzynarodowego szczególne znaczenie dla prawa medycznego ma Europejska Konwencja Bioetyczna (1997), chroniąca godność człowieka oraz przysługujące mu prawa i wolności przed zagrożeniami związanymi z szybkim postępowaniem nauk medycznych i biologicznych⁹. Nakazuje ona poprzedzenie interwencji medycznej zapewnieniem osobie zainteresowanej odpowiednich informacji o jej celu i naturze, a także konsekwencjach i ryzyku z nią związanych (art. 5 EKB). Konwencja stanowi również, że każda osoba ma prawo do poszanowania życia prywatnego w zakresie wiadomości o stanie zdrowia oraz do nieinformowania na jej życzenie o stanie zdrowia (art.

⁸D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 149.

⁹M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 20.

10 EKB)¹⁰. Warto jednak podkreślić, że wspomniana Konwencja została co prawda podpisana przez państwo polskie, lecz nie doszło jeszcze do jej ratyfikacji.

Realizacji prawa do otrzymania informacji o stanie zdrowia pacjent może oczekiwać nie tylko od lekarza, ale także od przedstawicieli innych zawodów medycznych. Przede wszystkim warto wspomnieć w tym kontekście o Ustawie z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki o położnej¹¹. Jak stanowi art. 16 tej ustawy, pielęgniarka oraz położna zobowiązane są informować pacjenta o jego prawach zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Ponadto przedstawiciele tych zawodów mają obowiązek udzielić pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu albo osobie wskazanej przez pacjenta informacji o stanie zdrowia pacjenta w zakresie koniecznym do sprawowania opieki pielęgnacyjnej lub opieki podczas ciąży oraz prowadzenia porodu i porożenia. Jak widać, zakres obowiązków pielęgniarek oraz położnych w kontekście udzielenia pacjentowi informacji o stanie zdrowia jest niemal tak szeroki, jak obowiązki lekarza w tym zakresie. Należy niemniej podkreślić, że z zakresu obowiązków pielęgniarki wynika, że często nie posiada ona takich informacji, jak lekarz, i wydaje się, że zakres informacji przez nią udzielanych powinien korespondować z zakresem jej obowiązków zawodowych, do których należy przede wszystkim sprawowanie opieki pielęgnacyjnej nad pacjentem. Jak podkreśla się w literaturze: „Pielęgniarka musi przekazać pacjentowi informacje w sposób przystępny, zrozumiały i dostosowany do jego właściwości intelektualnych, przy użyciu słów, określeń i nazw, które będą dla niego zrozumiałe (...)”¹².

3. Zakres prawa do informacji o stanie zdrowia

Zakres omawianego prawa został zawarty w art. 9 ust. 2 Ustawy o Prawach Pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Informacja ma dotyczyć: stanu zdrowia, rozpoznania, proponowanych oraz możliwych metod diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wyników leczenia oraz rokowania na przyszłość. Jak widać, zakres ten jest bardzo szeroki i wymaga od lekarza rozległej i aktualnej wiedzy nie tylko o samej chorobie i jej możliwych konsekwencjach, ale także o dostępnych metodach leczenia, co budzi w praktyce wiele wątpliwości. Informacja w zakresie proponowanych i możliwych metod leczenia ma posłużyć podjęciu decyzji przez

¹⁰E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 599.

¹¹Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki o położnej (Dz.U. 2011 nr 174 poz. 1039).

¹²D. Karkowska, *Prawo medyczne dla pielęgniarek*, Warszawa 2013, s. 159.

pacjenta, z jakiej metody będzie chciał skorzystać¹³. Czy w związku z tym lekarz ma obowiązek przekazywać informacje (a tym samym posiadać taką wiedzę) o "możliwych metodach" istniejących w Polsce (także nier refundowanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia), czy również o tych poza granicami Polski?¹⁴ Moim zdaniem przy tak szerokim dostępie do informacji o metodach leczenia dostępnych w innych państwach oraz w związku z obowiązkiem lekarza do ciągłego pogłębiania swojej wiedzy obowiązek ten powinien obejmować metody leczenia dostępne także poza Polską. Pacjent ma prawo oczekiwać, że lekarz, czyli osoba odpowiedzialna za jego zdrowie, będzie taką wiedzę posiadał. Ponadto powinien on przedstawić pacjentowi wszystkie metody leczenia i jednocześnie ocenić, która z nich w odniesieniu do indywidualnej sytuacji pacjenta (jego stanu zdrowia, wieku, płci, trybu życia, wcześniej zastosowanych metod) jest najbardziej optymalna i wiąże się z najmniejszym ryzykiem. Pacjent powinien mieć możliwość dokonania wyboru spośród kilku alternatywnych metod, oczywiście jeżeli dana choroba nie wymaga zastosowania tylko i wyłącznie jednej.

Co do informacji o stanie zdrowia, jak już zostało wcześniej powiedziane przy okazji omawiania regulacji w Kodeksie Etyki Lekarskiej, powinna być przekazana w sposób, który nie pogorszy stanu psychicznego pacjenta, co niewątpliwie wpływa negatywnie na efekty procesu leczenia, a nawet może doprowadzić do odmowy udzielenia zgody na leczenie. Sposób, w jaki lekarz przekazuje informację o stanie zdrowia, z jednej strony nie może wystraszyć pacjenta, a z drugiej pozbawiać go świadomości powagi jego schorzenia.

Lekarz ma także obowiązek informowania o następstwach zastosowania i zaniechania danych metod leczenia. W tym kontekście powstaje pytanie, o jakie dokładnie następstwa chodzi. Czy mowa o najbardziej powszechnych i oczywistych, czy także o bardzo rzadkich lub nawet jedynie potencjalnych? W tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 28 sierpnia 1973 roku (I CR 441/71)¹⁵ stwierdził, że: „Nie można wymagać od lekarza, by uprzedzał pacjenta o wszelkich mogących wystąpić komplikacjach, zwłaszcza o takich, które zdarzają się niezmiernie rzadko. Takie uprzedzanie mogłoby prowadzić do zbędnego pogorszenia samopoczucia pacjenta i do bezpodstawnej odmowy wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu”. Podobny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Gdańsku, który w wyroku z dnia 28.11.2012 r. (V ACa 826/12) stwierdził, że: „Nie w

¹³R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 359.

¹⁴D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 152.

¹⁵Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 VIII sierpnia 1973 r., I CR 441/71, LEX nr 1690.

każdym przypadku lekarz ma obowiązek informowania o wszelkich możliwych, nawet poważnych skutkach zabiegu, niezależnie od rodzaju zabiegu i prawdopodobieństwa ich wystąpienia. Zakres udzielanych pacjentowi informacji musi być uzależniony od rodzaju zabiegu, w szczególności od tego, czy za jego przeprowadzeniem przemawiają wskazania bezwzględne (zabieg ratujący życie), względne lub czy jest to jedynie zabieg o charakterze kosmetycznym, w przypadku którego zakres informacyjny sięga najdalej. W sytuacji, gdy zachodzi bezwzględna konieczność operacji lekarz powinien wyjaśnić pacjentowi jedynie cel i rodzaj operacji oraz zwykle jego następstwa. Nie potrzebuje, a nawet nie powinien udzielać pacjentowi informacji o następstwach nietypowych nieobjętych normalnym ryzykiem podejmowanego zabiegu”¹⁶. Myślę, że z takim stwierdzeniem należy się zgodzić, gdyż nie sposób przypuszczać, że lekarz będzie w stanie wymienić wszystkie możliwe następstwa zastosowania np. zabiegu lub operacji. Pacjent powinien być świadomy, jakie są potencjalne skutki zastosowania danej metody, ale jednocześnie lekarz powinien przedstawić je w odniesieniu do spodziewanych korzyści, ponieważ każda ingerencja medyczna w ludzki organizm niesie ze sobą zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki.

Odmierna regulacja odnosi się do eksperymentów medycznych. Z uwagi na ich szczególny charakter, który często nie pozwala na przewidzenie wszystkich możliwych skutków jego przeprowadzenia, obowiązek ten został sprecyzowany odrębnie. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty osoba, która ma być poddana eksperymentowi medycznemu, musi zostać uprzednio poinformowana o celach, sposobach i warunkach przeprowadzenia eksperymentu, spodziewanych korzyściach leczniczych lub poznawczych, ryzyku oraz możliwościach odstąpienia od udziału w eksperymencie w każdym stadium. Natomiast zgodnie z ust. 2 w przypadku gdyby natychmiastowe przerwanie eksperymentu mogło spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia jego uczestnika, lekarz obowiązany jest go o tym poinformować. Dla ważności zgody na poddanie się eksperymentowi medycznemu niezbędna jest pełna świadomość osoby, która ją wyraża. Musi ona zdawać sobie sprawę, na jakie niebezpieczeństwo się naraża i jakich korzyści oczekuje się po przeprowadzonym eksperymencie¹⁷. Jak słusznie zostało zauważone w doktrynie prawa medycznego: „Z uwagi na szczególny rodzaj interwencji medycznej, jakim są eksperymenty medyczne, można oczekiwać od ustawodawcy, aby na wzór Deklaracji helsińskiej zobowiązał osobę przeprowadzającą eksperyment medyczny do upewnienia się, czy uczestnik eksperymentu (czyli pacjent) zrozumiał przekazane mu

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 28 XI listopada 2012 r., V ACa 826/12, LEX nr 1313251.

¹⁷E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty... Komentarz*, Warszawa 2008, s. 527.

informacje¹⁸. Zatem ze względu na niebezpieczeństwo łączące się z eksperymentem medycznym, wynikające z niepewności co do jego skutków, osoba przeprowadzająca eksperyment powinna mieć pewność, że pacjent zrozumiał przekazaną informację, a w razie jakiegokolwiek wątpliwości, powinna zmienić jej sposób przekazania lub treść.

W tym miejscu należy także wspomnieć o tzw. przywileju terapeutycznym. Jest to instytucja, która pozwala lekarzowi w wyjątkowych przypadkach odstąpić od obowiązku informowania pacjenta o stanie zdrowia. Przypadki, w których może to nastąpić, powinny być jednak ściśle określone, aby wykluczyć dowolność w tym zakresie. Jednocześnie to lekarz, jako osoba z natury wykonywanej profesji najbardziej kompetentna w zakresie oceny następstw udzielenia poszczególnych informacji pacjentowi, powinien ostatecznie ocenić, kiedy może nastąpić skorzystanie z przywileju terapeutycznego. Instytucja ta powinna mieć przede wszystkim na celu dobro pacjenta, który w określonych okolicznościach powinien zostać pozbawiony prawa do otrzymania informacji o swoim stanie zdrowia.

4. Ograniczenie prawa do informacji o stanie zdrowia

Ograniczenie prawa do informacji o stanie zdrowia ze względu na wiek pacjenta i ubezwłasnowolnienie

Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta dzieli pacjentów na pełnoletnich oraz małoletnich. Pacjenci należący do drugiej grupy dzielą się z kolei na osoby powyżej 16 roku życia oraz na osoby poniżej tego progu. Taki podział uzasadniony jest przede wszystkim różnym stopniem rozwoju psychicznego osób przed i po 16 roku życia. Należy wszelako podkreślić, że takie zróżnicowanie jest bardzo uproszczone i nie uwzględnia różnic w rozwoju emocjonalnym poszczególnych pacjentów, a ma jedynie na celu pewne uogólnienie podyktowane chęcią stworzenia jednolitej regulacji dla pewnej grupy podmiotów. Wiek jest bowiem najbardziej obiektywnym kryterium pozwalającym różnicować sytuację poszczególnych jednostek w określonych kwestiach. Podział ten ma wpływ nie tylko na kwestię wyrażania zgody na leczenie, ale także na zakres prawa do informacji. Pacjenci małoletni powinni być szczególnie traktowani w tym zakresie ze względu na ich niedojrzałość emocjonalną oraz związaną z tym wrażliwość. W zakresie prawa do uzyskania informacji ustawy nie różnicują sytuacji osób pełnoletnich oraz tych, którzy ukończyli 16 lat. Zgodnie bowiem z art. 9 ust. 2 Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego

¹⁸A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperymenty medyczne na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 109.

ustawowy przedstawiciel, mają prawo do uzyskania od lekarza przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Jednoznacznie wynika więc z tego przepisu, że sytuacja tych dwóch grup pacjentów jest taka sama. Także w Ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty nie zastosowano żadnych ograniczeń w zakresie obowiązku udzielania informacji w odniesieniu do pacjentów małoletnich, będących powyżej 16 roku życia.

Sytuacja pacjentów, którzy nie ukończyli 16 lat, jest natomiast zupełnie inna; wynika to z art. 31 ust. 7 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz z art. 9 ust. 7 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Owe przepisy mówią, że pacjent, który nie ukończył 16 lat, ma zapewnione prawo do informacji o stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu, jakkolwiek stopień i forma tychże informacji powinny być udzielone w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego. Celem procesu diagnostycznego jest nie tylko identyfikacja określonej jednostki chorobowej, lecz ponadto pełna diagnoza medyczna stanu chorego, obejmująca także określenie przyczyny zaburzeń, ich stopnia nasilenia, zaawansowania lub fazy procesu chorobowego oraz przewidywanych następstw¹⁹. Proces terapeutyczny ma na celu dostosowanie środków terapii odpowiednich do wyników procesu diagnostycznego. Informacja udzielana takiemu pacjentowi powinna być wobec tego ograniczona tylko do elementów, które wpływają na efekt diagnozy i terapii. Wszystkie pozostałe informacje dotyczące takiego pacjenta powinny być przekazane osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Pacjenta, który nie ukończył 16 lat, nie dotyczy także art. 9 ust. 8 Ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, zgodnie z którym pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego ustawowy przedstawiciel, mają prawo do uzyskania od pielęgniarki czy położnej przystępnej informacji o jego pielęgnacji i zabiegach pielęgniarstwach. Zgodnie z tym przepisem taką informację może uzyskać tylko przedstawiciel ustawowy.

Ograniczenie prawa do informacji o stanie zdrowia ze względu na wolę pacjenta

¹⁹P. Zaborowski, *Filozofia postępowania lekarskiego*, Warszawa 1990, s. 121.

W pewnych sytuacjach sam pacjent może nie życzyć sobie, aby lekarz udzielał mu informacji dotyczących jego stanu zdrowia, rozpoznania, proponowanych oraz możliwych metod diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wyników leczenia oraz rokowania na przyszłość. Ze względu na to, że uzyskanie takiej informacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem pacjenta, taka regulacja jest w pełni uzasadniona. Przyczyną odmowy pacjenta może być np. jego strach dotyczący uzyskania informacji o rokowaniu lub możliwych następstwach zastosowania określonej metody leczniczej. W takich przypadkach lekarz ma obowiązek uszanowania decyzji pacjenta. Zarówno art. 9 ust. 4 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, jak i art. 31 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, wymagają w tym zakresie „żądania” pacjenta, które zgodnie z powszechnym rozumieniem tego słowa oznacza „kategoryczne domaganie się czegoś”²⁰. Realizacja tego prawa wymaga, aby pacjent wyraźnie zażądał od lekarza nieinformowania. Zachowanie pacjenta musi być aktywne, uzewnętrznione, niebudzące żadnych wątpliwości. Niedopuszczalne jest zaniechanie obowiązku udzielania informacji na podstawie dorozumianego zachowania pacjenta. Zrzeczenie się informacji przez pacjenta musi być wolne od jakichkolwiek nacisków ze strony personelu medycznego²¹. Uprawnienie pacjenta do żądania nieudzielania mu informacji przez lekarza zostaje wyłączone, gdy niepoinformowanie pacjenta o chorobie mogłoby narazić na niebezpieczeństwo inne osoby. Chodzi przede wszystkim o choroby zakaźne. Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi²², w przypadku rozpoznania zakażenia, które może przenosić się drogą kontaktów seksualnych, lekarz lub felczer ma obowiązek poinformować zakażonego o konieczności zgłoszenia się do lekarza partnera lub partnerów seksualnych zakażonego. Taka regulacja wynika ze specyfiki chorób zakaźnych, które bez wiedzy osoby chorej mogłyby na skutek niezachowania przez nią ostrożności narazić na niebezpieczeństwo osoby trzeciej. Należy niemniej podkreślić, że ta powinność jest szczególnym przypadkiem zwolnienia lekarza od obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej, a nie ograniczeniem prawa do informacji pacjenta wynikającym z jego woli.

Ograniczenie prawa do informacji o stanie zdrowia ze względu na niepomyślne rokowanie

²⁰Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 2005, s. 1254.

²¹D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 165.

²²Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. nr 234/2008, poz. 1570).

Niekiedy zdarza się sytuacja, kiedy wiedza pacjenta o stanie zdrowia lub rokowaniach mogłaby negatywnie wpłynąć na jego samopoczucie, co znacznie pogarszałoby efekty zastosowanej terapii. W takich przypadkach należało przyznać lekarzowi prawo do zaniechania w szczególnych przypadkach udzielania informacji takim pacjentom. Sytuacja taka została uregulowana w art. 31 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, który stanowi, że w sytuacjach wyjątkowych, jeżeli rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu, jeżeli według oceny lekarza przemawia za tym dobro pacjenta. Obie przesłanki wymienione w tym przepisie, czyli niepomysłne rokowanie oraz dobro pacjenta, powinny być spełnione łącznie. Takie uprawnienie lekarza określa się mianem przywileju terapeutycznego. Należy podkreślić, że przepis zezwala na przemilczenie w określonych przypadkach pewnych faktów, ale nie jest podstawą do wprowadzania pacjenta w błąd w wyniku przekazania nieprawdziwych wiadomości, a zwolnienie z obowiązku udzielenia informacji przewidzianej w art. 31 ust. 4 ustawy nie dotyczy pacjenta, który jest uczestnikiem eksperymentu medycznego lub jest dawcą lub biorcą komórek, tkanek lub narządu²³. Ponadto nie jest to uprawnienie absolutne, gdyż lekarz ma jednak obowiązek udzielenia takiej informacji, gdy pacjent tego żąda, co wynika nie tylko z omawianego przepisu, ale także z art. 9 ust. 6 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Ograniczenie to nie dotyczy także przedstawiciela ustawowego pacjenta lub osobę upoważnioną przez pacjenta, gdyż w omawianej sytuacji to oni powinni być adresatami obowiązku lekarza. Niektórzy autorzy postulują zastąpienie takiego uprawnienia lekarza obowiązkiem wyczerpującej rozmowy w obecności psychologa²⁴.

5. *Sytuacja pacjenta nieprzytomnego i niezdolnego do zrozumienia informacji*

W sytuacji pacjenta nieprzytomnego lub niezdolnego do zrozumienia informacji nie można oczywiście mówić o ograniczeniu jego prawa do informacji o stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Jej nieudzielenie w takich przypadkach wynika raczej z przyczyn natury faktycznej, gdyż wykonanie w takiej sytuacji przez lekarza obowiązku udzielenia informacji byłoby bezprzedmiotowe. Ustawodawca chroni wszelako takie osoby poprzez obowiązek przekazywania informacji ich dotyczących osobom bliskim w rozumieniu ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Zatem w porównaniu do Kodeksu

²³E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty.....*, Warszawa 2008, s. 579.

²⁴A. Dudzińska, *Wymagana informacja udzielana pacjentowi*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 8, s. 97.

Etyki Lekarskiej, który w takich przypadkach wymaga, aby osoba działała w interesie chorego, ten przepis ustawy ma ograniczony charakter, gdyż informacja taka może być udzielona tylko małżonkowi, krewnemu lub powinowatemu do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawicielowi ustawowemu, osobie pozostającej we wspólnym pożyciu lub osobie wskazanej przez pacjenta. Jako przykład osoby pozostającej we wspólnym pożyciu należy wskazać partnera pacjenta, który nie jest jego małżonkiem. Problematyczna może jednak okazać się weryfikacja takiej osoby. Wydaje się, że w takich sytuacjach należy brać pod uwagę, czy pomiędzy danymi osobami występuje więź ekonomiczna, fizyczna oraz gospodarcza. Niewątpliwie zatem wspólne zamieszkiwanie oraz partycypowanie w kosztach utrzymania będzie można zakwalifikować jako pozostawanie we wspólnym pożyciu. Do takich przypadków należy zakwalifikować np. konkubinat.

Jeżeli chodzi o przesłanki zastosowania tego przepisu, a więc warunek zaistnienia u pacjenta stanu nieprzytomności lub niezdolności zrozumienia informacji, mogą powstać pewne wątpliwości co do ich rozumienia. Pierwsza z przesłanek oznacza całkowitą utratę świadomości, a więc stan kiedy dana osoba nie reaguje na bodźce zewnętrzne. Jakkolwiek niezdolność do zrozumienia informacji może wynikać z przyczyn natury faktycznej, takich jak wiek lub stan zdrowia. Niekiedy taki stan może być spowodowany np. pozostawaniem pod wpływem alkoholu lub innych środków odurzających. W szczególnie trudnych sytuacjach pacjent może utracić zdolność do zrozumienia informacji przez znajdowanie się w takim stanie emocjonalnym, który uniemożliwia racjonalną ocenę rzeczywistości. W owych przypadkach lekarz powinien każdorazowo ocenić również celowość przekazywania określonych informacji pacjentowi, ewentualnie dostosować jej formę i zakres do aktualnego stanu emocjonalnego.

6. *Zakończenie*

Informacja o stanie zdrowia jest jednym z podstawowych i zarazem najważniejszych praw zapewnionych pacjentom. Trudno sobie bowiem wyobrazić zagwarantowanie prawa do wyrażenia zgody bez zapewnienia jednocześnie rzetelnej informacji o stanie zdrowia, a także następstwach planowanego leczenia. Pacjent poinformowany ma także znacznie większe zaufanie do lekarza, co przekłada się pozytywnie na cały proces leczenia. W pewnych sytuacjach ograniczenie tego prawa bywa jednak niezbędne, gdyż pełna informacja o stanie zdrowia może niekorzystnie wpłynąć na pacjenta i spowodować jego strach przed leczeniem, doprowadzając w skrajnych przypadkach nawet do rezygnacji z niego. Przesłankami uzasadniającymi zastosowanie takich ograniczeń mogą być wiek pacjenta, niepomyślne rokowanie oraz wyraźne żądanie pacjenta.

* * *

Reasons for restricting the right to information about the health of the Polish medical law

Summary: Article concerns one of the most fundamental patients' right- right to information about state of health. This right may be restricted only in the cases strictly specified in law. Reasons for restricting have been described according to the case law and doctrine. Patients' right to receive information regarding their state of health is very important due to the fact that without it realization of another right could be difficult, especially right to express consent for medical treatment. Sometimes, however, restriction of this right is necessary because of patient's age, will or bad prognosis. Analysis of the cases when this right may be restricted is very important from the point of view of doctors because of their duty to providing information.

Key words: right to information, medical law, patients

Aleksandra Czarnecka*

Charakter prawny i istota tajemnicy bankowej

Streszczenie

Tajemnica bankowa jest pojęciem, które można opisywać różnorodnie. Jej historia rozwija się równoległe do historii ludzkich stosunków handlowych a istnienie budziło na przestrzeni lat niezwykle dużo kontrowersji. Stanowi instytucję jednocześnie publiczno- i prywatnoprawną, jest chronionym konstytucyjnie dobrem prawnym, które przysługuje każdemu od momentu udzielenia bankowi wrażliwych informacji. Dla niektórych, bez tajemnicy bankowej nie może być mowy o prawidłowym realizowaniu swoich zadań przez bank. Jednocześnie, tajemnica jest instytucją, od której ustawa przewiduje kilkustronicowy katalog ograniczeń i wyłączeń, ukierunkowanych nie tylko na umożliwienie bankom normalnego sprawowania swojej roli gospodarczej, ale również na ochronę innych istotnych i konstytucyjnych dóbr, takich jak bezpieczeństwo państwa czy porządek publiczny. Wskazana wyżej dychotomia, jest zbyt jaskrawa by nie generowała wątpliwości nie tylko natury teoretycznej, lecz również co do obecnie istniejącego zakresu obowiązywania. Jakkolwiek bowiem tajemnica bankowa na przestrzeni wieków miała zarówno rzesze zwolenników, jak i przeciwników (gdzie jedni chcieli jej względnej nienaruszalności, inni zaś stawiali różne dobra ponad tajemnicą i chcieli ją maksymalnie ograniczać), to nadal trudno opowiedzieć na pytanie, czy sposób, stosowane środki i zakres w którym jest ona ograniczana obecnie, jest zjawiskiem pożądanym, czy choćby w pełni zgodnym z prawem.

Słowa kluczowe: bank, tajemnica bankowa, prawo bankowe

* Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Wstęp

W niniejszej pracy poddany rozważaniom zostanie jeden z wymienionych w rozdziale ósmym ustawy prawo bankowe z 29 sierpnia 1997 r. obowiązków banku, a mianowicie obowiązek zachowania tajemnicy bankowej (art. 104 ust. 1 i n. pr. bank.)¹. W pierwszej kolejności przedstawiony zostanie rys ewolucyjny instytucji i jej współczesna charakterystyka, w drugiej części pracy zaś przytoczone zostaną przewidziane przez ustawodawcę ograniczenia tajemnicy bankowej.

Rozwinięcie powyższych kwestii ma na celu umożliwienie podjęcia próby odpowiedzi na pytanie o współczesne znaczenie tajemnicy bankowej oraz czy legislacyjny trend ostatnich lat (skutkujący formułowaniem kolejnych wyłączeń) spowodował, że zbliża się ona do pojęcia instytucji martwej.

1. Kształtowanie się tajemnicy bankowej

Chociaż tajemnica bankowa została sformułowana po raz pierwszy dopiero w szwajcarskim prawie bankowym w 1934 r., to pierwszy zapis dotyczący ochrony informacji konfidenacyjnych klientów bankierów znalazł się już w Kodeksie Hammurabiego².

Historia tajemnicy bankowej wiąże się w sposób oczywisty z historią banków jako takich; tę ostatnią zaś można podzielić na dwa zasadnicze etapy. Pierwszy z nich trwał do XIX wieku i nie istniało w nim prawo bankowe rozumiane ogólnie jako odrębna dziedzina legislacyjna. Cezurą oddzielającą te dwa etapy można określić trend, w ramach którego zaczęły pojawiać się regulacje tworzone specjalnie na potrzeby tego obszaru prawa (drugi etap). Właśnie z tego okresu pochodzi pierwsza, sformułowana w szwajcarskim prawie, definicja tajemnicy bankowej³.

1.1. Tajemnica bankowa w Szwajcarii

Przed sformułowaniem tajemnicy bankowej w 1934 r. była ona przedmiotem regulacji prawa cywilnego⁴. Uformowanie tajemnicy bankowej na gruncie prawa

¹ Ustawa prawo bankowe z dnia 29 sierpnia 1997 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 poz. 1376 z późn. zm.).

² A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

³ Z. Dobosiewicz, *Bankowość*, Warszawa 2011, s. 17.

⁴ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

prywatnego stanowiło wyraz potrzeby jednostki zachowania w poufności podejmowanych przez nią transakcji finansowych.

Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej był przedmiotem orzeczeń szwajcarskiego Sądu Najwyższego jeszcze przed 1934 r. (a zatem przed skodyfikowaniem w prawie bankowym). W 1930 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „tajemnica bankowa stanowi domniemany obowiązek wynikający z umowy”⁵. Stanowisko to zostało rozwinięte w orzeczeniu z 1932 r., gdzie uznano, że tajemnica bankowa jest prawem klienta do żądania od banku bezwzględnej poufności w działalności gospodarczej, w związku z którą została bankowi powierzona⁶.

Na skodyfikowanie instytucji tajemnicy bankowej w ustawie miało wpływ szereg czynników o charakterze polityczno-gospodarczym. Na szczególną uwagę zasługuje przeprowadzone w atmosferze skandalu aresztowanie dyrektora i wicedyrektora Bazylejskiego Banku Handlowego oraz dyrektora paryskiej filii tegoż banku, mające miejsce 26 października 1932 w Paryżu. Aresztowani zostali oskarżeni o pomoc zamożnym obywatelom francuskim w oszukiwaniu organów skarbowych. „W ręce policji wpadła lista nazwisk dwóch tysięcy klientów francuskich, którzy, by uniknąć płacenia podatku, zdeponowali w bazylejskim banku około 2 miliardów franków. Suma ta odpowiadała w owym czasie jednej piątej PKN (produktu krajowego netto) Szwajcarii”⁷. Na liście osób oszukujących francuski Skarb Państwa znajdowali się między innymi „biskupi, generałowie, przemysłowiec Peugeot, właściciel dziennika Le Figaro, dwunastu senatorów i były minister spraw wewnętrznych”⁸.

Nietrudno się domyślić, w jaki sposób tego rodzaju skandal wpłynął na rynek finansowy Szwajcarii, który stanowił przecież strategiczny sektor gospodarki tego nierozwiniętego przemysłowo państwa. Aby odzyskać zaufanie inwestorów i nie dopuścić do powtórzenia się sytuacji, do projektu ustawy prawa bankowego wprowadzono przepis dotyczący konieczności zachowania tajemnicy bankowej.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na fakt, iż za ujawnienie tajemnicy bankowej groziła odpowiedzialność karna, nawet w wymiarze pozbawienia wolności. Tak restrykcyjna konstrukcja okazała się być bardzo korzystna dla gospodarki, ponieważ bezwzględny nakaz

⁵ *Ibidem*.

⁶ Charpiot v. Caisse d'epagne de Bassecourt, <http://switzerland.isyours.com/e/banking/secretcy/index.html>, [dostęp: 01.06.2016 r.].

⁷ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

⁸ *Ibidem*.

zachowania poufności przyciągnął do Szwajcarii wielu zamożnych klientów. W ramach dygresji warto zaznaczyć, że jednym z nich był Reichsbank, który lokował tam, poza stosunkowo niewielkim odsetkiem złota, głównie kapitał zagrabiony ofiarom nazizmu.

1.2. Tajemnica bankowa w Polsce – geneza i najistotniejsze zmiany regulacji prawnych

Początek właściwego rozwoju bankowości w Polsce datuje się na czasy Oświecenia, niemniej pierwsza polska regulacja dotycząca tej dziedziny pochodzi z dopiero 1924 roku. Normy o których mowa, znaleźć można w załączniku do Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 czerwca o Pocztovej Kasie Oszczędności. Sformułowano tam dla Pocztovej Kasy Oszczędności obowiązek dochowania bezwzględnej tajemnicy co do posiadanych kont i depozytów oraz ich wysokości⁹.

Przepisy dotyczące konieczności zachowania poufności znalazły się również w § 104 statutu Banku Gospodarstwa Krajowego załączonego do rozporządzenia Ministra Skarbu z dnia 31 maja 1924 r. o statucie Banku Gospodarstwa Krajowego, który stanowi, że „członkowie Rady, Dyrekcji, jak również wszyscy urzędnicy i współpracownicy Banku, są obowiązani zachować tajemnicę we wszystkim, co dotyczy prywatnych interesów i rachunków Banku”¹⁰.

Kolejnym aktem prawnym dotyczącym tej dziedziny jest rozporządzenie Prezydenta z dnia 27 grudnia 1924 r. o warunkach wykonywania czynności bankowych i nadzorze nad tymi czynnościami, które w następujący sposób odnosiło się do obowiązku zachowania poufności:

„§ 52. Członkowie rady [banku – przyp. red.] winni obowiązki swoje sprawować osobiście, przyczem obowiązani są do zachowania tajemnicy handlowej.

§ 54. Członkowie dyrekcji akcyjnego banku oraz urzędnicy banku są (...) również obowiązani do zachowania tajemnicy handlowej.

§ 56. Naruszenie tajemnicy handlowej (§§ 52 i 54) (...) jest traktowane na równi z zaniechaniem staranności sumiennego kupca”¹¹.

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27 czerwca 1924 r. o Pocztovej Kasie Oszczędności (Dz. U. z 1924 nr 55 poz. 545).

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Skarbu z 31 maja 1924 r. o statucie Banku Gospodarstwa Krajowego (Dz. U. z 1924 nr 46 poz. 478).

¹¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 grudnia 1924 r. o warunkach wykonywania czynności i nadzorze nad tymi czynnościami (Dz. U. z 1924 nr 114 poz. 1018).

Wskazane wyżej daty mogą sugerować, że w Polsce tajemnica bankowa uregulowana została wcześniej niż w Szwajcarii i tym samym podany przeze mnie fakt, że Szwajcaria uregulowała tajemnicę jako pierwsza, jest błędny. Takiego wniosku jednak wyciągnąć nie można ze względu na różnice w charakterze tajemnicy. Tajemnica bankowa uregulowana w polskich przepisach to tajemnica *stricte* zawodowa, natomiast instytucja określona w przepisach szwajcarskich ma już znacznie bardziej doniosły charakter. Żeby najlepiej zrozumieć tę różnicę, przeprowadzona zostanie w dalszej części rozważań analiza charakteru prawnego tajemnicy bankowej.

Zanim jednak do niej przejdziemy, należy jeszcze wskazać kolejne regulacje, które odnosiły się do tajemnicy bankowej. Są to kolejno: rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 17 marca 1928 r. o prawie bankowym¹²; ustawa o prawie bankowym z 13 kwietnia 1960 r.¹³; ustawa z dnia 12 czerwca 1975 r. prawo bankowe¹⁴; ustawa prawo bankowe z 26 lutego 1982 r.¹⁵ i ustawa prawo bankowe z 31 stycznia 1989 r.¹⁶ Obecnie obowiązująca ustawa pochodzi z 29 sierpnia 1997 r.

2. Charakter prawny instytucji – zagadnienia podstawowe

Samo przybliżenie genezy tajemnicy bankowej i przedstawienie jej ewolucji na podstawie kolejnych uchwalanych aktów prawnych (odpowiadających na dostrzeżoną potrzebę zachowania poufności w zakresie stosunków finansowych) nie wystarczy jeszcze, aby zrozumieć, jaki jest jej charakter prawny i znaczenie w systemie prawa. Taki obraz może przedstawić natomiast próba odpowiedzi na następujące pytania: jaki jest stosunek prawny między tajemnicą bankową a pojęciami takimi, jak prawo podmiotowe, dobro osobiste czy tajemnica zawodowa, oraz jaki charakter ma tajemnica bankowa – publicznoprawny, czy prywatnoprawny?

2.1. Tajemnica bankowa a prawo do prywatności

W polskim systemie prawnym podstawę ochrony prawnej prywatności stanowi art. 47 Konstytucji. Stanowi on, że każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego,

¹² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 17 marca 1928 r. o prawie bankowym (Dz. U. z 1928 nr 34 poz. 321).

¹³ Ustawa o prawie bankowym z dnia 13 kwietnia 1960 r. (Dz. U. z 1960 nr 20 poz. 121).

¹⁴ Ustawa prawo bankowe z dnia 12 czerwca 1975 r. (Dz. U. z 1975 nr 20 poz. 108).

¹⁵ Ustawa prawo bankowe z dnia 26 lutego 1982 r. (Dz. U. z 1982 nr 7 poz. 56).

¹⁶ Ustawa prawo bankowe z dnia 31 stycznia 1989 r. (Dz. U. z 1989 nr 4 poz. 21).

rodzinnego czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Przepis ten formułuje generalną normę prawną dotyczącą ochrony szeroko pojętej sfery prywatnej. Norma ta doprecyzowana zostaje między innymi w innych przepisach rozdziału II Konstytucji, między innymi w art. 51, który stanowi o prawie do zachowania informacji o samym sobie. Tajemnica bankowa, chroniąc informacje o sferze majątkowej podmiotu, stanowi jeden z elementów prawa do prywatności. Jest ona ponadto powszechnie uważana za jedno z osobistych praw podmiotowych i zalicza się ją do katalogu z art. 23 kodeksu cywilnego – obok zdrowia, wolności, czci czy nietykalności mieszkania.

2.1.1. Tajemnica bankowa, jako dobro osobiste

Dobro osobiste definiuje się w doktrynie jako wysoko cenione wartości, które obejmują fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność i godność¹⁷. Mają one charakter niemajątkowy i przysługuje im ochrona przewidziana przez kodeks cywilny.

Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku z dnia 18 stycznia 1984 r. sygnatura akt I CR 400/83, że „otwarty katalog dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.) obejmuje także dobra osobiste związane ze sferą życia prywatnego, rodzinnego, ze sferą intymności”¹⁸. Orzeczenie to nie wspomina jakkolwiek wprost o zaliczeniu tajemnicy bankowej do katalogu, zainicjowało linię orzeczniczą wpisującą zachowanie poufności co do kwestii finansowych do otwartego katalogu dóbr osobistych¹⁹. Jednocześnie należy wskazać, że na przestrzeni lat pojawiały się w doktrynie głosy odmienne. Podnoszono między innymi, że dane o stanie majątku nie powinny podlegać ochronie w trybie art. 23 k.c., ale na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych²⁰. Głosy te miały jednak charakter mniejszościowy.

Aby uznać tajemnicę bankową za dobro osobiste, należy przesądzić, że ma ona niemajątkowy charakter oraz że ma ścisły związek z podmiotem, który ochrania. Istnienie ścisłego związku z podmiotem zdaje się nie budzić żadnych wątpliwości (przecież to informacje właśnie tej jednostki są szczególnie chronione). Z pozoru natomiast wątpliwość taką może budzić jej niemajątkowy charakter, bo przecież przeważająca ilość chronionych informacji dotyczy właśnie finansów uprawnionego. Wątpliwość tę rozwiewa wszelako

¹⁷ T. Sokołowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, red. A. Kidyba, opublikowano: WKP 2012. Komentarz do art. 23 kodeksu cywilnego, teza 2.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 1984, sygn. I CR 400/83 OSNC 1984/11/195.

¹⁹ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 14 listopada 2003r. sygn. I ACa 1062/03 OSA 2005 nr 2 poz. 6 s. 36, Legalis.

stwierdzenie, że nie da się przecież oszacować wartości ekonomicznej tajemnicy bankowej oraz że dotyczy ona zarówno informacji dotyczących stanu majątkowego, jak i niemajątkowego. W związku z tym tajemnicy bankowej należy przyznać niemajątkowy charakter.

Na podstawie przytoczonych wyżej argumentów powinniśmy przychylić się do większościowego stanowiska i uznać tajemnice bankową za dobro osobiste z katalogu art. 23 k.c.

2.1.2. Ochrona dobra osobistego

Jako dobro osobiste tajemnica bankowa korzysta z ochrony przewidzianej przez przepisy kodeksu cywilnego. Formułuje on dwa niezależne od siebie środki ochrony: niemajątkowej i majątkowej.

Ochrona niemajątkowa regulowana jest w przepisie art. 24 § 1 k.c. Wymienia on przesłanki, które muszą być spełnione łącznie, aby dochodzić ochrony sądowej, a mianowicie: (1) istnienie dobra osobistego, (2) zagrożenie lub naruszenie dobra oraz (3) bezprawność zagrożenia lub naruszenia²¹. W tym miejscu podkreślenia wymaga kwestia, która mimo że nie jest wyrażona wprost, nie budzi żadnych wątpliwości: to właśnie na banku ciąży obowiązek wykazania, że jego działanie nie miało charakteru bezprawnego, to on musi przedstawić odpowiednią podstawę prawną dla ujawnienia informacji, która stanowi dobro chronione²².

Ochrona majątkowa prywatności finansowej może nastąpić na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 § 1 k.c. (roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny) oraz na podstawie art. 24 § 2 k.c., jeżeli została wyrządzona szkoda majątkowa (odpowiedzialność na zasadach ogólnych).

Co oczywiste, w przypadku wykazania przez bank, którego działanie naruszyło tajemnicę bankową, że działał on na podstawie normy ustawowej, nie ponosi on odpowiedzialności. Brak odpowiedzialności (która dochodzona miałaby być na podstawie przepisów o ochronie dóbr osobistych oraz na zasadach ogólnych) uwarunkowany jest brakiem bezprawności takiego działania.

²¹ P. Księżak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, red. P. Księżak, LEX 2014. Komentarz do art. 24 kodeksu cywilnego, teza 1.

²² A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

Tenże brak bezprawności w działaniu ma niebagatelne konsekwencje z jednej strony w kontekście konstytucyjnej rangi chronionego dobra, z drugiej zaś z powodu bardzo szerokiego katalogu wyłączeń (oraz wątpliwości co do konstytucyjności niektórych z nich).

2.2. Tajemnica bankowa – instytucja publiczno- czy prywatnoprawna?

Aby dokonać próby klasyfikacji tajemnicy bankowej jako instytucji o charakterze publicznoprawnym albo prywatnoprawnym, należy najpierw przypomnieć podstawowe różnice między tymi dwoma działami prawa²³. W dużym uproszczeniu – wystarczającym jednakowoż na potrzeby dalszych rozważań – można przywołać dwa podstawowe kryteria podziału: (1) interes, który chroni norma prawna oraz (2) źródło pochodzenia normy. Stosując pierwsze kryterium, można dojść do sprzecznych ze sobą wniosków, że tajemnica ma na celu albo ochronę interesu publicznego, albo ochronę konkretnej jednostki i jej interesu partykularnego²⁴. Stosując natomiast kryterium źródła pochodzenia, można przesądzić o publicznoprawnym charakterze tajemnicy, gdy ma ona swe źródło w akcie normatywnym wyższego rzędu (ustawie lub Konstytucji), zaś o prywatnym, gdy ma swoje źródło w umowie. W tym ostatnim wypadku jest ona skuteczna jedynie pomiędzy stronami.

Zastosowanie kryterium źródła pochodzenia generuje też różnice w zakresie odpowiedzialności za jej naruszenie. Do odpowiedzialności publicznoprawnej pociągnięci zostaną jej naruszycciele w przypadku uznania tajemnicy za instytucję o charakterze publicznoprawnym. Oczywiście zakres czynności naruszających tajemnicę jest ściśle określony w ustawie. W przypadku natomiast przyznania tajemnicy bankowej charakteru prywatnoprawnego sankcja za naruszenie ogranicza się tylko do odpowiedzialności prywatnoprawnej, nie jest skuteczna wobec organów władzy publicznej²⁵.

Na podstawie wyżej przytoczonych rozważań należy stwierdzić, że nie jest możliwe przypisanie tajemnicy bankowej wyłącznie charakteru publiczno- lub prywatnoprawnego, ponieważ posiada ona cechy charakterystyczne dla obydwu. Za prywatnoprawnym charakterem tajemnicy przemawia przede wszystkim to, że chroni ona interes partykularny, prywatny interes jednostki w zachowaniu w poufności jej wrażliwych danych. Ponadto obowiązek zachowania tajemnicy powstaje w związku z zawieraniem z bankiem umowy (co

²³ R. Szczepaniak, *W zaklętym kręgu podziału na prawo publiczne i prywatne*, „Studia Prawa Prywatnego” 2015, z. 3-4, s. 53, dostępne w: Legalis.

²⁴ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 41-42.

²⁵ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

zostanie bliżej przeanalizowane w dalszej części pracy), a zatem w związku z dokonaniem czynności cywilnoprawnej.

Jednocześnie musimy pamiętać, że źródłem powstania tajemnicy bankowej jest ustawa – to art. 104 ust. 1 pr. bank. formułuje obowiązek zachowania poufności, zaś okoliczności związane z zawieraniem umowy jedynie ten obowiązek aktualizują. Dalej, odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy – jak zostało to nadmienione w punkcie pierwszym rozdziału – może być dochodzona zarówno na podstawie umowy, jak i *ex delicto*.

W związku z powyższym jak nie jest możliwe jednoznaczne kwalifikowanie pojęcia, tak wydaje się, że tajemnica jest bardziej instytucją publiczno- niż prywatnoprawną. Przesądzają o tym przede wszystkim (1) jej ranga jako elementu prawa do prywatności, (2) fakt, że jej źródłem jest nie tylko ustawa bankowa, lecz również Konstytucja, jak i (3) możliwość dochodzenia odpowiedzialności na podstawie przepisów o deliktach kodeksu cywilnego (art. 415 i n. k.c.), nie tylko na podstawie niewywiązania się z umowy art. 471 i n. k.c.

2.3. Tajemnica bankowa a tajemnica zawodowa

Tajemnica zawodowa jest pojęciem, które najprościej można opisać jako obowiązek zachowania poufności co do informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu. Obowiązek ten pojawia się w różnych ustawach regulujących nieraz bardzo odległe od siebie dziedziny prawa. Jako przykład można podać tajemnicę zawodową z art. 20 ustawy o diagnostyce laboratoryjnej²⁶, z art. 37 ust. 1 ustawy o doradztwie podatkowym²⁷ albo z art. 14 ust. 1 ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów²⁸.

Na temat tego, czy obowiązek zachowania poufności uregulowany w art. 104 ust. 1 pr. bank. powinien być uznany za tajemnicę zawodową, wypowiedział się m. in. Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 4/06 zaliczając ją do „tajemnic związanych z wykonywaniem określonego zawodu”²⁹. Należy jednakże w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że tajemnica

²⁶ Ustawa o diagnostyce laboratoryjnej z dnia 27 lipca 2001 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2001 nr 100 poz. 1083).

²⁷ Ustawa o doradztwie podatkowym z dnia 5 lipca 1996 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2011 nr 41 poz. 213).

²⁸ Ustawa o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów z dnia 8 czerwca 2001 r. (Dz. U. z 2001 nr 73 poz. 763).

²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z 23 maja 2006 r., sygn.. I KZP 4/06.

bankowa jest czymś więcej niż tylko tajemnicą zawodową (co wykazane zostało np. w rozważaniach na temat jej charakteru jako dobra osobistego).

Z całą pewnością tajemnica bankowa na początku swojego funkcjonowania miała charakter tajemnicy zawodowej. Wniosek taki można wyciągnąć na podstawie przywoływanych regulacji międzywojennych rozporządzeń, które formułowały obowiązek oznaczonych pracowników do przestrzegania tajemnicy handlowej, stanowiącej element szerszej instytucji – „tajemnicy starannego kupca”³⁰. Potwierdza to również orzeczenie Sądu Najwyższego o sygnaturze C II 1781/37 z 1938 roku, mówiące o zakazie powoływania się na „tajemnicę handlową” w oznaczonych przypadkach³¹.

2.4. Podsumowanie rozdziału

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że charakter prawny tajemnicy bankowej jest niezwykle złożony. Trudno jednoznacznie zakwalifikować tę instytucję do działu prawa publicznego albo prywatnego, ponieważ wykazuje cechy charakterystyczne dla każdej z nich. Podobnie o niejednorodnym charakterze instytucji świadczy fakt, iż przynależy ona do zakresu pojęciowego tajemnicy zawodowej, a źródłem tajemnicy bankowej jest prawo do prywatności (a zatem coś zupełnie innej kategorii niż zobowiązanie do zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi).

3. Konstrukcja współczesnej instytucji tajemnicy bankowej

3.1. Definicja pojęcia – art. 104 ust. 1 pr. bank.

W polskim systemie prawnym tajemnicę bankową ustanawia art. 104 ust. 1 pr. bank. Przepis ten stanowi:

„Bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby za pośrednictwem których bank wykonuje czynności bankowe są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje”.

³⁰ A. Żygadło, *Wylączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

³¹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 18 stycznia 1938 r., C II 1781/37, OSN(C) 1938, nr 11, poz. 500.

Aby dokonać kompleksowej analizy pojęcia, zostanie w tym miejscu przytoczony zakres przedmiotowy i podmiotowy jego obowiązywania, granice czasowe oraz beneficjent tajemnicy.

3.2. Zakres przedmiotowy pojęcia

Zakres przedmiotowy pojęcia tajemnicy bankowej wyznacza krąg informacji, które są tą tajemnicą chronione. Zwrot „wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej” wyraźnie wskazuje, że chodzi o jakiegokolwiek dane dotyczące tej czynności, a zatem określa ten krąg bardzo szeroko³². Z katalogu należy wyłączyć jedynie informacje znane powszechnie oraz informacje niepozostające w związku z czynnością bankową (nawet jeśli pozyskane zostałyby np. w trakcie realizacji umowy).

Aby sprecyzować, jakie informacje korzystają z ochrony przewidzianej przez instytucję tajemnicy bankowej, należy ustalić, czym jest czynność bankowa. Pojęcie to posiada swoją definicję ustawową w art. 5 ust. 1. i 2 pr. bank. sformułowaną w postaci wyliczenia, w skład którego wchodzi między innymi: przyjmowanie wkładów pieniężnych, prowadzenie rachunków bankowych, udzielanie kredytów i pożyczek pieniężnych, udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych czy emisja bankowych papierów wartościowych. Informacje uzyskane przez bank w związku z dokonywaniem wymienionych tam czynności są objęte tajemnicą bankową; ochrona ta nie dotyczy natomiast czynności określonych w art. 6 pr. bank.³³

Ustawodawca wprowadza w przepisie zasadę maksymalizmu, zgodnie z którą tajemnicą bankową objęte są wszystkie informacje poza wyjątkami przedmiotowymi uregulowanymi w art. 104 ust. 2 oraz innymi wyłączeniami przewidzianymi w ustawie³⁴. Taka redakcja przepisu przesądza ponadto, że intencją ustawodawcy było nadanie tajemnicy bankowej jak najlepszej ochrony. W tym kontekście ewentualne wątpliwości powinny być rozstrzygane tak, by informacja została uznana za konfidencjonalną.³⁵ Zasada maksymalizmu wyraża się również w zwrocie, że objęte reżimem tajemnicy bankowej są informacje „uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy”³⁶.

³² J. Molis, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. Zoll, t. II, Kraków 2005, s. 227. Komentarz do art. 92a- 194.

³³ A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis, 2013, Komentarz do art.104, teza 4.

³⁴ Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2011, s. 335.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

3.3. Zakres podmiotowy pojęcia

Zgodnie z art. 104 ust. 1 pr. bank. do zachowania tajemnicy bankowej obowiązani są: bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe. Podmioty te noszą wspólne miano depozytariuszy tajemnicy bankowej.

W związku z tym, że bank jest osobą prawną (art. 2 pr. bank.), to na podstawie art. 38 k.c. działa za pomocą swoich organów. W skład tych organów wchodzi co do zasady osoby fizyczne, a zatem bank działa za ich pośrednictwem. Taka formuła przepisu może nasuwać spostrzeżenie, że w zasadzie zakres przedmiotowy pojęcia „banku” oraz „osób w nim zatrudnionych” jest tożsamy i jedno z zastosowanych pojęć stanowi jedynie zbędne powielenie. Spostrzeżenie takie nie jest jednak trafne. W ramach pojęcia „osób zatrudnionych” rzeczywiście znajdować się będą pracownicy banku, natomiast już w ramach samego pojęcia „banku” będzie można wyróżnić podmioty pozostające z bankiem w innym stosunku niż w stosunku pracy³⁷.

Ostatnią grupą podmiotów wymienioną przez ustawę są osoby, za pośrednictwem których bank wykonuje czynności bankowe. Pojęcie to oznacza każdą osobę, która z inicjatywy banku zastępuje go przy wykonywaniu czynności bankowych³⁸. „Pośrednik może być zastępcą bezpośrednim – wykonującym czynność bankową w imieniu i na rzecz banku (pełnomocnikiem) lub pośrednim – wykonującym czynność bankową w imieniu własnym, lecz na rachunek banku (np. zleceniobiorca bez pełnomocnictwa, partner outsourcingowy). Nic nie stoi na przeszkodzie, aby za pośrednika (...) uznać osobę będącą posłańcem”.³⁹

Poza wymienionymi wyżej grupami podmiotów, których obowiązek ma charakter „pierwotny”, do zachowania tajemnicy bankowej zobowiązani są ci, którym „pierwotnie zobowiązani” tajemnicę bankową ujawnili albo którym udzielono informacji tą tajemnicą objętych⁴⁰. Spośród tej grupy należy wyróżnić na przykład adwokatów i radców prawnych, którym udzielono informacji objętych tajemnicą w związku z prowadzoną przez nich działalnością⁴¹.

³⁷ J. Molis, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. Zoll, t. II, Kraków 2005, s. 225. Komentarz do art. 92a- 194.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ J. Byrski, *Tajemnica prawnie chroniona w działalności bankowej*, Warszawa 2010, s. 97.

⁴¹ *Ibidem* s. 103.

3.4. Zakres czasowy obowiązywania tajemnicy bankowej

Kwestią, którą należy również rozważyć, analizując zakres podmiotowy tajemnicy bankowej, jest okres czasu, w którym wyżej wymienione osoby mają obowiązek zachowania tajemnicy. W związku z tym, że w ustawie nie ma wyrażonej normy dotyczącej czasokresu obowiązywania tajemnicy, a sztuczne wyznaczenie granicy stanowiłoby ograniczenie efektywności ochrony beneficjentów tajemnicy, należy stwierdzić, że obowiązek ten spoczywa na depozytariuszu bezterminowo. Taki sam pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyroku o sygnaturze IV CSK 428/09: „Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej stanowi czynność powierzoną pracownikowi banku nie tylko na czas trwania stosunku pracy, ale i na okres po jego ustaniu”⁴². Jakakolwiek inna formuła, która ograniczałaby czasokres związania obowiązkiem zachowania poufności, stanowiłaby – wydaje się – naruszenie prawa do prywatności finansowej.

3.5. Beneficjent tajemnicy bankowej

Beneficjentem tajemnicy bankowej jest osoba, której dotyczą informacje nią objęte. Na takie rozumienie pojęcia wskazuje art. 104 ust 3 pr. bank, który stanowi, że – co oczywiste – banku nie obowiązuje zachowanie tajemnicy bankowej w stosunku do osoby, której dotyczą informacje objęte tajemnicą, a z zastrzeżeniem innych norm prawnych może je ujawniać wyłącznie, gdy osoba uprawniona wyrazi na tą pisemną zgodę⁴³. Taka formuła, poprzez wskazanie naturalnego „wyłączenia” obowiązywania tajemnicy, stanowi w istocie wskazówkę interpretacyjną co do katalogu podmiotów, w stosunku do których bank zobowiązany jest zachować informacje poufne w tajemnicy.

Osobą korzystającą z uprawnienia zachowania w tajemnicy informacji poufnych jest nie tylko podmiot będący stroną umowy (lub będący w trakcie negocjacji mających prowadzić do jej zawarcia), lecz również osoba, która dokonała czynności pozostającej w związku z zawarciem tej umowy. Pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 23 maja 2006 r., sygnatura akt I KZP 4/06 stwierdzając, że „beneficjentami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które w związku z wykonywaniem czynności bankowych powierzają bankowi informacje o charakterze konfidencjonalnym. Tajemnica bankowa nie jest więc przywilejem banku, a rola tego ostatniego polega na strzeżeniu chronionych informacji przed nielegalnym

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego z 19 lutego 2010, sygn. akt IV CSK 428/09 niepublikowany, Legalis 356577.

⁴³ J. Gliszczyńska, M. Śliwińska, *Tajemnica bankowa w praktyce*, Poznań 2010, s. 20.

ujawnieniem”⁴⁴. Katalogu beneficjentów tajemnicy bankowej nie należy jednak błędnie rozszerzać na podmioty, które nie pozostają w stosunku do utajnionych informacji w takiej relacji, że owe informacje „go dotyczą”, a zatem na przykład na małżonka beneficjenta (bez względu na rodzaj małżeńskich stosunków majątkowych)⁴⁵.

Istotny jest również moment, od którego możemy mówić o uzyskaniu statusu beneficjenta tajemnicy bankowej. Z przepisu ustawy można wywnioskować, że ochronie podlegają informacje uzyskane w czasie negocjacji, zawierania i realizacji umowy (a zatem na każdym etapie kontaktów podmiot – bank). Taka formuła przesądza, że obowiązek banku do zachowania poufności aktualizuje się z chwilą udzielenia mu informacji i nie może on powoływać się na przykład na fakt niedojścia umowy do skutku.

W kontekście powyższych rozważań należy stwierdzić, że beneficjentem tajemnicy bankowej jest nie tylko strona umowy, lecz także podmiot, który dokonuje poręczenia, czy osoba udzielająca zabezpieczenia spłaty kredytu w postaci przewłaszczenia. Taką konstrukcję należy uznać za prawidłową – ustawodawca koncentruje się bowiem na udzieleniu ochrony każdej jednostce, która udziela informacji konfidencjonalnych, wrażliwych, nie tylko na stronie umowy.

4. Ujawnienie tajemnicy bankowej

W prawie bankowym oraz w innych ustawach istnieją normy, na podstawie których dopuszczalne jest ujawnienie informacji chronionych tajemnicą bankową, a tym samym dokonanie swoistego (bo mieszczącego się w granicach obowiązującego prawa) naruszenia prawa do prywatności. Naruszenie to, należy rozumieć jako zawężenie przez ustawodawcę zakresu podmiotowego ochrony formułowanego przez art. 104 ust. 1.

Z racji tego, że instytucja tajemnicy bankowej, jako prawo do prywatności finansowej, ma charakter prawa chronionego w Konstytucji, jej ograniczanie musi podlegać wymogom ustanowionym w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej: „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”.

W związku z bardzo szerokim katalogiem ograniczeń i wyłączeń od obowiązywania tajemnicy bankowej nie wszystkie z nich zostaną omówione w sposób szczegółowy,

⁴⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 23 maja 2006 r., I KZP 4/06 OSNKW 2006 nr 6, poz. 54, s. 10.

⁴⁵ J. Gliszczyńska, M. Śliwińska, *Tajemnica bankowa w praktyce*, Poznań 2010, s. 20.

a niektóre zostaną jedynie wspomniane. Takie pominięcie ma na celu realizację celu niniejszej pracy, a zatem przedstawienie charakteru prawnego tajemnicy bankowej i roli, jaką odgrywa w systemie prawa. Szczegółowa analiza każdego z wyłączeń nie wydaje się w tym zakresie konieczna.

4.1. Wyjątki od obowiązku zachowania tajemnicy bankowej

W pierwszej kolejności należy sformułować rozróżnienie między sformułowaniem tajemnicy bankowej w sposób negatywny, poprzez stworzenie katalogu sytuacji, w których tajemnica nie obowiązuje, a wyłączeniami, skorelowanymi z uprawnieniami odpowiednich organów. Negatywna formuła niekoniecznie musi świadczyć o zawężaniu zakresu obowiązywania tajemnicy bankowej, lecz jest w określonym zakresie konieczna, aby banki w ogóle mogły sprawować funkcje, do których zostały powołane i prowadzić działalność⁴⁶.

W katalog czynności wyłączeń „naturalnych” wchodzi między innymi konieczność ujawnienia informacji objętej tajemnicą bankową, aby możliwe było należyte wykonanie czynności, z którymi jest ona związana (art. 104 ust. 2 pkt 1 pr. bank.). Jako przykład takiego działania banku można przytoczyć wykonanie złożonego polecenia przelewu, kiedy to bank zobowiązany jest poinformować wierzyciela (osobę na rachunek której dokonanie przelewu zostało zlecone) o osobie, z której rachunku przelew został dokonany⁴⁷.

Ponadto tajemnica bankowa nie dotyczy sytuacji, gdy dochodzi do ujawnienia informacji objętych tajemnicą bankową adwokatom lub radcom prawnym w związku ze świadczeniem przez nich pomocy prawnej na rzecz banku (art. 104 ust. 2 pkt 3). W tym miejscu należy nadmienić, że mimo iż odczuwalny jest tutaj brak racjonalnego uzasadnienia, ustawodawca nie dopuścił możliwości ujawniania na podstawie wskazanego przepisu informacji doradcom podatkowym⁴⁸. Jeśli chodzi natomiast o zakres ujawniania informacji, to formuła przepisu (zwłaszcza sformułowanie „w związku ze świadczeniem pomocy prawnej”) oznacza, że nie jest dopuszczalne ujawnianie informacji, które nie łączą się z wykonywaniem omawianych w niniejszym akapicie usług⁴⁹.

Informacje objęte tajemnicą bankową ujawniać można również partnerom outsourcingowym banków, którzy mogą wykorzystywać je wyłącznie w celu zawarcia i wykonania umów, na podstawie których realizowana jest działalność outsourcingowa (art.

⁴⁶ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

⁴⁷ J. Gliszczyńska, M. Śliwińska, *Tajemnica bankowa w praktyce*, Poznań 2010, s. 45.

⁴⁸ J. Byrski, *Tajemnica prawnie chroniona w działalności bankowej*, Warszawa 2010, s. 277.

⁴⁹ J. Gliszczyńska, M. Śliwińska, *Tajemnica bankowa w praktyce*, Poznań 2010, s. 51.

104 ust. 5 pr. bank.)⁵⁰. Poza wskazanymi wyżej wyłączeniami w art. 104 można znaleźć możliwość ujawnienia informacji, gdy jest niezbędne do zawarcia i wykonywania umów sprzedaży wierzytelności zaklasyfikowanych zgodnie z odrębnymi przepisami do kategorii straconych (art. 104 ust. 2 pkt 4 pr. bank.) i gdy jest to konieczne do zawarcia i wykonywania umów, o których mówi art. 92a, oraz związanych z nimi umów o rating, umów ubezpieczenia od ryzyka niewypłacalności dłużników sekurytyzowanych wierzytelności, oraz gdy udzielenie informacji nią objętych jest niezbędne do zawarcia i wykonania umów, których celem jest emisja papierów wartościowych wskazanych w art. 92a ust. 3 pr. bank. (art. 104 ust. 2 pkt 5 i 6 pr. bank.).

Co oczywiste, co do zasady tajemnica bankowa nie obowiązuje względem jej beneficjenta, a zatem względem osoby, której informacje te dotyczą (.) Informacje mogą być ujawnione osobom trzecim (z zastrzeżeniem wskazanych przepisów), jeśli beneficjent upoważni bank do takiego ujawnienia (art. 104 ust. 3 pr. bank.). Dla skuteczności takiego upoważnienia konieczne jest nadto określenie konkretnej osoby, której informacje te mają zostać przez bank ujawnione⁵¹.

Już wstępna analiza powyższych wyłączeń od obowiązku zachowania tajemnicy pozwala na stwierdzenie, że w przeważającej mierze są to informacje umożliwiające funkcjonowanie banku. Bez ujawniania informacji konfidencjonalnych w określonych sytuacjach, przy dokonywaniu określonych czynności, bank nie mógłby rzeczywiście wykonywać swoich obowiązków. Ponadto nawet jeśli można byłoby sobie wyobrazić okrojenie tego katalogu jedynie do czynności, które bank musi wykonać w interesie swojego klienta, to jednak nieuzasadnione wydaje się ograniczanie uprawnień banku w zakresie zarządzania finansami oraz prowadzenia działalności bankowej poprzez np. niemożność ujawnienia informacji.

Przez wzgląd na charakter wskazanych wyżej wyłączeń, jak również to, że nie naruszają one rzeczywiście instytucji tajemnicy bankowej oraz przez wzgląd na ograniczenia objętościowe tej pracy, nie jest konieczna analiza zgodności każdego z nich z konstytucyjną normą uprawniającą do formułowania ograniczeń tajemnicy.

Znacznie więcej wątpliwości budzą wyłączenia przedstawione w dalszej części ustawy. Ich konstrukcja jest efektem rzeczywistego wagi wartości: interesu prywatnego w zachowaniu informacji konfidencjonalnych jako poufnych oraz wartości wymienionych

⁵⁰ J. Molis, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. F. Zoll, t. II, Kraków 2005, s. 238. Komentarz do art. 92a- 194.

⁵¹ J. Byrski, *Tajemnica prawnie chroniona w działalności bankowej*, Warszawa 2010, s. 279.

w art. 31 ust. 3 Konstytucji, czyli porządku publicznego, bezpieczeństwa państwa oraz poszanowania praw i wolności innych osób. Z zastrzeżeniem tego, że (jak zostało nadmienione) ograniczenia z art. 104 ust. 2 należą do katalogu ograniczeń formowanych przez wzgląd na prawa i wolności innych osób, to w zgodzie z tym właśnie kryterium zostaną podzielone pozostałe ograniczenia w niniejszym rozdziale.

Aby ograniczenie dokonane zostało w sposób zgodny z prawem, konieczne jest zachowanie trzech wymogów – jednego formalnego, wyrażającego się w obligatoryjnej formie ustawowej dla formułowania ograniczeń praw i wolności, oraz dwóch materialnych: (1) ograniczenia nie mogą prowadzić do całkowitego zniesienia swobód i uprawnień ani naruszać ich istoty oraz (2) ograniczenia te muszą być rzeczywiście konieczne w demokratycznym państwie⁵². Ten ostatni wymóg nazywany jest testem proporcjonalności.

W związku z tym, że celem niniejszej pracy jest określenie charakteru tajemnicy bankowej, istotne wydaje się przybliżenie stosunku ustawodawcy do tejże instytucji, wyrażanego poprzez dokonywane przez niego zmiany w treści obowiązujących przepisów. W kolejnej części pracy przedstawione zostaną wobec tego przyjmowane przez ustawodawcę (po dokonaniu zważenia wartości, jakimi są ochrona prywatności i ochrona dobra, dla którego ograniczenie jest przyjmowane) normy prawne.

4.2. Obowiązek udzielenia informacji stanowiącej tajemnicę bankową

Porządek publiczny jest pierwszą z konstytucyjnych przesłanek uzasadniająca ograniczenie prawa do prywatności. „«Porządek publiczny» jako przesłanka ograniczenia wolności i praw jednostki rozumiany jest jako dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewniać ma minimalny poziom uwzględniania interesu publicznego. Przesłanka porządku publicznego jest zorientowana na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego – i tym samym – nie jest wyłącznie powiązana z «państwem»»⁵³.

Jego istota sprowadza się, zgodnie z poglądami doktryny, do tego, że umożliwia on normalne funkcjonowanie państwa i społeczeństwa – wprowadzane ograniczenia mają na celu interes szerszej grupy osób i są konieczne przez wzgląd na poważne, wewnętrzne zagrożenie⁵⁴.

⁵² K. Complak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska. Komentarz do art. 31 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

⁵³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02 Dz.U. Nr 124 poz.1043.

⁵⁴ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

Ustawa prawo bankowe przewiduje szereg ograniczeń ze względu na utrzymanie porządku publicznego, między innymi na rzecz sądu, policji, Służby Celnej czy organów kontroli skarbowej. Poniżej przedstawione zostaną wybrane z nich:

- 4.2.1. „Uchylenie obowiązywania tajemnicy bankowej na żądanie sądu lub prokuratora w zakresie informacji niejawnych dotyczących strony umowy z bankiem w związku z toczącym się postępowaniem o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe” (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b) pr. bank.).

Ograniczenie takie dopuszczalne jest jedynie w toczącym się już i skierowanym przeciwko konkretnej osobie postępowaniu. Aby przeprowadzić test proporcjonalności uzasadniający wprowadzenie niniejszej regulacji w kontekście przepisów art. 31 ust. 3 Konstytucji, należy wskazać, czemu (przez wzgląd na cel postępowania karnego) ma służyć ograniczenie.

Cel postępowania karnego określony został w art. 2 § 1 k.p.k. (wykrycie i pociągnięcie do odpowiedzialności sprawcy przestępstwa, trafne zastosowanie środków przewidzianych przez prawo karne, ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu przestępstwa, uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego oraz rozstrzygnięcie sprawy w rozsądnym terminie), zaś postępowania karnego skarbowego w art. 113 § 1 oraz 114 § 1 k.k.s. (wyrównanie uszczerbku finansowego Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innego uprawnionego podmiotu, który został spowodowany popełnieniem czynu zabronionego). W tym kontekście należy postawić otwarte pytanie, czy na gruncie tak skonstruowanej regulacji, ustawodawca skutecznie zabezpieczył beneficjenta tajemnicy bankowej przed działaniem organu uprawnionego do jej ograniczenia. Jednoznaczna odpowiedź na to pytanie budzi tym więcej wątpliwości, gdy weźmie się pod uwagę sytuację, w której organowi przysługują inne środki dla realizacji celów postępowania, lecz stanowią one po prostu więcej wymagającą od organu alternatywę działania.

Takie postawienie sprawy wydaje się budzić poważne wątpliwości co do prawidłowości formuły analizowanego przepisu.

- 4.2.2. „Uchylenie obowiązywania tajemnicy bankowej na żądanie sądu lub prokuratora w związku z wykonaniem wniosku o udzielenie pomocy prawnej, pochodzącego z państwa obcego, które na mocy ratyfikowanej umowy międzynarodowej wiążącej Rzeczpospolitą Polską ma prawo

występować o udzielenie informacji objętych tajemnicą bankową” (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. c pr. bank.).

Powyższy przepis został dodany w celu dostosowania polskiego prawa do dwóch konwencji, których sygnatariuszem jest Polska: konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzonej w Paryżu dnia 17 grudnia 1997 r., oraz Konwencji Rady Europy o praniu dochodów pochodzących z popełnienia przestępstwa, ich ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie, sporządzonej w Warszawie 16 maja 2005 r.⁵⁵

W uzasadnieniu projektu wprowadzenia niniejszej regulacji ustawodawca podniósł, że w związku z wykorzystywaniem tajemnicy bankowej przez przestępców dla ukrywania ich działalności konieczna jest współpraca organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości na poziomie międzynarodowym.

Aby dokonać oceny na podstawie testu proporcjonalności, należy ponownie wskazać jeden z celów postępowania karnego. Celem tym jest pociągnięcie do odpowiedzialności sprawcy przestępstwa. Wyłączenie tajemnicy bankowej w zakresie gromadzenia materiału dowodowego w celu realizacji wyżej wymienionego celu postępowania karnego należy uznać za uzasadnione.

4.2.3. „Obowiązek banku zawiadomienia prokuratora, Policji albo innego właściwego organu w razie zaistnienia uzasadnionego podejrzenia, że działalność banku jest wykorzystywana w celu ukrycia działań przestępczych lub przestępstwem skarbowym innym niż przestępstwo, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 k.k.” (art. 106a pr. bank.); brak kontroli sądu.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wprowadzającej powyższą regulację nie wskazano przyczyn dodania tego przepisu. Jakkolwiek z punktu widzenia wagi dóbr nie budzi większych wątpliwości konieczność zawiadomienia właściwego organu w razie zaistnienia uzasadnionego przypuszczenia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, to jednak należy zwrócić uwagę na inny, niedopuszczalny zabieg ustawodawcy, a konkretnie posłużenie się pojęciami nieostrymi, np. „uzasadnionego podejrzenia”. W kontekście

⁵⁵ Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 17 grudnia 1997 r. (Dz. U. z 2001 Nr 23 poz. 264).

Konwencja Rady Europy o praniu dochodów pochodzących z popełnienia przestępstwa, ich ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie z dnia 16 maja 2005 r. (Dz. U. z 2008 Nr 165 poz. 1028).

ważenia dóbr o randze konstytucyjnej, w efekcie którego jedno z nich musi zostać ograniczone, należy uznać to za działanie nieuzasadnione, żeby nie powiedzieć – niedbałe.

4.2.4. „Uchylenie obowiązywania tajemnicy bankowej na pisemną informację skierowaną przez prokuratora prowadzącego postępowanie, sformułowaną na podstawie postanowienia właściwego miejscowo sądu okręgowego poprzez umożliwienie żądania informacji konfidenancyjnych od podmiotów, którym bank ujawnił te informacje” (art. 106c pr. bank.).

Przepis ten budzi istotną wątpliwość na gruncie naruszenia zasady konieczności w ochronie prawa do prywatności. W piśmiennictwie podnosi się, iż bank, który udzielił informacji konfidenancyjnych, mógłby prokuratorowi udzielić tych samych informacji, co podmiot trzeci, w związku z tym rozszerzenie katalogu podmiotów zobowiązanych należy uznać za nieuzasadnione⁵⁶. Pomimo zatem, że ocena wynikająca z testu proporcjonalności będzie zbliżona do tej przeprowadzonej przy analizie art. 105 ust. 2 pkt b, to jednak przez nieuzasadnione rozszerzenie katalogu podmiotów zobowiązanych należy regulację ocenić negatywnie.

Aby stwierdzić, że w żadnym z przypadków wskazanych w punktach od 5.1.1. do 5.1.4. nie doszło do bezprawnej ingerencji w prawo do prywatności, należy przeanalizować jeszcze przesłanki adekwatności oraz konieczności tych wyłączeń. Zasada adekwatności ma charakter oceniający i zawsze trzeba odnosić ją do konkretnej sytuacji. Dokonuje się tego poprzez tak zwane ważenie wartości. Przykładem, gdzie takie ważenie nie budzi co do zasady wątpliwości, jest stan faktyczny, którym trzeba ujawnić informacje objęte tajemnicą w celu ujawnienia tożsamości sprawcy zabójstwa lub gdy mają one zapobiec popełnieniu takiego zabójstwa. Znacznie więcej wątpliwości budzi już ograniczenie tajemnicy, gdy chodzi o zapobieżenie dokonaniu lekkiego uszczerbku na zdrowiu, o którym mówi art. 157 § 4 k.k.

Zasada konieczności jest natomiast definiowana jako kryterium wyboru i wyraża się w postulatcie dokonania wyboru najmniej dotkliwego spośród dostępnych. W związku z tym, że wejście przez organ w posiadanie informacji objętych tajemnicą bankową jest bez wątpienia środkiem dotkliwym, to jeśli istnieje możliwość uzyskania materiału dowodowego bez jej naruszenia, powinno się z niej skorzystać.

Należy wszelako wyobrazić sobie sytuację, w której prokurator nie podejmuje się przeprowadzenia żadnego ze środków dowodowych przewidzianych w k.p.k. i interesujące

⁵⁶ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

go informacje decyduje się uzyskać poprzez wyłączenie poufności (porównaj rozważania w punkcie 5.1.1. niniejszej pracy). Niestety ani regulacja prawa bankowego, ani ustawy karnoprosesowej nie formułuje możliwości wyłączenia tajemnicy bankowej jako swego rodzaju *ultima ratio*, nie ma nigdzie zapisu o konieczności wykorzystania innych środków dowodowych, które przewidziane są w k.p.k. w celu ubiegania się o wyłączenie poufności niektórych informacji.

Taki stan rzeczy, stwarzający swoistą lukę w prawie, należy uznać za niedoskonały w kontekście zasady konieczności. Przytoczony wyżej problem zdają się dostrzegać również sądy, na przykład Sąd Apelacyjny w Katowicach postanowił, że wniosek prokuratora o wyrażenie zgody na udostępnienie informacji poufnych „poparty będzie uzasadnionymi okolicznościami takiej potrzeby jedynie wówczas, gdy w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać będzie na tezę, iż dowody uzyskane tą drogą stanowią będą jedyny dostępny procesowo kierunek realizacji celów postępowania przygotowawczego”⁵⁷. Postulat traktowania tajemnicy bankowej jako *ultima ratio* odnosi się również do przedstawionych niżej rozważań nad kolejnymi przepisami ustawy prawo bankowe. Podsumowując, przepisy art. 105 ust. 2 pkt b, c, s oraz art. 106a, 106b i 106 c pr. bank. w zakresie, w jakim nie wymagają, aby organy wymiaru sprawiedliwości wykorzystwały uprzednio dostępne im środki dowodowe, należy uznać za niezgodne z zasadami adekwatności i konieczności. I jeśli wszystkie kraje będące członkami OECD zobowiązują banki do udzielenia odpowiednich informacji w toczącym się postępowaniu karnym, tak w polskim porządku prawnym budzi w tym zakresie wątpliwości brak precyzyjnej formuły, że udzielenie takich informacji musi mieć charakter środka ostatecznego, po uprzednim wyczerpaniu innych środków przewidzianych przez postępowanie karne i karne skarbowe⁵⁸.

4.2.5. „Bank ma obowiązek udzielić informacji stanowiącej tajemnicę bankową na żądanie Policji, jeżeli jest to konieczne dla skutecznego zapobieżenia przestępstwom, ich wykrycia albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów, na zasadach i w trybie określonych w art. 20 ustawy o Policji” (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. l ustawy pr. bank.).

Przywołany przepis wyraźnie określa cel, dla którego tajemnica bankowa może być ograniczana, a mianowicie gdy jest to konieczne dla skutecznego zapobieżenia

⁵⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 stycznia 2007r., sygn. II AKz 39/07, OSA 2008, z. 6 poz. 27; Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 23 maja 2006r. II AKz 274/06 Biuletyn Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu rok MMVII nr 1 poz. 19.

⁵⁸ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

przestępstwom lub ich wykrycia. Doprecyzowanie regulacji znajduje się w art. 20 ustawy o Policji, gdzie wskazane są zasady i szczegółowo określony tryb żądania informacji⁵⁹. W szczególności stwierdzono, że ujawnienie dotyczyć może jedynie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, popełnionych umyślnie i wymienionych w art. 19 ustawy o Policji. Wśród nich można wyróżnić między innymi: zabójstwo (art. 148 k.k.), zamach na życie prezydenta (art. 134 k.k.), handel ludźmi (art. 189a k.k.), pedofilia (art. 200 k.k.), rozbój (art. 280 k.k.).

Informacje objęte tajemnicą ujawnia się na podstawie postanowienia właściwego ze względu na siedzibę wnioskującego organu sądu okręgowego, wydanego na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji albo komendanta wojewódzkiego Policji.

Bardzo pozytywnie należy ocenić ostatni wymóg, który musi zostać spełniony, aby legalnie ujawnić informacje na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. 1 pr. bank., a zatem konieczność, by wszystkie inne środki dostępne organom ścigania okazały się nieskuteczne albo zachodziło wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub okażą się nieprzydatne (art. 19 ustawy o Policji).

Uzyskane przez Policję informacje podlegają ochronie przewidzianej dla informacji niejawnych. Dostęp do tych informacji zgodnie z przepisami ustawy o Policji przysługuje wyłącznie policjantom prowadzącym postępowanie i przełożonym, uprawnionym do sprawowania nad nimi nadzoru (art. 20 ust. 4 ustawy o Policji)⁶⁰.

4.2.6. „Na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. e pr. bank. Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej (dalej: GIKS) może żądać informacji objętych tajemnicą bankową w związku z toczącą się sprawą karna lub karną skarbową przeciwko osobie fizycznej będącej stroną umowy zawartej z bankiem lub w związku z toczącą się sprawą o przestępstwo popełnione w zakresie działalności osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, która jest posiadaczem rachunku”.

Organami uprawnionymi do żądania informacji są GIKS oraz dyrektor urzędu kontroli skarbowej, natomiast dostęp do informacji ujawnionych po zakończeniu postępowania reguluje art. 34a UKS. Na jego podstawie akta zawierające informacje uzyskane od banku w związku z uchYLENIEM tajemnicy bankowej mogą być udostępniane w

⁵⁹ J. Gliszczyńska, M. Śliwińska, *Tajemnica bankowa w praktyce*, Poznań 2010, s. 100.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 102.

określonych okolicznościach kolejnym podmiotom, między innymi: ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych, organom podatkowym i sądowi administracyjnemu.

Taka konstrukcja powoduje obejście przepisów prawa bankowego, które miały formułować zamknięty katalog podmiotów uprawnionych do żądania uchylenia tajemnicy, i tym samym nie może zostać oceniona pozytywnie. Ponadto w przepisach nie został określony precyzyjny tryb postępowania w sprawie uchylania tajemnicy bankowej oraz nie ustanowiono kontroli niezależnego sądu nad takimi żądaniami.

W związku z powyższym jeśli samą potrzebę ograniczania tajemnicy bankowej na rzecz organów kontroli skarbowej należy uznać za uzasadnioną, tak wydaje się, że sposób jej wprowadzenia nie spełnia przesłanek art. 31 ust. 3 Konstytucji. Tym samym ważenie dóbr w postaci prawa do prywatności i ochrony porządku publicznego nie zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy, nieuzasadnienie i nadmiernie uprzywilejowując to ostatnie.

Niewątpliwie najwięcej kontrowersji budzi dostęp organów podatkowych do informacji objętych tajemnicą bankową. Art. 105 ust. 2 pr. bank. stanowi, że zakres oraz zasady udzielania informacji przez banki organom podatkowym, Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej, organom kontroli skarbowej oraz powiernikowi i jego zastępcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (Dz. U. z 2003r. Nr 99 poz. 919 z późn. zm.), regulują odrębne ustawy.

Mówiąc o tych ograniczeniach, należy koniecznie wspomnieć o fakcie, że stanowi to przedmiot żywego zainteresowania OECD. Postulatem Organizacji jest wprowadzenie spójnego i „szczelnego” systemu wymiany informacji, którego funkcjonowanie spowodowałoby uniemożliwienie unikania opodatkowania przez jednostkę⁶¹. Polska nie odbiega od systemu przyjętego przez większość państw zrzeszonych w organizacji, w którym organy władzy podatkowej nie potrzebują indywidualnego upoważnienia do uzyskania informacji od banku i zazwyczaj mają do nich bezpośredni dostęp.

Nadrzędnym celem działania organów władzy podatkowej jest zapewnienie przestrzegania konstytucyjnego obowiązku ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych oraz kontrolowanie odprowadzania tych środków przez obywateli i podmioty prowadzące działalność gospodarczą na terenie kraju. Tak sformułowany cel stoi w dokładnej opozycji do ochrony prywatności finansowej, którą gwarantować ma tajemnica bankowa.

⁶¹ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

Środki przewidziane dla organów podatkowych wymienione są w art. 82 § 2 i 3, art. 182 § 1, art. 275 § 2 i art. 292 Ordynacji podatkowej. Na ich podstawie (1) banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe są obowiązane (w zakresie i na zasadach określonych odpowiednich przepisach) do sporządzania i przekazywania ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych informacji o założonych i zlikwidowanych rachunkach bankowych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej (art. 82 § 2 i 3 Ordynacji podatkowej); (2) w określonych okolicznościach (potrzeba uzupełnienia dowodów w toczącym się postępowaniu) bank jest obowiązany na pisemne żądanie naczelnika urzędu skarbowego lub naczelnika urzędu celnego do sporządzenia i przekazania informacji dotyczących strony postępowania w określonym w ustawie zakresie (art. 182 § 1 Ordynacji podatkowej); (3) jak również sporządzić i przekazać informacje o zdarzeniach stanowiących podstawę do skorzystania przez podatnika z ulg podatkowych, jeżeli takie zostały wykazane (art. 275 § 2 Ordynacji podatkowej).

Zakres informacji, które mają zostać ujawnione, powinien być ściśle powiązany z celem prowadzonego postępowania podatkowego oraz jego przedmiotem. Ordynacja podatkowa nakłada nadto na organy podatkowe obowiązek poszanowania prawa do prywatności klientów banków, formułując w art. 184 § 1 konieczność zwrócenia uwagi na „zasadę szczególnego zaufania pomiędzy instytucjami finansowymi a ich klientami”⁶².

Aby nie pozostać gołosłownym co do kontrowersyjności przywołanych przepisów Ordynacji podatkowej, należy nadmienić, że były one kilkakrotnie przedmiotem badań Trybunału Konstytucyjnego, a co ciekawsze, dokładnie cztery z pięciu orzeczeń, w których Trybunał odnosił się do tajemnicy bankowej, dotyczyło prawa podatkowego⁶³. Ponadto sąd konstytucyjny nie prezentował w tej sprawie jednolitej linii orzeczniczej. Trybunał dwukrotnie stwierdził, że przepisy rozszerzające dostęp organów podatkowych do sfery prywatnej są zgodne z Konstytucją (wyrok z 11 kwietnia 2000 r. sygnatura akt K 15/98 i wyrok z 24 czerwca 1997 r. sygnatura akt K 21/96), raz stwierdził, że nie są zgodne z Konstytucją (wyrok z 20 listopada 2002 r. sygnatura akt K 41/02), a raz pozostawił wniosek bez rozpoznania (postanowienie z 22 października 1997 r., sygnatura akt K 7/97).

⁶² J. Gliszczyńska, M. Śliwińska, *Tajemnica bankowe w praktyce*, Poznań 2010, s. 141.

⁶³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 kwietnia 2000 r., sygn.. K 15/98 Dz. U. z 2000 r. Nr 28 poz. 351;
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 czerwca 1997 r., sygn. K 21/967;
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 listopada 2002 r. sygn. K 41/02 M. P. z 2000 Nr 56 poz. 763;
Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 1997 r., sygn.. akt K 7/97 Z.U. 1997 / 3_4 / 49.

Z powyższego procedowania należy wyciągnąć wniosek, że zjawiskiem wyjątkowo niepożądanym z punktu widzenia pewności prawa i ochrony wartości konstytucyjnych jest doprowadzenie przez ustawodawcę do sytuacji, gdy podmiot odpowiedzialny za strzeżenie praworządności i zgodności aktów prawnych z ustawą zasadniczą ma co do ich regulacji tyle wątpliwości, że nie potrafi sformułować jednomyślnej linii orzeczniczej.

Uzupełniając powyższe rozważania, należy dodać, że istnienie innych środków, z których można skorzystać w celu ustalenia należności podatkowych niż uchylanie tajemnicy bankowej, sprawia, że w piśmiennictwie wyrażane są poważne wątpliwości co do spełnienia konstytucyjnych przesłanek adekwatności i konieczności przy tymże uchylaniu tajemnicy bankowej⁶⁴. „Niewątpliwie jest to najprostsze rozwiązanie dla organu podatkowego, ale nie można zgodzić się z tezą, iż jest to środek niezbędny”⁶⁵.

Kolejnymi organami, na rzecz których tajemnica bankowa może zostać w odpowiednim zakresie uchylona są: Prezes Najwyższej Izby Kontroli (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. f pr. bank.), Bankowy Fundusz Gwarancyjny (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. g pr. bank.), Zakład Ubezpieczeń Społecznych (art. 105 ust. 2a pr. bank.), Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. n pr. bank.), szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. p pr. bank.), właściwa władza nadzorcza, jeżeli jest to niezbędne dla wykonywania przez tę władzę nadzoru skonsolidowanego nad bankiem (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. q pr. bank.), Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 105 ust. 2 pkt 2 lit. r pr. bank.). W związku ze sprawowanym nadzorem tajemnica bankowa uchylana jest również na żądanie Komisji Nadzoru Finansowego (art. 105 ust. 1 pkt. 2 lit. a pr. bank.).

4.3. Obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową przez względ na przesłankę bezpieczeństwa państwa

„Przesłanka „bezpieczeństwa państwa” obejmuje zarówno konieczność ochrony przed zagrożeniami zewnętrznymi, jak i wewnętrznymi, a także należy wskazać, iż oznacza wolność od zagrożeń dla istnienia państwa demokratycznego. Przesłanki ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej nie stanowią dla niniejszej sprawy potencjalnego znaczenia, należy więc tylko wskazać na ich istnienie w omawianej normie konstytucyjnej”⁶⁶.

⁶⁴ A. Żygadło, *Wylączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 czerwca 2005r., sygn. P 25/02 Dz. U. Nr 124 poz. 1043.

Sytuacją, w której konieczne wydaje się zdaniem ustawodawcy ograniczenie tajemnicy bankowej ze względu na ochronę bezpieczeństwa państwa, jest na przykład ochrona przed wprowadzaniem do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących ze źródeł nieujawnionych lub nielegalnych, przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy. W związku z tym w ustawie bankowej pojawił się art. 105 ust 1 pkt. 2 lit. k, na podstawie którego Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służby Kontrwywiadu, Agencja Wywiadu, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Policja, Żandarmeria Wojskowa, Straż Graniczna, Służba Więzienna, Biuro Ochrony Rządu i posiadające ich pisemne upoważnienie funkcjonariusze lub żołnierze mogą żądać wyłączenia poufności w zakresie niezbędnym dla przeprowadzenia postępowania sprawdzającego na podstawie przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Konstytucyjność wskazanego wyżej przepisu budzi w piśmiennictwie szereg wątpliwości⁶⁷. Przepis nie przewiduje kontroli żadnego organu wyższego rzędu ani sądu nad decyzją podmiotu uprawnionego do żądania ujawnienia informacji. Taki brak kontroli może stanowić swoistą „pokusę” przekroczenia uprawnień i nadużywania jego stosowania. Ponadto poszerzanie katalogu podmiotów uprawnionych do żądania informacji jest nie do pogodzenia z zasadą proporcjonalności chroniącą dobro konstytucyjne. W związku z tym nieadekwatne jest upoważnianie funkcjonariuszy organów uprawnionych i żołnierzy do żądania takich informacji.

Ostatnim argumentem przemawiającym za wątpliwą konstytucyjnością przepisu jest fakt, że uprawnienie to nie zostało sformułowane jako ostateczność w sytuacji, gdy ujawnienie informacji jest rzeczywiście niezbędne. Taka formuła przesądza, że ustawodawca nie widzi problemu w ograniczaniu wartości konstytucyjnej nawet w sytuacjach, gdy w praktyce nie ma konieczności takiego ograniczania, a w zasięgu organów pozostają inne środki.

Innym przepisem formułującym możliwość ograniczania tajemnicy bankowej z powodu bezpieczeństwa państwa jest art. 106 pr. bank., stanowiący, że bank jest obowiązany przeciwdziałać wykorzystywaniu swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 ustawy kodeks karny. Dalsza analiza tych regulacji nie będzie jednak przedmiotem rozważań w niniejszej pracy.

4.4. Obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową przez wzgląd na przesłankę ochrony praw i wolności innych osób

⁶⁷ A. Żygadło, *Wyłączenia tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, dostępne w: LEX 2011.

„Ograniczenia praw człowieka jest również ze względu na konieczność ochrony wolności i praw innych osób. Konieczność taka odpowiada sytuacji kolizji praw różnych podmiotów. Kolizja praw może mieć miejsce wtedy, gdy w danej sytuacji faktycznej urzeczywistnienie prawa pewnego podmiotu prowadzi do naruszenia prawa innego podmiotu. Kolizja praw rozumiana jest w doktrynie szerzej, tak aby zakresem tego pojęcia objąć również sytuacje, gdy urzeczywistnienie prawa określonego podmiotu w danej sytuacji faktycznej powoduje jedynie niebezpieczeństwo naruszenia prawa innego podmiotu”⁶⁸.

Jako przykłady ograniczeń tajemnicy bankowej ze względu na ochronę praw i wolności innych osób można przywołać: dostęp sądu w związku z prowadzonym postępowaniem spadkowym lub o podział majątku między małżonkami albo prowadzona przeciwko osobie fizycznej będącej stroną umowy sprawą o alimenty lub o rentę o charakterze alimentacyjnym (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. d pr. bank.); dostęp komornika sądowego w zakresie niezbędnym do prawidłowego prowadzenia postępowania egzekucyjnego, postępowania zabezpieczającego oraz wykonywania innych czynności wynikających z jego ustawowych zadań (art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. l pr. bank.).

4.5. Podsumowanie ograniczeń

Pomimo tego, że powyższe rozważania nie obejmują kompleksowo wszystkich wyłączeń czy ograniczeń tajemnicy bankowej, można z całą pewnością stwierdzić, że formuła przepisów, na podstawie których dochodzi do ujawnienia informacji objętych tajemnicą bankową, budzi szereg wątpliwości. Ograniczanie prawa gwarantowanego na gruncie Konstytucji w przepisach nieprecyzyjnych na rzecz podmiotów, nad którymi nie jest sprawowana należyta kontrola w tym zakresie oraz w sytuacjach, w których nie jest to absolutnie konieczne z punktu widzenia dobra, dla którego wyłączenie następuje, należy ocenić jednocześnie jako nieprawidłowe, jak i powszechnie występujące w katalogu wyłączeń ustawy prawo bankowe.

5. Wnioski końcowe

Celem niniejszej pracy było zarysowanie charakteru prawnego tajemnicy bankowej, a zatem określenie jej w sposób pozytywny, jak i zarysowanie katalogu wyłączeń i ograniczeń. Obraz, który maluje się w mojej ocenie po analizie ustawy oraz szeregu źródeł z piśmiennictwa i orzecznictwa, przedstawia niekonsekwencję i brak profesjonalizmu ustawodawcy.

⁶⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 czerwca 2005r., sygn. P 25/02 Dz. U. Nr 124 poz. 1043.

Z jednej strony system prawa zakłada konieczność obrony dobra tak ważnego z punktu widzenia poszanowania praw jednostki w demokratycznym państwie prawnym, jak prawo do prywatności, wpisuje go w katalog wartości konstytucyjnie chronionych, a zatem odgrywających rolę szczególną. Zwracając uwagę na uwarunkowania historyczne, wielowiekową historię instytucji tajemnicy bankowej i jej niebagatelna rolę w rozwoju państwa, ustawodawca formułuje konieczność zachowania poufności w zakresie informacji nią objętych w ustępie 1 art. 104 prawa bankowego. Niemniej nawet osoba zapoznająca się z ustawą po raz pierwszy zauważy, że już nie tylko kolejny ustęp jest znacznie dłuższy objętościowo, lecz także kolejne przepisy, stanowiąc katalogi wyłączeń, są kilkanaście razy bardziej obszerne niż samo sformułowanie dotyczące ochrony.

Sama znacząca objętość danego przepisu nie musi jeszcze świadczyć o tym, że reguluje on daną materię szczegółowo i wyczerpująco. W przypadku regulacji dotyczących tajemnicy bankowej, mimo iż regulacja jeszcze obszerna, to niestety brak w niej przejrzystego i precyzyjnego uregulowania kwestii związanych z wyłączeniem obowiązywania (takich jak cel, dla którego jest dokonywane wyłączenie, tryb wyłączenia oraz nadzór nad dokonaniem wyłączenia). Wspominana już obszerność, determinuje natomiast w tym przypadku inną kwestię – pozwala na sformułowanie szerokiego katalogu podmiotów uprawnionych do domagania się udzielenia odpowiednich informacji.

W związku z powyższym uważam, że z pełną odpowiedzialnością za znaczenie tych słów można powtórzyć za komisarzem europejskim, Algirdasem Semetą, że „tajemnica bankowa jest martwa”, zaś ocenę tego stanu i jego konsekwencji dla dobra zarówno banków jako jednostek sektora o kluczowym znaczeniu dla gospodarki, jak i dla stron umów zawieranych z bankami oraz dla ich zaufania do tych jednostek, pozostawiam indywidualnej ocenie każdego czytelnika⁶⁹.

* * *

The legal nature and essence of banking secrecy

Summary: Bank secrecy is a legal expression that can be defined in few different ways. Its history has been developing parallel to the history of human's business relationships and its existence has been arousing controversy over the years. The institution is both, public and private in nature and it is a constitutionally protected legal right that a person is entitled to from the moment of providing the bank with the sensitive data. For some, there can be no doubt that the banks would not be able to

⁶⁹ Zob. <http://www.tvp.info/17244065/koniec-ery-legendarnej-dyskrecji-luksemburg-zniesie-tajemnice-bankowa>, [dostęp: 1.06.2016 r.].

properly fulfill their duties without bank secrecy. Simultaneously, the law provides for a multiple-page long catalogue of limitations and exceptions for a bank secrecy that is not only aimed at allowing the banks to perform their standard economic duties, but also at protecting other important and constitutional values, such as the state's security or the public order. The aforementioned dichotomy is too vivid not to implicate ambiguities, not only of the theoretical nature, but also relating to the current scope of the bank secrecy's. Although over the years the institution has attracted both, the supporters (advocating relative inviolability of the bank secrecy) and the opponents (considering other values as more important and pressing for its maximal reduction), it is still difficult to answer the question, whether the actual manner, the applied measures and the range of its current limitations are desired, or even lawful.

Key words: bank, bank secrecy, banking law

Duszan Wolczyński*

Ograniczanie inicjatywy dowodowej strony w postępowaniu podatkowym

Streszczenie

Inicjatywa dowodowa strony stanowi gwarancję procesową dla podatnika, co ma bardzo istotne znaczenie w kontekście inwazyjności prawa podatkowego. Art. 188 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa wprowadza jako zasadę obowiązek uwzględnienia wniosku dowodowego. Nieuwzględnienie go stanowi natomiast wyjątek od tej reguły, który należy interpretować zawężająco. Organy podatkowe częstokroć oddalają wnioski o przeprowadzenie dowodu, pomimo braku ustawowego upoważnienia do takiego działania. Działania takie bywają uzasadniane nieprecyzyjnym sformułowaniem tezy dowodowej, z góry przyjętym założeniem o niewiarygodności dowodu, odwoływaniem się do prekluzji dowodowej oraz brakiem obowiązku ponowienia dowodu z przesłuchania świadka, który był już przesłuchiwany w ramach innego postępowania. Zdaje się jednak, iż z punktu widzenia podstawowych zasad postępowania podatkowego oraz gwarancji procesowych strony jest to działanie niedopuszczalne i stanowi podstawę do uruchomienia kontroli instancyjnej oraz sądowno-administracyjnej.

Słowa kluczowe: podatkowe, postępowanie, inicjatywa, dowodowa, dowód, wniosek

* Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Inicjatywa dowodowa

Inicjatywa dowodowa stanowi jedną z fundamentalnych gwarancji procesowych w ramach postępowania podatkowego¹. Jest ona przejawem zasady czynnego udziału strony, służącej kompensacji nierównej pozycji strony i organu. Słusznym wydaje się stwierdzenie, że co prawda nie gwarantuje ona stronie równorzędności względem organu (jest to bowiem niemożliwe ze względu na oczywistą przewagę organu), lecz zapewnia jej równoprawną pozycję². Uzasadnieniem dla istnienia tej regulacji są także zasady prawdy materialnej oraz zupełności materiału dowodowego³. Inicjatywa dowodowa strony ma bowiem umożliwić organowi realizację powyższych norm. Strona może przecież wskazywać okoliczności, na które organ podatkowy sam mógłby nie zwrócić uwagi. Oczywiste jest również, że to właśnie strona postępowania posiada zazwyczaj więcej informacji o stanie faktycznym niż organ. Toteż dzięki inicjatywie dowodowej strony możliwe jest zebranie kompletnego materiału dowodowego, umożliwiającego wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego.

Konieczność istnienia tego typu regulacji o charakterze gwarancyjnym związana jest z tym, iż postępowanie podatkowe nie ma charakteru kontrydiktoryjnego. W postępowaniu podatkowym organ charakteryzuje się dominującą pozycją i przewagą, związaną między innymi z władztwem administracyjnym. Prawo podatkowe jest z kolei gałęzią prawa silnie ingerującą w sferę osobistą jednostki oraz wkraczającą w podstawowe prawa i wolności obywatela. Z racji tego należy w ramach niego zachować odpowiednie podejście do norm chroniących stronę przed nadmierną ingerencją w jej podstawowe prawa⁴. Uznanie gwarancyjnego charakteru omawianej regulacji ma więc istotne znaczenie, gdyż – jak się wskazuje – co prawda przepisy postępowania podatkowego można interpretować bardziej elastycznie niż przepisy prawa materialnego, ale jedynie przy zachowaniu ich funkcji gwarancyjnej w sytuacji prawnej podatnika⁵. Wskazać należy nadto,

¹ H. Dzwonkowski, *Komentarz do art. 188*, [w:] H. Dzwonkowski, A. Huchla, C. Kosikowski, *Ustawa Ordynacja podatkowa. Komentarz.*, LEX 2003, 27.01.2016 r.

² *Idem*, *Komentarz do art. 123*, [w:] H. Dzwonkowski, A. Huchla, C. Kosikowski, *Ustawa Ordynacja podatkowa. Komentarz.*, LEX 2003, 27.01.2016 r.

³ S. Presnarowicz, *Komentarz do art. 123*, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2013, 27.01.2016 r.

⁴ D. Strzelec, *Dowody w postępowaniu podatkowym*, Warszawa 2013, s. 66.

⁵ B. Brzeziński, *O zagadnieniu delimitacji norm materialnoprawnych i proceduralnych w prawie podatkowym*, [w:] *Ius suum quique. Studia prawno-finansowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wacławowi Goronowskiemu*, red. W. Konieczny, Warszawa 2004, s. 114.

iż obowiązek zapewnienia stronie czynnego udziału (w tym także umożliwienia stronie inicjatywy dowodowej) istnieje w każdym stadium postępowania⁶, a zatem od momentu jego wszczęcia (faktycznie jednak jego realizacja możliwa będzie dopiero od momentu doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania) aż do chwili jego zakończenia (wydania decyzji przez organ odwoławczy)⁷.

Artykuł 188 Ordynacji podatkowej⁸ stanowi, iż żądanie strony dotyczące przeprowadzenia dowodu należy uwzględnić, jeżeli przedmiotem dowodu są okoliczności mające znaczenie dla sprawy, chyba że okoliczności te stwierdzone są wystarczająco innym dowodem. Z lektury tego przepisu wyciągnąć można kilka ogólnych wniosków:

- 1) Zasadą jest obowiązek uwzględnienia wniosku dowodowego strony postępowania, a wszelkie wyjątki od tej zasady należy interpretować zawężająco. Ponadto przepis ten należy interpretować systemowo, a zatem także przez pryzmat art. 123 § 1 o.p. (czyli zasady czynnego udziału strony). Udział ten organ ma obowiązek zapewnić w każdym stadium postępowania. Co do zasady zatem wniosek dowodowy – o ile został złożony przed zakończeniem postępowania podatkowego – powinien zostać uwzględniony.
- 2) Przedmiotem wniosku musi być dowód, a zatem – zgodnie z art. 180 § 1 o.p. – wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W związku z tym należy zauważyć, że:
 - a. Ordynacja podatkowa wprowadza jako zasadę otwarty katalog środków dowodowych⁹ – wszystko, co nie jest sprzeczne z prawem, a może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, stanowi w jej rozumieniu dowód.
 - b. Zasadą jest również równa moc dowodowa wszystkich środków dowodowych¹⁰.

⁶ S. Presnarowicz, *Komentarz do art. 123...*

⁷ B. Gruszczyński, A. Kabat, *Komentarz do art. 123*, [w:] S. Babiarski, B. Dauter, B. Gruszczyński, R.M. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2015, 27.01.2016 r.

⁸ Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2015 poz. 613) [zwanej dalej o.p.]

⁹ B. Dauter, *Komentarz do art. 180*, [w:] S. Babiarski, B. Dauter, B. Gruszczyński, R.M. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2015, 27.01.2016 r.

¹⁰ *Ibidem*.

- c. Dowód, w rozumieniu wzmiankowanego przepisu, ma moc przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a zatem ustawodawca jako wymóg uznania danego środka za dowód wprowadza tylko prawdopodobieństwo jego wpływu na rozstrzygnięcie¹¹, a nie absolutną pewność tego wpływu¹².
 - d. Dowód ma być niesprzeczny z prawem (*lege non distinguente*– prawem materialnym i procesowym¹³), co oznacza, że ustalenie stanu faktycznego może nastąpić tylko za pomocą legalnych środków dowodowych¹⁴.
 - e. Przedmiotem dowodu mają być określone fakty i stany, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy¹⁵. Innymi słowy, przedmiotem dowodu jest fragment rzeczywistości, obejmujący zjawiska minione lub współczesne¹⁶. Stąd też przedmiotem dowodu nie może być stan prawny (stąd dowodem nie może być przykładowo tzw. ekspertyza prawna, której przedmiotem jest przecież wykładnia konkretnych przepisów). W doktrynie dopuszcza się jednak możliwość przyjęcia jako dowodu ekspertyzy prawnej, której przedmiotem jest prawo obce lub międzynarodowe¹⁷.
- 3) Okoliczności, które mają zostać udowodnione, mają znaczenie dla sprawy.
 - 4) Okoliczności, które mają zostać udowodnione, nie są już stwierdzone wystarczająco innym dowodem.

¹¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 8 stycznia 2009 r., sygn. III SA/Gd 324/08, (LEX nr 485886).

¹² P. Pietrasz, *Komentarz do art. 180*, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2013, 27.01.2016 r.

¹³ D. Strzelec, *Dowody sprzeczne z prawem w postępowaniu podatkowym*, „Przeгляд Podatkowy” 1/2009, s. 44.

¹⁴ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 180* ...

¹⁵ B. Dauter, *Komentarz do art. 180*...

¹⁶ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 180*...

¹⁷ B. Brzeziński, W. Nykiel, *Ekspertyza prawna w postępowaniu w sprawach podatkowych*, „Przeгляд Podatkowy” 11/2002, s. 9-11.

Nieuwzględnienie wniosku dowodowego może zatem mieć miejsce zasadniczo tylko w czterech sytuacjach:

- 1) Przedmiotem wniosku nie jest dowód (tylko np. ekspertyza prawna);
- 2) Zgłoszony dowód jest sprzeczny z prawem;
- 3) Dowód zgłoszono celem wykazania okoliczności niemających znaczenia dla sprawy;
- 4) Okoliczności będące przedmiotem dowodu zostały już stwierdzone wystarczająco innym dowodem.

Powyższe sytuacje stanowią wyjątek od zasady czynnego udziału strony, a zatem muszą być – zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendendae* – interpretowane zawężająco, a więc tak, aby jak najmniejszy był zakres wyjątków od tej zasady. Żadne natomiast inne przesłanki nie mogą stanowić podstawy do nieuwzględnienia wniosku dowodowego strony. W szczególności nie mogą stanowić takiej podstawy przyczyny pozamerytoryczne, takie jak na przykład niestawiennictwo świadka na przesłuchanie¹⁸.

Najwięcej kontrowersji budzi trzecia i czwarta sytuacja. Problematyczne jest zwłaszcza rozumienie pojęcia „okoliczności niemające znaczenia dla sprawy” oraz „stwierdzone wystarczająco innym dowodem”. Pomocna w interpretacji pierwszej przesłanki może być teza jednego z orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którą o tym, czy żądany przez stronę dowód ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, decyduje treść normy prawa materialnego determinująca zakres koniecznych dla jej zastosowania ustaleń faktycznych¹⁹. Uzasadnione wątpliwości może natomiast budzić to, że o tym, czy dowód ma znaczenie, decydować będzie wyłącznie organ prowadzący postępowanie²⁰. Sprecyzowanie bowiem co wchodzi w zakres koniecznych dla zastosowania danej normy ustaleń faktycznych, należy tylko i wyłącznie do organu. Związane jest to z zasadą dysponowania zakresem postępowania dowodowego przez organ

¹⁸ B. Dauter, *Komentarz do art. 188*, [w:] S. Babiarsz., B. Dauter, B. Gruszczyński, R.M. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2015, 27.01.2016 r.

¹⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 września 2007 r., sygn. II FSK 1032/06, (LEX nr 389363).

²⁰ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 188*, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2013, 27.01.2016 r.

podatkowy²¹. Z kolei przy interpretacji pojęcia „stwierdzone wystarczająco innym dowodem” pomocna może się okazać teza innego wyroku NSA, zgodnie z którą odmowa przeprowadzenia wnioskowanego przez stronę dowodu będzie dopuszczalna tylko wówczas, gdy zachodzi brak jakiegokolwiek możliwości przyczynienia się danej czynności dowodowej do wyjaśnienia sprawy albo też dana okoliczność w sposób niebudzący żadnych wątpliwości została już udowodniona. Odmowa przeprowadzenia określonej czynności dowodowej musi zatem wiązać się z pewnością, że czynność ta jest całkowicie zbędna²². Zauważyć jednak należy, iż zgodnie z literalną wykładnią art. 188 o.p. wystarczy nawet istnienie tylko jednego dowodu na daną okoliczność, by uznać ją za udowodnioną²³, a co za tym idzie – jeśli organ podatkowy nie dostrzeże żadnych wątpliwości – może to stanowić podstawę odrzucenia wniosku dowodowego. Takie rozumienie tego przepisu prowadzi jednak do zbyt dalekiego ograniczenia inicjatywy dowodowej, w związku z czym orzecznictwo stara się korygować taką interpretację tej regulacji. Przykładowo w orzecznictwie pojawiają się tezy mówiące, że jeżeli strona zgłasza dowód, to w świetle art. 188 o.p. organ podatkowy może nie uwzględnić wniosku, gdy żądanie dotyczy tezy dowodowej już stwierdzonej na korzyść strony. Jeżeli jednak strona wskazuje dowód, który ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, przy czym jest zgłoszony na tezę dowodową odmienną, taki dowód powinien być dopuszczony²⁴. Zauważyć jednak należy, że w obu wskazanych przypadkach margines swobody decyzyjnej organu co do dopuszczenia lub niedopuszczenia dowodu pozostaje dosyć spory, a organ korzysta ze sporego luzu decyzyjnego, dokonując rozstrzygnięcia w tej kwestii.

Sygnalizacja problemu

W orzecznictwie spotkać się można z różnymi przypadkami odmowy przeprowadzenia dowodu przez organ. Po pierwsze, odrzucenie wniosku dowodowego może mieć związek z nieprecyzyjnie sformułowaną tezą dowodową. W orzecznictwie sądów administracyjnych można spotkać się z poglądem, że żądanie przeprowadzenia przez organ podatkowy dowodu musi zawierać wskazanie tezy dowodowej i wspierającej ją argumentacji, tak by zgodnie z art. 188 o.p. można było ocenić, czy przedmiotem dowodu są

²¹ B. Brzeziński, *Komentarz do art. 188*, [w:] B. Brzeziński, M. Kalinowski, M. Masternak, A. Olesińska, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEGALIS 2004, 27.01.2016 r.

²² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 24 października 2007 r., sygn. I SA/Bk 388/07 (LEX nr 313199).

²³ H. Dzwonkowski, *Komentarz do art. 188*...

²⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 stycznia 2002 r., sygn. I SA/Ka 2164/00 (ONSA 2003, nr 1, poz. 33).

okoliczności mające istotne znaczenie dla sprawy oraz czy nie zostały już udowodnione wystarczająco za pomocą innego dowodu²⁵. Wymóg ten ma wobec tego na celu ocenę zasadności wniosku w świetle wzmiankowanego przepisu²⁶. Organ podatkowy będzie bowiem w stanie dokonać oceny zasadności żądania przeprowadzenia dowodu dopiero wówczas, gdy strona wskaże tezę zgłaszanego wniosku dowodowego²⁷. Wskazuje się ponadto, że jeżeli teza dowodowa jest zbyt ogólna i nie zawiera dokładnego oznaczenia faktów, na które środek dowodowy ma zostać przeprowadzony, to zasadne jest odrzucenie takiego wniosku²⁸. Czasami formułowane są jeszcze dalej idące wymogi, takie jak chociażby ten, w którym wniosek o przeprowadzenie dowodu przesłuchania świadka musi zawierać nazwisko i adres osoby zgłaszanej jako świadka, tezę dowodową oraz jej uzasadnienie²⁹. Brak tych elementów pozwala na odmowę dopuszczenia do postępowania wniosków nieuzasadnionych oraz takich, których przeprowadzenie nie wnosi nic istotnego dla wyjaśnienia sprawy³⁰. Podnosi się bowiem, że tylko przy tak sprecyzowanym wniosku organ może go rozważyć stosownie do dyspozycji art. 188 o.p.³¹

Drugim problemem, na który warto zwrócić uwagę, jest odrzucanie wniosku dowodowego jako spóźnionego, a zatem ze względu na prekluzję dowodową, czyli zakaz powoływania nowych dowodów po zakończeniu określonego etapu postępowania. Organy skarbowe często dezawuuują pewne dowody tylko z uwagi na czas, w którym został zgłoszony wniosek o ich przeprowadzenie. Odmawiają przykładowo przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka ze względu na upływ czasu od zdarzenia, którego

²⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 2 grudnia 2008 r., sygn. I FSK 424/08 (LEX nr 515603), Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 18 sierpnia 2004 r., sygn. FSK 359/04 (LEX nr 133954).

²⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30 lipca 2008 r., sygn. I FSK 826/07 (LEX nr 492400).

²⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 19 sierpnia 2008 r., sygn. I SA/Gd 298/08 (LEX nr 514823).

²⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 18 listopada 2009 r., sygn. I SA/Sz 698/09 (LEX nr 541932).

²⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 22 listopada 2007 r., sygn. I FSK 1107/06, (LEX nr 421450).

³⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 21 marca 2006 r., sygn. III SA/Wa 3470/05, (LEX nr 501870).

³¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z 25 listopada 2010 r., sygn. I SA/Ke 493/10, (LEX nr 748979).

przedmiotem mają być zeznania³². Zdaje się, że argumentem przemawiającym za takim działaniem jest ulotność ludzkiej pamięci i fakt, że szczegóły zdarzenia będącego przedmiotem zeznań zacieraają się w pamięci. Ponadto organy podatkowe często odmawiają przeprowadzenia dowodu ze względu na to, że strona zgłosiła go dopiero w ramach realizacji uprawnienia do wypowiedzenia się w kwestii materiału dowodowego w trybie art. 200 § 1 o.p., w odwołaniu od decyzji lub też dopiero w postępowaniu odwoławczym; co więcej, czasem odmawiają, twierdząc, iż zakończyły już one przeprowadzanie dowodów w sprawie³³. Argumentem przemawiającym za takim działaniem może być ryzyko „wytworzenia” dowodu na potrzeby postępowania, co z kolei może wpływać na brak jego wiarygodności³⁴. Zdarza się ponadto, że organy podatkowe odrzucają wniosek dowodowy ze względu na zgłaszanie dowodu „na raty”³⁵.

Trzecim problemem związanym z ograniczaniem inicjatywy dowodowej jest odrzucanie wniosku dowodowego z uwagi na uznanie z góry danego dowodu za niewiarygodny. Tą praktykę motywuje się najczęściej istnieniem określonych powiązań (np. gospodarczych, rodzinnych lub osobistych) albo zależności (np. służbowych) między stroną a świadkiem, o którego przesłuchanie strona wnosi (przykładowo powołanie na świadka przez będącą stroną spółkę prezesa tejże spółki³⁶). Kwestia sprowadza się do tego, czy organ podatkowy może z góry założyć nieprzydatność takiego dowodu³⁷, czy też dowód powinien najpierw zostać przeprowadzony, a dopiero potem oceniony i ewentualnie uznany za niewiarygodny. Wątpliwe jest, czy art. 188 o.p. daje podstawy do odmowy przeprowadzenia dowodu ze względu na z góry przyjęte założenie o nieobiektywności dowodu³⁸ oraz

³² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 stycznia 2008 r., sygn. II FSK 1541/06 (LEX nr 487997).

³³ D. Strzelec, *Naruszenia przepisów postępowania przez organy podatkowe*, Warszawa 2009, s. 152.

³⁴ *Idem*, *Inicjatywa dowodowa strony postępowania. Wątpliwości związane z odmową przeprowadzenia dowodu wnioskowanego przez stronę*, „Monitor Podatkowy” 5/2007, s. 29-36.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 20 kwietnia 2006 r., sygn. III SA/Wa 1837/05 (LEX nr 183311).

³⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 stycznia 2008, sygn. II FSK 1541/06 (LEX nr 487997)

³⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2006 r., sygn. III SA/Wa 1837/05 (LEX nr 183311).

apriorycznego przyjęcia tendencyjności dowodu, pozwalającego dezawuować w takim przypadku przesłuchanie świadka³⁹.

Ostatnią kwestią, na jaką należy zwrócić uwagę jest odrzucanie wniosku dowodowego o ponowne przeprowadzenie przesłuchania w ramach postępowania podatkowego świadka, który został już przesłuchany w ramach innego postępowania (np. postępowania karnego) i oparcie rozstrzygnięcia jedynie na protokole sporządzonym w ramach pierwotnego przesłuchania. Można bowiem wskazać, iż w ramach postępowania podatkowego nie istnieje prawny nakaz, który zobowiązywałby organ podatkowy do ponowienia takiego dowodu⁴⁰. Argumentem przemawiającym za tym może być także fakt, że zasada prawdy obiektywnej oraz zupełności postępowania dowodowego nie ma charakteru bezwzględnej, gdyż bezwzględne ich stosowanie prowadziłyby do faktycznej niemożności ukończenia jakiegokolwiek postępowania podatkowego z obawy przed pominięciem jakiegoś dowodu, co z kolei prowadziłyby do sytuacji, w której należałoby prowadzić postępowanie dowodowe nawet wówczas, gdy całokształt okoliczności ujawnionych w sprawie wystarczyłby do podjęcia rozstrzygnięcia. Materiały zgromadzone w toku postępowania karnego są natomiast pełnoprawnym dowodem w postępowaniu podatkowym, ponieważ w tym zakresie ustawodawca odstąpił od zasady bezpośredniości przeprowadzania dowodów na korzyść zasady prawdy obiektywnej, a dowody przeprowadzone bezpośrednio przez organ w postępowaniu podatkowym mają tę samą moc dowodową, co dowody zgromadzone w innych postępowaniach i podlegają swobodnej ocenie organu. Ponadto zasadą jest otwartość postępowania dowodowego. Wskazać należy również, że dowody zrealizowane w ramach postępowania karnego mają charakter tzw. dowodów ścisłych (a zatem pochodzących z określonych źródeł dowodowych oraz przeprowadzonych na zasadach i w trybie przewidzianym przez przepisy)⁴¹.

Zjawisko ograniczania inicjatywy dowodowej strony postępowania podatkowego ogniskuje się zatem wokół czterech problemów: precyzyjnego sformułowania tezy dowodowej, obowiązywania w postępowaniu podatkowym prekluzji dowodowej, możliwość uznania z góry za niewiarygodny wnioskowanego dowodu (m.in. z uwagi na

³⁹ D. Strzelec, *Naruszenia przepisów...*, s. 148.

⁴⁰ Wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 czerwca 2015 r., sygn. I GSK 1794/13 (LEX nr 1773094), Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 21 maja 2015 r., sygn. I SA/Kr 364/15 (LEX nr 1755856), Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 5 września 2014 r., sygn. I SA/Kr 643/14 (LEX nr 1512447) i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z 22 maja 2013 r., sygn. I SA/Bd 200/13 (LEX nr 1350716).

⁴¹ D. Strzelec, *Dowody w postępowaniu...*, s. 72.; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 27 listopada 2009, sygn. I SA Lu 284/09 (LEX nr 588863).

powiązania osobowego źródła dowodu ze stroną) oraz obowiązku ponowienia dowodu z zeznań świadka przeprowadzonego w innym postępowaniu. W przypadku uznania, że organ podatkowy nie jest władny do takiego zachowania, może to prowadzić z kolei do uznania, że decyzja wydana w ramach tego postępowania obarczona jest wadą.

Teza dowodowa

Stanowi kontrowersję sytuacja, w której niedokładnie określenie tezy dowodowej rzeczywiście może powodować automatycznie odrzucenie wniosku dowodowego. Zgodnie z art. 187 § 1 o.p. organ podatkowy jest obowiązany zebrać i w sposób wyczerpujący rozpatrzeć cały materiał dowodowy. Przepis ten konkretyzuje zasadę prawdy obiektywnej, wyrażoną w art. 122 o.p. Obowiązek ten ma charakter wszechstronny i związany jest z dowodzeniem okoliczności zarówno na korzyść, jak i niekorzyść strony⁴². Można jednak powziąć wątpliwość, czy użyty w art. 187§ 1 o.p. zwrot „wyczerpujący” ma zastosowanie także do zbierania materiału, czy tylko do jego rozpatrzenia⁴³. Przyjmując, że organ podatkowy ma obowiązek tylko do wyczerpującego rozpatrzenia materiału (już zebranego), mógłby on ograniczać swoją i strony aktywność w zakresie gromadzenia i przedstawiania dowodów. Niemniej sięgając do dalszej części przepisu, w której mowa o „całym materiale dowodowym”, nie można mieć wątpliwości, iż ustawodawcy chodziło także o wszechstronne zebranie materiału⁴⁴. Organ podatkowy musi zatem przybrać aktywną postawę i dążyć do jak najpełniejszego ustalenia stanu faktycznego.

Postępowanie dowodowe oparte jest na zasadach oficjalności i zupełności⁴⁵. Skoro tak, to organ podatkowy ma obowiązek zebrać wszystkie dowodu z własnej inicjatywy, działając z urzędu⁴⁶. Ma on obowiązek realizować wszelkie czynności z zachowaniem obiektywizmu i rzetelności⁴⁷. Ponadto wskazuje się, iż postępowanie dowodowe powinno

⁴² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 6 listopada 2003 r., sygn. I SA/Gd 1237/00 (POP 2004/1/1).

⁴³ H. Dzwonkowski, *Komentarz do art. 187*, [w:] H. Dzwonkowski, A. Huchla, C. Kosikowski, *Ustawa Ordynacja podatkowa. Komentarz.*, LEX 2003, 27.01.2016 r.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 187*, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2013, 27.01.2016 r.

⁴⁶ A. Tałasiewicz, *Gwarancje procesowe w postępowaniu podatkowym – zasada prawdy obiektywnej a ciężar dowodu*, „Przegląd Prawa Gospodarczego” 12/2004, s. 29-32.

⁴⁷ Pietrasz P., *Komentarz do art. 187...*

się opierać na zasadzie współdziałania. Organ podatkowy powinien wobec tego podjąć współpracę ze stroną, by móc oprzeć swoją decyzję na kompletnie rozpatrzonym stanie faktycznym.

W orzecznictwie wskazuje się, że w sprawach, w których na stronie spoczywa ciężar wykazania konkretnych faktów, a twierdzenia strony w tym zakresie są ogólnikowe i lakoniczne, obowiązkiem organu prowadzącego postępowanie jest wezwanie zainteresowanego do uzupełnienia i sprecyzowania tych twierdzeń⁴⁸. Jeżeli natomiast strona przedłoży niepełny materiał dowodowy, wówczas organ ma obowiązek go uzupełnić aż do uzyskania pewności co do istnienia określonego stanu faktycznego sprawy⁴⁹. Ponadto jeżeli strona przedstawia swoje racje ogólnikowo i lakonicznie, to nie może to być powodem wywodzenia z tego negatywnych dla niej wniosków⁵⁰. Podsumowując, w sytuacji, gdy teza dowodowa sformułowana przez stronę postępowania jest nieprecyzyjna i ogólnikowa, to organ podatkowy – działając z urzędu – ma obowiązek wezwać stronę do uzupełnienia tego wniosku.

Można jednak się zastanowić, czy nieuzupełnienie wniosku powinno zawsze automatycznie powodować odrzucenie dowodu. Zdaje się, że takie działanie organu nie powinno mieć miejsca. Organ podatkowy jest bowiem gospodarzem postępowania, a zatem ma on obowiązek rozważyć wszystkie wskazane we wniosku okoliczności⁵¹. Powinny więc one stanowić dla organu impuls do przeprowadzenia dowodu z urzędu. Ze względu na oficjalność postępowania dowodowego organ nie może wszakże pozostawać obojętny na znajdujące się we wniosku informacje. Sformułowanie tezy dowodowej nie jest przecież warunkiem koniecznym przeprowadzenia dowodu⁵². Wskazówką dla organu może być w tym wypadku uzasadnienie wniosku⁵³. Podnosi się wszelako, że jeśli przeprowadzenia dowodu domaga się strona, a nie jest ono ewidentnie niezbędne, to sporządzenie tezy

⁴⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2 lipca 1997 r., sygn. SA/Sz 942/96 (LEX nr 30824)

⁴⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 kwietnia 1996, sygn. SA/Lu 1011/95 (LEX nr26748)

⁵⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 września 1988, sygn. II SA/1947/87 (ONSA 1988/2/82).

⁵¹ D. Strzelec, *Inicjatywa dowodowa ...*, s. 29 – 36.

⁵² *Idem*, *Dowody w postępowaniu ...*, s. 179.

⁵³ *Idem*, *Naruszenia przepisów ...*, s. 150.

dowodowej przez stronę jest pożądane⁵⁴. Jakkolwiek jeśli organ podatkowy dysponuje odpowiednimi informacjami, powinien rozważyć potrzebę samodzielnego sformułowania tezy dowodowej i ewentualnie dopuszczenia dowodu z urzędu – w takiej bowiem sytuacji nie może on się powoływać na art. 168 i 169 o.p., gdyż zaniechanie sformułowania tezy dowodowej przez stronę nie sposób uznać za brak formalny podania⁵⁵. Podnosi się jednak z drugiej strony, że jest to dopuszczalne w trybie art. 155 o.p.⁵⁶

Problemem jest również sytuacja, w której – jak wcześniej wskazano –wymogi stawiane przez organy skarbowe podatnikom idą czasem dużo dalej aniżeli tylko ścieżką wskazania tezy dowodowej. Zdarza się, iż organy domagają się wskazania argumentacji lub uzasadnienia wspierającego ową tezę. Trudno jednak sprecyzować, na czym konkretnie miałyby się opierać taka argumentacja⁵⁷. Podnosi się także, że wymóg ten jest zbyt daleko idący i dosyć niefortunnie sformułowany⁵⁸;choć mimo to znajduje się on w wielu orzeczeniach sądów administracyjnych⁵⁹. Jakkolwiek trudno znaleźć dla niego ustawowe oparcie.

Prekluzja

Na wstępie omawianego zagadnienia należy zaznaczyć, iż w żadnym miejscu Ordynacja podatkowa nie wprowadza prekluzji. Wręcz przeciwnie – zgodnie z art. 187 § 2 o.p. organ podatkowy może w każdym stadium postępowania zmienić, uzupełnić lub uchylić swoje postanowienie dotyczące przeprowadzenia dowodu, a obowiązek wszechstronnego gromadzenia materiału dowodowego musi być realizowany na każdym etapie tego postępowania. Skoro postępowanie podatkowe uwolnione jest od przejawów prekluzji, to żądanie strony co do przeprowadzenia dowodu nie ma żadnych ograniczeń

⁵⁴ *Idem*, *Dowody w postępowaniu...*, s. 180.

⁵⁵ A. Hanusz, *Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia podatkowego*, Kraków 2004, s. 133.

⁵⁶ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 188...*

⁵⁷ D. Strzelec, *Naruszenia przepisów...*,s. 150.

⁵⁸ *Idem*, *Inicjatywa dowodowa ...*, s. 29-36.

⁵⁹ Przykładowo wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 18 sierpnia 2004 r., sygn. FSK 359/04 (LEX nr 133954), Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 2 grudnia 2008 r., sygn. I FSK 424/08 (LEXnr515603), Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 3 marca 2010 r., sygn. II FSK 1419/09 (LEX nr 570196), Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30 lipca 2008 r., sygn. I FSK 826/07 (LEX nr 492400).

czasowych⁶⁰.Może być ono wniesione zarówno w pierwszej instancji, jak i w ramach postępowania przed organem drugiej instancji⁶¹. Nie można natomiast zgodzić się z poglądem zakładającym rozróżnianie lepszych i gorszych dowodów tylko ze względu na etap postępowania, na jakim zostały one zgłoszone⁶². Odrzucanie wniosku dowodowego jako spóźnionego uznać należy zatem za pozbawione oparcia w ustawie. Organ nie może ponadto odmówić przeprowadzenia dowodu tylko z tego powodu, iż zakończył on już przeprowadzanie dowodów w sprawie⁶³. Bezzasadne jest również zakładanie przez organy, że dowód przedłożony później został „wytworzony” na użytek postępowania⁶⁴. Organ podatkowy może dojść do takich wniosków, jednakże może mieć to miejsce dopiero po przeprowadzeniu danego dowodu. Natomiast nieprzeprowadzenie dowodu ze względu na jego z góry założone spreparowanie stanowi uchybienie obowiązkowi całościowego zebrania i rozpatrzenia materiału dowodowego. Podsumowując, o ile wniosek zgłoszony jest przed zakończeniem postępowania podatkowego, powinien zostać uwzględniony. Zasada prawdy obiektywnej i zupełności materiału dowodowego obowiązuje bowiem na każdym etapie postępowania. Podkreślić należy dodatkowo, że brak obowiązywania prekluzji dowodowej w postępowaniu podatkowym znalazł także potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych⁶⁵.

Uznanie z góry za niewiarygodny wnioskowanego dowodu

Należy zastanowić się, czy organ może uznać za niewiarygodny dowód, zanim jeszcze go przeprowadzi, i na tej tylko podstawie odmówić dopuszczenia dowodu. W tym miejscu podkreślić trzeba, że problem ten obecny był już w międzywojennym orzecznictwie administracyjnym. Najwyższy Trybunał Administracyjny w swoich orzeczeniach wskazywał bowiem, iż nie jest przesłanką negatywną przeprowadzenia żądanego dowodu

⁶⁰ Ł. Matusiakiewicz, *Przesłuchanie strony jako środek dowodowy w procedurze podatkowej*, [w:] *Postępowanie dowodowe w toku kontroli podatkowej i postępowania podatkowego - wybrane zagadnienia praktyczne*, „Przegląd Podatkowy” 5/2010, s. 18.

⁶¹ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 188...*

⁶² D. Strzelec, *Zasada swobodnej oceny dowodów w postępowaniu podatkowym*, „Monitor Podatkowy” 3/2012, s. 21.

⁶³ *Idem*, *Naruszenia przepisów...*, s. 152.

⁶⁴ D. Strzelec, *Inicjatywa dowodowa ...*, s. 29-36.

⁶⁵ Wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 16 listopada 2011 r., sygn. I FSK 348/11 (LEX nr 1148564), Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 16 kwietnia 2010 r., sygn. II FSK 548/09 (LEX nr 596506), Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12 lipca 2013 r., sygn. II FSK 2308/11 (POP 2013/6/529-531), Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 9 stycznia 2008 r., sygn. II FSK 1541/06 (LEX nr 487997).

założenie z góry nieprzydatności zeznań świadków w sprawie. Organ podatkowy może bowiem nie dać wiary świadkom, ale nie wolno mu dezawuować ich bez przesłuchania. Nie powinien on także dyskwalifikować prawdomówności świadka przed złożeniem przez niego zeznania. Nie można bowiem twierdzić z góry, że jego zeznania będą nieobiektywne i z tego powodu odrzucić wnioski dowodowe⁶⁶. Niewiarygodność zeznań może być stwierdzona, lecz dopiero po przesłuchaniu⁶⁷.

Rozstrzygnięcia, w których sądy administracyjne nie dopatrują się naruszenia przepisów postępowania w sytuacji odrzucenia wniosku dowodowego ze względu na z góry założoną niewiarygodność, odstępują zatem od wzorców wypracowanych jeszcze przez NTA, zwłaszcza w zakresie gwarancji procesowych⁶⁸, co należy uznać za szczególnie niebezpieczne, gdyż lekceważenie przepisów postępowania podatkowego przez sądy administracyjne może stanowić zachętę do lekceważenia ich również przez organy podatkowe. Nie sposób nie zgodzić się z prof. Adamem Mariańskim⁶⁹ twierdzącym, że jeżeli sądy administracyjne traktują liberalnie instytucje o charakterze gwarancyjnym dla podatnika, to organy podatkowe przestają ich przestrzegać. Organ nie może wobec tego ograniczyć się do przeprowadzenia tylko niektórych dowodów, kierując się z góry przyjętym założeniem, że inne dowody są zbędne⁷⁰ (ze względu chociażby na ich domniemaną niewiarygodność). Zgodnie bowiem z wyrokiem NSA z systematyki oraz wykładni językowej przepisów art. 188 o.p. dotyczącego zakresu uwzględniania żądań dowodowych strony i art. 191 o.p. dotyczącego zasady swobodnej oceny dowodów wynika m.in., że nie można z góry przed przeprowadzeniem dowodu dokonywać jego oceny jako niewiarygodnego⁷¹. W innym orzeczeniu znaleźć można z kolei zdanie, iż niezrozumiałą jest argument mówiący, że dowód, o którego przeprowadzenie wnioskuje strona, byłby nieobiektywny i z tej przyczyny zbędne jest jego przeprowadzenie. Aby bowiem ocenić

⁶⁶ Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego z 23 listopada 1936 r., I. rej. 5487/34 (Orzecznictwo buchalteryjno-podatkowe 1937, nr 24, s. 367).

⁶⁷ Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego z 26 maja 1937 r., I. rej. 5165/35 (Orzecznictwo Sądów Najwyższych w sprawach podatkowych i administracyjnych 1937, poz. 1977).

⁶⁸ D. Strzelec, *Zasady postępowania dowodowego – uwagi o stosowaniu prawa przyczynkiem do dyskusji nad kształtem przyszłych regulacji prawnych*, „Przegląd Podatkowy” 4/2014, s.14.

⁶⁹ A. Mariański, *Glosa do wyroku NSA z dnia 22 lutego 2006 r., I FSK 1077/05*, „Monitor Podatkowy” 12/2006, s. 51-54.

⁷⁰ B. Brzeziński, *Komentarz do art. 187*, [w:] B. Brzeziński, M. Kalinowski, M. Masternak, A. Olesińska, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEGALIS 2004, 27.01.2016 r.

⁷¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31 maja 2005 r., sygn. FSK 1839/04 (LEX nr 798673).

jakikolwiek dowód, organ prowadzący musi go najpierw uzyskać, toteż nie można z góry zakładać, iż potencjalny dowód jest niewiarygodny. Dopiero po jego przeprowadzeniu organ może i powinien wyrazić stanowisko, wskazując przy tym, którym dowodom dał wiarę, oraz wskazać przyczyny, dla których innym dowodom wiarygodności odmówił⁷². Nie wolno natomiast przykładowo dezawuować dowodu z zeznania świadka jeszcze przed jego przeprowadzeniem i twierdzić, że będzie ono bezcelowe⁷³. Działanie takie jest błędne nawet w sytuacji, w której pomiędzy świadkiem a stroną istnieją powiązania gospodarcze, osobiste, rodzinne, biznesowe lub służbowe⁷⁴. Nie można bowiem odrzucać z tego powodu dowodu jako tendencyjnego czy niewiarygodnego⁷⁵. W doktrynie pojawiają się jednak odmienne głosy. Prof. Antoni Hanusz wyróżnia dwa etapy oceny dowodów: etap uprzedni (ocena przydatności i wiarygodności dowodu) oraz następczy (już po przeprowadzeniu dowodu)⁷⁶. Zgodnie z tym poglądem na etapie uprzednim (a zatem jeszcze przed przeprowadzeniem dowodu) można dokonać oceny jego wiarygodności. Zdaje się jednak, że organ nie ma do tego prawa, a jako dowód – w ramach art. 180 § 1 o.p. – dopuścić powinien wszystko, co nie jest sprzeczne z prawem i może się przyczynić do wyjaśnienia sprawy (podkreślić należy raz jeszcze, iż chodzi tutaj o prawdopodobieństwo przyczynienia się, a nie jego pewność)⁷⁷. Ponadto wskazać należy, że w ramach art. 188 o.p. organ może jedynie oceniać, czy wniosek dotyczy okoliczności mających istotne znaczenie dla sprawy oraz czy dana okoliczność jest już stwierdzona wystarczająco za pomocą innego dowodu. A zatem wyłącznie te dwie okoliczności powinno się badać przy rozstrzygnięciu w przedmiocie wniosku dowodowego, nie można natomiast wykraczać poza te granice i już na tym etapie apriorycznie zakładać niewiarygodności dowodu⁷⁸.

Obowiązek ponowienia dowodu z zeznań świadka przeprowadzonego w innym postępowaniu

⁷² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 20 kwietnia 2006 r., sygn. III SA/Wa 1837/05 (LEX nr 183311).

⁷³ D. Strzelec, *Dowody i postępowanie dowodowe w prawie podatkowym*, Warszawa 2015, s. 193.

⁷⁴ *Ibidem*, s.109.

⁷⁵ *Idem*, *Naruszenia przepisów...*, s. 148.

⁷⁶ A. Hanusz, *Zasada swobodnej oceny dowodów oraz jej granice*, „Państwo i Prawo” 10/2001, s. 65-66.

⁷⁷ A. Mariański, *Swobodna ocena dowodów – teoria a praktyka*, „Przegląd Podatkowy” 8/2008, s. 8.

⁷⁸ D. Strzelec, *Kontrola i postępowanie podatkowe dotyczące dochodów nieujawnionych*, „Monitor Podatkowy” 6/2013, s. 4.

Ostatnim problemem jest to, czy organ podatkowy może odmówić ponownego przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka, argumentując to tym, że przesłuchanie miało już miejsce, tyle że w toku innego postępowania (np. postępowania karnego). Analizując uzasadnienia orzeczeń, dojść można do wniosku, że problem ogniskuje się wokół tego, czy w postępowaniu podatkowym obowiązuje zasada bezpośredniości gromadzenia materiału dowodowego, a także wokół rozumienia zasady czynnego udziału strony.

Nie jest sprawą bezsporną, czy ustawodawca wprowadził w Ordynacji podatkowej zasadę bezpośredniości, czy też zdecydował się na przyjęcie postępowania o odformalizowanym charakterze⁷⁹. Biorąc jednak pod uwagę inne procedury –zarówno cywilną⁸⁰, karną⁸¹ jak i administracyjną⁸²– dostrzec można, że obowiązywanie w ich ramach zasady bezpośredniości nie jest kwestionowane. Trudno natomiast wskazać argument, który przemawiałby za aż tak silną odrębnością postępowania dowodowego realizowanego w ramach Ordynacji podatkowej, a pozostałymi procedurami. Ponadto podnieść wypadałoby, że skoro w postępowaniu podatkowym obowiązuje zasada prawdy materialnej, to stan faktyczny sprawy należy zbadać według tych samych metod, które stosuje się w ramach badania historycznego⁸³. Należy zatem sięgać najpierw do pierwotnych źródeł dowodowych, a dopiero w razie niemożności skorzystania z nich, do źródeł dalszych. Wskazać należy ponadto, iż przypadku przesłuchania w ramach śledztwa lub dochodzenia pytania zadawane świadkowi są konstruowane pod zupełnie innym kątem. Organ prowadzący postępowanie nie zadaje przecież pytań z myślą o tym, iż zeznania świadka będą wykorzystywane w ramach postępowania podatkowego. Jego celem jest popieranie aktu oskarżenia i na tym też skupiają się jego czynności dowodowe. Te same argumenty można odnieść względem postępowania sądowego. Protokół z tego przesłuchania może pomijać kwestie nieistotne dla postępowania karnego, a istotne w postępowaniu podatkowym.

Można także podnieść, że nawet założenie, iż ustawodawca podatkowy nie wprowadził zasady bezpośredniości, nie musi automatycznie przemawiać za odrzuceniem

⁷⁹ *Idem*, *Zasada bezpośredniości gromadzenia...*, s. 18-27.

⁸⁰ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, s. 166.

⁸¹ T. Nowak, *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 41.

⁸² R. Suwaj, *Wydawanie decyzji administracyjnych*, Wrocław 2007, s. 98.

⁸³ W. Klonowiecki, *Strona w postępowaniu administracyjnym*, Lublin 1938, s. 96–97.

takiego wniosku dowodowego. Można bowiem zastanowić się, czy zeznania świadka nie są na tyle specyficznym dowodem, że powinny być one traktowane w sposób szczególny. W przypadku zeznań świadka bezpośrednie przeprowadzenie dowodu może bowiem mieć szczególne znaczenie⁸⁴ ze względu na to, iż w jego ramach organ ma nie tylko szansę na zetknięcie się z ich treścią, ale także z samym źródłem dowodowym, co w konsekwencji pozwala mu na wyrobienie sobie przekonania na temat wiarygodności źródła oraz pozwala na aktywny wpływ na przebieg tego przesłuchania przez możliwość zadawania pytań.

Wskazać należy ponadto, że jedną z naczelnych zasad rządzących postępowaniem podatkowym jest zasada czynnego udziału strony. Również samo zbieranie dowodów musi odbywać się z umożliwieniem stronie aktywności w tym zakresie⁸⁵. Problematyczne jest natomiast, jak miałyby wyglądać realizacja w praktyce tej zasady w sytuacji, w której organ podatkowy wykorzystał w miejsce zeznań świadka sam protokół sporządzony w ramach innego postępowania. Art. 190 § 2 o.p. pozwala bowiem stronie nie tylko na bezpośrednie zapoznanie się z przebiegiem czynności, ale także na aktywny wpływ na postępowanie dowodowe⁸⁶. Umożliwienie stronie wypowiedzenia się co do protokołu stwarza co najwyżej pozór czynnego udziału strony i stanowi emanację – często mylonej z zasadą czynnego udziału – zasady „ostatniego słowa” strony⁸⁷, zawartej w art. 123 § 1 o.p. Stać należy na stanowisku, iż wykorzystanie takiego dowodu stanowi pominięcie zasady czynnego udziału strony postępowania⁸⁸.

Orzecznictwo również dostrzega ten problem. Wskazać można linie orzecznicze przemawiające zarówno na korzyść, jak i niekorzyść podatnika. Zgodnie z wyrokiem WSA w Krakowie dowód z przesłuchania świadka w postępowaniu karnym należy bezwzględnie powtórzyć w postępowaniu podatkowym, jeżeli takie jest żądanie strony, a dowód jest

⁸⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 1 sierpnia 2007, sygn. I SA/Wr 1155/06 (LEX nr 923069).

⁸⁵ A. Mariański, *Swobodna ocena dowodów – teoria a praktyka*, „Przegląd Podatkowy” 8/2008, s. 7-12.

⁸⁶ P. Pietrasz, *Komentarz do art. 190*, [w:] J. Brolik, R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, W. Stachurski, *Ordynacja Podatkowa. Komentarz*, LEX 2013, 12.12.2015 r.

⁸⁷ B. Brzeziński, *Komentarz do art. 123*, [w:] B. Brzeziński, M. Kalinowski, M. Masternak, A. Olesińska, *Ordynacja Podatkowa. Komentarz*, LEGALIS 2004, 12.12.2015 r.

⁸⁸ D. Strzelec, *Inicjatywa dowodowa strony postępowania. Wątpliwości związane z odmową przeprowadzenia dowodu wnioskowanego przez stronę*, „Monitor Podatkowy” 5/2007, s. 29-35.

istotny w świetle art. 188 o.p.⁸⁹ Z drugiej strony wskazuje się, iż nie istnieje prawny nakaz, aby w toku postępowania podatkowego konieczne było powtórzenie przesłuchania świadka, który zeznawał w innym postępowaniu, także karnym, a korzystanie z tak uzyskanych zeznań samo w sobie nie narusza zasady czynnego udziału strony w postępowaniu podatkowym ani też nie może naruszać jakichkolwiek innych przepisów Ordynacji podatkowej⁹⁰. Jakkolwiek wskazane wcześniej argumenty, a także uwagi ogólne dotyczące inicjatywy dowodowej pozwalają skłaniać do wniosku, że organ podatkowy ma obowiązek ponownego przeprowadzenia tego dowodu.

Skutki ograniczania inicjatywy dowodowej strony postępowania

Ograniczanie inicjatywy dowodowej strony postępowania może powodować daleko idące konsekwencje. Jeśli bowiem nie ma ono oparcia ustawowego, stanowić będzie naruszenie przepisów postępowania dowodowego, a to z kolei może uzasadniać wyeliminowanie decyzji z obrotu prawnego. Należy wskazać, że eliminacja ta może nastąpić potencjalnie na kilka sposobów: w ramach postępowania podatkowego (w trybach zwyczajnym oraz nadzwyczajnym) oraz w postępowaniu sądownoadministracyjnym.

Postępowanie podatkowe

Podstawowym środkiem, w którym można zakwestionować nieprawidłowości w przeprowadzaniu dowodów, jest odwołanie od decyzji podatkowej. Stanowi ono zwyczajny środek odwoławczy, przysługujący od nieprawomocnych jeszcze decyzji. Zgodnie z art. 222 o.p. odwołanie od decyzji organu podatkowego powinno zawierać zarzuty przeciw decyzji, określać istotę i zakres żądania będącego przedmiotem odwołania oraz wskazywać dowody uzasadniające to żądanie. Jego forma odbiega wobec tego od tej znanej z postępowania administracyjnego i nie może ono być prostym wyrazem niezadowolenia strony z treści decyzji⁹¹. Natomiast w przepisach Ordynacji podatkowej nie zostało sprecyzowane, co może stanowić podstawę takiego odwołania⁹². Jest to zresztą uzasadnione tym, iż wprowadzenie tego typu wymogów (ustalenie z góry przesłanek odwołania) mogłoby ograniczać zasadę dwuinstancyjności postępowania podatkowego.

⁸⁹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 2 lipca 2010 r., sygn. I SA/Kr 418/10 (LEX nr 673309).

⁹⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 czerwca 2015 r., sygn. I GSK 1794/13 (LEX nr 1773094).

⁹¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Katowicach z 21 września 1998 r., sygn. I SA/Ka 1079/97 (LEX nr 34782).

⁹² D. Strzelec, *Dowody i postępowanie...*, s.280.

Podstawy zaskarżenia są natomiast zawarte w przepisach regulujących tryby nadzwyczajne – wznowienia postępowania oraz stwierdzenia nieważności decyzji. Na wstępie zaznaczyć należy, iż nie wydaje się, aby odrzucenie wniosku dowodowego mogło być podstawą stwierdzenia nieważności decyzji. Ewentualną podstawę stanowić mógłby art. 247 § 1 pkt. 3 o.p., zgodnie z którym organ podatkowy stwierdza nieważność decyzji ostatecznej, która została wydana z rażącym naruszeniem prawa. Podkreśla się bowiem, że rażące naruszenie prawa ma miejsce wtedy, gdy decyzja stoi w sprzeczności z wyraźnym i niebudzącym wątpliwości przepisem nie tylko prawa materialnego, ale również formalnego⁹³. Nie można natomiast mówić o rażącym (a zatem oczywistym i bezspornym) naruszeniu prawa, jeżeli przepis budzi istotne rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie⁹⁴. Można ponadto spotkać się z poglądem mówiącym, że podstawą stwierdzenia nieważności decyzji może być rażące naruszenie każdego przepisu prawa, w tym również procesowego, jednakże wada wskazująca na nieważność decyzji musi tkwić w samej decyzji, a to znaczy, że z reguły stanowi następstwo rażącego naruszenia prawa materialnego. Nie będzie więc uzasadniać stwierdzenia nieważności decyzji naruszenie przepisów postępowania, nawet o charakterze rażącym, jeżeli sama treść decyzji odpowiada prawu⁹⁵. Dokonując jednak literalnej wykładni przepisu art. 247 § 1 pkt. 3 o.p., trudno znaleźć podstawy dla ograniczenia przesłanek rażącego naruszenia prawa wyłącznie do naruszenia przepisów prawa materialnego⁹⁶. Jakkolwiek, co do zasady, zarzut niedokonania konkretnej czynności może być podnoszony jedynie w trybie zwyczajnym, albowiem stwierdzenie nieważności nie pozwala na ponowne rozpatrzenie sprawy (a tylko wtedy można badać zasadność zarzutów związanych z dokładnym wyjaśnieniem stanu faktycznego). Odmowa przeprowadzenia dowodu, nawet w sytuacji gdy jest niezasadna, nie stanowi zatem rażącego naruszenia prawa⁹⁷.

Zdaje się, że w sytuacji bezpodstawnego odrzucenia wniosku dowodowego w grę mogłaby wchodzić przede wszystkim przesłanka wznowienia postępowania z art. 240 § 1 pkt. 5 o.p., zgodnie z którym wznowia się postępowanie, jeżeli wyjdą na jaw istotne dla

⁹³*Ibidem*, s.299., W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne: zarys systemu*, Warszawa 1962, s. 265.

⁹⁴*Ibidem*, s. 300.

⁹⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 grudnia 2005 r., sygn. II FSK 27/05, (LEX nr 187767).

⁹⁶ I. Zgierska-Kwiatkowska, *Komentarz do art. 247*, [w:] Dzwonkowski H. (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEGALIS 2014, 27.01.2016 r.

⁹⁷ D. Strzelec, *Dowody i postępowanie...*, s. 303.

sprawy nowe okoliczności faktyczne lub dowody istniejące w dniu wydania decyzji a nieznanie organowi, który wydał decyzję. Zgodnie jednak z dominującym stanowiskiem nie ma podstawy do wznowienia w sytuacji, gdy organ posiadał wiedzę na temat konkretnego dowodu, lecz zrezygnował z jego przeprowadzenia⁹⁸. Pominięcie (odmowa przeprowadzenia) znanego organowi dowodu jest czymś innym niż pominięcie go, gdy nie był on organowi znany⁹⁹. W przypadku nieuwzględnienia dowodów strona może bronić swoich interesów, wnosząc odwołanie. Postępowanie wznowieniowe nie służy natomiast do uzupełniania zaniechań popełnionych w ramach postępowania wymiarowego¹⁰⁰. Ponowne wnioskowanie o przeprowadzenie dowodu nie może być traktowane jako wskazanie nowego dowodu. Jeżeli dowody te istniały, a organ orzekający "ich nie zbadał", to nie można takich dowodów w postępowaniu wznowieniowym uważać za nowe, choćby organ w postępowaniu poprzednim z dowodami tymi się nie zapoznał albo niewłaściwie je ocenił¹⁰¹. Jeżeli bowiem posiadał on wiedzę na temat potencjalnego dowodu w postępowaniu zwykłym, lecz zrezygnował z jego przeprowadzenia, to niepodobna ujawnionych po wydaniu decyzji informacji, które mogły być potwierdzone, takim dowodem kwalifikować jako nowych okoliczności faktycznych¹⁰². Podsumowując, w ramach postępowania podatkowego bezpodstawne odrzucenie wniosku dowodowego może stanowić zarzut skierowany przeciwko decyzji w postępowaniu odwoławczym. Służy ono przecież – zgodnie z zasadą dwuinstancyjności – ponownemu rozstrzygnięciu tej samej sprawy. Nie ma natomiast możliwości kwestionowania decyzji w ramach nadzwyczajnych trybów postępowania.

Postępowanie sądowe

W kontekście postępowania sądownoadministracyjnego istotne znaczenie zdają się z kolei mieć przepisy pozwalające na uchylenie decyzji z powodu naruszenia prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. a

⁹⁸*Idem*, *Wykorzystywanie nadzwyczajnych środków zaskarżenia w związku z nieprawidłowościami dotyczącymi postępowania dowodowego*, „Przeгляд Podatkowy” 11/2014, s. 34-40.

⁹⁹ D. Strzelec, *Wykorzystywanie nadzwyczajnych środków zaskarżenia w związku z nieprawidłowościami dotyczącymi postępowania dowodowego*, „Przeгляд Podatkowy” 11/2014, s. 34-40.

¹⁰⁰*Ibidem*.

¹⁰¹Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 kwietnia 2001 r., sygn. V SA 1831/00 (LEX nr 51329).

¹⁰²Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20 maja 2005, sygn. FSK 1724/05 (CBOSA).

Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁰³ oraz innego naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c u.p.s.a. Należy podkreślić w tym miejscu, że w przypadku naruszenia przepisu prawa materialnego konieczne jest wykazanie wpływu na wynik sprawy, natomiast przy naruszeniu przepisów postępowania należy wykazać jedynie prawdopodobieństwo takiego wpływu. Przez to ostatnie rozumie się takie prawdopodobieństwo oddziaływania tych naruszeń na treść rozstrzygnięcia, które uzasadnia przypuszczenie, że gdyby do uchybienia nie doszło, mogłoby zapaść w sprawie inne rozstrzygnięcie¹⁰⁴. Należy ponadto nadmienić, iż sąd administracyjny nie orzeka reformatoryjnie, a zatem nie ma uprawnień do przeprowadzenia nowego postępowania dowodowego, poszukiwania nowych dowodów ani też nie dokonuje ponownej ich weryfikacji¹⁰⁵. Niemniej może on badać, czy nie zostały przekroczone granice swobodnej oceny dowodów, co może prowadzić do uchylecia decyzji. Może się to także wiązać z nieprzeprowadzeniem koniecznych dowodów¹⁰⁶. Ponadto wskazać można, że naruszenia przepisów postępowania mogą prowadzić do nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy co do meritum, a zatem do niewłaściwego zastosowania normy prawa materialnego¹⁰⁷, co z kolei oznacza realizację przesłanki z art. 145 § 1 pkt 1 lit. a u.p.s.a., o ile miało ono wpływ na wynik sprawy.

Należy podkreślić, iż niezebrańie (niechędzenie do zebrania) kompletnege materiału dowodowego lub– w przypadku jego zebrania– nieodniesienie się (nierozważenie) do wszystkich dowodów narusza art. 187 § 1 o.p. w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik sprawy¹⁰⁸. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził również, że zaniechanie przez organ administracji państwowej podjęcia czynności procesowych zmierzających do zebrania pełnego materiału dowodowego, zwłaszcza gdy strona powołuje się na określone i ważne dla niej okoliczności, jest uchybieniem przepisom postępowania skutkującym wadliwością

¹⁰³ Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późniejszymi zmianami) [zwanej dalej u.p.s.a.]

¹⁰⁴ D. Strzelec, *Dowody i postępowanie...*, s. 313.

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 308.

¹⁰⁶ *Ibidem*, s. 309.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 269.

¹⁰⁸ B. Dauter, *Komentarz do art. 187*, [w:] S. Babiarcz., B. Dauter, B. Gruszczyński, R.M. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX 2015, 27.01.2016 r.

decyzji¹⁰⁹. Co więcej, obowiązek zgromadzenia i wszechstronnego zbadania materiału dowodowego istnieje także wtedy, gdy organ ma uprawnienia do wydawania decyzji o charakterze uznaniowym¹¹⁰. Jeśli zaś materiał dowodowy w sprawie zawiera luki dotyczące istotnych okoliczności, to wybór rozstrzygnięcia (zastosowania prawa materialnego) jest przypadkowy i nielogiczny, a ponadto narusza art. 187 § 1 o.p.¹¹¹. Dalej, działanie takie stanowi często naruszenie gwarancji procesowych strony (zasady prawdy obiektywnej lub zasady czynnego udziału strony), a zatem pogłębia ono asymetrię uprawnień strony i organu podatkowego¹¹². Jak wskazano bowiem w jednym z orzeczeń NSA, bezpodstawne nieuwzględnienie żądania strony przeprowadzenia dowodu stanowi naruszenie prawa procesowego strony, a zwłaszcza zasady czynnego udziału strony w postępowaniu¹¹³. Ponadto za naruszenie przepisów związane z oceną dowodów uznać należy tworzenie przez organy podatkowe preferencji i wymogów co do rodzaju dopuszczalnego dowodu w sytuacji, gdy nie wynika to z przepisów prawa¹¹⁴.

Podsumowanie

Organy podatkowe częstokroć interpretują przepis art. 188 o.p. w sposób niekorzystny dla podatnika. Pozwala to organom skarbowym oddalać wnioski dowodowe z dużym marginesem luzu decyzyjnego. Zjawisko to związane bywa z wprowadzaniem pozaustawowych wymogów (związanych z nieobowiązującą w prawie podatkowym prekluzją dowodową), opieraniem się na dowodach pośrednich, pomimo iż dowody bezpośrednie są dostępne i możliwe do zdobycia (oddalenie wniosku o ponowienie dowodu z przesłuchania świadka) oraz dokonywaniem apriorycznej oceny dowodu (oddalenie wniosku na podstawie z góry założonej niewiarygodności dowodu, a także na podstawie

¹⁰⁹ Wyroki: Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 10 grudnia 2009 r., sygn. I SA/Kr 1203/09 (LEX nr 549810), Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 stycznia 1994 r., sygn. SA/Wr 806/93 (Prok. i Pr. 1995, nr 2, s. 57), Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 grudnia 2002 r., sygn. I SA/Łd 1596/01 (LEX nr 77917).

¹¹⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 19 marca 1981 r., sygn. SA 234/81 (ONSA 1981, nr 1, poz. 23).

¹¹¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 stycznia 2003 r., sygn. I SA/Łd 2272/02 (niepubl.).

¹¹² D. Strzelec, *Dowody i postępowanie...*, s. 269.

¹¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 15 września 1999 r., sygn. SA/SZ 2183/97, (LEX nr 39000).

¹¹⁴ D. Strzelec, *Dowody i postępowanie...*, s. 271.

nieprecyzyjnie sformułowanej tezy dowodowej). Praktyka ta może budzić uzasadnione wątpliwości, zwłaszcza w zestawieniu z tendencją do przerzucania na stronę postępowania ciężaru dowodowego. Z jednej bowiem strony od podatnika wymaga się dostarczania dowodów, z drugiej natomiast oddala się jego wnioski dość swobodnie, co stawia stronę postępowania w bardzo niekorzystnej pozycji. Podkreślić ponadto należy, iż zjawisko to wiąże się najczęściej z pogwałceniem podstawowych zasad postępowania dowodowego – zupełności materiału dowodowego, prawa strony do czynnego udziału w postępowaniu podatkowym, prawdy materialnej oraz oficjalności. Nadmienić trzeba, że są to regulacje o charakterze gwarancyjnym, a pominięcie ich w ramach postępowania podatkowego musi się spotkać z dezaprobatą. Remedium na to zjawisko stanowią środki związane z kontrolą instancyjną (odwołanie) oraz sądownoadministracyjną (skarga do sądu administracyjnego). Natomiast oddalenie wniosku dowodowego (choćby nawet bezpodstawne) nie może być podstawą do wznowienia postępowania lub też stwierdzenia nieważności decyzji, a zatem nie uzasadnia uruchomienia trybów nadzwyczajnych.

* * *

Limiting the taxpayer's initiative of the evidence in tax proceedings

Summary: The taxpayer's evidence initiative is a procedural guarantee and is therefore substantial in the context of the invasiveness of tax law. Art. 188 of the Act of August 29, 1997 The Tax Code introduces as the ground principle obligation to grant the evidence motion. Dismissing it is an exception to this rule and as such must be interpreted as narrowly as it is possible. Nevertheless, the tax authorities often dismiss them, despite of the lack of statutory authorization for such action. Such actions are often justified by the imprecise wording of the thesis, assumption of the unreliability of the evidence, recourse to the preclusion of evidence and the lack of obligation to renew the witness testimony, who was already questioned in another proceeding. It seems, however, that from the point of view of the basic principles of tax proceedings and procedural safeguards, it is an unacceptable action and constitutes a basis for launching appellate and administrative judicial review.

Key words: Tax, procedure, initiative, evidence, motion

Marcin Jędrysiak*

Litewska tożsamość konstytucyjna a kwestia pisowni nazwisk przedstawicieli mniejszości narodowych na Litwie

Streszczenie

Tożsamość konstytucyjna stanowi odbicie tożsamości danego narodu w sferze prawnej. Zawiera określony system wartości istotnych dla danego narodu. Dla Litwinów niezwykle istotnym zagadnieniem jest kwestia języka państwowego. Dla tego narodu jest to wartość na tyle istotna, że znalazła swój wyraz w wielu aktach prawnych. Regulują one także sposób zapisu imion i nazwisk członków mniejszości narodowych, co niekiedy uznawane jest za formę dyskryminacji. Kwestię tą przebadano pod kątem litewskich regulacji prawnych oraz wyroków sądów. Pokazują one, jak widziany jest na Litwie status języka państwowego i jak uregulowano prawa mniejszości narodowych. Analiza ta została przeprowadzona przy uwzględnieniu uwarunkowań historycznych oraz przepisów prawa międzynarodowego. W ten sposób nie tylko zauważono główne osie tego konfliktu, lecz również wskazano jego przyczyny oraz istotę – wraz z zaznaczeniem błędów czynionych w polskiej refleksji nad tym tematem.

Słowa kluczowe: Litwa, mniejszości narodowe, prawo konstytucyjne

W 2013 roku w Kłajpedzie odsłonięto pomnik. Zawierał on cztery wymarłe słowa z języka litewskiego oraz ostrzeżenie: "Przechodniu, zniknęło już pięć bałtyckich rodzin językowych. Pod twoimi stopami są umarłe słowa litewskie". Był to monument poświęcony językowi. Jego wagę podkreślać miał fakt przybycia prezydent Litwy Dalii Grybauskaitė. Głowa państwa stwierdziła, że: „Z siedmiu języków bałtyckich zostały tylko dwa – litewski

* Autor ukończył studia magisterskie z zakresu prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz był słuchaczem Studium Języka i Kultury Litewskiej UW.

i łotewski. Naród, który ochroni swój język, ochroni również sam siebie. Jeśli będziemy go mieli, nikt nas nie zniewoli i nie podbije”¹.

Pomysł stawiania pomnikowi językowi nie musi wydawać się szczególnie zaskakujący, chociaż być może podobny pomysł nie powstał w żadnym innym kraju. Dlaczego więc właśnie na Litwie tak wielką rangę przypisano ceremonii otwarcia niewielkiej, kwadratowej płyty?

Język jest niezwykle istotnym dobrem danej wspólnoty narodowej – wiąże się bez wątpienia z jego tożsamością. Przez język dana wspólnota wyraża swoje myśli, posługiwanie się ojczystą mową stanowi akt komunikacji, przekazu informacyjnego. Za pomocą języka tworzy się również prawo. Przekłada się to na fakt tego, że w sferze prawnej język narodowy staje się językiem oficjalnym (państwowym) i podlega ochronie.

Jednocześnie język państwowy może wpływać na porządek prawny w sposób pośredni: jako składowa tożsamości narodowej przekładać się może na tożsamość konstytucyjną danego państwa przez prawne uregulowanie jego statusu.

1. POJĘCIE TOŻSAMOŚCI KONSTYTUCYJNEJ

Pojęcie tożsamości konstytucyjnej nie jest jednoznacznie rozumiane. Marek Zirk-Sadowski definiuje ją jako „rozpoznawanie swojej odrębności kulturowej, narodowej poprzez refleksję nad prawami podstawowymi akceptowanymi w danym społeczeństwie, narodzie”². Tożsamość taką można badać w formie analizy ustroju organów państwowych, określenie ich kompetencji oraz zwyczajów panujących w danym państwie. Z organizacją danego państwa obywatele mieliby się utożsamiać ze względu na określoną tradycję³. Jednocześnie tożsamość konstytucyjną danego państwa da się rozpatrywać pod kątem praw podstawowych. Do tego celu nie wystarczy sama analiza przepisów konstytucji i zwyczajów: należy sprawdzić, jak dane pojęcia są stosowane i interpretowane⁴.

¹ E. Wołkanowska-Kołodziej, *Żółw wagi państwowej. Spór o polskie litery na Litwie*, http://wyborcza.pl/magazyn/1,145246,17967139,Zolw_wagi_panstwowej__Spor_o_polskie_litery_na_Litwie.html (dostęp: 10 grudnia 2015r.).

² M. Zirk-Sadowski, *Tożsamość konstytucyjna a prawo europejskie*, „Analizy natolińskie” 2012, nr 1, s. 1.

³ *Ibidem*, s. 1.

⁴ *Ibidem*, s. 1-2.

Lech Morawski tożsamość konstytucyjną państwa rozpatruje w dwóch aspektach: normatywnym oraz empirycznym⁵. W tym pierwszym ujęciu są to cechy ustroju konstytucyjnego uznawane za fundamentalne. W tym drugim jest to „zespół przekonań charakteryzujących zbiorowość obywateli, poddanych temu samemu panowaniu politycznemu”⁶.

Niezależnie od definicji i podejścia, na gruncie tożsamości konstytucyjnej państwa następować będzie próba przeniesienia niektórych wartości i symboli ze sfery tożsamości narodowej czy politycznej na sferę prawną⁷. Zadanie to ze względu na właściwości prawa i języka prawnego jest niezwykle trudne, jeśli nie niemożliwe⁸. Mimo to wartości wybrane z katalogu cech wyróżniających tożsamość danej zbiorowości uzyskują w oczach ustawodawcy taką wagę, że próbuje on uczynić z nich podstawę legitymizacyjną całego porządku konstytucyjnego i ustrojowego⁹. Jednocześnie wartości te przekładają się nie tylko na katalog, ale także rozumienie praw przysługujących członkom danej zbiorowości – rozumienie, z którym członkowie danej społeczności się utożsamiają. W ten sposób dzięki instytucjom prawnym – organów czy obywatelstwa – dokonuje się wprowadzenie w życie najważniejszych wartości związanych z identyfikacją danej grupy.

2. NAJWAŻNIEJSZE WYZNACZNIKI LITEWSKIEJ TOŻSAMOŚCI KONSTYTUCYJNEJ

Litewska tożsamość konstytucyjna oparta jest na szeregu elementów charakterystycznych dla państw zachodnioeuropejskiej kręgu kulturowego. Można uznać je za elementy ustroju uznane za fundamentalne. Litwa jest republiką demokratyczną (art. 1), w której suwerenem jest naród (pisany z wielkiej litery; art. 2). Naród i każdy obywatel mają prawo do stawiania oporu każdemu, kto siłą targnie się na niepodległość Państwa Litewskiego, integralność jego terytorium bądź ustrój konstytucyjny (art. 3). Suweren wykonuje swoje kompetencje poprzez przedstawicieli bądź bezpośrednio. Konstytucja

⁵ M. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja tożsamości zbiorowej w preambułach do konstytucji państw postkomunistycznych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna”, 2013, nr 2, s. 107.

⁶ *Ibidem*, s. 107-108.

⁷ *Ibidem*, s. 107-108.

⁸ *Ibidem*, s. 108.

⁹ *Ibidem*, s. 108.

określa zakres władzy państwowej oraz sytuje trójpodział władzy¹⁰. Państwo jest świeckie (art. 26). Jego ustrój gospodarczy opiera się na swobodzie działalności gospodarczej oraz prawie własności, jakkolwiek z poszanowaniem interesów konsumentów (art. 46). Przewidziany jest charakterystyczny dla zachodniego kręgu kultury prawnej katalog praw człowieka, praw obywatelskich oraz socjalnych (rozdział III i IV).

Jednocześnie konstytucja zawiera szereg specyficznych rozwiązań, będących odbiciem tożsamości społeczeństwa litewskiego. Wskazuje flagę, godło, hymn kraju oraz stolicę (art. 15, 16, 17). Jednocześnie konstytucja wprost określa, że językiem państwowym jest język litewski. Norma ta jest precyzowana w szeregu aktów prawnych, o których będzie jeszcze mowa. Dla Litwinów kwestia ta jest mocno zakorzeniona w tożsamości – jak pisał Mikołaj Dauksza (lit. *Mikalojus Daukša*): dla istnienia narodu istotne są wspólne zwyczaje, terytorium, lecz nade wszystko – wspólny język¹¹. Sama norma konstytucyjna regulująca status języka państwowego nie jest niczym nadzwyczajnym. Jednak jak zostanie pokazane, nie istnienie, lecz faktyczny konstytucyjnoprawny status tej normy pokazuje wyjątkowość tego przepisu.

Zgodnie z art. 10 Litwa ma zaś pozostać państwem unitarnym, w którym nie jest możliwe stworzenie jakiegokolwiek jednostki o specjalnym statusie – unitarność państwa jest wartością konstytucyjną. Waga tej wartości zapewne wzrosła mocno na skutek nieudanych prób utworzenia polskiej autonomii na terenie Wileńszczyzny oraz faktu, że część tego terytorium brała udział w referendum w sprawie utrzymania państwowości Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich¹². Konstytucja sytuje też zasadę (art. 12 ust. 2) wyłączności obywatelstwa litewskiego, jednak dopuszczalne są wyjątki od tej reguły¹³. W artykule 4 przewidziano specjalną procedurę wobec wykupu własności ziemi, lasów i wód wewnętrznych przez cudzoziemców.

Jednocześnie Litwa jest państwem wielonarodowym, w którym 17% obywateli stanowią mniejszości narodowe i etniczne¹⁴. Artykuł 37 konstytucji traktuje na

¹⁰ Zob. więcej: K. Monkevičius, *Valdžių padalijimo principas kaip demokratijos veiksnys: atvejo studija*, „Filosofija” 2009, nr 1.

¹¹ M. Vainiutė, *Lietuvių kalbos kaip valstybinės konstitucinės statusas: pagrindiniai aspektai*, „Jurisprudencija” 2010, nr 4, s. 26.

¹² A. Srebrakowski, *Polacy w Litewskiej SRR 1944-1989*, Toruń 2001, s. 299-301.

¹³ Określone w osobnej ustawie: *Įstatymas dėl Lietuvos respublikos pilietybės įstatymo pakeitimo ir papildymo*, 1995 m. spalio 3 d. Nr. I-1053.

¹⁴ *Gyventojų Tautinė Sudėtis*, http://statistics.bookdesign.lt/esu_04.htm?lang=en, (dostęp: 14 grudnia 2015 r.)

temat „wspólnot narodowościowych” (lit. *tautinė bendrija*)¹⁵. Przepis ten ma w zamierzeniu ustanawiać system ochrony mniejszości narodowych. Zgodnie z nim wspólnoty narodowościowe obywatele zajmują się samodzielnie problemami swej kultury narodowej, oświaty, dobroczynności i wzajemnej pomocy. Nie wiadomo jednak, czym te wspólnoty do końca są, albowiem można je zdefiniować jako grupę obywateli Litwy, posiadających określoną kulturę narodową, zwyczaje i język (odrębny od litewskiego)¹⁶. Widać, że norma ta może znaleźć się w potencjalnej kolizji z normami dotyczącymi używania języka państwowego – prawo do korzystania z języka mniejszości może zawężyć zakres zastosowania (i obowiązek korzystania) języka państwowego. Wymagają więc odgraniczenia sytuacje, w których można stosować język mniejszości, nie podważając języka państwowego. Dotyczyć to może zwłaszcza kwestii pisowni nazwisk członków mniejszości narodowych. Dokonać należy więc analizy tego, jak te dwie wartości współistnieją ze sobą na Litwie i jaki wpływ ma na to litewska tożsamość konstytucyjna, będąca pochodną tożsamości narodowej.

3. STATUS JĘZYKA PAŃSTWOWEGO W ŚWIETLE AKTÓW PRAWA RANGI USTAWOWEJ

Najważniejszym aktem prawnym poświęconym litewskiemu językowi państwowemu jest ustawa o języku państwowym Republiki Litewskiej z 31 stycznia 1994 r.¹⁷ Oprócz tego niezwykle ważnymi regulacjami są ustawa o statusie komisji ds. języka państwowego¹⁸ oraz przepisy litewskiego kodeksu cywilnego¹⁹, odnoszące się do sposobu prowadzenia aktów stanu cywilnego. Wiele o sposobie traktowania języka państwowego mówi także ustawa o nazwach przedsiębiorstw²⁰.

Ustawa o języku państwowym reguluje posługiwanie się językiem państwowym na niwie oficjalnej, nie odnoszą się jednak do komunikacji nieformalnej, języka wspólnot

¹⁵ J. D. Iglesias, N. Stojanović, S. Weinblum (red.), *New nation states and national minorities*, Colchester 2013, s. 112. Gwarancje te odnoszą się do obywateli Litwy należących do mniejszości narodowych.

¹⁶ *Ibidem*, s. 112.

¹⁷ Lietuvos respublikos valstybinės kalbos įstatymas, 1995 m. sausio 31 d., Žin., 1995, Nr. 15-344.

¹⁸ Dėl Lietuvos respublikos valstybinės kalbos įstatymo įgyvendinimo, 1995 m. vasario 7 d. Nr. I-789.

¹⁹ Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas, 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864.

²⁰ Firmų vardų įstatymas, 1999 m. liepos 1 d. Nr. VIII-1286.

religijnych oraz wspólnot etnicznych. Jednocześnie inna ustawa przyjęta przez litewski sejm miała określić prawa mniejszości narodowych w zakresie pielęgnowania ich języka, kultury i zwyczajów. Nadmienić należy, że ustawa o mniejszościach narodowych funkcjonowała do 2010 roku. Od tamtej pory nowej regulacji w tym zakresie nie przyjęto. Ustawa o języku państwowym zobowiązuje wszystkie instytucje, urzędy, przedsiębiorstwa oraz organizacje do prowadzenia swoich spraw w języku litewskim: sprawozdawczości, raportów, dokumentacji finansowej i technicznej w języku państwowym. Również instytucje państwowe i samorządowe mogą porozumiewać się ze sobą jedynie w języku litewskim. Artykuł 6 ustawy zobowiązuje liczne kategorie podmiotów do posługiwania się językiem państwowym w stopniu wymaganym przez prawo. Głowy, pracownicy i urzędnicy centralnych i lokalnych instytucji rządowych, urzędów, służb – podobnie jak pracownicy i naczelnicy policji i innych organów ochrony prawnej – a także instytucje komunikacyjnych, transportowych, zdrowotnych, zajmujących się zabezpieczeniem społecznym oraz wszelkie inne instytucje świadczące usługi ludności muszą być w stanie posługiwać się językiem państwowym w stopniu wymaganym przez przyjęte przez litewski rząd wymagania. Język państwowy ma być też językiem wszelkich procedur sądowych (art. 8)²¹, transakcji między osobami prawnymi a osobami fizycznymi, oficjalnych uroczystości (art. 10). Ustawa zawiera ponadto przepisy odnoszące się do edukacji oraz pisowni nazw topograficznych, imion i nazwisk. Stosownie do rozdziału VII i art. 14 na Litwie wszystkie nazwy miejsc pisane być powinny w języku państwowym.

Również nazwy przedsiębiorstw, organizacji i urzędów działających na Litwie mają być tworzone stosownie do norm języka litewskiego uzgodnionych przez komisję ds. języka litewskiego. Ustawa odnosi się także do publicznych oznakowań, które również mają być zapisywane w języku państwowym. Reguluje także sposób adresowania kopert, stempli oraz oznaczania nazw dóbr i usług. Jednocześnie art. 18 przewiduje wyjątek dla organizacji mniejszości narodowych, które mają prawo do używania innych języków na znakach informacyjnych, wszelako wyłącznie w sytuacjach, gdy rozmiar tych znaków jest nie większy niż napis w języku litewskim. Ustawa zobowiązuje też do umacniania prestiżu poprawnego języka litewskiego oraz ustanawiania norm chroniących czystość języka państwowego. Gwarantowane ma być przez używanie poprawnego języka w książkach, telewizji, prasie oraz wymaganie odpowiedniego poziomu umiejętności językowych przedstawicieli służby publicznej, pedagogów, pracowników mediów oraz wydawców.

Ustawa ta miała zostać zastąpiona przez inną, która uzyskalaby status ustawy konstytucyjnej. W nowej ustawie o języku państwowym znaleźć się miały regulacje dot.

²¹ Ustawa zapewnia osobom nieznającym języka prawo do bezpłatnego tłumaczenia. Wydaje się jednak, że wobec statusu ustawy o języku państwowym, przepis ten odnosi się jedynie do cudzoziemców.

pisowni imion i nazwisk, zakaz stanowienia nazw geograficznych w języku innym niż państwowy. Jednocześnie pomysł ten został bardzo mocno skrytykowany przez Europejską Fundację Praw Człowieka, która uznała, że projekt łamie prawa mniejszości narodowych, zwłaszcza w kontekście wciąż nieprzyjętej nowej ustawy chroniącej ich prawa²². Bardzo mocno skrytykowali taką sytuację przedstawiciele grup narodowościowych²³. Ostatecznie do podniesienia ustawy o języku państwowym do rangi konstytucyjnej nie doszło.

Nad poprawnym używaniem języka litewskiego czuwa komisja ds. języka litewskiego działająca przy sejmie. Ma ona specyficzny status: powołana została do czuwania nad kodyfikacją, standaryzacją języka litewskiego, wykonywania prawa o języku litewskim, wykonywania nauczania języka państwowego, wykonuje oraz zarządza otrzymanymi środkami budżetowymi w celu wykonywania tych zadań. Uchwały komisji muszą być obowiązkowo przestrzegane przez wszystkie przedsiębiorstwa, instytucje i organizacje oraz media masowe. Nie przestrzeganie tego obowiązku łączy się z odpowiedzialnością administracyjną. Nad wykonywaniem ustawy o języku czuwa także inspekcja języka litewskiego działająca przy sejmie. Jak widać, w istocie komisja została wyposażona w prawo stanowienia aktów prawa powszechnie obowiązującego (litewska konstytucja nie zawiera ich katalogu) i posiada własne organy, stojąc na straży wykonywania rozstrzygnięć komisji.

Inne ustawy regulują przypadki używania języka litewskiego w różnych sytuacjach prawnych, zarówno o charakterze prywatnoprawnym, jak i administracyjnoprawnym. Przepisy litewskiego kodeksu cywilnego zobowiązują do zapisywania imion, nazwisk oraz nazw miejscowości zgodnie z regułami języka litewskiego (art. 3.282).

Jednocześnie kodeks dopuszcza tworzenie umów w językach innych niż litewski i uznaje te teksty za równoprawne (art. 6.194), chociaż w art. 6.369 ust. 3 przewidziano wymóg stosowania języka państwowego dla umowy *time-sharingu*.

Również nazwy przedsiębiorstw²⁴ muszą być tworzone zgodnie z regułami języka państwowego, co przewidział ustawodawca w osobnej ustawie o firmach: zgodnie z jej art. 2 także nazwa firmy musi odpowiadać normom języka państwowego.

3. 1. Regulacje poświęcone pisowni nazwisk na Litwie

²² *Ukryte pułapki w Ustawie konstytucyjnej o języku państwowym*, <http://www.efhr.eu/2014/11/25/ukryte-pulapki-w-ustawie-konstytucyjnej-o-jezyku-panstwowym/>, (dostęp: 12 grudnia 2015 r.).

²³ A. Radczenko, *Mniejszości narodowe do polityków: wciąż stoimy w miejscu*, <http://zw.lt/litwa/mniejszosci-narodowe-do-politykow-wciaz-stoimy-w-miejscu/>, (dostęp: 20 grudnia 2015 r.).

²⁴ W litewskim systemie prawnym użyto terminu „firma” oznaczającego „przedsiębiorstwo”, a nie jedynie samą jego nazwę, jak w Polsce.

Aktem prawnym regulującym pisownie nazwisk obywateli Republiki Litewskiej jest Uchwała *Taryby* z 31 stycznia 1991 r. o sposobie pisowni imion i nazwisk obywateli Republiki Litewskiej w dowodach osobistych²⁵. Stosownie do art. 1 tego aktu prawnego imiona i nazwiska obywateli Litwy zapisuje się alfabetem litewskim, zgodnie z pisownią zawartą w innych dokumentach osobistych lub paszporcie. Artykuł 2 poświęcony jest pisowni nazwisk członków mniejszości narodowych. Zgodnie z nimi imię i nazwisko obywatela litewskiego na wniosek zapisuje się na jeden z dwóch sposobów: albo fonetycznie, alfabetem litewskim bez litewskich końcówek (-as, -is, -ys, -us, -a, -uo, -ė), albo fonetycznie, alfabetem litewskim z litewskimi końcówkami. Nieprawdą jest więc częste mniemanie, iż nazwiska zawsze muszą być zapisywane z litewskimi zakończeniami.

Do dzisiaj uchwała ta stanowi podstawę zapisu nazwisk mniejszości narodowych.

Oprócz tego istnieją uchwały komisji odnoszące się do sposobu transliteracji obcych nazwisk. Odnośnie Polaków stosuje się uchwałę z 28 marca 1991 roku²⁶. Specjalne zasady transliteracji stosowane są przez komisję wobec nazwisk białoruskich²⁷, rosyjskich²⁸ oraz ukraińskich²⁹.

Transliteracja ta budzi niechęć niektórych członków mniejszości narodowych – zniekształca bowiem nie tylko oryginalny sposób pisowni nazwiska, ale także jego brzmienie przy czytaniu – w języku litewskim brakuje sposobu oddania niektórych dźwięków języków obcych (np. polskiego „ą”, „ę” czy „ż”, białoruskiego „ŭ”). Takie lituanizowanie może być odbierane przez członków danej społeczności negatywnie, jako próba wynarodowienia. Co więcej, potencjalnie może być odczuwany jako atak nie tylko na czyjeś poczucie przynależności narodowej, ale na przyrodzone prawa oraz samą istotę

²⁵ Czasami niesłusznie nazywana uchwałą w sprawie pisowni imion i nazwisk w paszportach. Por. np. D. Iglesias, N. Stojanović, S. Weinblum (red.), *New nation states...*, s. 112.

²⁶ Lietuvos lenkų pavardžių ir vardų rašymo Lietuvos Respublikos piliečio pase taisyklės, <http://www.vlkk.lt/aktualiausios-temos/svetimvardziai/perrasa-is-lenku-kalbos>, (dostęp: 17 stycznia 2016 r.).

²⁷ Lietuvos baltarusių (gudų) pavardžių ir vardų rašymo Lietuvos Respublikos piliečio pase taisyklės, <http://www.vlkk.lt/aktualiausios-temos/svetimvardziai/perrasa-is-gudu-baltarusiu-kalbos>, (dostęp: 17 stycznia 2016 r.).

²⁸ Standardy stosowane przez komisję zostały przedstawione w pracy: A. Ivenkov, *Pavardžių, vardų ir vietovardžių transkripcijos iš rusų kalbos į lietuvių kalbą ir iš lietuvių kalbos į rusų kalbą instrukcija*, Vilnius 1990.

²⁹ Lietuvos ukrainių pavardžių ir vardų rašymo Lietuvos Respublikos piliečio pase taisyklės, <http://www.vlkk.lt/aktualiausios-temos/svetimvardziai/perrasa-is-ukrainu-kalbos>, (dostęp: 17 stycznia 2016 r.).

człowieka jako określonej jednostki. Na tym tle prawnym doszło do poważnego konfliktu politycznego między Polską a Litwą.

3.2. Nazwisko jako dobro prawne

Nazwisko jest regulowane prawnie ze względu na fakt jego dużego znaczenia dla obrotu prawnego zarówno w sferze prawnopublicznej, jak i prywatnoprawnej³⁰. Po pierwsze, nazwisko służy identyfikacji danej osoby, jej zindywidualizowaniu³¹. Jest elementem każdego przedsięwzięcia prawnego lub faktycznego skierowanego do człowieka³². Dzięki niemu wiadomo, do kogo kierowana jest norma prawna albo czyją sytuację wyznacza. Jego znaczenie prawne odbija się chociażby w fakcie obowiązku posiadania imienia i nazwiska. Jest wpisywane w dokumentach tożsamości, aktach stanu cywilnego. Pod nim występuje się zarówno w obrocie cywilnoprawnym, jak i w sytuacjach publicznoprawnych. Może być przedmiotem postępowań regulowanych prawem, np. odnośnie zmiany nazwiska, określenia nazwiska małżonka, dziecka. Jednocześnie jest chronione na gruncie prawa cywilnego³³.

Nazwisko jest skierowanym na zewnątrz znakiem rozpoznawczym osoby ludzkiej³⁴ i dobrem osobistym³⁵. Ma charakter duchowy, wiąże się z tożsamością człowieka³⁶: „Stanowi podstawowy czynnik, który łącznie z imieniem wyróżnia człowieka w społeczeństwie, służy jego identyfikacji. Jest także swoistym dokumentem historycznym świadczącym o ciągłości rodowej”³⁷. Nie można mieć wątpliwości, że brzmienie nazwiska może mieć (choć nie musi) znaczenie także dla tożsamości narodowej danej osoby: zapis jego według zasad pisowni i gramatyki charakterystycznej dla danego języka, potwierdzać

³⁰ K. Miksza, *Interes państwa a prawo do nazwiska w świetle prawa międzynarodowego i unijnego*, „Rocznik Stowarzyszenia Naukowców Polaków Litwy”, 2014, t. 13/14, s. 262-263.

³¹ W. H. Hrynicky, *Normatywne aspekty zmiany imion w poglądach doktryny i orzecznictwie sądów polskich*, „Ius Novum” 2014, nr 4, s. 135.

³² *Ibidem*, s. 135.

³³ *Ibidem*, s. 136.

³⁴ M. Ura, *Znaczenie imion i nazwisk dla sytuacji administracyjnoprawnej osób*, „Studia Iuridica Lubliniensa” 2009, nr 12, s. 211.

³⁵ P. Waglowski, *Ochrona dóbr osobistych i danych osobowych*, https://www.web.gov.pl/g2/big/2009_12/f9bd6afc4332ed9235eeb3f832259cf2.pdf, (dostęp: 18 stycznia 2016 r.), s. 4.

³⁶ *Ibidem*, s. 197-199.

³⁷ *Ibidem*, s. 197.

może duchową i osobistą łączność z resztą grupy etnicznej/narodowej. Stąd kwestia brzmienia nazwiska może być także kwestią ochrony czyjejś samoidentyfikacji jako Polaka, Rosjanina, Niemca itp. Odmowa zapisania go w wersji oryginalnej jest zatem odbierana jako atak na czyjeś duchowe dobre osobiste lub jednostkową tożsamość.

4. JĘZYK PAŃSTWOWY JAKO WARTOŚĆ KONSTYTUCJA W ŚWIETLE LITEWSKIEJ PRAKTYKI STOSOWANIA PRAWA

Jak zauważył L. Morawski, wartości konstytucyjne to nie tylko sam katalog praw i obowiązków, lecz także określone rozumienie praw przysługujących członkom danej zbiorowości – rozumienie, z którym członkowie danej społeczności się utożsamiają³⁸.

Status języka litewskiego wielokrotnie używany był jako argument w uzasadnieniach orzeczeń sądów czy organów administracji. W wyroku 25 maja 2006 r. sąd konstytucyjny uchylił art. 3 prawa wyborczego, który pozwalał na drukowanie kart w językach mniejszości narodowych. Przepis ten został uznany za niezgodny z konstytucją .

Jak uznano, na Litwie istnieje konstytucyjny imperatyw posługiwania się językiem państwowym, zaś obywatele Litwy należący do mniejszości narodowych, posługujący się językiem państwowym w stopniu niewystarczającym do wzięcia udziału w głosowaniu, nie są wystarczająco zintegrowani ze społeczeństwem litewskim. „Obywatele tacy nie są w pełni członkami społeczeństwa obywatelskiego, zatem nie mogą podejmować decyzji o znaczeniu państwowym. Podkreślono, że w litewskiej konstytucji, w kontekście działań odnoszących się do procesu rządzenia państwem (udziału w głosowaniu powszechnym), nie mówi się o ułatwieniach dla obywateli nieposługujących się językiem państwowym (osób należących do mniejszości narodowych). Sąd zaznaczył, że z konstytucji również nie wynika, by obywatele tacy mieli być sztucznie zachęceni do wzięcia udziału w referendum czy innym głosowaniu, gdzie podejmowane są decyzje o wadze państwowej”³⁹.

Co ciekawe, mimo zasady, zgodnie z którą ratyfikowane umowy międzynarodowe mają nadrzędny status nad prawem wewnętrznym, sądom zdarzało się postawić ustawę o języku państwowym ponad prawem międzynarodowym. W orzeczeniu NSA z 8 lipca 2011 (sygn. akt A-662-2474/2011) uznano, że przepisy konwencji ramowej o ochronie praw

³⁸ M. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja tożsamości zbiorowej...*, s. 106-107.

³⁹ E. Kuzborska, *Prawa językowe mniejszości narodowych na Litwie*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7, s. 59-60. W innym wyroku, z 13 grudnia 2004 r., uznano, iż fakt przynależności do mniejszości narodowej nie uzasadnia niestosowania do tej osoby przepisów o obowiązkowym używaniu języka litewskiego – łamałoby to zasadę równości obywateli wobec prawa.

mniejszości nie mają bezpośredniego zastosowania w prawie wewnętrznym i mają charakter jedynie programowy⁴⁰.

Zauważyć też należy, że kwestia pisowni nazwisk znalazła swój wyraz w polsko-litewskiej umowie o przyjaznych stosunkach i dobrosąsiedzkiej współpracy⁴¹. W umowie tej w art. 14 zawarto przepis, zgodnie z którym: „Układające się Strony oświadczają, że osoby wymienione w artykule 13 ust. 2 mają w szczególności prawo do: (...) używania swych imion i nazwisk w brzmieniu języka mniejszości narodowej; szczegółowe regulacje dotyczące pisowni imion i nazwisk zostaną określone w odrębnej umowie”. Jak widać, płynie stąd zobowiązanie międzynarodowe do podpisania umowy międzynarodowej, która zapewniałaby Polakom na Litwie możliwość używania ich nazwisk w brzmieniu języka mniejszości narodowej. Umowa ta do dzisiaj nie została przygotowana. Należy jednak zwrócić uwagę, że traktat zawiera też jasno wyrażoną normę, zgodnie z którą mniejszości mają prawo do używania swych imion i nazwisk w brzmieniu języka mniejszości narodowej. Nie dokonano jedynie jej konkretyzacji i uszczegółowienia. Sama zasada zapewniająca Polakom możliwość określenia nazwiska w brzmieniu zgodnym z regułami języka polskiego obowiązuje i Litwa, nie zapewniając tego prawa, łamałaby traktat międzynarodowy. Można tę normę jednak rozumieć na dwa sposoby: dokonać jej wykładni rozszerzającej i dojść do wniosku, że poprzez „brzmienie” chodzi o pisownię danego nazwiska w dokumentach i w konsekwencji uznać, że w świetle takiej interpretacji Litwa łamie prawo międzynarodowe, umożliwiając mniejszości polskiej jedynie pisownię fonetyczną. Można jednak dokonać interpretacji literalnej i poprzez „brzmienie” rozumieć właśnie zapis fonetyczny: chodzi bowiem o odwzorowanie tego, jak nazwisko jest wymawiane. Inna rzecz, że w przepisie nie mówi się wprost o zapisie nazwiska w dokumentach. Może więc chodzić jedynie o zapewnienie swobody posługiwania się nazwiskiem w sytuacjach prywatnych. Takiego prawa litewskiego przepisy nie wykluczają, w związku z czym nie mogłoby być mowy o łamaniu przepisów umowy.

5. OCHRONA MNIEJSZOŚCI NARODOWYCH NA LITWIE

Ochrona mniejszości narodowych, jak już zostało pokazane, gwarantowana jest przez litewską konstytucję. Jednocześnie obecnie brakuje aktu prawnego, który konkretyzowałby jej przepisy. Stara ustawa o mniejszościach narodowych uchwalona

⁴⁰ Lietuvos Vyriausiojo administracinio teismo 2009 m., rugsėjo 14 d. nutartis administracinėje byloje, Nr. A-261-997/2009.

⁴¹ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Litewską o przyjaznych stosunkach i dobrosąsiedzkiej współpracy, sporządzony w Wilnie dnia 26 kwietnia 1994 r.

została jeszcze w 1989 roku⁴², zaś w roku 1991 została poddana znaczącej nowelizacji⁴³. Zapewniała uznanie odrębności etnicznej, rozwój kultury mniejszości, promocję świadomości narodowej oraz jej wyrażanie. Zapewniała mniejszościom szereg praw: dyskryminacja na tle etnicznym bądź narodowym, językowym albo jakimkolwiek innym związanym z przynależnością etniczną była zabroniona i karana. Ustawa gwarantowała m. in. naukę w języku ojczystym na każdym szczeblu edukacji, wraz z istnieniem instytucji szkolnictwa wyższego kształcących nauczycieli w tym zakresie; prawo do wydawania gazet w języku ojczystym; prawo do sprawowania kultu religijnego w języku mniejszości; tworzenia organizacji kulturalnych mniejszości; reprezentacji na wszystkich szczeblach samorządu oraz organach władzy na podstawie wolnego, bezpośredniego i powszechnego prawa wyborczego; zajmowania stanowisk w organach i instytucjach państwowych.

Artykuł 4 zapewniał, że na terenach zamieszkałych w dużym stopniu przez mniejszości narodowe dozwolone jest używanie języka obok języka państwowego. Artykuł 5 umożliwiał stosowanie w tych rejonach tablic i napisów w języku ojczystym. Ważne prawo wynikało także z art. 8: każdy obywatel miał prawo do określenia w paszporcie swojej narodowości w oparciu o narodowość swoich rodziców bądź jednego ze swoich rodziców.

Ustawa nie zawierała definicji mniejszości narodowej. Niekiedy wspomniany art. 8 poddawany jest krytyce jako negujący uzależnienie czyjejs przynależności narodowej od indywidualnego poczucia jednostki, z kolei uzależniający go od wykazanego pochodzenia rodziców (więzów biologicznych) i określenia go dodatkowo w oficjalnych dokumentach⁴⁴.

Jednocześnie Litwa jest stroną umów międzynarodowych zapewniających prawa mniejszości narodowych: Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Konwencji Ramowej o ochronie mniejszości narodowych. Prace nad nową ustawą miały miejsce w 2012 r. Proponowano albo przedłużenie działania starej regulacji, albo wprowadzenie nowej według projektu wiceministra kultury Edwarda Trusiewicza. Projekt ten nie został jednak przyjęty. Krytykowano go za skupienie się na prawach dużych grup narodowych a pomijanie praw tych mniejszych⁴⁵.

⁴² Lietuvos taryba socialistinės respublikos tautinių mažumų įstatymas, 1989 m. lapkričio 23 d. Nr. XI-3412, Valstybės žinios, 1989, Nr. 34-485.

⁴³ A. Bobryk, *Odrodzenie narodowe Polaków w Republice Litewskiej 1987-1997*, Toruń 2005, s. 456.

⁴⁴ H. Vasilevich, *Lithuania's minority-related legislation: is there a legal vacuum?*, „ECMI Working Papers“ 2013, vol. 70, s. 7.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 12.

6. ZASADY PISOWNI NAZWISK MNIejszości NARODOWYCH W ŚWIETLE STANDARDÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Do kwestii zasad pisowni osób należących do mniejszości narodowych zastosowanie znajduje szereg umów międzynarodowych, wyznaczających docelowo standard ochrony praw członków mniejszości narodowych. Należą do nich m. in. Europejska Konwencja Praw Człowieka⁴⁶ oraz Konwencja Ramowa o ochronie mniejszości narodowych⁴⁷ czy Europejska Karta Języków Regionalnych i Mniejszościowych⁴⁸ (Litwa nie podpisała tej ostatniej).

Europejska Konwencja Praw Człowieka nie mówi wprost o pisowni nazwisk członków mniejszości narodowych. Zawiera natomiast art. 8 ust. 1, w którym mowa o tym, że każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Z tego Europejski Trybunał Praw Człowieka sformułował kilka zasad dot. Stosowania imion i nazwisk. W sprawie Stjerna przeciwko Finlandii⁴⁹ ETPCz uznał, że sąd powinien poszukiwać równowagi między interesami społeczeństwa a interesami jednostki. W sprawie Guillot przeciwko Francji ten sam sąd uznał, że nazwisko należy do sfery prywatnej obywatela, jego życia rodzinnego. Niedogodności związane z pisownią imion i nazwisk w sposób inny niż chce tego obywatel, również są więc naruszeniem art. 8. Ingerencja w sferę prywatną obywatela jest niedopuszczalna, jeżeli nie stoją za tym odpowiednie przesłanki wskazane w ust. 2 tego przepisu konwencji⁵⁰. W kontekście nazwiska takie przesłanki nie występują. Na temat imion i nazwisk ETPCz wypowiedział się ponadto w sprawie Johansson przeciwko Finlandii. Jak uznał sąd, gdyby imię miało skrzywdzić człowieka, możliwa byłaby ingerencja państwa w brzmienie imienia albo nazwiska. Jeżeli jednak dane imię zostało już zaakceptowane przez państwo i do tego nie różni się znacząco od już stosowanych imion fińskich, ingerencja taka nie jest uzasadniona.

⁴⁶ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, tekst polski: https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/convention_pol.pdf (dostęp: 4 stycznia 2016 r.)

⁴⁷ Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych, sporządzona w Strasburgu dnia 1 lutego 1995 r., (Dz. U. z dnia 15 marca 2002 r., poz. 220).

⁴⁸ Europejska karta języków regionalnych lub mniejszościowych, Dz. U. z 2009 r., Nr 137, poz. 1121.

⁴⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 listopada 1994 r., Stjerna p. Finlandii,, sygn. akt 18131/91 http://kaikki.info/english/echr/10000/18131_91.html (dostęp: 5 stycznia 2016 r.).

⁵⁰ Wyrok Europejskiego Praw Człowieka z 24 października 1996 r., Gulliot p. Francji, sygn. akt 52/1995/558/644, www.efhr.eu.

W jednym wyroku ETPCz uznał jednak prawo państwa do ingerencji w sprawie nazwisk za uzasadnione. W sprawie Mentzen przeciwko Łotwie⁵¹ sąd uznał za dopuszczalną ingerencję państwa w zakresie nazwiska, jeżeli jest to usprawiedliwione ważnymi powodami niezbędnymi w demokratycznym państwie prawnym i jest zgodne z prawem. W przypadku gdy język urzędowy jest uznany za wartość konstytucyjną, państwo może zastosować ograniczenie. Jest ono przy tym podmiotem kompetentnym w zakresie ochrony języka państwowego. Tak spowodowane ograniczenie jest zgodne z art. 8 ust. 2 EKPCz.

Konwencja Ramowa Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych poświęca pisowni nazwisk art. 11 ust. 1. Zgodnie z nim strony zobowiązują się uznać, że każda osoba należąca do mniejszości narodowej ma prawo do używania jego/jej nazwiska (patronimiku) i imion w języku mniejszości oraz ich oficjalnego uznania zgodnie z trybem przyjętym w ich ustawodawstwie.

Co ciekawe, zgodnie z ust. 2 i 3 tego artykułu każda osoba należąca do mniejszości narodowej ma prawo do umieszczenia w jego lub jej języku znaków, napisów i innych informacji o charakterze prywatnym w sposób widoczny dla osób postronnych. Jak wskazuje Konwencja, w rejonach tradycyjnie zamieszkałych przez znaczącą ilość osób należących do mniejszości narodowej Strony będą starać się – zgodnie z obowiązującym prawem, w tym także, tam gdzie to stosowne, umowami z innymi państwami oraz przy uwzględnieniu ich specyficznych warunków – umieszczać również w języku mniejszości tradycyjne nazwy lokalne, nazwy ulic i inne oznakowania topograficzne o charakterze publicznym, o ile istnieje tam wystarczające zapotrzebowanie na takie oznakowania. Rodzi to pewne wątpliwości na tle przedstawionych już rozwiązań ustawy o języku państwowym. Raport wyjaśniający⁵² stanowi przy tym, że państwa zobowiązane są dostosować używanie tego przepisu do własnych okoliczności tego państwa. Jednocześnie raport doprecyzowuje, iż strony mogą używać alfabetu ich języka oficjalnego do zapisywania nazwiska (nazwisk) osoby należącej do mniejszości narodowej w zapisie fonetycznym. Osoby, które były zmuszone do rezygnacji z ich oryginalnego nazwiska (nazwisk) lub których nazwisko (nazwiska) zostało zmienione siłą, powinny być uprawnione do powrotu do niego (nich), oczywiście z uwzględnieniem przypadków nadużywania praw i zmian nazwiska (nazwisk) w celach oszukańczych. Państwo nie może przy tym pobierać nieproporcjonalnie wysokiej opłaty, która eliminowałaby w praktyce użycie tego prawa. Prawo do zastosowania pisowni fonetycznej jest co prawda możliwe, jednak nie może być ono możliwie precyzyjne oraz nie

⁵¹ Wyrok ETPCz w sprawie Mentzen p. Łotwie, sygn. akt 71074/01, <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁵² Raport wyjaśniający do Konwencji ramowej Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych, <http://mniejszosci.narodowe.mac.gov.pl/mne/prawo/konwencja-ramowa-rady/konwencja-ramowa-rady/6769,Raport-wyjasniajacy-do-Konwencji-ramowej-Rady-Europy-o-ochronie-mniejszosci-naro.html>, (dostęp: 20 grudnia 2015 r.).

może być odłączone od istotnych elementów języka mniejszości, takich jak alfabet i gramatyka. Co więcej, komitet zauważył, że nowe technologie z łatwością pozwalają na stosowanie znaków diakrytycznych, co sprawia, że w istocie państwa są zobowiązane do użycia wszelkich technologicznych możliwości w celu zapewnienia efektywnego wykonania obowiązków, o których mowa w art. 11.

Raport wyjaśniający daje Litwinom argument do uznawania, że przyjęta przez nich procedura jest zgodna z konwencjami międzynarodowymi⁵³. Jednakże z drugiej strony opinia rady doradczej przy Radzie Europy była w zakresie stosowanie przez Litwę tego przepisu negatywna⁵⁴. Pewne wątpliwości można odnieść też do stosowania tego punktu komentarza: jego zastosowanie powinno odnosić się on do sytuacji, w której język państwowy zapisywany jest za pomocą innego alfabetu niż język danej mniejszości, np. język oficjalny zapisywany jest alfabetem łacińskim, a dana mniejszość używa cyrylicy albo alfabetu arabskiego. Wydaje się bowiem, że zasadą ogólną płynącą z tego przepisu oraz art. 2 konwencji, który głosi, iż postanowienia jej będą stosowane w dobrej wierze, w duchu zrozumienia i tolerancji oraz w zgodzie z zasadami dobrego sąsiedztwa, przyjaznych stosunków i współpracy pomiędzy państwami, jest jednak zapisywanie nazwiska zgodnie z regułami i intuicją językową członka mniejszości narodowej. Dopiero w przypadku, gdy jest to niemożliwe (np. właśnie ze względu na użycie zupełnie innego alfabetu), nastąpią owe uzasadnione okoliczności, pozwalające na zapis nazwiska w alfabecie języka oficjalnego fonetycznie. Zwrócić też należy uwagę na fakt, że regulacje przewidziane przez uchwałę o pisowni nazwisk w dowodach osobistych nie przewidują jedynie pisowni nazwisk w formie fonetycznej, ale także wersję pisowni zgodnej nie tylko z fonetyką języka litewskiego, lecz również jego gramatyką – o czym komentarz do konwencji ramowej już nie mówi. Ponadto komentarz tematyczny komitetu doradczego RE w zakresie praw mniejszości z 24 maja 2012 r.⁵⁵ wyjaśnia, że prawo do pisowni nazwiska według języka mniejszości stanowi podstawowe prawo językowe, związane wprost z godnością osoby ludzkiej oraz jej tożsamością. Co więcej, inna interpretacja czyniłaby art. 11 właściwie martwym i uzależniałby kwestię pisowni nazwisk członków mniejszości od dobrej woli państwa-

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Advisory committee on the framework convention for the protection of national minorities, Third Opinion on Lithuania adopted on 28 November 2013, http://www.efhr.eu/download/3rd_OP_Lithuania_public_en.doc.pdf (dostęp: 24 stycznia 2016 r.), s. 23-25.

⁵⁵ Advisory committee on the Framework convention for protection of national minorities, https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_CommentaryLanguage_en.pdf (dostęp: 3 stycznia 2016 r.).

sygnatariusza. Zawsze bowiem wskazać można na język państwowy jako wartość konstytucyjną podlegającą ochronie.

Litwa była jednym z pierwszych państw, które podpisały kartę (1 lutego 1995 roku), jednocześnie jednak jej ratyfikacja nastąpiła dopiero 5 lat później⁵⁶.

Europejska karta języków regionalnych i mniejszościowych zobowiązuje w art. 10 organy administracji rządowej w art. 10 ust. 5 do zezwolenia na podstawie wniosku osób zainteresowanych na posługiwanie się lub przyjęcie nazwisk w ich brzmieniu w języku regionalnym lub mniejszościowym. W polskim tłumaczeniu przyjęto słowo „brzmienie” na oznaczenie angielskiego wyrażenia *adoption of family names*, obecnego w wersji oficjalnej. Powodować to może błędne przekonanie o konieczności oddania jedynie fonetycznego brzmienia nazwiska, nie po prostu nazwiska w jego oryginalnej pisowni.

Jak wspomniano, Litwa nie jest stroną tej konwencji. W 1998 roku zgromadzenie parlamentarne Rady Europy uznało, że funkcjonująca w owym czasie ustawa o mniejszościach narodowych w wystarczającym stopniu zabezpiecza ich prawa⁵⁷. Jednocześnie przyczyny niepodpisania konwencji nie są znane.

7. KOLIZJA WARTOŚCI KONSTYTUCYJNYCH W KONTEKŚCIE PISOWNI NAZWISK MNIJSZOŚCI W ŚWIETLE LITEWSKIEJ PRAKTYKI STOSOWANIA PRAWA

Regulacje dotyczące pisowni nazwisk osób należących do mniejszości narodowych można uznać za kontrowersyjne. Jednocześnie komitet doradczy Rady Europy zauważył, że w przypadku styku praw dotyczących mniejszości narodowych i ochrony języka państwowego, na Litwie większą rangę przyznaje się temu drugiemu, mimo że są to akty prawne tej samej rangi. Praktykę taką uznano za niezgodną z duchem konwencji⁵⁸.

Bardzo znamienne są dwa wyroki litewskiego sądu konstytucyjnego: z 21 października 1999 r.⁵⁹ oraz z listopada 2009 r.⁶⁰ W pierwszej z wymienionych spraw uznano uchwałę w sprawie pisowni nazwisk obywateli w dowodach osobistych za zgodną z

⁵⁶ J. D. Iglesias, N. Stojanović, S. Weinblum, *New nation states...*, s. 111-112.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 112.

⁵⁸ H. Vasilevich, *Lithuania's minority-related...*, s. 7.

⁵⁹ Ruling of 21 October 1999 on writing names and family names in passports of citizens of the Republic of Lithuania, sygn. akt 14/98, <http://www.lrkt.lt/>.

⁶⁰ Wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej z dnia 6 listopada 2009 r., sygn. akt 14/98, <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1292/content> (dostęp: 5 stycznia 2016 r.).

konstytucją. Podkreślono też status języka litewskiego: „Język państwowy chroni tożsamość narodu, integruje społeczeństwo obywatelskie, jest wyrazem narodowej suwerenności, integralności i niepodzielności państwa, jak i niezakłóconego funkcjonowania państwa i jednostek lokalnego samorządu. Język państwowy jest ważnym gwarantem równości obywateli, gdyż umożliwia wszystkim obywatelom utożsamiać się z państwem albo jednostką samorządu lokalnego według tych samych warunków i w celu wykonania ich praw i uzasadnionych interesów”. Nakłada to na państwo obowiązek zapewnienia odpowiedniej ochrony języka państwowego. Jednocześnie dowód osobisty obywatela jako dokument wskazujący na stałą więź prawną między jednostką a państwem, co należy do sfery publicznej, imię i nazwisko jednostki musi być pisane w języku państwowym. Sąd wyraził wprost, że w innym przypadku zaprzeczono by statusowi języka litewskiego jako państwowego. Nie neguje przy tym możliwości posługiwania się dowolnym językiem w sferze prywatnej, reguluje bowiem jedynie posługiwanie się językiem w sferze publicznej.

Drugi argument sąd sformułował na tle przepisów odnoszących się do równości wobec prawa. Otóż wpisywanie nazwisk mniejszości narodowych w ich języku zagrażałoby tym wartościom – statusowi języka państwowego – oraz zdeorganizowałoby działanie urzędów i sądów – nie wiadomo bowiem, jak czytać znaki diakrytyczne i alfabet mniejszości. W związku z tym regulacja *de facto* chroni obywatela, umożliwiając mu dochodzenie swoich praw i korzystanie z nich, a przez to zapewnia równość wobec prawa. Jednocześnie w żaden sposób nie narusza to prawa obywatela do identyfikowania się z daną mniejszością narodową.

Drugi z wyroków litewskiego sądu konstytucyjnego również dotyczył kwestii pisowni nazwisk w dowodach tożsamości. W orzeczeniu tym dopuszczono stosowanie pisowni nazwiska w formie oryginalnej na dalszej stronie paszportu przy zachowaniu prawnie wiążącego charakteru formy w języku państwowym. Potwierdzono przy tym ważność też zawartych w wyroku z 1999 roku.

Odnosnie pisowni nazwisk obcojęzycznych odniósł się także litewski Sąd Najwyższy w wyroku z 17 lipca 2013 r., sygn. akt 3K-3-392/201361. W orzeczeniu uznał, że jakiegokolwiek postanowienia aktów prawnych, które stworzyłyby możliwość zapisu imienia i nazwiska z użyciem liter, które nie istnieją w alfabecie litewskim, naruszyłyby zasadę konstytucyjnej wartości języka litewskiego⁶².

61 Wyrok Litewskiego Sądu Najwyższego z 17 lipca 2013 r., sygn. akt 3K-3-392/2013.

62 E. Kuzborska, *Prawa językowe mniejszości narodowych na Litwie – sytuacja faktyczna mniejszości polskiej (w kontekście konstytucyjnej doktryny ochrony języka państwowego)*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 3, s. 48. Chodziło tutaj o pisownię nazwiska obywatelki Litwy, która wyszła za mąż za cudzoziemca i przyjęła jego nazwisko, zapisane przy pomocy litery „w”.

Postawa litewskich sądów rodzi pewne problemy oraz wątpliwości. Po pierwsze, znacznie utrudnia funkcjonowanie obywatelkom Litwy, które wyszły za mąż za cudzoziemców. Bardzo znanym przykładem jest tutaj sprawa państwa Wardyn. Obywatelka Litwy wyszła za mąż za Polaka, Pawła Wardyna. Nazwisko męża zapisano w wersji oryginalnej, nazwisko żony lituanizowano (Małgorzata Runiewicz-Wardyn zostało zapisane jako Malgožata Runievič-Vardin). W akcie małżeństwa oboje małżonkowie mieli więc inaczej zapisane nazwisko. Sytuacja ta stała się przedmiotem badania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶³, który uznał jednak pisownie nazwisk za wewnętrzną sprawę Litwy i nie zauważył naruszenia swobody przepływu osób.

Niektóre argumenty sądów budzą jednak wątpliwości, szczególnie te odwołujące się do wygody urzędników. Zarówno wskazywany już raport komitetu doradczego RE, jak i wyjaśnienia do konwencji nr 14 Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego (Litwa nie jest stroną tej umowy), wskazują na dwie sprawy. Po pierwsze, że postęp technologiczny niejako dezaktualizuje tezę o niemożności zapisywania nazwisk ze znakami diakrytycznymi; dostępne są w każdym dokumencie tekstowym. Po drugie, wygoda urzędnika nie może być przesłanką odmówienia danej osobie zapisania nazwiska w jego oryginalnym brzmieniu⁶⁴. Pamiętać jednak należy o tym, że ten drugi argument został wyprowadzony na kanwie rozważań o małżeństwach transgranicznych.

7. 1. Argumenty strony litewskiej

Zasadniczo wspomniane wyroki pokazują pewien zakres argumentacji stosowanej dla uzasadnienia odmowy pisowni nazwisk w wersji oryginalnej. Jednocześnie formułuje się inne argumenty, nie mające gruntu prawnego, za to odnoszące się do języka litewskiego bądź będące odbiciem pewnych kodów kulturowych zawartych w litewskiej tożsamości.

Po pierwsze, język litewski jest językiem fleksyjnym. Odmiana rzeczowników jest zależna od określonej końcówki. Bez zastosowania jej nie byłoby wiadomo, jak dane nazwisko odmienić⁶⁵. Argument ten ma jednak pewną słabość – mianowicie przepisy nie zmuszają do stosowania nazwisk w formie gramatycznej, możliwa jest pisownia niegramatyczna, bez końcówek.

⁶³ Wyrok ETS z 12 maja 2011 r., w sprawie Runevič-Vardyn i Wardyn, C-391/09, <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁴ K. Miksza, *Interes państwa a prawo do nazwiska...*, s. 266-267.

⁶⁵ *Pisownia polskich nazwisk na Litwie – spór filologiczny czy polityczny?* <http://kurierwilenski.lt/2010/06/04/pisownia-polskich-nazwisk-na-litwie-%E2%80%94-spor-filologiczny-czy-polityczny/> (dostęp: 4 stycznia 2016 r.).

Po drugie, zwraca się uwagę na to, że państwo posiada władztwo narzucania swoim obywatelom sposobu pisowni ich nazwisk. Jest to wewnętrzna sprawa Litwy i inne kraje czy organizacje międzynarodowe nie powinny się do tej sprawy mieszać⁶⁶. W niektórych krajach, np. angielskojęzycznych, nazwiska też wpisywane są bez znaków diakrytycznych i nie jest to uznawane za naruszenie niczyich praw. Zauważyć jednak należy różnicę między brakiem wpisania znaku diakrytycznego a zniekształceniem nazwiska poprzez zamianę liter. Często bowiem, na skutek działań urzędników, zupełnie różne nazwiska wyglądają identycznie w transliteracji, np. nazwiska Sienkowski, Senkowski, Sieńkowski, Siękowski, Sękowski będą zapisywane jako Senkovski(s)⁶⁷. Nie zawsze też reguły określone w prawie litewskim były honorowane, np. osobom z tej samej rodziny wpisywano nazwiska wedle różnej pisowni (przykładowo jednej osobie z ugramatycznieniem, drugiej – bez) albo zmieniano imiona Polaków nie wedle zasad określonych w uchwale komisji językowej, ale według brzmienia ich litewskiego odpowiednika (np. imię Jadwiga zmieniono nie na „Jadviga” ale „Jadvyga”)⁶⁸.

Po trzecie uznaje się, że zagrożony zostanie sam byt języka litewskiego. Pisownia nazwisk mniejszości w wersji oryginalnej oznaczać miałyby bowiem wprowadzenie do alfabetu litewskiego obcych mu liter (głównie chodzi tutaj o „q”, „w” oraz „x”⁶⁹). Irena Smetonienė, była przewodnicząca litewskiego parlamentu, na pytanie dziennikarza „Gdybyśmy mieli dać «wrogowi» narzędzie do zniszczenia naszego języka, co by to było?”, odpowiedziała: „Wystarczyłoby, gdyby wcisnął do naszego alfabetu tych kilka dodatkowych liter. To byłby oczywisty początek końca języka litewskiego”⁷⁰. Rima Baškienė ze Związku Rolników i Zielonych powiedzieć miała jednemu z polskojęzycznych portali: "Czy stosunki między krajami i problemy setki lub nawet tysiąca ludzi są ważniejsze niż język oficjalny?". Pokazuje to z jednej strony niezwykle ważne miejsce języka litewskiego w tożsamości narodowej, z drugiej pewnego rodzaju kompleks związany z zaszłościami historycznymi – język litewski jest jednym z dwóch ostatnich języków bałtyckich.

⁶⁶ Argument ten zyskał dużą popularność po wyroku ETS w sprawie Runievič-Vardyn, w którym sąd uznał, że pisownia nazwisk jest wewnętrzną sprawą Litwy. Zob. Wyrok z 12 maja 2011 r., sygn. C-391/09, <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁷ A. Bobryk, *Odrodzenie narodowe Polaków...*, s. 463.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 463-464.

⁶⁹ Dodać należy, że w języku litewskim występują litery „ą” oraz „ę” oraz „y” jednak są one czytane inaczej niż w języku polskim (jako długie „a”, długie „e”, długie „i”). Niektórych liter brakuje (np. „ć”, „ś”, „ń”, „ó”, „ł”, „ż”), bądź są inaczej zapisywane („ž” i „ž”).

⁷⁰ E. Wołkanowska-Kołodziej, *Żółw wagi państwowej...*

Po czwarte, jedynie w stosunku do Polaków oraz Białorusinów formułuje się argumenty pseudohistoryczne, uznając, że Polacy czy Białorusini na Wileńszczyźnie to jedynie tzw. „spolonizowani/zesłowiańszczeni Litwini”⁷¹. Zgodnie z tą narracją, charakterystyczną dla kręgów nacjonalistycznych, na terenach tych „zawsze” mieszkali Litwini, którzy jedynie na skutek procesów historycznych zostali spolonizowani. Z tego powodu lituanizacja nazwisk ma na celu jedynie „przywrócić” ich prawdziwe brzmienie oraz tożsamość⁷². W latach 80. powstała nawet teoria tzw. grupy wiczowskiej, która miała istnieć w ramach narodu litewskiego i być potomkami szlachty Wielkiego Księstwa Litewskiego⁷³.

7.2. Status prawny języka litewskiego a jego źródła w litewskiej tożsamości zbiorowej

Szczególne rola, jaka przypada językowi litewskiemu w prawie, jest, jak już wspomniano, odbiciem jego roli w litewskiej tożsamości zbiorowej. Praca ta nie ma na celu dokładnego przytoczenia najważniejszych składowych litewskiej świadomości narodowej, niemniej należy odnieść się do tego tematu na tle historycznym.

Język litewski jest jednym z ostatnich języków bałtyckich. Jego rola na przestrzeni dziejów była bardzo ograniczana. W dawnym Wielkim Księstwie Litewskim ówczesne elity posługiwały się najpierw językiem ruskim, a po Unii Lubelskiej rozpowszechnić zaczął się język polski⁷⁴. Stał się on na Litwie wyznacznikiem statusu społecznego, przez co w XIX wieku prowadził niekiedy do wynaradawiania się uczącej się młodzieży litewskiej, która często zaczynała w towarzystwie używać między sobą języka polskiego, polonizując

⁷¹ A. Bobryk, *Odrodzenie narodowe Polaków...*, s. 451. Mit, zgodnie z którym cała ludność dawnego Wielkiego Księstwa Litewskiego pochodzi z litewskiego pnia etnicznego, a jedynie się wynarodowiła, obecny jest na Litwie od początku XX wieku. Zob. K. Buchowski, *Litwomani i polonizatorzy...*, s. 48-50.

⁷² Mieszkający na Litwie Polak, Michał Kleczkowski (wynikiem jego skargi którego było wydanie wyroku z 21 października 1999 r.) skomentował to w następujący sposób: „W okresie odrodzenia państwowości litewskiej pojawiły się głosy, że na Litwie są tylko spolszczeni Litwini. Zaczęliśmy więc z rodziną w genealogii szukać tego Litwina. Doszliśmy do XIV wieku i go nie znaleźliśmy”. Jak mówił: Próbowałem tłumaczyć dziennikarzom litewskim, że jeśli ktoś z Kleczkowskiego zmienia nazwisko na Klečkauskas, to nie staje się od tego większym patriotą. On przecież nie ma kręgosłupa! Patriotyzm polega na przywiązaniu do ziemi, za którą przodkowie przez setki lat przelewali. Pytałem: «Dlaczego mówicie, że na litewskich klawiaturach nie ma litery w? Jak zatem wchodzicie więc codziennie do internetu?»”. E. Wołkanowska-Kołodziej, *Żółw wagi państwowej...*

⁷³ A. Bobryk, *Odrodzenie narodowe Polaków...*, s. 451. Grupa ta pisała w języku polskim, zapisywanym według alfabetu litewskiego i wydawała własne czasopismo

⁷⁴ A. Bamblauskas, *Wielkie Księstwo Litewskie – Wspólna historia, podzielona pamięć*, Warszawa 2013, s. 105 i nast.

niekiedy swe nazwiska⁷⁵. Wiązać się to miało z awansem społecznym ze statusu chłopca do warstw wyższych, obracających się na Litwie zazwyczaj w kręgu kultury polskojęzycznej. Jednocześnie na język litewski spadały represje ze strony carskiej Rosji. W 1864 zabroniono druku w języku „żmudzki” łacińską czcionką – druk po litewsku mógł się odbywać jedynie alfabetem rosyjskim. Litewskie druki przemycano wówczas masowo z Prus Wschodnich, przez granicę rosyjsko-niemiecką. Wykształciła się nawet specjalna profesja przemytników książek – *knygešiai*⁷⁶. Za działalność taką groziła kara. Jednocześnie język litewski mógł być uczony w szkołach jedynie w niektórych guberniach i tylko z podręczników pisanych alfabetem rosyjskim⁷⁷. Język litewski był zresztą pełen polonizmów i rusycyzmów.

Wobec dominacji na Litwie kultury polskiej, przy jednoczesnym urzędowym ucisku ze strony Rosji, Litwini musieli dokonać znaczących starań, by ich mowa (używana w większości przez chłopów⁷⁸, praktycznie wykluczona w kontaktach z władzami czy przy dla celów partycypacji w kulturze innej niż chłopska) mogła przetrwać i stać się podstawą do tworzenia litewskiej tożsamości. Stąd tak istotnym dobrem dla Litwinów jest zachowanie języka narodowego w jak najczystszej formie. To kwestia pamięci i świadomości historycznej.

7.3. Interes państwa a interes jednostki w kontekście sprawy pisowni nazwisk przedstawicieli mniejszości narodowych na Litwie

Na gruncie litewskich przepisów prawnych uwydatniają się wyraźnie konflikty między dwoma wartościami konstytucyjnymi, tzn. prawami mniejszości narodowych a obowiązkiem posługiwania się językiem państwowym. Jednocześnie rysuje się jeszcze jedna płaszczyzna konfliktu zauważona przez Katarzynę Mikszę⁷⁹: między indywidualnym interesem jednostki a interesem państwa.

Nazwisko jest istotne dla sfery psychicznej i duchowej danej osoby, gdyż jak zostało wcześniej wykazane, odnosi się do tożsamości człowieka. Z drugiej strony stoi interes państwa i wspólnoty, w których istnieje chęć obrony przed domniemanym zagrożeniem dla

⁷⁵ K. Buchowski, *Litwomani i polonizatorzy – Mity, wzajemne postrzeganie i stereotypy w stosunkach polsko-litewskich w pierwszej połowie XX w.*, Białystok 2006, s. 36 i nast.

⁷⁶ H. Wisner, *Litwa I Litwini*, Olsztyn 1991, s. 98.

⁷⁷ A. Bamblauskas, *Wielkie Księstwo Litewskie...*, s. 134-135.

⁷⁸ K. Buchowski, *Litwomani i polonizatorzy...*, s. 38.

⁷⁹ K. Miksza, *Interes państwa a prawo do nazwiska...*, s. 265.

tożsamości narodowej. Interesem publicznym jest tutaj ochrona integralności duchowej etnicznych Litwinów. Dodatkowym czynnikiem ma być sprawność działania organów państwowych.

W kontekście pierwszego z tych konfliktów zauważyć należy, że praktyka litewskich organów idzie w kierunku jednoznacznego podkreślenia nadrzędności zasady ochrony języka państwowego nad prawami mniejszości narodowych. Do takiego działania na gruncie jedynie prawnym nie ma jednak podstaw, albowiem są to normy konstytucyjne i tylko aksjologia związana z odbiorem tych dwóch wartości na gruncie politycznym decyduje o przyznaniu prymatu ochronie języka państwowego (choć ETPCz dopuścił fonetyczną regulację nazwisk przez państwo w celu ochrony wartości konstytucyjnej, jaką jest język). Jednocześnie brak uregulowania sytuacji mniejszości w kraju wielonarodowym, takim jak Litwa, sugerować może pewną złą wolę polityczną i czyni częściowo martwym przepis o ochronie „grup narodowościowych”. Brak stosownych regulacji w sytuacji, gdy rozważa się podniesienie ustawy o języku państwowym do rangi ustawy konstytucyjnej, musi budzić obawy mniejszości. Potencjalnie może to budzić poczucie wykluczenia członków danej społeczności. Pewne tendencje dyskryminacyjne widać z resztą w orzecznictwie. W jednym z wyroków sąd uznał, że obywatele nieposługujący się językiem państwowym nie są w pełni członkami społeczeństwa obywatelskiego, zatem nie mogą podejmować decyzji o znaczeniu państwowym. Takie stwierdzenie może budzić zdumienie, sytuuje bowiem obywateli w drugiej kategorii. Jakkolwiek zrozumiałe jest dążenie do zapewnienia znajomości języka państwowego, to niektórzy przedstawiciele mniejszości mogą nie znać go na wystarczającym poziomie bez własnej winy – czasy Litewskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej nie sprzyjały integracji członków mniejszości narodowych z Litwinami.

Problem uznawania nadrzędności interesu publicznego nad interesem jednostki jest już kwestią, która nie powinna podlegać ocenie. Jednocześnie nie można zamykać oczu na ten problem. Ciężko jednoznacznie wskazać, jak to robi litewski sąd konstytucyjny, wyraźną granicę między posługiwaniem się językiem w sprawach prywatnych a posługiwaniem się nim dla celów prawnopublicznych. Po pierwsze, akty stanu cywilnego również pisane mają być po litewsku, z litewską pisownią nazwisk. Jednocześnie dotyczą sytuacji określanych prawem rodzinnym – małżeństw, adopcji, rozwodów, dziedziczenia nazwiska. Podobnie umowy zawierane w obrocie nieprofesjonalnym muszą identyfikować daną jednostkę według pisowni litewskiej. Oznacza to, że w praktyce także w sprawach zupełnie prywatnych wykluczona w obrocie prawnym jest możliwość stosowania języka mniejszości narodowych. Znacznie ogranicza go stosowanie oryginalnej pisowni nazwisk jedynie do sfery ściśle nieoficjalnej. Stąd argument sądów litewskich, iż przepisy regulują jedynie kontakty z władzami, jest chybiony. Pamiętać też należy, że według ETPCz nazwisko jest

dobrem ze sfery prywatnej obywatela. Oznacza to, że ingerencja państwa w jego brzmienie powinna być odpowiednio aksjologicznie i prawnie uzasadniona.

8. *PODSUMOWANIE*

Po dokonaniu niniejszej analizy wyszczególnić należy kilka kwestii. Po pierwsze, nie można jednoznacznie zarzucić Litwie łamania prawa międzynarodowego. Przepisy umów międzynarodowych, których ten kraj jest stroną, mogą zostać pod dane różnorodnej interpretacji i to nawet przy uwzględnieniu raportów czy komentarzy dla danej konwencji. Przepisy nie są jednoznaczne w stopniu wystarczającym, by pozwolić na zadowalająco klarowną wykładnię językową i systemową, co prowadzi do potrzeby wyważenia wartości i celów regulacji na gruncie wykładni funkcjonalnej. W ramach tego wyważenia ochrona mniejszości narodowych zawsze przegrywa z ochroną języka państwowego. Zarzucić można jednak Litwie uchybianie pewnym międzynarodowym standardom i duchowi konwencji poprzez chociażby nadmierne akcentowanie wygody urzędników czy też brak uchwalenia ustawy o mniejszościach narodowych. Jednocześnie możliwe jest, w świetle prawa międzynarodowego, fonetyczne zapisywanie nazwisk obywateli danego kraju.

Z drugiej strony całkowicie zrozumiałą jest niepokój członków mniejszości narodowych: żaden akt prawny nie reguluje ich sytuacji, za to bardzo wiele aktów normatywnych oraz aktów stosowania prawa restrykcyjnie odnosi się do obowiązku używania języka litewskiego. Co więcej, w przypadku kolizji między tym obowiązkiem a prawami mniejszości ta druga wartość zawsze zdaje się przegrywać.

Tak mocna ranga języka w litewskiej tożsamości konstytucyjnej wynika z jego znaczenia na gruncie litewskiej tożsamości zbiorowej. Stąd wynikać musi ostrzeżenie dla przedstawicieli polskiej mniejszości czy polskich władz, że każde działanie, nawet pozornie atakujące status języka państwowego na Litwie, odebrane będzie jako zamach na tożsamość narodu litewskiego oraz ingerencja w ustrój państwowy. Obawa o los języka narodowego – w przeszłości zatraczonego i prześladowanego – do dzisiaj zajmuje ważne miejsce w litewskiej tożsamości narodowej. Widać to we wspomnianej na wstępie sprawie pomnika w Kłajpedzie, wypowiedziach litewskich polityków, wyrokach sądów. Niekiedy dostrzega się zagrożenie dla języka litewskiego w języku używanym w Internecie czy też dwujęzyczności związanej z uczestnictwem Litwy w strukturach Unii Europejskiej⁸⁰. Nie powinno dziwić przeniesienie tego przekonania do sfery prawno-konstytucyjnej. Konstytucja ma przecież za zadanie jak najlepiej oddawać wartości danego narodu. Stąd dyskusja na ten temat powinna brać pod uwagę litewską wrażliwość.

⁸⁰ M. Vainiutė, *Lietuvių kalbos...*, s. 36-37.

Mimo tego wszystkiego status języka państwowego nie musi się od razu przekładać na wyższość tej wartości konstytucyjnej nad wynikającym z konstytucji i umów międzynarodowych obowiązkiem dbania o prawa mniejszości narodowej. Litewscy Polacy, Rosjanie czy Białorusini też są obywatelami państwa i należą im się określone prawa, w tym do zachowania swojej tożsamości nie tylko jako narodu, lecz również indywidualnej tożsamości członka takiej społeczności. Jeżeli podobnej gwarancji brakuje, rodzi to może poczucie wykluczenia danej jednostki (choć litewskie regulacje mają rzekomo pomóc mniejszościom w integracji z etnicznymi Litwinami) i osłabienie jego poczucia więzów z państwem. Nazwisko jest dobrem duchowym oraz prawnym danej jednostki. Litewskie regulacje prawne chroniące duchowe wartości związane z językiem państwowym jednocześnie wywoływać mogą wrażenie ingerencji w sferę integralności psychicznej i duchowej innych jednostek – członków „wspólnot narodowościowych”. Wydaje się, że na gruncie litewskiego prawa można domagać się lepszego wyważenia tych wartości.

Zauważyć należy, że dokonuje się jednak w tej świadomości pewien wyłom – w 2014 roku komisja ds. języka litewskiego odniosła się przychylnie do kwestii dopuszczenia stosowania liter „x”, „q” oraz „w” w pisowni nazwisk osób pochodzących z małżeństw mieszanych⁸¹.

* * *

Lithuanian constitutional identity and the issue of spelling of names of representatives of national minorities in Lithuania

Summary: Constitutional identity is a reflection of the national identity of the nation in the sphere of the law. It consists of certain system of values important for each nation. For Lithuanians, the state language is an incredibly relevant matter: this constitutional value carries so much weight, that it has found its expression in many legal acts. They regulate manner of spelling of names and surnames of the members of the national minorities, which is often seen as a form of discrimination. This question was analysed using both Lithuanian legal acts and court sentences. They show how the Lithuanians see the status of the state language and how the rights of the national minorities has been regulated. Aforementioned analysis was conducted also in regard to the influence of historical conditions and the rules of the international law. This may lead to the better understanding of the main axis of this conflict, as well as to the finding of its reason and essence. It also helped pointing out the mistakes made in the polish reflection on this topic.

Key words: Lithuania, national minorities, constitutional law

⁸¹ S. Tarasiewicz, *Kolejne litewskie „nie” dla polskich nazwisk*, <http://kurierwilenski.lt/2015/06/17/kolejne-litewskie-nie-dla-polskich-nazwisk/>, (dostęp: 23 stycznia 2016 r.)

Szymon Mazurkiewicz*

Problem relacji bytu i powinności a koncepcja praw człowieka

Streszczenie

Artykuł dotyczy relacji sfer bytu i powinności w aspekcie koncepcji praw człowieka. Analizowana jest tzw. Gilotyna Hume'a i problemy wynikające z wnioskowań na jej temat, mające na celu uzasadnienie praw człowieka. Ukazane są różne interpretacje Hume'a wraz z próbą znalezienia najbardziej odpowiedniej. Dalej autor przedstawia różnorakie wizje ustalenia filozoficznoprawnych podstaw praw człowieka oraz problemy z nimi związane. Rozważane są pojęcia godności człowieka oraz natury ludzkiej. Rozpatrywane są konstytucyjne oraz prawnomiędzynarodowe fundamenty ich obowiązywania. Rozważania na temat praw człowieka zostają zanalizowane przez pryzmat Gilotyny Hume'a. Próba wyjścia z rodzących się dylematów jest naturalizacja metodologiczna stawianych pytań i znalezienie odpowiedzi w dokonaniach psychologii ewolucyjnej. Autor wykorzystuje myśl ewolucyjnej filozofii prawa, by ukazać naturalistyczne fundamenty natury człowieka oraz prawa, po czym skupia się na ukazaniu prawidłowości istnienia praw człowieka, pomimo niedostatków w logicznym ich uzasadnieniu.

Słowa kluczowe: prawa człowieka, filozofia prawa, Gilotyna Hume'a

1. Wstęp

Zagadnienie wzajemnych relacji sfer bytu i powinności (w literaturze angielskiej często można spotkać nazwę *is-ought problem*) jest jednym z podstawowych problemów filozofii od upadku tradycyjnej klasycznej wizji świata, a także filozofii prawa – od wyodrębnienia się tej dziedziny myśli z ogólnej filozofii w drugiej połowie XIX wieku¹. Ów upadek klasycznej wizji świata polegał na załamaniu się tradycyjnej ontologii mającej swoje

* Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

¹J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej teorii prawa*, Kraków 2012, s. 32.

korzenie w greckiej filozofii, w której to reguły moralne oraz prawne stanowiły wraz z prawami fizycznymi jeden zbiór praw rządzących światem. W początkach nowożytności sfera fizyczna, tj. podatna do badania naukami empirycznymi, oraz sfera wartości i powinności, niemogąca być podmiotem takich badań, zaczęły oddalać się od siebie, by w końcu rozpaść się na dwie odrębne dziedziny ludzkiej wiedzy – naukę oraz filozofię. Te dwie sfery w dyskursie filozoficznym zostały ponownie połączone dopiero w drugiej połowie XX w. Warto wymienić tu chociażby W. V. O. Quine'a i jego koncepcję holistycznego pragmatyzmu, dotyczącą twierdzeń naukowych i naszego postrzegania świata, oraz dalszą kontynuacją na znacznie szerszym polu kultury wprowadzoną przez M. White'a². Wracając do korzeni nowożytnego rozpadu filozofii i nauki, nadmiemy, że pojawił się znaczący problem – jak to, co wiemy o świecie, człowieku czy społecznościach, wpływa na to, jakimi regułami powinniśmy się kierować? W języku bardziej filozoficznym to pytanie będzie brzmiało: jak byt wpływa na powinność? W szczególności czy z tego, co jest, wynika to, co powinno być?

Powyższe zagadnienie chciałbym przedstawić w jednym konkretnym aspekcie, a mianowicie koncepcji praw człowieka. Jest to bowiem jedna z tych dziedzin prawa, gdzie aspekt ontologiczny ma fundamentalne znaczenie. Cała idea praw człowieka w klasycznym, substancjonalnym ujęciu opiera się na obiektywnie rozumianej naturze ludzkiej, którą te prawa mają chronić. Celem tego artykułu jest dokonanie analizy zagadnienia, czy prawa człowieka nie wpadają w problemy dotyczące wzajemnych relacji bytu i powinności. Co do samej kwestii przejścia z bytu do powinności oprę się na interpretacji poglądów Davida Hume'a – konkretnie na tzw. Gilotynie Hume'a, która często przytaczana jest jako główne narzędzie do przedstawienia omawianego problemu.

2. *Gilotyna Hume'a*

Brytyjski filozof David Hume w swoim *Traktacie o naturze ludzkiej* z 1739 r. zauważa następującą rzecz:

„W każdym systemie moralności, z którym dotychczas się zetknąłem, zawsze zauważałem, że dany autor kroczy przez pewien czas prostą drogą rozumowania i ustala istnienie Boga lub czyni spostrzeżenia dotyczące spraw ludzkich; i nagle ze zdziwieniem stwierdzam, iż zamiast zwykłych orzeczeń, jakie znajduje się w zdaniach, „jest” i „nie jest”, nie spotykam żadnego zdania, które by nie było powiązane z „powinien” albo „nie powinien”. (...) Ponieważ to powinien albo nie powinien jest wyrazem pewnej nowej relacji

²W. V. O. Quine, *Two Dogmas of Empiricism* [in:] W. V. O. Quine, *From a Logical Point of View: Nine Logico-Philosophical Essays*, 1953, s. 46; M. G. White, *The Philosophy of Culture: The Scope of Holistic Pragmatism*, Princeton 2002, s. 22.

lub twierdzenia, trzeba zwrócić na to uwagę i to wyjaśnić; jednocześnie trzeba, żeby została wskazana racja tego, co wydaje się całkiem niezrozumiałe, mianowicie – jak ta nowa relacja może być wydedukowana z innych relacji, które są całkiem od niej różne”³.

Powszechnie przyjmowana interpretacja słów Hume’a polega na tym, że z przesłanek dotyczących faktów nie jest możliwe wyprowadzenie wniosku rozstrzygającego o powinności⁴. Samo sformułowanie „Gilotyna Hume’a” pochodzi z artykułu M. Blacka pt. *The Gap between „Is” and „Should”*⁵. O jakie jednak wyprowadzenie wniosku mogło chodzić szkockiemu filozofowi? Jest to sporna kwestia, bo jak wskazuje C. Pidgeon: „Mógł [Hume – przypis autora] mieć na myśli to, że nie da się uzyskać wniosków dotyczących moralności z przesłanek nieposługujących się wyrażeniami ze sfery moralności w poprawny logicznie sposób”⁶. Znaczenie słów Hume’a odnosiłoby się do poprawnych reguł wnioskowania logicznego. Zdaniem W. Załuskiego takie ujęcie jest logicznym truizmem⁷. Ta opinia wydaje się słuszna; zdrowy rozsądek uznaje za oczywisty brak poprawności rozumowania typu:

(1) Trawa wiosną jest zielona.

więc Nie powinno się wiosną chodzić po trawie.

lub też:

(1) Prawie każdy dorosły ma samochód.

(2) Niektóre samochody są wadliwe.

więc

(3) Ruch samochodowy powinien zostać zakazany.

Są to przykładowe wnioskowania, których niepoprawność wskazuje Gilotyna Hume’a. W przesłankach znajdują się zdania opisowe (mówiące, co jest), zaś wniosek jest

³D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, t.II, Warszawa 1963, s. 258-259.

⁴R. Cohon, *Hume's Moral Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/> (last access: 30.01.2016).

⁵M. Black, *The Gap Between “Is” and “Should”*, *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 2 (Apr., 1964), s. 166.

⁶C. Pidgeon, *Hume on Is and Ought*, *Philosophy Now*, 2011, vol. 83, p. 56.

⁷W. Załuski, *Błąd naturalistyczny (The Naturalistic Fallacy)*, [in:] *Studia z Filozofii Prawa*, Vol. II (Studies in the Philosophy of Law, Vol. II), Krakow 2003, s. 119.

zdaniem normatywnym (mówiącym, co być powinno). Zauważenie tego, że wniosek nie wypływa logicznie z przesłanek jest trywialne i mogłoby skłaniać do wniosku, że cały dylemat zauważony przez Hume'a jest problemem rzekomym i nic niewnoszącym do wiedzy o świecie. Może jednak szkocki filozof miał na myśli to, że bardzo często można spotkać się z wnioskowaniami, gdzie nie wszystkie przesłanki są jasno wskazane. W konsekwencji autor rozumowania, nie licząc się z potrzebą ich przedstawiania, dochodzi do wniosku, jaki uznaje za w pełni logicznie uzasadniony. Z drugiej strony czytelnicy i komentatorzy zdają się nie podzielać pewności co do wynikania rozstrzygnięcia z racji dostrzegania brakujących przesłanek, a co za tym idzie – braku pełnego uzasadnienia. Chodziłoby więc o odkrywanie tzw. przesłanek entymematycznych w rozumowaniach logicznych. Zilustruję to przykładem:

(1) Jędrzej jest człowiekiem.

A zatem

(2) Życie Jędrzeja powinno być chronione.

Na pierwszy rzut oka nie sposób odmówić poprawności takiego rozumowania. Jednakże z logicznego punktu widzenia powyższy wniosek nie wypływa z przesłanek w dokładnie takim samym stopniu, jak chociażby zakaz chodzenia po trawie wiosną nie wypływa z koloru trawy w podawanym przede mnie wcześniej przykładzie. Znowu bowiem z tego, co jest (człowiek), wyprowadzany jest wniosek o tym, co być powinno (życie powinno być chronione).

Ażeby takie rozumowanie uznać za zasadne, należy odkryć ukrytą przesłankę, która najpewniej każdemu wydaje się oczywista i niewymagająca przedstawiania. Poprawne rozumowanie brzmi więc:

(1) Jędrzej jest człowiekiem.

(2) Życie ludzkie powinno być chronione. A zatem

Życie Jędrzeja powinno być chronione.

(3)

(4) Jeśli ująć słowa Hume'a z *Traktatu o naturze ludzkiej* jako o swego rodzaju skupienie autorskie, mające na celu ujawniać wszelkie przesłanki rozumowań lub też odkrywać w dziełach innych brakujące, problem przejścia z bytu do powinności redukuje się do problemu unaocznienia wszystkich zdań, z jakich wyprowadzane są

wnioski. Również taka interpretacja zdaje się być trywialna, zwłaszcza tam, gdzie przesłanki ukryte są z racji ich powszechnej akceptowalności, jak w przykładzie o ochronie życia Jędrzeja. Taka wizja miałaby sens przy zmieniających się założeniach moralnych i sporach między różnymi nurtami etyki. W. Załuski proponuje inną, w jego opinii niebędącą truizmem, interpretację Hume'a. Pisze: „W istocie jednak Hume chce wyrazić myśl głębszą – iż nie można przez odwołanie się do doświadczenia empirycznie sfalsyfikować norm i ocen”⁸. A zatem na podstawie wiedzy o świecie nie jesteśmy w stanie odmówić ważności jakiejś normie postępowania i w ten sposób doprowadzić do jej swoistej „derogacji”. Dodałbym do tego sformułowania niewątpliwie inspirowanego Popperowskim falsyfikacjonizmem: że w takiej samej mierze żadna znajomość rzeczywistości nie jest w stanie uzasadnić jakiegokolwiek reguły zachowania (jest to literalna i pierwsza interpretacja tez Hume'a).

Warto nadmienić, że twierdzenia Hume'a o problemie przejścia z bytu do powinności nie pozostały jedynie w nurcie myśli anglosaskiej, lecz zostały szybko przeniesione na grunt ogólnej filozofii; zdaje się, że głównie dzięki zainspirowanemu poglądomi szkockiego filozofa Immanuelowi Kantowi. I tak np. na gruncie niemieckiej filozofii prawa Gustaw Radbruch na pierwszych stronach swojej *Filozofii Prawa* z 1932 wskazuje: „Filozofia Kanta nauczyła nas o niemożliwości wnioskowania z tego co *jest* o tym, co *być powinno* – jako *ślusne i wartościowe*”⁹. Podobną myśl, choć kładącą nacisk na aspekt normatywności i jej źródeł, wypowiedział również Georg Jellinek: „Jak to możliwe, aby z faktu wypływała norma, a z prawodawczej woli państwa lub społeczeństwa wypływał obowiązek prawny, skoro wydaje się, że połączenie woli z władzą rodzić może co najwyżej przymus, nigdy zaś powinność?”¹⁰. Niemiecka filozofia prawa jest jasnym przykładem aplikacji tez Hume'a i ich znaczenia w metodologii teorii prawa. Skrajnym poglądem jest normatywizm Hansa Kelsena, gdzie całe prawo leży po stronie powinności (*Sollen*)¹¹, a radykalna niechęć do legitymizacji prawa przez jakiegokolwiek odniesienie do sfery bytu (*Sein*) prowadzi Kelsena do przyjęcia normy podstawowej – *Grundnorm*. Nie jest do końca jasne, co Kelsen miał na myśli, pisząc o *Grundnorm*. Życzliwsza interpretacja skłania się ku uznaniu jej za warunek transcendentálny, umożliwiający prawnicze poznanie oraz czystą

⁸*Ibidem*, s. 119.

⁹G. Radbruch, *Filozofia Prawa*, Warszawa 2012, s. 13.

¹⁰G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, wyd. 3 – 1914, s. 337.; cyt. za G. Radbruch, *Filozofia Prawa*, Warszawa 2012, s. 85.

¹¹B. Brożek, *Normatywność Prawa*, Warszawa 2012, s. 85

naukę prawa. Silne są jednak głosy wskazujące na fikcyjność normy podstawowej, sfingowanej, aby Kelsenowski system separacji bytu i powinności mógł się utrzymać¹².

3. *Koncepcja Praw Człowieka*

Pragnę przejść teraz do zilustrowania koncepcji praw człowieka, aby następnie móc spojrzeć na nią w świetle Gilotyny Hume'a. Anglosaska *Międzynarodowa encyklopedia prawa publicznego* stwierdza, że prawami człowieka są „te wolności, środki ochrony oraz świadczenia, których respektowania właśnie jako praw, zgodnie ze współcześnie akceptowanymi wolnościami, wszyscy ludzie powinni móc domagać się od społeczeństwa, w którym żyją”¹³. Z kolei *Encyklopedia filozofii Stanforda* podaje, że „prawa człowieka są normami, które pomagają chronić każdego człowieka w jakimkolwiek położeniu przed dotkliwymi politycznymi, prawnymi, społecznymi nadużyciami”¹⁴. Warto szczególnie podkreślić, że prawa człowieka nadają uprawnienia w prawnym rozumieniu tego pojęcia, tzn. uprawniona jednostka (z definicji każdy człowiek) ma możliwość żądania określonego zachowania (zaniechania, znoszenia lub działania) w stosunku do adresata swojego prawa (państwa, innej jednostki). Innymi słowy prawa człowieka nakładają obowiązki prawne. Jest to niezbędne do uznania ich za normy nie jedynie w moralnym, lecz także prawnym sensie¹⁵.

Niewątpliwie kluczowym zagadnieniem jest sposób, w jaki normy praw człowieka istnieją i obowiązują. Oczywiście katalog praw człowieka jest wyrażony w Konstytucjach wielu współczesnych państw czy w międzynarodowych konwencjach. W tym świetle podstawa prawna jest dość jasna. Niemniej zatrzymanie się na tym etapie wydaje się sprzeczne z istotą praw człowieka. Mają one przecież chronić każdą jednostkę ludzką w jakimkolwiek położeniu. Gdyby więc jakieś państwo nie było stroną międzynarodowej konwencji lub też nie zawarłoby w swoim systemie prawnym katalogu praw i wolności lub mechanizmu ich realnej ochrony, skutkowałoby to brakiem obowiązywania praw człowieka wśród osób znajdujących się pod jurysdykcją tego państwa. Na taką wizję trudno się zgodzić; jej rezultatem byłoby zaprzeczenie całej doktryny praw człowieka – jako uniwersalnych praw przynależnych każdemu człowiekowi jedynie z powodu przynależności

¹²*Ibidem*; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia Prawa XIX I XX wieku*, Kraków, 1999, s. 45-46.

¹³*Encyclopedia of Public International Law*, vol 8, Human Rights and the Individual in International Law, International Economics Relations, Amsterdam–New York–Oxford 1985, s. 268.

¹⁴J. Nickel, *Human Rights*, Edward N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/> (dostęp: 30.01.2016).

¹⁵por. rozważania H. Harta o prawach naturalnych, które z racji swego znacznego podobieństwa do praw człowieka mogą zostać zaaplikowane – H. Hart, *Are there any natural rights?*, „*Philosophical Review*” 1955, vol. 64, nr 2, s. 179.

do gatunku *homo sapiens*. Z tego też względu normy praw człowieka nie mogą być rozumiane jako normy jedynie prawa pozytywnego. Niezbędne jest poszukiwanie ich dalszych podstaw.

Inną wizją ugruntowania mocy obowiązującej praw człowieka jest stwierdzenie, że są one częścią aktualnej ludzkiej moralności. Gdyby okazało się, że każdy system moralności zakazuje umyślnego pozbawiania życia, byłby to silny argument za przyjęciem ogólnego prawa do życia. Wskazuje się jednak, że takie ujęcie stwarzałoby znaczne trudności. Po pierwsze, raczej nie istnieje ogólna zgodność w ocenie moralnych treści praw człowieka; po drugie, umowy międzynarodowe dotyczące tychże praw zmieniają istniejące i dotyczące ich normy, a nie jedynie opisują pewien ogólny moralny konsensus¹⁶. Z drugiej strony teoria prawa zna kategorie norm prawnych zwanych zasadami (ang. *standards*), których charakter jest odmienny od najczęściej spotykanych w prawie norm (ang. *rules*). Zasady mogą być spełnione w różnym stopniu (normy mogą być albo spełnione, albo niespełnione) oraz w razie konfliktu między sobą mogą być „ważone”, tzn. możliwe jest określanie różnego zakresu ich zastosowania w konkretnym przypadku. Wobec tego dopuszczalne byłoby spojrzenie na normy praw człowieka jako na zasady prawne, których źródłem jest ludzka moralność. Rozbieżności co do ocen moralnych nie stanowiłyby problemu właśnie z racji obowiązywania praw człowieka jako zasad, nie zaś jako zwykłych norm prawnych.

Kolejnym fundamentem dla praw człowieka może być samo pojęcie człowieczeństwa (natury człowieka). Skoro prawa człowieka mają chronić podstawowe jego wolności, umożliwiające mu autonomiczny rozwój wedle własnych preferencji, o którym jednostka sama decyduje za pomocą wolnej woli i rozumu, to chronią one coś, co powszechnie uznawane jest za tzw. naturę człowieka. Jeśli więc ją chronią, to znaczy, że wypływają z niej i są nieodłącznym jej elementem. Taka wizja jest bliska doktrynie prawnonaturalnej, gdzie wskazuje się, że „prawo naturalne jest to rzeczywiste i konkretne prawo, wynikające z faktu, że istnieją rzeczy, które przysługują rzeczywistemu i konkretnemu człowiekowi przed pozostałymi rzeczywistymi i konkretnymi ludźmi na mocy jego statusu człowieka”¹⁷. Fundament praw człowieka upatrywany w naturze ludzkiej radzi sobie z problemem ich wyrażenia jedynie w aktach normatywnych – będzie to bowiem w tej perspektywie jasne uznanie przez państwa stosownych norm, bez jednakże wykluczania tych niewymienionych z katalogu praw człowieka. Można stwierdzić, że nie zostały one w pełni odkryte, co jednakże nie odmawia im mocy obowiązującej. Ponadto przewyciężono problem rozbieżności systemów moralnych – niektórym można odmówić respektowania

¹⁶J. Nickel, *Human Rights...*

¹⁷J. Herveda, *Historia prawa naturalnego*, Kraków 2013, s. 8.

natury człowieka (np. takim, wedle których pewnym jednostkom odmawia się przymiotu bycia człowiekiem z racji cech rasowych czy pochodzenia etnicznego), co sprawia, że prawa człowieka cały czas obowiązują, nawet jeśli są łamane lub wręcz nieuznawane.

Koncepcja prawnonaturalna zdaje się jednakże nie radzić sobie z silnie zauważalnymi różnicami w zakresie obowiązywania praw człowieka, zarówno na przestrzeni dziejów, jak i w zależności od miejsca, czyli państwa. Trudno jest w jej ramach uzasadnić, dlaczego jeszcze 200 lat temu niewolnictwo było prawie powszechnie akceptowane i dozwolone przez wiele porządków prawnych, dziś zaś uważane jest za naruszenie istoty natury człowieka. Dodatkowo nawet w dzisiejszych zachodnich społeczeństwach (specjalnie zawężam problem do jednego grona kulturowego) te same kwestie społeczno-prawne wzbudzają odmienne oceny i prowadzą do przyjęcia przeciwstawnych sobie regulacji prawnych. Można tu wymienić chociażby sprawę małżeństw homoseksualnych, aborcji, lecz także wyważenia konfliktu między wolnością artystyczną a uczuciami religijnymi czy też prywatnością a bezpieczeństwem państwa. Odpowiedzią prawnonaturalistów na aspekt zmienności historycznej byłoby stwierdzenie, że realnie istniejące prawa człowieka są przez nas odkrywane, co jest możliwe w momencie osiągnięcia przez ludzkość odpowiedniego rozwoju gospodarczego i mentalnego (w epoce kamienia łupanego nie mogło być mowy o prawie do edukacji). W stosunku do różnic geograficznych wydaje się, że prawo naturalne musi wykluczyć któreś ze sprzecznych rozwiązań – nie mogą przecież obowiązywać dwie sprzeczne ze sobą normy.

Z takimi problemami radzą sobie mniej znane, ale godne uwagi próby teoretycznego spojrzenia na prawa człowieka. Po pierwsze, za filozofią języka i filozofią analityczną można stwierdzić, że z racji na istnienie norm praw człowieka w języku, są one jak każde inne pojęcie narażone na otwartą tekstowość i nieostrość¹⁸. W celu jej usunięcia pewnym organom (np. sądom) przydzielona jest władza dyskrecjonalna do orzekania w konkretnym przypadku. Rozbieżności w prawach człowieka będą zatem wynikać z różnych rozstrzygnięć dyskrecjonalnych. Po drugie, zostając po części na płaszczyźnie prawnonaturalnej, normy praw człowieka uznane mogą być za realnie istniejące, lecz epistemicznie nietransparentne. Jeden wspólny nam wszystkim rdzeń moralny jest realny, lecz nasze jego poznanie bywa ograniczone – stąd właśnie spory. Po trzecie, można zauważyć, że prawa człowieka są metafizycznie niehomogeniczne. W świecie pluralistycznych wartości, wchodzących ze sobą w różnorakie konflikty i inferencje, pojęcie praw człowieka jest swoistą etykietą dla skomplikowanego zbioru wartości-norm¹⁹.

¹⁸F. Waismann, *Verifiability*, 1945, s. 2.

¹⁹E. Mason, Value Pluralism, [w:] E. Zalta (red.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/value-pluralism/> (dostęp 10.06.2016).

4. *Prawa człowieka a Gilotyna Hume'a*

Spójrzmy na te rozważania z punktu widzenia Gilotyny Hume'a. Mamy bowiem pewne zdania powinnościowe (jak np. Każdy człowiek powinien mieć możliwość ochrony swoich praw) oraz zdania opisowe (np. Istnieje natura człowieka). Postaram się pokazać, jak mogłoby wyglądać wnioskowanie uzasadniające prawa człowieka:

- (1) Człowiek ma swoją naturę.
- (2) Wszyscy ludzie są sobie równi.
a zatem
- (3) Każdy człowiek powinien mieć możliwość jej ochrony za pomocą praw człowieka.

Takie rozumowanie popada w błąd braku logicznego przejścia z bytu do powinności. Przesłanki są opisowe, wniosek zaś normatywny. A zatem wniosek nie wypływa logicznie z przesłanek. Czy więc koncepcja praw człowieka jest logicznie bezzasadna? Warto przed odpowiedzią na to pytanie zastanowić się, czy w powyższym rozumowaniu nie ma pewnych entymematycznych przesłanek, które są powszechnie przyjmowane, a przez to niewłączane do wnioskowań. Schemat dedukcyjny byłby prawidłowy, gdyby istniała przesłanka – (x) natura człowieka powinna być chroniona. Spójrzmy:

- (1) Człowiek ma swoją naturę.
- (2) Wszyscy ludzie są sobie równi.
- (3) Natura człowieka powinna być chroniona.
a zatem
- (4) Każdy człowiek powinien mieć możliwość jej ochrony za pomocą praw człowieka.

Czy jednak taka przesłanka jest rzeczywiście powszechnie akceptowana? Z jakiej racji natura człowieka ma być chroniona? Samo pytanie odnosi nas do pojęcia natury ludzkiej, która na przestrzeni dziejów widziana była w różnym świetle. Proste przyjęcie za M. Lutrem bądź A. Schopenhauerem, że człowiek jest z natury zły, prowadzi nas do odrzucenia brakującej przesłanki; nikt przecież nie chciałby chronić tego, co jest z natury złe. Z drugiej strony istnieją filozofowie przyjmujący, że człowiek z natury jest dobry (F. Hayek, J. Locke, J. J. Rousseau)²⁰. Oczywistym wnioskiem w takim przypadku jest więc wola ochrony natury człowieka. Warto wszelako podkreślić, że taki wniosek będzie poprawny, gdy jasno wyrazimy przesłankę normatywną: „Należy chronić to, co dobre”.

Uwidacznia się jednak pewna ważna kwestia – pojęcie natury ludzkiej jest sporne. Owa sporność dotyczy tego, czym jest natura ludzka (sporność w sensie metafizycznym), jak możemy ją poznać (sporność w sensie epistemicznym) oraz jak możemy wyrazić ją w

²⁰W. Załuski, *Ewolucyjna Filozofia Prawa*, Warszawa 2009, s. 37.

języku (sporność w sensie lingwistycznym). Ciężko przyjąć wiarygodny wniosek o powinności ochrony natury człowieka, w sytuacji gdy ocena tejże natury rodzi szerokie kontrowersje. Wydaje się, że nie zgodzilibyśmy się na to, by obiektywnie istniejące i uniwersalne prawa człowieka miałyby być oparte jedynie o naszą ocenę, w której stwierdzamy, że natura ludzka jest dobra. Co więcej, chcąc jasno określić, czym jest to dobro w naturze człowieka, najpewniej zaczęto by je opisywać za pomocą pewnych zwrotów (jak np. dobre w naturze człowieka są te predyspozycje, które mogą prowadzić do wzrostu szczęścia tej jednostki lub innych), co prowadzi do drugiego wielkiego problemu na pograniczu bytu oraz powinności, czyli błędu naturalistycznego zidentyfikowanego przez G. E. Moore'a, polegającego na utożsamieniu dobra z jakimkolwiek innym pojęciem²¹. Wydaje się wobec tego, że w trakcie próby znalezienia fundamentu dla praw człowieka, jesteśmy skazani bądź na Gilotynę Hume'a, chcąc uzasadnić proste wypływanie praw człowieka z natury ludzkiej, bądź na uwikłanie w dywagacje etyczne dotyczące tego zagadnienia, co będzie z kolei prowadziło do oparcia koncepcji praw człowieka jedynie na pewnej ocenie lub nawet na popadnięciu w błąd naturalistyczny.

W tym miejscu warto pokazać spostrzeżenia cytowanego już M. Blacka, zawarte w artykule *The Gap Between Is and Should*²². Black podaje kontrprzykłady wskazujące na wynikanie zdań powinnościowych ze zdań opisowych. Jeden z nich jest następujący:

- (1) Fisher chce dać mata Botwinnikowi.
- (2) Jedynym sposobem by dać mata Botwinnikowi jest wykonać ruch Królową.
- (3) Zatem Fisher powinien wykonać ruch Królową²³.

Kilka zastrzeżeń jest niezbędnych do uznania poprawności powyższego rozumowania. Po pierwsze, jak wskazuje Black za G. E. M. Anscombe, pierwsza przesłanka dotycząca pragnienia Fishera musi mówić o aktywnej chęci popartej podejmowaniem konkretnych działań zmierzających do celu, nie zaś jedynie na mentalnym stanie ulotnego pragnienia czy ogólnej aspiracji²⁴. Po drugie, Black odrzuca interpretację konkluzji jako należącej do sfery faktów. Podany kontrprzykład wskazuje na istnienie logicznego przejścia między bytem (przesłanki 1 i 2) a powinnością (wniosek). Jednakże Black odrzuca poprawność rozumowania z jeszcze innego względu. Twierdzi on, że wypowiedzenie zdania „Fisher powinien wykonać ruch Królową” stanowi przykład performatywnego użycia języka – jest ono zarazem aktywnym działaniem poprzez język, polegającym na daniu Fisherowi rady co do jego ruchu. Ktoś wypowiadający takie zdanie nie stwierdzi jedynie

²¹G.E. Moore, *Zasady etyki*, Warszawa 1919, s. 127.

²²M. Black, *The Gap Between....*

²³*Ibidem*, s. 169.

²⁴*Ibidem*; G. E. M. Anscombe, *Intention*, Oxford 1957, s. 67.

jego wynikania logicznego z przesłanek, lecz będzie musiał również nakłonić, zachęcić, poradzić Fisherowi wykonanie takiego ruchu. Black uzasadnia takie ujęcie w następujący sposób: ktoś akceptujący przesłanki, a co za tym idzie również wniosek (wynika on dedukcyjnie z przesłanek), wciąż będzie w pełni uprawniony do tego, by nie wypowiedzieć owego wniosku²⁵. Nie każdy bowiem może być lub czuć się uprawnionym do udzielania takich rad. A zatem brak akceptacji dla konkluzji będzie w pełni uzasadniony, pomimo jej logicznego wynikania z przesłanek.

Korzystając z ujęcia Blacka, można przeformułować wnioskowanie dotyczące natury ludzkiej i praw człowieka w następujący sposób:

- (1) Człowiek ma swoją naturę.
- (2) Wszyscy ludzie chcą być sobie równi (zmiana: są równi>chcą być równi).
- (3) Sposobem dla ochrony natury ludzkiej jest uznanie praw człowieka .

zatem

- (4) Każdy człowiek powinien mieć możliwość ochrony swojej natury za pomocą praw człowieka.

Sądzę, że dwie rzeczy wymagają uwagi. Po pierwsze, druga przesłanka mówiąca o pragnieniu bycia równym wydaje się mocno kontrowersyjna. Skoro ludzie chcą być sobie równi, to znaczy, że nie są. Gdyby już byli równi, to nie mieliby czego pragnąć. A to stoi w sprzeczności z fundamentem praw człowieka – przyrodzoną równością każdego człowieka oraz ich uniwersalnością. Po drugie, nawet gdyby ktoś był w stanie uargumentować prawdziwość drugiej przesłanki, to wniosek stanowiłby performatywne użycie języka. Stąd jakkolwiek możliwe, że wynikający logicznie, nie uzasadniałby w sposób konieczny (dedukcyjny) stwierdzenia, że „każdy człowiek powinien mieć możliwość ochrony swojej natury za pomocą praw człowieka”. Byłoby to performatywne użycie języka, wymagające ponadto pewnej charakterystycznej cechy wypowiadającego uprawnającego go do podjęcia takiego działania poprzez akt mowy (np. jego obowiązku, autorytetu, chęci udzielenia rady). Samo logiczne wynikanie nie byłoby wystarczającą podstawą dla takiej wypowiedzi.

5. Prawa człowieka w Konstytucji RP i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka

W tym miejscu postaram się zanalizować przepisy Konstytucji oraz Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i spojrzeć na nie z teoretycznej strony w celu pokazania, jak jest w nich rozumiana podstawa istnienia praw człowieka. Oczywiście, jak wskazałem wyżej, normy praw człowieka nie są normami prawa pozytywnego, niemniej uważam za godne uwagi spojrzenie na to, co przepisy prawa mogą powiedzieć w tej kwestii.

²⁵M. Black, *The Gap Between...*, s. 178.

Warto podkreślić, że fundamentem dla praw człowieka wyrażonym w najwyższych aktach normatywnych jest pojęcie godności. I tak np. art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”²⁶. Podobne zapisy można znaleźć w wielu ustawach zasadniczych. Z kolei Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 roku stwierdza w preambule: „Zważywszy, że uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju świata”²⁷. Natomiast art. 1 stanowi: „Wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi pod względem swojej godności i swych praw”²⁸. Warto nadmienić, że pomimo faktu, że Deklaracja uchwalana była jedynie jako niewiążąca rezolucja, to powszechnie przyjmuje się, że ma ona wiążącą moc na gruncie prawa międzynarodowego jako zwyczaj międzynarodowy²⁹.

Postaram się na bazie tych dwóch aktów prawnych zrekonstruować podstawy dla praw człowieka, jakie są w nich wyrażone. Na ich gruncie podstawą praw człowieka jest ludzka godność. Jako przyrodzona, nie zaś nadana, musi być ona oczywiście również uniwersalna, tj. przynależna każdemu człowiekowi w całkowicie równym stopniu. Dalej, jest ona źródłem wszystkich praw człowieka. Czym jednak owa godność faktycznie jest? Koncepcje polskich konstytucjonalistów są wyjątkowo nikłe, w komentarzach do art. 30 znaleźć można raczej wykładnię tego przepisu z punktu widzenia jej przydatności dla badania przez Trybunał Konstytucyjny zgodności aktów normatywnych z Konstytucją. Sam Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „ustrojodawca nadał godności człowieka znaczenie konstytucyjne, czyniąc z niej płaszczyznę odniesienia dla systemu wartości, wokół którego zbudowano Konstytucję, a zarazem fundament całego porządku prawnego w Państwie. [...] Godność zatem nie może być rozumiana jako cecha czy zespół praw nadanych przez państwo. Jest ona bowiem w stosunku do państwa pierwotna, w konsekwencji czego zarówno ustawodawca, jak i organy stosujące prawo muszą respektować treści zawarte w pojęciu godności, przysługującej każdemu człowiekowi”³⁰. Warte uwypuklenia jest jasne wyrażenie przez Trybunał całkowitej pierwotności godności w stosunku do państwa, co jednak jest trywialne z punktu widzenia brzmienia art. 30 Konstytucji oraz Powszechnej

²⁶Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 2009 r. nr 114, poz. 946.

²⁷Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Paryż, 1948.

²⁸*Ibidem*.

²⁹J. P. Humphrey, *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character*, [in:] B. G. Ramcharan (red), *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, 1979, pp. 21, 37.

³⁰Wyrok TK z dnia 4 kwietnia 2001 r., sygn. K. 11/2000, LexisNexis nr 351639 (OTK 2001, nr 3, poz. 54).

Deklaracji Praw Człowieka. Ani Trybunał Konstytucyjny, ani doktryna nie pomagają w wyjaśnieniu pojęcia godności, która stanowi źródło dla praw człowieka.

Pojawiają się interpretacje wskazujące, że godność jest najwyższym prawem przysługującym jednostce³¹. Z tego prawa zatem wypływałyby pozostałe prawa człowieka. Bez wątplenia takie ujęcie umożliwia ominięcie problemu Gilotyny Hume'a (godność jest w tym wypadku przesłanką normatywną, o brzmieniu: godność każdego człowieka, jako jego najwyższe prawo powinna być chroniona). Jednakże można zadać proste pytanie: co jest podstawą i źródłem godności? Zapewne odpowiedzią będzie natura człowieka, co sprawia, że znów otrzymujemy ten sam problem dotyczący fundamentu praw człowieka; różnica polega jedynie na dodaniu kolejnych przesłanek. Ponadto godność w takim rozumieniu jest raczej prawem do godności (skoro jest najwyższym prawem człowieka), co wydaje się sprzeczne z intuicjami etycznymi – skoro godność jest tylko prawem, to można być tego prawa pozbawionym, przynajmniej w sensie faktycznym, czyli już owej godności nie posiadać.

Możliwe byłoby upatrywanie godności w sferze bytu (przesłanek opisowych). Trudności z takim ujęciem byłyby następujące: po pierwsze, jak pogodzić to z faktem, że Trybunał Konstytucyjny i sądy międzynarodowe stwierdzają naruszenie godności, w rozumieniu prawa do godności? Proste przyjęcie, że godność w sensie metafizycznym, jako rdzeń natury ludzkiej, prowadzi do prawa do godności, które to prawo jest źródłem innych praw człowieka i wolności, sprowadza podane rozumowanie do omawianego wcześniej uwikłania etycznego lub popadania w błąd naturalistyczny. Z drugiej strony taka właśnie teza jest raczej zgodna z powszechnymi intuicjami etycznymi.

6. Znaturalizowana wizja natury ludzkiej

W tym rozdziale chciałbym przedstawić rozwiązanie omawianego dylematu, jakie może być udzielone przez wykorzystanie twierdzeń nauki, zwłaszcza psychologii ewolucyjnej. Od ukazania się w 1969 r. nowego spojrzenia W. V. O. Quine'a w artykule *Epistemology Naturalized*, coraz silniej wybrzmiewa postulat naturalizacji filozofii, tzn. oparcia jej o odkrycia i stan wiedzy nauk naturalnych (ściślych – matematyczno-

³¹Przykładowo: K. Complak, Komentarz do art.30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2014: „pisząc w uzasadnieniu do wyroku z 23 czerwca 2009 r., K. 54/2007, LexisNexis nr 2044637 (OTK-A 2009, nr 6, poz. 86) o działalności operacyjnej Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Trybunał Konstytucyjny zauważył, że dozwolone jest nawet «głębokie» wkroczenie w sferę prawa do prywatności, pod warunkiem że nie doprowadza ono do naruszenia godności ludzkiej. Jeśliby się starać zrozumieć treść tej wypowiedzi, można by powiedzieć, że godność jest tutaj kwalifikowaną odmianą prywatności.”

przyrodniczych)³². Jest to naturalizacja w sensie metodologicznym. Istnieje również naturalizm w sensie ontologicznym³³, ale omówienie go nie jest niezbędne dla potrzeb tego artykułu. Jednym z celów naturalizacji jest danie jasnych naukowych podstaw w stosunku do różnorodnych dziedzin myśli humanistycznych i społecznych³⁴. Pojęciem natury ludzkiej w tak ujmowanym naukowym rozumieniu zajmuje się m.in. psychologia ewolucyjna. Dzięki jej dokonaniom możliwa jest odpowiedź na pytanie o cechy natury człowieka, wbrew tzw. Standardowemu Modelowi Nauk Społecznych, wedle którego ludzki umysł jest czystą kartą mogącą być w dowolny sposób kształtowaną przez kulturę, środowisko etc.³⁵ Zatem istnieją pewne mechanizmy myślenia i zachowania, z jakimi rodzi się każdy człowiek. Wielu z nich dowodzi psychologia ewolucyjna. Spośród nich, stawiając pytanie o znaturalizowaną wizję natury ludzkiej, profesor Załuski w swojej pracy *Ewolucyjna Filozofia Prawa* wyróżnia dwa aspekty rzutujące na naturę człowieka: dominujący moralny motyw działania oraz dominujący sposób działania³⁶. Pytanie o dominujący moralny motyw ma dać odpowiedź na pytanie, czy ludzie postępują altruistycznie, egoistycznie, czy też złośliwie; innymi słowy, czy są z natury dobrzy, neutralni, czy też źli. Z kolei pytanie o dominujący sposób działań dotyczy tego, czy ludzie zachowują się zgodnie z ekonomiczną zasadą użyteczności (tzw. *homo economicus*), a zatem czy w obliczu możliwości wyboru między różnymi dobrami wybierają zawsze wariant najbardziej dla nich korzystny. Profesor Załuski w zależności od hipotetycznej odpowiedzi na dwa przedstawione zagadnienia, formułuje cztery wizje ludzkiej natury: skrajnie optymistyczną, umiarkowanie optymistyczną, umiarkowanie pesymistyczną oraz skrajnie pesymistyczną³⁷. Odnosząc się do pierwszego pytania, psychologia ewolucyjna stwierdza, że ludzie są wąsko altruistyczni, tzn. wykazują altruistyczne zachowania względem krewnych oraz osób, z którymi pozostają w relacjach społecznej wymiany³⁸. Nie są natomiast czysto altruistyczni, tj. nie wykazują

³²W.V.O. Quine, *Epistemology Naturalized*, [w:] W.V.O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays*, New York 1969.

³³D. Papineau, *Naturalism*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2009 Edition), red. E.N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/naturalism/>.

³⁴Jeśli chodzi o naturalizację prawa, por. B. Brożek, O naturalizacji prawa, https://www.academia.edu/19955761/O_naturalizacji_prawa (dostęp 10.06.2016) oraz B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford 2007.

³⁵J. Toby, L. Cosmides, *The Psychological Foundations of Culture*, [w:] J.H. Batkow, L. Cosmides, J. Toby (red.), *The Adapted Mind Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, Oxford, 1992, s. 19.

³⁶W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 35.

³⁷*Ibidem*, s. 36.

³⁸R. Joyce, *The Evolution of Morality*, Cambridge 2006, s. 13-19.

przedkładania swojego interesu ponad interes każdej napotkanej jednostki. Tak więc zasadniczym motywem naszych zachowań jest altruizm wyrażany wobec bliskich osób. Nie jest nim ani złośliwość, ani egoizm. Odpowiadając na drugie z ww. pytań – ludzie są niedoskonale roztropni³⁹, tzn. w wielu sytuacjach nie wybiorą wariantu dającego najwięcej dobra, np. zadowolą się mniejszą wartością teraz niż większą za jakiś czas; dwukrotnie większą wagę przywiązują do tego samego dobra, gdy je posiadają, niż gdy nie są w jego posiadaniu etc. Twierdzenia naukowe przytoczone wyżej wskazują na umiarkowanie optymistyczną wizję natury człowieka⁴⁰. Jest on bowiem co do zasady altruistyczny, lecz tylko w wąskim sensie, oraz niedoskonale roztropny.

Należy mocno podkreślić, że psychologia ewolucyjna, jak każda nauka, wprowadza twierdzenia opisowe, czyli mówiące, jak jest, nie zaś normatywne, czyli stanowiące, jak powinno być. Wobec tego z umiarkowanie optymistycznej wizji natury ludzkiej nie wynika, że powinniśmy zachowywać się altruistycznie jedynie względem krewnych i w relacjach wymiany lub że nie powinniśmy starać się w wyborach o jak największą maksymalizację zysków. Takie rozumowania byłyby szkolnym przykładem popadnięcia w błąd wnioskowania z bytu do powinności.

7. Psychologia ewolucyjna a podstawa istnienia praw człowieka

W kontekście prawnym profesor Załuski twierdzi, że prawo jest bytem emergentnym w stosunku do naszych zdolności kooperatywnych⁴¹. Emergentność oznacza, że pewien byt wyłania się (jest nabudowany) na pewnym innym bycie, jednakże nie może zostać do niego zredukowany. Chodzi tu o redukcję w sensie metafizycznym, gdzie jedne pojęcia zostają realnie zastąpione innymi. Ponadto nie jest możliwa zmiana w bycie wyższym, bez zmiany w leżącym u jego podstaw bycie niższego rzędu⁴². A zatem prawo wypływa z ludzkich zdolności do współpracy, choć nie jest do nich redukowalne. Nasuwa to na myśl, że prawo wykształciło się na bazie pewnej faktycznej cechy do podejmowania zachowań kooperatywnych, lecz nie może dać się zredukować jedynie do tego aspektu, gdyż zostało ponadto intencjonalnie podniesione na wyższy poziom i ulepszone w pełni świadomy sposób; a to z racji tego, że człowiek jest również obdarzony inteligencją i zdolnością do abstrakcyjnego myślenia. Taka wizja jest zbieżna z poglądami np. Herberta Harta, który prawo opisywał jako zbiór reguł pierwotnych i wtórnych, tj. norm mówiących o zakazach/

³⁹G. Sartor, *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, Berlin, 2005, s. 43.

⁴⁰W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 121.

⁴¹W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 97.

⁴²S. Blackburn, *Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford 1996, s. 138.

nakazach oraz norm dających kompetencje do zmiany, orzekania i uznawania, które normy są normami prawnymi⁴³. Ewolucyjne ujęcie prawa prowadzi do wniosków, że nie jest możliwe trwałe i stabilne uregulowanie rzeczywistości w sposób sprzeczny z wykształconymi przez nasz gatunek schematami myślenia i modelami zachowań – żadna zmiana w bycie wyższym nie jest bowiem możliwa bez zmiany w bycie niższym. Stąd chociażby komunizm zakazujący istnienia własności prywatnej musiał albo być podtrzymywany za pomocą aparatu opresji, albo upaść jako naruszający nasze naturalne poczucie własności⁴⁴. Ujmując rzecz w ogólności, wszelkie wprowadzanie radykalnych zmian społecznych, jeśli ma na celu przemodelowanie społeczeństwa bez liczenia się z „bagażem ewolucji”, musi zakończyć się niepowodzeniem. Będzie ono polegało na upadku po pewnym czasie zmian wprowadzanych, jako rażąco nieakceptowalnych przez społeczeństwo z racji tego, że naruszyło sferę naturalnych ludzkich skłonności.

8. *Konkluzje*

Powracając do głównego tematu artykułu, warto zastanowić się, w jaki sposób powyższe spostrzeżenia są w stanie pomóc w rozwikłaniu dylematu podstaw praw człowieka. Skoro jednak całe prawo jest bytem emergentnym na naszych zdolnościach kooperatywnych, to w szczególności takim bytem są również prawa człowieka. Prawa człowieka są zatem ugruntowane w obiektywnie istniejącej naturze ludzkiej. Ich negowanie i łamanie dlatego wiązało się z taką awersją zarówno uciskanych, jak i społeczności międzynarodowej, gdyż atakowało pewien wspólny wszystkim ludziom naturalny rdzeń. Warto zwrócić uwagę, że ten rdzeń – rozumiany jako dominujący motyw moralny i sposób działania – jest umiarkowanie optymistyczny. Ludzie nie są źli z natury czy też głupi. Z drugiej strony nie są w ani pełni altruistyczni, ani roztropni.

Wydaje się, że prawa człowieka mogą być w takim ujęciu rozumiane od strony negatywnej: jako zbiór norm stwierdzających, jakie działania nie mogą być podejmowane, ażeby nie naruszyć natury człowieka. Idąc tym tropem, prawo do własności można by przedstawić jako „zakaz ustanawiania praw rażąco naruszających naturalną skłonność do posiadania”, a prawo do życia jako „zakaz ustanawiania możliwości nieuzasadnionego odebrania życia”. Zauważmy, że takie ujęcie dopuszcza wyjątki, np. wywłaszczenia na cel publiczny w interesie ogółu czy też zabójstwo w obronie koniecznej. Warto nadmienić, że zgodna z takim podejściem zdaje się być teza Herberta Harta o wymogu „minimum treści prawa natury”. Wedle Harta system prawny, aby był skuteczny, musi brać pod uwagę pięć zasadniczych cech: ludzką słabość (kruchość egzystencji), przybliżoną równość,

⁴³J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa...*, s. 40.

⁴⁴W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 122.

ograniczony altruizm, ograniczoną ilość dóbr i zasobów oraz ograniczoną siłę woli i zdolność rozumienia⁴⁵. Treść prawa nie musi zatem przybierać określonej treści, choć względy praktyczne będą uzasadniały określone regulacje, z racji natury człowieka oraz otaczającej go rzeczywistości⁴⁶.

Oczywiście, wciąż błędne byłoby budowanie argumentu polegającego na określeniu pewnej natury ludzkiej po stronie bytu, a następnie dowodzeniu wynikania logicznego wniosku o powinności ochrony tejże natury za pomocą np. praw człowieka. Jednakże taki argument jest niepoprawny jedynie na poziomie logicznym. To, że wniosek nie wynika logicznie z przesłanek, nie odbiera mu charakteru słusznego na zasadzie racjonalnej akceptacji. W pełni aprobujący metodologiczny dualizm (czyli inne metody wnioskowań po stronie bytu, inne po stronie powinności oraz brak logicznego przejścia między tymi dwiema sferami) Gustaw Radbruch pisał: „Niewyprowadzalność wartości z bytu odnosi się jednak wyłącznie do ich relacji logicznej, nie zaś przyczynowej. Stanowisko dualizmu metodologicznego nie zakłada bowiem, że sądy wartościujące [również normatywne – przypis autora] i oceniające wolne są od wszelkiego oddziaływania ze strony faktycznego stanu rzeczy, lecz tylko, że nie da się ich przez ów stan uzasadnić”⁴⁷. Niemiecki filozof prawa wypowiada zatem tezę świadczącą o braku możliwości abstrahowania od rzeczywistości empirycznej w budowaniu rozumowań normatywnych. To, co potwierdza, jako neokantysta, za Kantem i Hume’em, to dostrzeżenie braku logicznego przejścia między sferą deskryptywną a normatywną. W kontekście praw człowieka oznacza to, że istnieje może problem w pełnym logicznym ich uzasadnieniu, zwłaszcza za pomocą tradycyjnych metod logiki, w szczegółowych kwestiach związanych z interpretacją pojęcia godności. Jakkolwiek prawa człowieka są bytem emergentnym w stosunku do natury człowieka, co faktycznie uzasadnia ich uznanie oraz przestrzeganie. Jest to zgodne również z tezą Harta o minimum treści prawa natury – z zauważonych przez niego faktów dotyczących człowieka nie wynika w sensie logicznym przyznanie konkretnych uprawnień i roszczeń prawnych, lecz konieczność uwzględnienia ich przy regulowaniu rzeczywistości społecznej.

W oparciu o dotychczasowe osiągnięcia psychologii ewolucyjnej możemy stwierdzić, że pojęcie natury ludzkiej stanowi zbiór cech gatunku ludzkiego rozumianych jako pewne fundamentalne skłonności, motywy czy sposoby działania, które wykształciły się w ciągu setek tysięcy lat w tzw. środowisku ancestralnym. Wobec tego natura człowieka istnieje faktycznie i obiektywnie, choć jej zakres w dotychczasowym ujęciu psychologii

⁴⁵H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994 (wyd. II), s. 192-193.

⁴⁶J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa...*, s. 45.

⁴⁷G. Radbruch, *Filozofia prawa...*, s. 15.

ewolucyjnej nie jest szeroki. Nie jest więc ona pewną ideą czy ogólnym modelem nabudowanym jedynie kulturowo w procesie socjalizacji, lecz realnością. Dodatkowo ocena natury człowieka zdaje się być umiarkowanie optymistyczna⁴⁸, co w podobny – faktyczny, nie zaś logiczny – sposób uzasadnia wartość jej ochrony. Skoro więc to prawa człowieka mają chronić naturę ludzką, ich obowiązywanie jest uzasadnione, choć nie stanowi wyniku logicznego rozumowania dedukcyjnego.

* * *

The problem of the relation of being and obligations and the concept of human rights

Summary: The article concerns relations of being and ought spheres in the point of the concept of human rights. There is analyzed Hume's Guillotine and problems which it implicates to reasoning aiming in the justification of human rights. Different Hume's interpretations are demonstrated along with an attempt of seeking the most appropriate. Next, the author presents various accounts for jurisprudential roots of human rights and problems involved. Concepts of human dignity and human nature are considered. There are discussed constitutional and international grounds of their validity. Thoughts concerning human rights are analyzed in the light of Hume's Guillotine. An attempt to solve arising dilemmas is to naturalize methodologically questions that are posed and to seek the answer in the knowledge of evolutionary psychology. The author takes advantage of evolutionary philosophy of law in order to demonstrate naturalistic fundamentals of human nature and law; then, he focuses on presenting correctness of human rights existence, despite the lack of their logical justification validity.

Key words: human rights, philosophy of law, Hume's Guillotine

⁴⁸W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia...*, s. 121.

Kamil Leśniewski*

Rules of engagement, czyli „snajperska licencja na zabijanie” w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

Streszczenie

Ataki z 11 września 2011 r. zmieniły świat. Dziś jest oczywiste, że nowoczesne operacje militarne wymagają uwzględnienia wielu czynników. Praca koncentruje się na działalności oddziałów snajperskich operujących na terytorium wroga w pryzmacie norm prawa humanitarnego oraz wypracowanych na jego podstawie zasad użycia siły (ROE). Pierwszorzędnym celem zasad użycia siły było zapewnienie wskazówek dopuszczalności jej użycia, zwłaszcza w samoobronie oraz w kontekście dostarczenia narzędzia oceny proporcjonalności i konieczności. Zadaniem niniejszej pracy jest ocena skuteczności zastosowania powyższych zasad (ROE) na współczesnym polu walki pod kątem szczególnych kombatantów – snajperów operujących w terenie zurbanizowanym. Wskazane zostają praktyczne problemy wynikające z faktu nieadekwatności norm prawnych względem celów i metod działania przedmiotowej grupy żołnierzy na współczesnym polu walki. Poszukiwana jest odpowiedź na pytanie o przyszłość snajperów w armiach świata w wypadku dalszego wzrostu formalizmu zasad użycia siły.

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo humanitarne, prawo konfliktów zbrojnych, zasady użycia siły

1. Wprowadzenie

Prawodawstwo jest dziedziną nauki szczególnie narażoną na sezonowość. Rozumieć przez to należy negatywny skutek upływu czasu na efektywne stosowanie tekstu prawnego.

* Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Prawo, by cechować się wysoką skutecznością, powinno być w dużej mierze odzwierciedleniem swoich czasów.

Stwierdzenie powyższe to niestety w dużej mierze tylko postulat *de lege ferenda*. Zasady międzynarodowego prawa humanitarnego nie są w tej kwestii wyjątkiem. Główne dokumenty regulujące tę gałąź prawa uchwalone zostały w początkowych latach „zimnej wojny”. Uważny obserwator bez trudu spostrzeże zmiany, jakie zaszły w geopolitycznym układzie świata od tamtej pory. Zauważy on również, że równoległe diametralnej przemianie uległy zarówno realia pola walki, jak i wyposażenie sił zbrojnych. W ostatnich trzech dekadach można nawet mówić o swoistej rewolucji w tej dziedzinie.

Pomimo zachodzących zmian, reguły prawa humanitarnego w swoich głównych zrębach pozostały jednak niezaktualizowane, choć należy pamiętać o prawotwórczej roli zwyczaju w analizowanej gałęzi prawa. Sytuacja ta powoduje wiele trudności w opracowywaniu – na poziomie zastosowania przez konkretne jednostki (osoby) – zasad użycia siły na potrzeby operacji zbrojnych, zwłaszcza tych, które miały miejsce po 11 września 2001 roku.

2. Międzynarodowe prawo humanitarne a „asymetryczne” konflikty zbrojne

Po zamachach terrorystycznych z początku XXI wieku na świecie zaobserwować można silną wzrostową tendencję działań o charakterze antyterrorystycznym. Na sile przybiera ogromna dynamika zmian pola walki. Coraz mniej widoczne stają się różnice pomiędzy kombatantami a niekombatantami (w myśl międzynarodowego prawa humanitarnego, zwanego w skrócie MPH, kombatanci w trakcie realizacji swoich działań powinni zasadniczo odróżniać się od ludności cywilnej)¹. Szczególnie widoczne było to w Iraku czy Afganistanie², gdzie bardzo często dochodziło do starć, których ofiarami stawali się nie tylko żołnierze, lecz przede wszystkim ludność cywilna. Działo się tak, gdyż operacje zbrojne w tym rejonie charakteryzowały się wysoką asymetrycznością działań³, w których wróg z łatwością wtapiał się w ludność cywilną, prowadząc w efekcie do tzw. aktów wiarołomstwa, zakazanych w MPH⁴.

¹ B. Janusz – Pawletta (red.), *Ochrona ludności cywilnej podczas działań polskich sił zadaniowych w Afganistanie*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2013, s. 26.

² E. Reinhardt, *Innocents in uniform*, <http://www.nytimes.com/2003/03/22/opinion/innocents-in-uniform.html>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

³ D. Stute, *NATO and the problem of asymmetric warfare*, <http://www.dw.de/nato-and-the-problem-of-asymmetric-warfare/a-16119713>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

⁴ M. Marcinko, P. Łubiński, *Wybrane zagadnienia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego*, Szkoła Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej, Kraków 2009.

Żołnierze operujący na tym terenie (Irak, Afganistan) mieli na celu nie tylko dbać o swoje bezpieczeństwo (choć jest to ich priorytet wynikający z tak zwanej zasady samoobrony) oraz o powodzenie operacji, lecz mieli ponadto zapobiegać stratom wśród niekombatantów, których – jak to już wcześniej wspomniano – często nie sposób było odróżnić od kombatantów. W tym miejscu należy zauważyć, że Międzynarodowe Siły Wsparcia Bezpieczeństwa (ISAF) zobowiązane zostały do ograniczenia strat wśród ludności cywilnej oraz do przeglądu swoich taktyk w tym zakresie⁵.

Żołnierze służący w konwencjonalnych oddziałach, jak i operatorzy sił specjalnych, realizując wytyczone im cele, musieli pamiętać, by ich działania były każdorazowo zgodne z literą międzynarodowego prawa humanitarnego. Za każde niezgodne z prawem działanie mogli bowiem zostać pociągnięci do odpowiedzialności karnej⁶, nie mówiąc już o odpowiedzialności dyscyplinarnej. Złamanie obowiązującego prawa mogło również przedwcześnie zakończyć ich dobrze zapowiadającą się karierę wojskową⁷.

W przypadku konfliktów międzynarodowych standardy humanitarnego traktowania ludności cywilnej ujęte zostały w najważniejszych aktach MPH, a w szczególności w czwartej Konwencji genewskiej dotyczącej ochrony osób cywilnych z 1949 r., uzupełnionej w 1977 roku o I Protokół dodatkowy. Ochronę tę reguluje również szereg aktów prawnych systemu MPPCZ (Międzynarodowe Prawo Praw Człowieka), jak chociażby Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 roku. Z kolei ochrona ofiar działań zbrojnych podejmowanych w ramach konfliktów o charakterze niemiędzynarodowym gwarantowana jest szczególnie we wspólnym art. 3 do konwencji genewskich z 1949 roku.

Jedną z naczelných zasad międzynarodowego prawa humanitarnego obowiązującą w czasie każdego konfliktu zbrojnego – jak już wspomniano na wstępie – jest obowiązek rozróżniania niekombatantów (osób cywilnych) i kombatantów, a także obiektów cywilnych i wojskowych. Przedmiotem ataku nie mogą być bowiem osoby oraz obiekty cywilne. Znaczący wszelako udział cywilów w działaniach zbrojnych zmusza do poszukiwań odpowiedzi na pytanie, kogo należy traktować jako osobę cywilną i kiedy może ona zostać legalnie zaatakowana. Protokoły dodatkowe z 1977 r. do konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 r. precyzują, że osoba cywilna traci przysługującą jej ochronę wyłącznie

⁵ UNSCR 1833 z dnia 22.08.2008.

⁶ Zob. B. Janusz – Pawletta (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2013, s. 140-150.

⁷ H. Smith, *Concerning Snipers Rules of Engagement and General Kearney*, <http://www.captainsjournal.com/2007/09/21/concerning-snipers-rules-of-engagement-and-general-kearney>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

na czas bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych⁸. Wagę przedmiotowego problemu potęguje dodatkowo asymetryczność współczesnych konfliktów zbrojnych. Względem działań tego typu normy międzynarodowoprawne wykazują bowiem częstokroć znaczne problemy adaptacyjne. Fakt ten zauważyć można w wypowiedziach kombatantów, którzy wzięli udział w operacji *Enduring Freedom*. W tym duchu należy poczytywać wypowiedź Marcusa Luttrella. Stwierdził on, iż: „Zasady użycia siły nie mogą dobrze funkcjonować, bo w połowie przypadków nie mamy pojęcia, kto jest wrogiem, a kto nie. A kiedy już się dowiemy, może być za późno. Sensowne zastosowanie ROE w czasie operacji może być niemożliwe”⁹. Analizowaną kwestię wymownie obrazują zebrane przez Marka Bowdena wspomnienia żołnierzy *United States Army Rangers*, którzy brali udział w operacji *Gothic Serpent*, zawarte w słowach: „Blżej rozbitego helikoptera na ulicę co chwilę wybiegała kobieta, krzycząc i wskazując na budynek na południowo-wschodnim narożniku, w którym ukryto wielu rannych. Nikt do niej nie strzelił, bo była nieuzbrojona. Za każdym razem jednak, kiedy chowała się na chwilę, we wskazanym przez nią kierunku leciał grad pocisków. Kobieta dwukrotnie powtórzyła swój manewr”¹⁰. Uznać należy zatem, że zasada rozróżniania w obecnej postaci nie przystaje do realiów współczesnego pola walki, czyniąc jej przesłanie iluzorycznym.

Próba przełożenia na współczesne realia militarne sformułowań zawartych we wspomnianych Protokołach dodatkowych z 1977 roku miały być przyjęte przez Zgromadzenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża w dniu 26 lutego 2009 r. „Wytyczne dotyczące interpretacji pojęcia *bezpośredni udział w działaniach zbrojnych*”. Dokument ten nie jest jednak wiążący dla państw – stanowi on jedynie oficjalne rekomendacje MKCK, jak należy interpretować niektóre terminy międzynarodowego prawa humanitarne we współczesnych konfliktach zbrojnych. Fakt, że eksperci, którzy uczestniczyli w opracowaniu przedmiotowych wytycznych, nie zdecydowali się firmować swoimi nazwiskami ich ostatecznego kształtu, świadczyć może o tym, iż dokument ten nie stanowi budzącego powszechną aprobatę odzwierciedlenia obowiązującego prawa zwyczajowego¹¹.

⁸ Powyższe akty prawne można znaleźć w: Dz.U. 1992 nr 41 poz. 176, Dz.U. 1956 nr 38, poz. 171, Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167.

⁹ M. Luttrell, P. Robinson, *Przetrwałem Afganistan*, Inne Spacery, Zielonka 2010, s.138.

¹⁰ M. Bowden: *Helikopter w ogniu*, Mayfly, Warszawa 2011, s.187.

¹¹ Zob. W. Goździewicz, *Bezpośredni udział ludności cywilnej w działaniach zbrojnych i jego skutki prawne*, [w:] B. Janusz – Pawletta (red.), *Ochrona ludności cywilnej podczas działań polskich sił zadaniowych w Afganistanie*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2013, s. 185.

Świadomi niejasności powyższych pojęć – co należy bardzo wyraźnie podkreślić – są również rebelianci i skrzętnie wykorzystują to na polu walki. Można śmiało założyć, że doskonale orientują się oni w obowiązującym międzynarodowym prawie humanitarnym, a w szczególności w ograniczeniach dla żołnierzy, jakie z tego prawa wynikają. Jak podaje Bogusław Pacek, rebelianci zostali przeszkoleni z zasad użycia siły przez jedną z organizacji pozarządowych¹². W związku z tym rodzą się cztery zasadnicze pytania: Czy należało do tego dopuścić? Czy było to w interesie walczących w Iraku i Afganistanie żołnierzy? Czy przez takie działanie nie zostało narażone na niebezpieczeństwo zdrowie i życie operujących w tamtym rejonie sił koalicyjnych? I wreszcie – czy nie należałoby wyciągnąć konsekwencji prawnych w stosunku do osób za to odpowiedzialnych?

3. *Rules of Engagement w aspekcie działań snajperskich*

W prowadzonych na terenie Iraku czy Afganistanu działaniach o charakterze, który umownie można nazwać antyterrorystycznym, niewątpliwym atutem było posiadanie wśród podległych jednostek dobrych snajperów, których słusznie nazywa się „skalpelem wojsk lądowych”. Snajperzy mogą bowiem w znacznym stopniu przyczynić się do tego, iż dana operacja zakończy się sukcesem. Dzięki ich działaniom można też uratować wiele istnień ludzkich. Zaznaczyć jednak należy, że nie każdy żołnierz ma predyspozycje, by zostać snajperem. Może nim zostać tylko osoba, która oprócz rozległej wiedzy o balistyce, amunicji, topografii i kartografii posiada olbrzymią cierpliwość, opanowanie, wytrzymałość na warunki atmosferyczne i odporność psychiczną¹³. Selekcja kandydatów na snajperów składa się z szeregu testów osobowościowych, które mają za zadanie zbadać warunki psychologiczne kandydata. Trzeba jednak zaznaczyć, iż prawdziwy test następuje w momencie, kiedy podczas walki trzeba pociągać za spust karabinu¹⁴.

Snajperskim *modus operandi* jest likwidowanie celów – kombatantów, którzy nie są dla niego bezpośrednim zagrożeniem w danym momencie, natomiast mogą nim być w późniejszym czasie¹⁵. Jak zachować ma się jednak snajper, gdy w czasie prowadzonej operacji, której jest uczestnikiem, przez lunetę swojego karabinu widzi osobę wyglądającą

¹² B. Pacek, *Przestrzeganie praw człowieka w konfliktach międzynarodowych i misjach stabilizacyjnych*, [w:] B. Janusz – Pawletta (red.), *Walczyć po ludzku czyli ochrona praw człowieka w działaniach zbrojnych*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2011, s. 15.

¹³ *Elita wśród najcenniejszych*, <http://polska-zbrojna.pl/home/articleshow/5323?t=Elita-wsrod-najcenniejszych>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

¹⁴ R. Kubiński, *Snajperzy w operacjach specjalnych*, Wojskowe Centrum Edukacji Obywatelskiej, Warszawa 2012, s. 193.

¹⁵ Zob. J. Ejsmont, *Balistyka dla snajperów: praktyczny poradnik*, WNT, Warszawa 2012.

na osobę cywilną, niejednokrotnie kobietę czy dziecko, które być może za chwilę zdetonuje ładunek wybuchowy? Ma on zaledwie ułamek sekundy na podjęcie decyzji o wyeliminowaniu osoby, która może, ale wcale nie musi w późniejszym okresie stworzyć realne zagrożenie dla życia innych osób, w tym przede wszystkim żołnierzy biorących udział w operacji zbrojnej.

Nie ulega wątpliwości, iż oddanie strzału do człowieka dla przeciętnej osoby byłoby ogromnym obciążeniem. Tymczasem snajper ani przez moment nie może mieć z tym zadaniem problemu. Musi on szybko, niemal bez zastanowienia, określić, kim jest jego cel, żeby podjąć decyzję o jego likwidacji. Jakikolwiek zaangażowanie emocjonalne z jego strony może zburzyć jego tok decyzyjny.

Narzędziem, które miało walczącym żołnierzom ułatwić podjęcie decyzji o oddaniu strzału i sprawić, by byli pewni, że ich decyzja jest zgodna z literą obowiązującego prawa, miały być zasady użycia siły, zwane z języka angielskiego ROE, co oznacza *Rules of Engagement*. ROE, pod pojęciem których należy rozumieć „wytyczne, wydane przez kompetentną władzę wojskową, krajową lub międzynarodową, określające okoliczności i ograniczenia, pod jakimi siły zbrojne mogą wszczynać lub kontynuować swe zbrojne zaangażowanie”¹⁶, miały zostać opracowane w taki sposób, aby uwzględniały wiele różnych, z pozoru sprzecznych ze sobą elementów. W swojej treści miały odnosić się do politycznych celów prowadzonej operacji oraz uwzględniać taktykę i strategię sił zbrojnych, które zamierzano wykorzystać do danej operacji. Ich celem było również wskazanie odpowiednich zasad i norm obowiązującego prawa międzynarodowego. Niestety w wielu przypadkach, szczególnie w Iraku czy Afganistanie, ROE swojej roli w zasadzie nie spełniły, a właściwie osoby, które je tworzyły, nie sprostały zadaniu, które przed nimi postawiono.

Opracowane przez nich zasady użycia siły były niedostosowane, jeśli nie powiedzieć przekalkowane, z innych wcześniejszych misji zupełnie nieadekwatnych do działań w nowym terenie.

Według oficjalnych źródeł armii Stanów Zjednoczonych znaczna część żołnierzy służących w Iraku w sytuacji zagrożenia zdrowia i życia nie byłaby w stanie zareagować zgodnie z ROE¹⁷. Armia Stanów Zjednoczonych przeprowadziła w 2006 roku wśród

¹⁶ A. Tokarczyk, *Mandat operacji pokojowych a uprawnienia żołnierzy do użycia siły w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego na przykładzie PKW w Iraku i Afganistanie*, [w:] B. Janusz – Pawletta (red.), *Konwencje Genewskie 60 lat później*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2010, s. 50.

¹⁷ Mental Health Advisory Team (MHAT) IV, Operation Iraqi Freedom 05-07, Final Report, 17 November 2006, Office of the Surgeon, Multi-National Force Iraq, and Office of the Surgeon General, United States Army Medical Command, s. 13-15.

żołnierzy pełniących służbę w Iraku badania ankietowe dotyczące zasad użycia siły. Ankietowani żołnierze wskazywali w nich między innymi na absurdalne sytuacje, gdy obowiązujące ich zasady użycia siły *de facto* zabraniały im otwarcia ognia do osób obrzucających ich pojazdy patrolowe butelkami z benzyną. Sytuacje te – jak wynika z opublikowanego raportu – niejednokrotnie doprowadziły żołnierzy amerykańskich do licznych obrażeń ciała. Dalsza analiza zebranych w trakcie badań danych wskazywała ponadto wprost na związek między restrykcyjnymi ROE a późniejszymi problemami psychicznymi żołnierzy, którzy służyli w oddziałach poddanych tym obostrzeniom. Wśród weteranów z tych jednostek stwierdzono bowiem częstsze występowanie zespołu stresu pourazowego (PTSD) oraz innych zaburzeń psychopatologicznych. Fakt ten wymaga podkreślenia, gdyż implikuje on istotną kwestię. Z psychologicznego punktu widzenia żołnierz poddany działaniu silnego stresora – za taki autorzy raportu uznali zbyt restrykcyjne, niedostosowane do teatru działań zasady użycia siły – stanowi zwiększone zagrożenie dla swojego otoczenia, wyróżniając się ponadprzeciętną zdolnością do zachowań agresywnych i samodestrukcyjnych. Powyższe ustalenia wymownie obrazują wagę klarowności uregulowań zasad użycia siły.

Snajper-legenda, Chris Kyle, były operator amerykańskiej jednostki specjalnej *Navy SEALs* w Iraku, w swojej autobiograficznej książce, wspominając swój pierwszy śmiertelny strzał, mówi wprost, że zanim go oddał, zawahał się¹⁸.

Nie był on niestety jedynym snajperem, który stracił swoją pewność przed podjęciem decyzji o oddaniu strzału do przeciwnika – zgodnie z doniesieniami prasowymi oraz oficjalnymi raportami rządowymi przytoczonymi powyżej podobne sytuacje zdarzały się nagminnie. Dlaczego? Czy powodem takiego zachowania snajperów mogła być ich wewnętrzna blokada moralna, spowodowana widokiem, jako swojego przeciwnika, kobiety nieubranej w mundur wojskowy albo dziecka? Odpowiedź jest negatywna, ta grupa żołnierzy doskonale bowiem wie, czego się od nich oczekuje i na czym polega ich zadanie na tego rodzaju misjach. Zgodnie z zebraniem przez autora materiałem źródłowym należy przypuszczać, że ich pewność została zachwiana, ponieważ to, co zobaczyli przez lunety swoich karabinów, nie odpowiadało temu, co zostało określone w zasadach użycia siły (ROE), które teoretycznie specjalnie dla nich opracowano i które mieli obowiązek przestrzegać. W kręgu osób, do których walczący mogli oddać strzał, w większości przypadków nie wymieniano literalnie kobiet oraz dzieci. W mniemaniu osób tworzących ROE dla tych operacji osoby te nie stanowiły po prostu zagrożenia lub było ono znikome. Uznać należy to za swoiste zaniedbanie z ich strony, które niezależnie od przyczyn jego powstania w wielu przypadkach okazało się brzemiennie w skutkach. W efekcie

¹⁸ Ch. Kyle, S. McEwen, J. DeFellce, *Cel snajpera*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2012, s. 18-20.

podświadomość snajperów mimowolnie podpowiadała im, że likwidując taki „nietypowy” cel (kobietę, dziecko), mogą ponieść konsekwencje zarówno służbowe, jak i karne, a tym samym ograniczono ich zdolność bojową. Fakt ten wynika z podstawowych praw psychologii, o których twórcy norm prawnych nigdy nie powinni zapominać. Kobieta (dziecko), kulturowo – często podświadomie – utożsamiana jest z niewinnością lub bezbronnością. Rolą starannego normodawcy, który posiadał uprzednio informację o możliwej wrogiej aktywności kobiet, jest opracowanie wytycznych tak, aby ich siła przewyższała tę wynikającą z przedmiotowego stereotypu.

O tym, że zasady użycia siły (ROE) opracowane dla potrzeb operacji w Iraku i Afganistanie nie spełniły swojej roli, świadczą również inne sytuacje, w jakich znaleźli się snajperzy walczący w omawianych rejonach konfliktów zbrojnych. Przykładowo, w Iraku miała miejsce sytuacja, w której jeden ze snajperów, zabezpieczając żołnierzy z oddziału naziemnego prowadzącego kontrolę na prowizorycznie przygotowanym punkcie bezpieczeństwa¹⁹, oddał śmiertelny strzał do mężczyzny, który niósł w ręku karabinek kałasznikowa i kierował się w stronę tych żołnierzy. Pomimo iż oddał strzał do osoby, która ewidentnie spełniała znamiona DPH, czyli bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych (*direct participation in hostilities*), został on za to ukarany. Jego przełożeni, zamiast nagrodzić go za wzorcowe wypełnienie powierzonego mu zadania, tj. zapewnienie bezpieczeństwa żołnierzom wykonującym swoje zadania, zawiesili go w czynnościach służbowych i oskarżyli o umyślne zabójstwo bezbronnego człowieka. Bezbronnego, gdyż współtowarzysze zabitego przed przybyciem do jego ciała żołnierzy amerykańskich zdążyli usunąć broń, która przy nim leżała²⁰. Rebelianci szybko przyswoili sobie bowiem kluczowe elementy zasad użycia siły. Stosowana przez nich taktyka w dużej części polegała na ukrywaniu broni, zarówno przed dokonaniem ataku, jak i bezpośrednio po nim²¹. Wiedzieli oni, że w takiej sytuacji żołnierze nie otworzą w ich kierunku ognia.

Współplemieńcy zabitego osiągnęli więc to, co chcieli – czasowo ograniczyli do zera zdolność bojową tego snajpera (wskutek opisanych powyżej wydarzeń został on czasowo zawieszony w czynnościach służbowych). Dowództwo amerykańskie najprawdopodobniej przestraszyło się wszechobecnych środków masowego przekazu, które incydent ten mogłyby zinterpretować jako działanie niezgodne z prawem międzynarodowym, zaś

¹⁹ B. Posen, *Urban Operations: Tactical Realities and Strategic Ambiguities*, [w:] Michael C. Desch, *Soldiers in Cities: Military Operations on Urban Terrain*, Strategic Studies Institute, Carlisle 2001, s. 146.

²⁰ Ch. Kyle, S. McEwen, J. DeFellce, *Cel snajpera...*, s. 233.

²¹ L. Beehner, *IRAQ: Insurgents' Tactics*, <http://www.cfr.org/iraq/iraq-insurgents-tactics/p8073#p8>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

wszelakie niechętnie bądź nieprzyjazne siłom koalicyjnym przekazy medialne były wówczas bardzo niepożądane. Przełożeni, chcąc chronić siebie, woleli poświęcić swojego podkomendnego.

W tym kontekście należy także wspomnieć o niechlubnym incydencie, jaki był udziałem polskich oddziałów operujących w Iraku²². Latem 2004 roku w trakcie przejazdu polskiego konwoju z Diwanii do Al Kut nieoznakowana cysterna wymusiła pierwszeństwo przed zabezpieczającymi polski konwój pojazdami Honker. Kierowca pierwszego w kolumnie Honkera użył kilkakrotnie sygnału dźwiękowego celem zwrócenia uwagi prowadzącego cysternę. Bezskutecznie. Oddano więc strzały ostrzegawcze, a następnie zgodnie z przyjętymi wówczas regułami postępowania otwarto ogień do kierowcy. Powyższa procedura była wynikiem wieloletnich doświadczeń wojsk sojusznicych, które nakazywały przyjąć, iż pojazd ten z dużym prawdopodobieństwem może prowadzić kierowca-samobójca. Strzały oddano w tył szoferki pojazdu stwarzającego zagrożenie. Jego kierowca zginął. W wyniku przeprowadzonego na miejscu dochodzenia ustalono, że prowadzący cysternę miał ranę postrzałową skroni. Świadkowie, w tym iraccy tłumacze, twierdzili zgodnie, że polski żołnierz oddał strzały w tył samochodu. Złożone zeznania wykluczały więc możliwość, że kierowca cysterny zginął od strzałów polskiego żołnierza. Ostatecznie, dzięki osobistemu wstawiennictwu gen. Jerzego Wójcika, sprawę rozstrzygnięto, stosując zasadę *in dubio pro reo* na korzyść żołnierza. Generał Wójcik powiedział później: „Chłopak zachował się, tak jak go szkolono. Kiedy do akcji wkroczył prokurator zrozumiałem, że jak czegoś nie wymyślimy, to wróci do Polski w kajdankach, bo najpierw postawią mu zarzuty, a dopiero potem będzie śledztwo”²³. Podkreślić należy, że w późniejszym czasie ten sam generał wstawił się również za żołnierzami oskarżonymi w sprawie Nangar Kheł²⁴.

Afganistan i Irak to kraje, w których walka w dużej mierze toczyła się na obszarach zurbanizowanych. Działania takie charakteryzują się szeregiem odrębności²⁵. Do najbardziej znamiennych należy wymóg odmiennego sposobu poruszania się, inny rodzaj używanego kamuflażu czy też występowanie specyficznych stanowisk ogniowych. Skorelowanie działań drużyn snajperskich oraz oddziałów szturmowych jest wówczas niezwykle istotne.

²² *Oto jest prawdziwa wojna*, <http://www.koledzyzwojska.pl/artukul/oto-jest-prawdziwa-wojna>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

²³ M. Górka, A. Zadworny, *Psy z Karbali*, Wydawnictwo Walkowska, Szczecin 2012, s. 74-80.

²⁴ Zob. wyrok SN z 17 lutego 2016 r., WA 16/15.

²⁵ Zob. P. Makowiec, M. Mroszczyk, *Taktyka walki w terenie zurbanizowanym*, Difin, Warszawa 2012.

Z uwagi na duże zagrożenie dla ludności cywilnej podczas działań w mieście wzrasta także rygorystyczny formalny działalności snajperskiej²⁶. Analizowana grupa żołnierzy zobligowana jest wówczas do przygotowywania bardzo precyzyjnych raportów. Polityka stosowana przez kraje Sojuszu Północnoatlantyckiego w tym zakresie jest stosunkowo jednolita. Przykładowo w Wojsku Polskim obligatoryjne jest prowadzenie Książki danych (jest to nazwa własna, przyjęta w polskiej nomenklaturze wojskowej). Dokument ten ma za zadanie przekazać dowódcy informacje z rozpoznania sił przeciwnika oraz dokładny raport z działalności snajpera. Powinien on zawierać takie informacje, jak: imię, nazwisko, stopień, pododdział, czas, miejsce prowadzenia obserwacji, współrzędne płaskie położenia snajpera, numer porządkowy wraz z czasem i miejscem każdego zdarzenia czy wreszcie jego opis oraz podjęte działania²⁷.

Teoretycznie oddziały snajperskie są idealnym narzędziem do prowadzenia zadań w rejonie zurbanizowanym. Ich działania w mniejszym stopniu zagrażają ludności cywilnej oraz zniszczeniu terenu. W praktyce jednak znaczna część celów wyznaczonych przedmiotowym żołnierzom nie jest realizowana lub napotyka na poważne trudności. Wiąże się to z nie dość czytelnymi i źle sformułowanymi zasadami użycia siły²⁸. Strzelcy służący w oddziałach *Marines* współpracują w dwuosobowych zespołach, gdzie jeden z żołnierzy prowadzi ogień, a drugi zajmuje się obserwacją. Snajperzy podlegający natomiast pod inne formacje (przykładowo operatorzy *Navy SEALs*) działają częstokroć w pojedynkę²⁹. W takich przypadkach decyzja o oddaniu strzału zapada nierzadko bez konsultacji z innymi osobami. Przypadek ten dobrze uwidacznia konieczność formułowania ROE dla snajperów w sposób wyjątkowo jasny, zwięzły i zrozumiały, a jednocześnie odpowiednio elastyczny. Innymi słowy, podkreślenia wymaga fakt nieodzowności dostosowania budowy i wymowy ROE dla stosowanej w danym przypadku techniki operacyjnej, ze szczególnym uwzględnieniem możliwości psychiki ludzkiej.

4. Podsumowanie

²⁶ R. Kubiński, *Snajper - ukryta broń dowódców. Zasady i techniki działania*, Bellona, Warszawa 2012, s. 195-209.

²⁷ R. Kubiński, *Snajper...*, s.267.

²⁸ C.J. Chivers, *U.S. snipers in Iraq say targets are getting harder to find*, <http://www.nytimes.com/2006/11/22/world/africa/22iht-snipers.3630273.html>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

²⁹ B. Webb, *The US Navy SEAL Sniper Course: One of The Best in the World*, <http://kitup.military.com/2012/01/navy-seal-sniper.html>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

Niebywale istotną sprawą, nie tylko dla snajperów, ale i dla wszystkich innych żołnierzy, jest to, by zasady użycia siły nie były – co należy bardzo wyraźnie podkreślić – ani zbyt restrykcyjne, ani zbyt łagodne, gdyż w obu przypadkach będzie to niewłaściwe. Jak ważna jest to kwestia, pokazuje chociażby wczesny etap konfliktu w Iraku, gdzie oddziały amerykańskie pierwotnie otrzymały bardzo dyskrecyjne wytyczne do zasad użycia siły. Były one jednak krytykowane jako prezentujące zbyt „agresywne” podejście z uwagi na powodowanie nadmiernych strat wśród ludności cywilnej. Poskutkowało to tym, iż znacznie zaostrzono owe zasady – także w przypadku operacji w Afganistanie³⁰. W efekcie bardzo duże straty pojawiły się po stronie amerykańskiej. Niestety zaostrzenie to nie spowodowało spadku strat cywilnych, a wręcz przeciwnie – oficjalne raporty wskazują na wzrost ofiar cywilnych, mimo obostrzeń wprowadzonych przez dowództwo sił koalicyjnych³¹. Należy więc uznać, że samo zaostrzenie ROE nie gwarantuje większego bezpieczeństwa działań. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wzrastający trend nadawania „elastyczności” ROE. Coraz częściej zezwala się dowódcom różnych szczebli na modyfikację zasad względem konkretnych warunków zastanych w terenie podczas wykonywania powierzonych zadań³².

Wydaje się, iż jak najbardziej uzasadnione jest twierdzenie, że współcześni żołnierze coraz częściej padają ofiarą strachu, swoistej paniki, nie tyle przed wrogiem, co przed samą koniecznością użycia siły. Według autora niniejszego artykułu powodów tego zjawiska, swoistego syndromu „ewentualnej odpowiedzialności za nadużycie”, należy upatrywać w złej (zbyt mało precyzyjnej czy też niedostosowanej do warunków lokalnych) oraz bardzo restrykcyjnej strukturze *Rules of Engagement*, wywierającej negatywny wpływ na żołnierzy stosujących takie zasady. Presja oraz strach przed karą za podjęcie niewłaściwej decyzji sprawiają, że kombatanci nie zachowują się tak, jak powinni byliby się w danej sytuacji zachować. W niektórych sytuacjach tracą nawet całkowicie swoją wartość bojową. W celu niwelacji tego negatywnego zjawiska konieczne wydaje się podjęcie konkretnych i natychmiastowych działań, w tym w szczególności zintensyfikowanie badań psychologicznych nad omawianym zjawiskiem. W przedmiotowych badaniach – zdaniem autora – bezwzględnie powinni brać udział prawnicy, którzy mają niewątpliwy wpływ na ostateczny kształt przyszłych zasad użycia siły. Wydaje się także, że należy dokonać dogłębnego przeglądu i rewizji norm prawa humanitarnego, a to celem jego adaptacji do

³⁰ R. Maze, *Shifting guidelines prompt calls for ROE reform*, <http://archive.armytimes.com/article/20120423/NEWS/204230316/Shifting-guidelines-prompt-calls-ROE-reform>, [dostęp: 15.01.2015 r.].

³¹ Zob. *Afghanistan midyear report on Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, UNAMA, Kabul 2011.

³² G. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 485.

realiów współczesnego pola walki. W przeciwnym razie normom przedmiotowego prawa grozi widmo marginalizacji. Problematyczne w tej kwestii wydają się nie tylko analizowane w niniejszej pracy działania snajperskie. Duże kontrowersje budzi również użycie dronów bojowych, a w szczególności status osoby sterującej tego typu statkiem powietrznym.

W związku z powyższym pojawia się jednak pytanie o sens dalszego istnienia w siłach zbrojnych snajperów w przypadku, gdy będzie miało miejsce dalsze, restrykcyjne zaostrzenie przedmiotowych zasad. Zachowanie takiej tendencji spowoduje, że snajperzy zaczną diametralnie tracić swoją wartość bojową. Jeżeli dodamy do tego stale rosnące koszty szkoleniowe, jakie są udziałem tego typu żołnierzy, to możemy dojść do wniosku, że snajperzy w niedługim czasie będą zbyt dużym obciążeniem dla współczesnych armii, lub – co gorsza – mogliby stać się dla nich balastem.

* * *

Rules of engagement, or "sniper license to kill" in the light of international humanitarian law

Summary: The world have changed significantly since 9/11. Nowadays it is obvious that modern military operations require the harmonization of an array of factors. This paper focuses on sniper teams operating deep within enemy controlled territory, especially in urban terrain, through the prism of International Humanitarian Law and the rules of engagement. In the first place ROE should provide guidance on the use of force – especially in self-defence and the requirements of necessity and proportionality. The purpose of this paper is to evaluate whether the idea of ROE can be efficiently applied to modern sniper warfare tactics. The author poses the question as to the future of sniper teams in the case of a further tightening of the rules of engagement.

Key words: international humanitarian law, the law of armed conflict, the rules of engagement

Olga Połowianiuk-Keczmerska*

Roszczenie odszkodowawcze właściciela nieruchomości jako skutek wykonywania decyzji z art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami

Streszczenie

Instytucja z art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami stanowi podstawę uzyskania tytułu prawnego do nieruchomości w celu posadowienia na niej urządzeń infrastruktury przesyłowej. Beneficjentem decyzji jest przedsiębiorca przesyłowy. Przepisy przyznają właścicielowi możliwość domagania się odszkodowania w wysokości odpowiadającej wysokości wyrządzonych szkód na nieruchomości. Wokół zagadnienia charakteru prawnego roszczenia zarysował się spór. Z jednej strony wskazuje się, że jest to szczególnego rodzaju roszczenie administracyjne, z drugiej podkreśla się, że roszczenie odszkodowawcze ma wszystkie cechy typowe dla roszczeń cywilnoprawnych. Artykuł prezentuje rozbieżności w poglądach nie tylko na charakter prawny instytucji, ale także kwestię kompensacji niedogodności, zakresu szkody, właściwej drogi dochodzenia rekompensaty, terminu przedawnienia. Zawiera ponadto rozważania nad możliwością określania w decyzji administracyjnej terminu na wykonanie prac budowlanych.

Słowa kluczowe: odszkodowania, nieruchomości, infrastruktura

* Autorka jest doktorantem w Katedrze Postępowania Administracyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i aplikantem radcowskim w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie.

1. Charakterystyka ogólna decyzji z art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami¹

W aktualnym instrumentarium prawnym legalnej budowie i utrzymaniu infrastruktury przesyłowej służą różnorodne formy uzyskiwania uprawnień do cudzych nieruchomości. Jedną z nich jest zezwolenie na zakładanie i utrzymywanie ciągów, przewodów, urządzeń kosztem ograniczenia uprawnień właściciela lub użytkownika wieczystego określonej nieruchomości. Regulacja art. 124 ust. 1 u.g.n. daje podstawę uzyskaniu przez zainteresowany podmiot administracyjnoprawnego zezwolenia na objęcie cudzej nieruchomości w oznaczonym celu. Ograniczenie to następuje na mocy decyzji administracyjnej wydanej przez starostę, statuującej szczególnego rodzaju uprawnienie występującego o zezwolenie inwestora do przeprowadzenia na cudzej nieruchomości inwestycji celu publicznego. Właściciel nieruchomości objętej zakresem orzeczenia musi znieść (tolerować)² korzystanie przez inwestora z jego nieruchomości w sposób i w zakresie skonkretyzowanym w decyzji wydanej na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n.

2. Rekompensata za ograniczenie prawa do nieruchomości

Brzmienie art. 124 u.g.n. wskazuje, że ograniczenie orzekane na jego podstawie następuje w sposób nierekompensowany³. Podmiotowi zobowiązanemu do znoszenia ingerencji w sferę własnych uprawnień nie przysługuje wynagrodzenie mające zrekompensować odczuwane niedogodności na wzór odpowiedniego wynagrodzenia za ustanowienie służebności przesyłu na podstawie art. 305¹ i nast. kodeksu cywilnego⁴, którego wysokość uwzględni zakres ograniczeń właściciela nieruchomości i powodowane uciążliwości⁵. Interes właściciela chroniony jest przyznaniem mu, po pierwsze, uprawnienia do domagania się przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, które skorelowane jest z ustawowym obowiązkiem inwestora przesyłowego przeprowadzenia restytucji

¹ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 1774 ze zm.), dalej jako: „u.g.n.”.

² Por. szerzej A. Łukaszewska, [w:] J. Szachulowicz, M. Krassowska, A. Łukaszewska, *Gospodarka nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 365-366; A. Gill, A. Nowak-Far, *Korzystanie przez przedsiębiorstwo ciepłownicze z sieci i urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach*, „PSP” 1999, nr 7-8, s. 76.

³ M. Mikolik, *Ograniczenie sposobu korzystania z nieruchomości na podstawie art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami a służebność przesyłu – jako instrument uzyskania tytułu prawnego do nieruchomości przez przedsiębiorstwo energetyczne*, „PPP” 2013, nr 12, s. 27.

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.), dalej jako: „k.c.”.

⁵ Por. szerzej E. Gniewek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2013, s. 486.

naturalnej po zakończeniu realizacji inwestycji, o którym mowa w art. 124 ust. 4 u.g.n. Po drugie, inwestor ponosi odpowiedzialność za wyrządzone na nieruchomości szkody.

Wydaje się, że odmienne zdanie w odniesieniu do zakresu rekompensaty prezentuje G. Jędrejek, wyraźnie wskazując, że wydanie decyzji na podstawie art. 124 u.g.n. jest sposobem ustanowienia służebności przesyłu, za którą służy wynagrodzenie w wysokości uwzględniającej stopień uciążliwości urządzeń dla właściciela nieruchomości⁶. W mojej ocenie poglądu tego nie można pogodzić z brzmieniem art. 124 u.g.n., który nie przewiduje uprawnienia do orzekania rekompensaty mającej charakter wynagrodzenia właściwego ustanowieniu na rzecz inwestora służebności przesyłu. Również w art. 128 ust. 4 u.g.n., który wyczerpująco reguluje ekonomiczne konsekwencje korzystania z cudzej nieruchomości, ustawodawca nie wspomina o wynagrodzeniu. Artykuł 128 ust. 4 u.g.n. wyraźnie stanowi, że inwestor odpowiada finansowo wyłącznie za szkody na nieruchomości, za zmniejszenie wartości nieruchomości, a także za nieprzywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego.

Roszczenie odszkodowawcze właściciela składa się z dwóch elementów. Ustawodawca przewidział roszczenie odszkodowawcze w razie spowodowania szkody na nieruchomości (włączając w to także odszkodowanie za zmniejszenie wartości nieruchomości)⁷ oraz szczególny obowiązek inwestora do przywrócenia nieruchomości do stanu, w jakim znajdowała się przed rozpoczęciem inwestycji, w ściśle oznaczonych okolicznościach zastępowany przez obowiązek odszkodowawczy – statuujący drugi element roszczenia odszkodowawczego⁸.

Przepisy powszechnie obowiązujące przewidują ponadto dalsze roszczenie właściciela nieruchomości. Gdyby wskutek przeprowadzenia ciągów, przewodów i urządzeń, o których mowa w art. 124 ust. 1 u.g.n., dalsze prawidłowe korzystanie z nieruchomości w sposób dotychczasowy lub zgodny z dotychczasowym przeznaczeniem stało się niemożliwe, właściciel mógłby żądać odpłatnego nabycia własności nieruchomości.

W dalszej części niniejszej pracy omówiona zostanie specyfika roszczenia odszkodowawczego przysługującego właścicielowi na podstawie art. 128 ust. 4 u.g.n.

⁶ G. Jędrejek, *Roszczenia związane z budową urządzeń przesyłowych na cudzym gruncie*, „MoP” 2009, nr 1, s. 27-28.

⁷ Roszczenie przewidziane wprost w art. 128 ust. 4 u.g.n.

⁸ Roszczenie restytucyjne określone zostało w art. 124 ust. 4 u.g.n., natomiast może być zamienione na roszczenie odszkodowawcze na zasadzie art. 128 ust. 4 u.g.n. stosowanego odpowiednio w zw. z art. 124 ust. 4 *in fine* u.g.n.

3. Roszczenie odszkodowawcze

1. Podstawa prawna i zakres roszczenia odszkodowawczego

Po pierwsze, roszczenie odszkodowawcze przysługuje za szkody na nieruchomości (włączając w to obniżenie wartości nieruchomości). Po drugie, na podmiocie uprawnionym na mocy decyzji administracyjnej wydanej na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. ciąży obowiązek przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego niezwłocznie po założeniu lub przeprowadzeniu ciągów, przewodów i urządzeń określonych w zezwoleniu administracyjnym, który ujęty został w art. 124 ust. 4 u.g.n. Z regulacji art. 124 ust. 4 u.g.n. wywodzić więc należy kategoryczny ustawowy obowiązek inwestora realizującego inwestycję przesyłową restytucji naturalnej nieruchomości. Ustawodawca przewiduje, na wypadek nieprzywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, roszczenie odszkodowawcze dochodzone na podstawie art. 124 ust. 4 *in fine* u.g.n. w zw. ze stosowanym odpowiednio art. 128 ust. 4 u.g.n.

Roszczenie właściciela nieruchomości o przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego czerpie swoją podstawę wprost z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, nie wymaga wyartykułowania odnośnego obowiązku w decyzji wydawanej w oparciu o art. 124 ust. 1 u.g.n.⁹ Odmienne w tym zakresie wypowiada się E. Bończak-Kucharczyk. Według autorki obowiązek przewrócenia stanu poprzedniego powinien zostać wprost ujęty w decyzji¹⁰, choć jak wskazuje, ustawowy obowiązek podlega wykonaniu niezależnie od jego zastrzeżenia w decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n.¹¹ Wydaje się więc, że skoro obowiązek restytucji istnieje i może być skutecznie egzekwowany¹² niezależnie od jego wyartykułowania w decyzji o ograniczeniu w sposobie korzystania z nieruchomości, orzeczenie tego obowiązku nie ma znaczenia dla kształtowania praw i obowiązków wynikających z decyzji. Powtórzenie obowiązku w decyzji ma walor wyłącznie informacyjny, dlatego nie można mówić w tym kontekście o powinności organu orzekającego.

⁹ Por. np. P. Wojciechowski, [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, pod red. P. Czechowskiego, Warszawa 2015, s. 553; np. M. Wolanin, [w:] J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 955.

¹⁰ E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 711.

¹¹ *Ibidem*, s. 710.

¹² Zagadnienie omówione zostało szerzej w rozdziale 3.5. poniżej.

W oparciu o to, co zostało wskazane powyżej, zauważyć należy, że istnieją dwie podstawy normatywne roszczenia odszkodowawczego właściciela. W pierwszej ze wskazanych wyżej sytuacji roszczenie można określić jako roszczenie odszkodowawcze główne, tj. roszczenie za szkody spowodowane wykonywaniem uprawnień z decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n. uwzględniające również obniżenie wartości nieruchomości, które przysługuje niezależnie od obowiązku przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego. Druga sytuacja, tj. niepowodzenie restytucji naturalnej, kreuje dodatkowe roszczenie odszkodowawcze.

Opisane roszczenia mają różną podstawę prawną, należy zastanowić się nad ich wzajemną relacją.

A limine można wykluczyć traktowanie ich jako roszczeń akcesoryjnych. Z teoretycznego punktu widzenia można wyobrazić sobie bowiem sytuację, w której właściciel będzie dochodził wyłącznie roszczenia głównego bądź wyłącznie roszczenia, które powstało w związku z brakiem restytucji naturalnej. Odpowiedzialność odszkodowawcza w zakresie restytucji będzie bowiem wyłączona, jeśli inwestor przywróci nieruchomość do stanu poprzedniego, niemniej niezależnie od tego poniesie odpowiedzialność ekonomiczną za wszelkie szkody i zmniejszenie wartości nieruchomości. Jeśli z kolei restytucja naturalna okaże się niemożliwa, a przy tym nie będzie na nieruchomości innych szkód, właściwe będzie dochodzenie roszczenia wyłącznie na podstawie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 124 ust. 4 *in fine* u.g.n. Istnieje ponadto trzeci wariant, a mianowicie taki, w którym przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego wyłączy całkowicie odpowiedzialność inwestora, jeśli na nieruchomości nie będzie żadnych szkód, zaś wartość nieruchomości nie ulegnie zmniejszeniu¹³.

Podsumowując, każda podstawa roszczenia odszkodowawczego może mieć samodzielny byt w okolicznościach indywidualnej sprawy. Uprawnione jest więc posługiwanie się pojęciem komplementarności roszczeń, jedna podstawa roszczenia uzupełnia drugą z nich do wysokości rzeczywistej szkody, przy czym podstawy te są samoistnie. Warto wszelako podkreślić, że bez względu na zakres odszkodowania, roszczenie określone w art. 128 ust. 4 u.g.n. może być dochodzone nie wcześniej niż po zakończeniu realizacji inwestycji i po podjęciu działań restytucyjnych¹⁴. Roszczenie w pełnej wysokości dochodzone jest w jednym postępowaniu administracyjnym, a organ orzekający w sprawie przy pomocy podmiotu posiadającego wiadomości specjalne

¹³ Por. np. P. Wojciechowski, *Ustawa o gospodarce...*, s. 603.

¹⁴ Bądź też ustaleniu niecelowości ich podejmowania. Por. np. M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 921 i 966-967; P. Wojciechowski, *Ustawa o gospodarce...*, s. 603-604; E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 711.

oszacowuje całkowitą wysokość szkód.

Obowiązek restytucji naturalnej powinien zostać zrealizowany bez oczekiwania na wezwanie właściciela nieruchomości¹⁵, ustawodawca posługuje się określeniem „niezwłocznie”, a czas reakcji inwestora należy odnosić do momentu założenia lub przeprowadzenia ciągów lub urządzeń. W praktyce może pojawić się problem określenia momentu, w którym aktualizuje się obowiązek inwestora bądź to podjęcia próby przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, bądź ustalenia, że restytucja, z przyczyn opisanych w art. 124 ust. 4 u.g.n., nie jest możliwa. O ile pojęcie „niezwłocznie” doczekało się bogatego orzecznictwa, w szczególności sądów powszechnych¹⁶, i sposób jego interpretowania nie budzi wątpliwości, o tyle niejednoznaczne może być podejście do identyfikacji terminu końcowego założenia lub przeprowadzenia ciągów, przewodów i urządzeń. Aby odnieść się do zasygnalizowanych wątpliwości, należy powrócić do charakterystyki decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n.

W literaturze przedmiotu często wskazuje się, że zezwolenie, o którym mowa w art. 124 ust. 1 u.g.n., jest zezwoleniem na czasowe zajęcie nieruchomości¹⁷. Tymczasem ustawodawca nie wyposaża organów administracji publicznej *explicite* w uprawnienie limitowania decyzji wyznaczanymi przez organ ramami czasowymi. Jest to tym bardziej ewidentne, biorąc pod uwagę brzmienie innego przepisu ustawy, tj. art. 126 u.g.n., a także innych ustaw, które takie uprawnienia przewidują¹⁸. Powyższe konstatacje świadczą o intencji przyznania decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n. i decyzjom uregulowanym w kolejnych przepisach innego charakteru, a założenie racjonalności ustawodawcy, które powinno towarzyszyć każdej próbie wykładni norm prawnych, prowadzi do wniosku, że art. 124 ust. 1 u.g.n. nie daje podstaw określania *a limine* zezwoleń wydanych na jego podstawie czasowymi. Wyraźnie na ten temat wypowiada się J. Parchomiuk, który wskazuje, że na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. nie dochodzi do czasowego zajęcia nieruchomości, ograniczenie jest aktualne przez taki czas, jaki jest niezbędny do wykonania czynności,

¹⁵ Por. np. M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 955.

¹⁶ Por. m.in. uchwałę SN z 30 grudnia 1988 roku, III CZP 48/88, Lex nr 3428; wyrok SN z 10 stycznia 2002 roku, II CKN 564/99, Lex nr 53300, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 21 listopada 2012 roku, I ACa 1163/12, Lex nr 1267476.

¹⁷ Por. np. M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 929; G. Bieniek, [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2009, s. 1114.

¹⁸ Por. w szczególności czasowe zajęcie zabytku nieruchomego na podstawie art. 50 ust. 3 ustawy z dnia 17 listopada 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1446 ze zm.) czy zajęcie nieruchomości w razie zagrożenia niebezpieczeństwa życia lub zdrowia ludzkiego, bezpieczeństwa zakładu górniczego oraz urządzeń użyteczności publicznej w związku z ruchem zakładu górniczego na podstawie art. 90 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 roku – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 196 ze zm.).

w związku z którą wprowadzono ograniczenie¹⁹.

Można rozważyć, czy wobec braku wyraźnej podstawy w art. 124 ust. 1 u.g.n. określanie w decyzji administracyjnej terminu ograniczenia właściciela w sposobie korzystania z nieruchomości jest w ogóle dopuszczalne.

Problem ten stanowił przedmiot analizy sądów administracyjnych, w wyniku której zarysowały się dwa przeciwstawne podejścia. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach wskazał, że ani przepis art. 107 kodeksu postępowania administracyjnego²⁰ czy art. 124 u.g.n., ani też inne przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami nie zawierają obowiązku wskazywania w decyzji wydawanej na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. terminu wykonania urządzeń. Uznać zatem należy, że wobec braku wyraźnej podstawy, umieszczając termin w decyzji, organ narażałby się na potraktowanie decyzji jako wadliwej, a tym samym podlegającej usunięciu z obrotu prawnego²¹. Podobne stanowisko zaprezentował WSA w Gdańsku, nie odnosząc się jednak tak kategorycznie do skutków prawnych wydania decyzji z określeniem terminu robót, podkreślił, że niezależnie od faktu, czy w decyzji wskazano, czy też nie wskazano terminu wykonania robót, ograniczenie orzekane na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. dotyczy tylko okresu koniecznego do przeprowadzenia robót²². Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie wyraził pogląd odmienny. Według sądu użyte przez ustawodawcę formy czasownikowe „może ograniczyć”, „przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie” uzasadniają obowiązek organu oznaczania w decyzji terminu przeprowadzenia prac montażowych. Zakreślony termin staje się zasadniczym elementem decyzji administracyjnej, wyznaczającym horyzont czasowy pozbawienia właściciela uprawnień rzeczowych do skutecznego sprzeciwu wobec udzielonego zezwolenia, jeżeli decyzja statuująca to zezwolenie stanie się ostateczna. W związku z decyzją właściciel pozbawiony jest uprawnień eksmisyjnych, o których mowa w art. 222 k.c., wobec inwestora²³. W podobnym duchu wypowiedział się także WSA w Gorzowie Wielkopolskim²⁴.

Z jednej strony umieszczenie terminu realizacji robót można rozważać pod kątem

¹⁹ J. Parchomiuk, [w:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 12*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2010, s. 449.

²⁰ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 23), dalej jako: „k.p.a.”.

²¹ Wyrok WSA w Kielcach z 30 kwietnia 2014 roku, II SA/Ke 182/14, Lex nr 1525652.

²² Wyrok WSA w Gdańsku z 26 lutego 2014 roku, II SA/Gd 713/13, Lex nr 1470152.

²³ Wyrok WSA w Olsztynie z 18 kwietnia 2013 roku, II SA/Ol 144/13, Lex nr 1316808.

²⁴ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 13 maja 2010 roku, II SA/Go 208/10, Lex nr 852648.

wykroczenia poza zakres upoważnienia do władczej konkretyzacji stosunku prawnego i zderzyć z obowiązującą organy administracji publicznej zasadą legalizmu, wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP²⁵ i powtórzoną w art. 6 k.p.a., nawiązując do zreferowanego wyżej wyroku WSA w Kielcach. Z drugiej strony na korzyść poglądu przeciwnego można wskazać, że brak uprawnienia do określania terminu mógłby świadczyć jedynie o woli ustawodawcy zaakcentowania charakteru ograniczenia ustanawianego decyzją jako ograniczenia trwałego, nie wyczerpującego się przez samo zrealizowanie inwestycji. Termin orzekany w decyzji mógłby natomiast powodować mylne przekonanie, zwłaszcza właścicieli nieruchomości, że po jego upływie żadna ingerencja nie jest uprawniona²⁶. Co więcej, nie sposób nie dostrzec, że w literaturze coraz większą rolę przyznaje się wykładni systemowej i celowościowej w miejsce nadrzędnej roli wykładni tekstualnej, opierając ją na modelu orzekania w oparciu o zasady konstytucyjne i unijne²⁷. Można więc stwierdzić dalej, że choć przepis art. 124 ust. 1 u.g.n. nie przewiduje wprost uprawnienia organu do zakreślania terminu zakończenia prac budowlano-montażowych, uprawnienie to mogłoby zostać wywiedzione z ogólnych zasad ochrony własności przewidzianych w Konstytucji RP. Opowiedzenie się za możliwością wprowadzania do decyzji cezury czasowej wyrażałoby pełniejszą ochronę interesu właściciela, a także porządkowałoby relacje inwestora w zakresie odpowiedzialności za prowadzenie robót względem właściciela.

Problem natury praktycznej, którego można uniknąć, próbując to ostatnie podejście, dostrzega G. Matusik²⁸. Autor ten wskazuje, że: „Praktyka zna przypadki umieszczenia urządzenia w wykopanym rowie i dokonania prowizorycznego zasypiania z pozostawieniem dalszych prac na «termin późniejszy». Właściciel nieruchomości z reguły nie może zweryfikować, jakie prace pozostały jeszcze do wykonania. Zasadne jest zatem umieszczanie w treści decyzji o małym wyłączeniu terminu na wykonanie robót budowlano-montażowych. Po upływie tego terminu możliwe jest żądanie przywrócenia

²⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²⁶ Tymczasem, mimo upływu terminu, inwestorowi przysługuje uprawnienie do wejścia na teren nieruchomości w celu usunięcia awarii lub przeprowadzenia czynności konserwacyjnych, na podstawie art. 124 ust. 6 u.g.n. Problem trwałości skutków decyzji jest szeroko komentowany i wydaje się, że został przez doktrynę usunięty na rzecz niewątpliwej trwałości – por. szerzej Z. Kuniewicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 20 stycznia 2010 roku, III CZP 116/09*, OSP 2010, z. 11.

²⁷ Por. szerzej G. Rząsa, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, pod red. M. Wierzbowskiego i A. Wiktorowskiej, Warszawa 2013, s. 49 i nast.

²⁸ G. Matusik, [w:] G. Bieniek, M. Gdesz, S. Kalus (red.), G. Matusik, E. Mzyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 742.

stanu poprzedniego”²⁹.

Choć niewątpliwie można odnaleźć ważne argumenty przemawiające za szerokim podejściem do elementów decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n., obejmując nimi niewyartykułowane przez ustawodawcę oznaczenie terminu na zakończenie robót inwestycyjnych, nie należy posługiwać się nieuprawnionym uproszczeniem polegającym na bezrefleksyjnym określaniu instytucji z art. 124 ust. 1 u.g.n. mianem zezwolenia lub ograniczenia „czasowego”, co mogłoby sugerować, że po upływie terminu uprawniony inwestor traci wszelkie prawa wynikające z decyzji.

Powracając do rozważań nad roszczeniem odszkodowawczym, należy odnieść się do związku tego roszczenia z decyzją wydaną na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n. Stoję na stanowisku, że omawiany obowiązek odszkodowawczy jest ściśle skorelowany z wydaną uprzednio decyzją zezwalającą na zajęcie nieruchomości i nie ma bytu samoistnego, co oznacza, że odszkodowanie dochodzone na podstawie właściwych przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami przysługuje wyłącznie, gdy inwestycja przesyłowa realizowana jest na nieruchomości na podstawie decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n.³⁰ jako kolejny etap, choć wymaga przeprowadzenia odrębnego postępowania administracyjnego. W literaturze prezentowany jest ponadto pogląd, zgodnie z którym odszkodowanie w oparciu o postanowienia ustawy o gospodarce nieruchomościami może być dochodzone również w sytuacji, gdy ograniczenie w wykonywaniu praw do nieruchomości ma źródła w umowie zawartej między właścicielem nieruchomości a inwestorem³¹. W mojej ocenie brzmienie art. 129 ust. 5 u.g.n. przeczy takiej interpretacji. Wedle przywołanej regulacji starosta orzeka o odszkodowaniu w decyzji, która opisana została jako „odrębna”, co wskazuje bezpośrednio na istnienie uprzednio wydanego aktu działania administracji, w stosunku do którego decyzja o odszkodowaniu ma być decyzją odrębną.

2. Podmiot odpowiedzialny

Odpowiedzialność odszkodowawczą określoną w ustawie o gospodarce nieruchomościami można objąć kategorią odpowiedzialności administracji publicznej za

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Por. np. A. Łukaszewska, *Gospodarka nieruchomościami...*, s. 347.

³¹ Wydaje się, że takie stanowisko prezentuje M. Wolanin, który wskazuje, że zawarcie umowy dającej tytuł prawny do korzystania z cudzej nieruchomości w okolicznościach uzasadniających wydanie decyzji z art. 124 ust. 1 u.g.n. nie wyłącza stosowania art. 124 ust. 4-6 u.g.n., jeśli tylko w umowie strony wskazały lub nawet bez takiego wskazania, z okoliczności sprawy wynika, że umowa zawarta została w sytuacji, którą przewiduje art. 124 ust. 1 i 3 u.g.n, zob. M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 921.

działania legalne³². Co do zasady, w przypadkach powodowania szkody działaniami legalnymi poszukiwanie podmiotów odpowiedzialnych powinno odbywać się w oparciu o szczególne regulacje przepisów prawa administracyjnego dających podstawę działaniu powodującemu szkodę. W omawianej kategorii spraw z reguły spotkać można trzy zasadnicze konfiguracje odpowiedzialności. Po pierwsze, odpowiedzialnym w stosunku do podmiotu, któremu przysługuje roszczenie odszkodowawcze może być podmiot – beneficjent władczych działań, a więc ten, który nabywa uprawnienia kosztem osoby doznającej szkody. Po drugie, odpowiedzialność może spoczywać na podmiocie, który dokonuje ingerencji poprzez podmioty lub organy działające w jego imieniu. Po trzecie, odpowiedzialnego może identyfikować zakres jego zadań, w których zawiera się przedsięwzięcie, które doprowadziło do powstania szkody³³. Roszczeniu właściciela nieruchomości naprawienia szkody powstałej w wyniku realizowania na nieruchomości inwestycji przesyłowej odpowiada pierwsza z przedstawionych konfiguracji odpowiedzialności. Ciężar zaspokojenia roszczenia spoczywa na przedsiębiorcy przesyłowym, co wynika *explicite* z art. 132 ust. 6 u.g.n i dotyczy zarówno roszczenia o restytucję naturalną, jak i roszczenia odszkodowawczego³⁴.

3. Zakres dochodzonego roszczenia

Jak to wyjaśniono wyżej, odszkodowanie dochodzone na podstawie art. 128 ust. 4 u.g.n. stosowanego wprost i odpowiednio w zw. z art. 124 ust. 4 *in fine* u.g.n powinno objąć szkody rzeczywiste, uwzględniać zmniejszenie wartości nieruchomości oraz – w razie wystąpienia wymienionych w ustawie okoliczności – rekompensatę dalszych szkód związanych z nieprzywróceniem nieruchomości do stanu poprzedniego.

W ramach roszczenia głównego przy określaniu wartości nieruchomości dla celu porównania straty bierze się pod uwagę m. in. rodzaj i charakter nieruchomości, położenie, przeznaczenie, sposób jej użytkowania, stan zagospodarowania, uzbrojenia, stan prawny, stan otoczenia oraz stopień ingerencji w nieruchomość przez posadowione na jej terenie urządzenia przesyłowe³⁵. Zawsze uwzględnia się zmianę warunków korzystania z

³² E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń związanych z wywłaszczeniem nieruchomości*, Warszawa 2014, s. 106 i nast.

³³ Podział zaproponowany przez J. Parchomiuka, por. J. Parchomiuk, *System Prawa Administracyjnego...*, s. 494.

³⁴ *Ibidem* s. 495.

³⁵ M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 1008.

nieruchomości, zmianę jej przydatności użytkowej, skutki spowodowane obowiązkiem udostępnienia nieruchomości inwestorowi w okolicznościach wskazanych w ustawie³⁶. Przy badaniu wartości nieruchomości nie uwzględnia się wartości urządzeń, które nie stanowią części składowej nieruchomości, gdyż pozostają własnością inwestora³⁷. Według E. Bończak-Kucharczyk szczególną skrupulatnością należy wykazać się przy badaniu postanowień miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i zawsze zwracać uwagę, czy postanowienia planu miejscowego precyzyjnie rozmieszczają elementy infrastruktury na nieruchomości, czy wyłącznie ograniczają się do stwierdzenia, że posadowienie urządzeń w określonym miejscu nie jest sprzeczne z miejscowym planem. Jeśli badana nieruchomość przeznaczona jest w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego pod budowę infrastruktury przesyłowej, który ponadto zawiera precyzyjne postanowienia dotyczące układu i posadowienia na niej urządzeń, realizacja inwestycji *per se* nie pociągnie za sobą obniżenia jej wartości³⁸. Choć przedstawione stanowisko może budzić wątpliwości, wydaje się nawiązywać do regulacji art. 36 i nast. ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym³⁹ i zmierza do przeciwdziałania praktyce ustalania odszkodowania z dwóch niezależnych źródeł, obciążającego dwa różne podmioty, za okoliczności objęte jednym zdarzeniem obejmującym ustalenie ingerencji w akcie prawa miejscowego, a następnie jej materializację poprzez wydanie decyzji administracyjnej.

Można zastanowić się, jak rozumieć obowiązek przywrócenia nieruchomości do stanu sprzed zrealizowania na niej inwestycji, o którym traktuje art. 124 ust. 4 u.g.n., który bezpośrednio kształtuje zakres odszkodowania w ujęciu szerokim (tj. obejmującym odszkodowanie główne i odszkodowanie komplementarne⁴⁰).

Przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego nie może być interpretowane w myśl potocznego rozumienia tego nakazu. Jak trafnie podkreśla M. Wolanin, istoty udzielenia zezwolenia na zajęcie nieruchomości nie stanowi wyłącznie uprawnienie do korzystania z nieruchomości przez czas potrzebny na posadowienie w jej obrębie urządzeń

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Tak WSA w Warszawie w wyroku z dnia 8 lutego 2000 roku, I SA 356/99, Lex nr 57174; E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 741; M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 1008.

³⁸ E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 740-741; M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 1009-1010.

³⁹ Ustawa z dnia 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 199 ze zm.).

⁴⁰ Odszkodowanie dochodzone w razie braku restytucji naturalnej na podstawie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 4 u.g.n.

infrastruktury przesyłowej. Z decyzją immanentnie związane jest prawo do trwałego przeprowadzenia lub wybudowania i pozostawienia na nieruchomości urządzeń infrastruktury. Skoro urządzenia te, w ujęciu prawnym, w myśl art. 49 § 1 k.c. nie stanowią rzeczy będącej częścią składową gruntu, a wyłącznie przedsiębiorstwa przesyłowego, to również w ujęciu faktycznym nie mogą konstytuować zmiany stanu faktycznego nieruchomości istniejącego przed ich wybudowaniem. Autor konstatuje, że *ratio legis* regulacji uzasadnia przekonanie, iż przywrócenie stanu poprzedniego oceniane jest z pominięciem wybudowanej infrastruktury technicznej⁴¹. Zakres zajęcia nieruchomości przez infrastrukturę przesyłową związany z jej stałym pozostawieniem na nieruchomości rozważa się bowiem w kontekście zmniejszenia wartości nieruchomości (elementu kształtującego roszczenie główne).

4. *Charakter roszczenia odszkodowawczego*

Właściwą drogą dochodzenia roszczenia przez właściciela nieruchomości objętej decyzją z art. 124 ust. 1 u.g.n. jest droga administracyjna. Orzeczenie o kompensacji następuje w decyzji administracyjnej wydanej przez właściwy organ administracji publicznej w oparciu o art. 128 ust. 4 u.g.n. Istnienie ścisłego związku między odpowiedzialnością odszkodowawczą a powodującą szkody władczą ingerencją w prawo rzeczowe rodzi kontrowersje w zakresie odczytania charakteru prawnego roszczenia przysługującego właścicielowi nieruchomości.

O ile zgodnie dostrzega się, że polski prawodawca wyróżnia szczególną kategorię norm odszkodowawczych ustanawiających bezwarunkowy i bezwzględny obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej (wprost lub pośrednio) legalnymi działaniami władczymi⁴², o tyle nie ma zgody co do charakteru prawnego roszczeń związanych z takim władczym działaniem. Warto przedstawić w tym miejscu istotę dyskusji prowadzonej na gruncie instytucji wywłaszczenia opisanej w art. 112 u.g.n.

Ukształtowanie się instytucji wywłaszczenia *sensu stricto* wraz z jego elementem odszkodowawczym od samego początku wiązało się z powstaniem ożywionej dyskusji przedstawicieli doktryny na temat charakteru prawnego rekompensaty⁴³.

⁴¹ Por. np. M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 953-954.

⁴² Por. E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń związanych...*, s. 101 i nast.

⁴³ Zauważa to T. Woś: T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2011, s. 263; por. też M. Szalewska, *Wywłaszczenie nieruchomości*, Toruń 2005, s. 260. Szeroko opisuje problem w ujęciu historycznym E. Lemańska – zob. E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń związanych...*, s. 56 i nast.

Z jednej strony wskazuje się, że roszczenie określone w art. 128 u.g.n. nie jest roszczeniem cywilnoprawnym w rozumieniu przepisów prawa cywilnego. Wykazuje ono natomiast cechy swoiste, dlatego zasadne jest posługiwanie się określeniem roszczenia publicznoprawnego. Wywłaszczenie, które powoduje powstanie roszczenia, stanowi legalne władcze odebranie uprawnień dla dobra publicznego. Roszczenie dochodzone na podstawie art. 128 u.g.n. nie odpowiada tym samym cechom żadnego z typów roszczeń cywilnych odszkodowawczych – ani kontraktowemu, ani deliktowemu. Wskazuje się przy tym dodatkowo m.in., że nie jest również zachowana typowa dla klasycznych roszczeń cywilnoprawnych hierarchia form rekompensaty szkody, o której traktuje art. 363 k.c., wymagająca poprzedzenia orzeczenia o rekompensacie pieniężnej, rozważeniem celowości restytucji naturalnej⁴⁴.

Większość przedstawicieli doktryny⁴⁵ opowiada się za cywilnoprawnym charakterem roszczenia odszkodowawczego uregulowanego w art. 128 u.g.n., obejmując wywłaszczenie zakresem zdarzeń cywilnoprawnych⁴⁶, nadając roszczeniu odszkodowawczemu przymiot roszczenia wzajemnego wobec odstąpienia prawa na rzecz państwa⁴⁷. Przeszkody dla takiej kwalifikacji nie stanowi, według tych autorów, umiejscowienie roszczenia w ustawie zawierającej normy administracyjnoprawne ani także właściwość drogi administracyjnej⁴⁸. Wskazuje się, że roszczenie to oparte jest *stricte* na zasadach kodeksu cywilnego⁴⁹.

Dogłębną i szczególnie przekonującą analizę problemu przeprowadził T. Woś. Autor odwołał się do roszczeń odszkodowawczych interpretowanych przez pryzmat stosunku materialnoprawnego łączącego podmiot zobowiązany i uprawniony. Autor w sprawach

⁴⁴ Por. P. Wszolek, *Problematyka administracyjnoprawnej odpowiedzialności wyrównawczej na przykładzie odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości*, CASUS 2010, nr 56, s. 9 i n.; J. Boć, *Wyrównanie strat wynikłych z legalnych działań administracji*, Wrocław 1971, s. 197.

⁴⁵ Por. m.in. F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie, t. II. Prawo rzeczowe*, Kraków 1947, s. 123; T. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 103, S. Czuba, *Cywilnoprawna problematyka wywłaszczenia*, Warszawa 1980, s. 166; T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, s. 275; Z. Truskiewicz, [w:] E. Drozd, Z. Truskiewicz, *Gospodarka gruntami, wywłaszczenie nieruchomości. Komentarz*, Kraków 1995, s. 241; A. Łukaszewska, *Gospodarka nieruchomościami...*, s. 375, A. Cebera, *Charakter prawny odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości*, „PPP” 2013, nr 9, s. 15 i nast.; E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń o odszkodowanie za wywłaszczenie nieruchomości*, „PiP” 2009, z. 10, s. 83.

⁴⁶ Tak F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie...*, s. 123, za: M. Szalewska, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, s. 161.

⁴⁷ Tak F. Langshamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 285, za: M. Szalewska, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, s. 261.

⁴⁸ Tak W. Warkało, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 103 i 188.

⁴⁹ Tak A. Łukaszewska, *Gospodarka nieruchomościami...*, s. 375.

z zakresu wyłączenia wyróżnia dwa współistniejące ze sobą, lecz jednocześnie samodzielne stosunki prawne: cywilnoprawny i administracyjnoprawny. Stosunki te kreują dwie odrębne sprawy, będące przedmiotem jednego postępowania. Stosunek administracyjnoprawny to stosunek wyłączenia; jedna tylko strona ma prawo władczo kształtować jego treść. Stosunek odszkodowawczy jest stosunkiem cywilnoprawnym i opera się na równości stron – wyłączonego i wyłączającego. Organ prowadzący postępowanie administracyjne zmierzające do ustalenia odszkodowania nie jest stroną tego stosunku, nie prowadzi więc postępowania we własnej sprawie. Nie można tym samym mówić o nierówności stron stosunku odszkodowawczego (o relacji władczej), co wydaje się być istotnym argumentem przeciwników tego podejścia⁵⁰. Z uwagi więc na układ podmiotowy stosunek odszkodowawczy jawi się jako typowy stosunek cywilnoprawny⁵¹. Przyznanie odszkodowania następuje na podstawie decyzji, a więc przybiera formę władczą, nie stanowi konkretyzacji stosunku między właścicielem nieruchomości a organem wydającym władcze rozstrzygnięcie. Materialnoprawny stosunek w zakresie obowiązku odszkodowawczego nawiązuje się między właścicielem, który doznał szkody, a podmiotem, na którym ciąży prawny obowiązek jej naprawienia⁵². Ponadto źródło obowiązku odszkodowawczego stanowi ustawa, a nie decyzja administracyjna⁵³.

Jak słusznie konstatuje E. Lemańska, determinantą cywilnoprawnego charakteru stosunku odszkodowania jest istota tego stosunku, a nie umiejscowienie regulacji tego stosunku dotyczącej, rodzaj podmiotów zaangażowanych, rodzaj organu orzekającego czy wreszcie decyzyjny tryb konkretyzowania wszystkich elementów stosunku⁵⁴.

W judykaturze również nie ma zgodności co do charakteru prawnego roszczenia odszkodowawczego przewidzianego przepisami ustawy o gospodarce nieruchomościami. Analiza wypowiedzi NSA wskazuje na brak jednolitej linii orzeczniczej. Niektóre sądy czy wręcz składy orzekające sądów administracyjnych przyznają roszczeniu odszkodowawczemu charakter cywilnoprawny⁵⁵, choć z drugiej strony, podobnie jak wśród

⁵⁰ J. Boć, *Wyrównanie strat...*, s. 200 i nast.

⁵¹ T. Woś, *Wyłączanie nieruchomości...*, s. 272-276.

⁵² A. Cebera, *Charakter prawny odszkodowania...*, s. 12.

⁵³ T. Woś, *Wyłączanie nieruchomości...*, s. 275 i A. Cebera, *Charakter prawny odszkodowania...*, s. 15.

⁵⁴ E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń o...*, s. 85.

⁵⁵ Tak NSA w wyroku z 3 września 2008 roku, I OSK 1302/07, Lex nr 498329; NSA w wyroku z 22 kwietnia 1994 roku, SA/Kr 1297/93, niepubl.; WSA w Białymstoku w wyroku z 12 listopada 2008 roku, II SA/Bk 289/08, Lex Polonica nr 2025948.

przedstawicieli doktryny prawniczej, odnajduje się element nierówności w ramach stosunku uprawnionego i zobowiązanego do wypłaty odszkodowania, która to typowa jest dla stosunków administracyjnoprawnych, a jej istnienie ma przeczyć kwalifikacji cywilnoprawnej roszczenia wynikającego ze stosunku podmiotowego o takim charakterze⁵⁶. Zaprezentowano ponadto pogląd wpisujący się w omawiany nurt o wyłącznie językowej zbieżności pojęcia „odszkodowanie”, którym posługuje się art. 128 u.g.n., z tożsamym pojęciem użytym w kodeksie cywilnym⁵⁷.

Popieram pogląd, zgodnie z którym roszczenie z art. 128 u.g.n. jest typowym roszczeniem odszkodowawczym w ujęciu cywilistycznym. Wszelkie argumenty wyrażone w odniesieniu do odszkodowania za wywłaszczenie *sensu stricto* można przy tym wprost odnieść także do roszczeń odszkodowawczych właścicieli nieruchomości objętych decyzją z art. 124 ust. 1 u.g.n. Roszczenie odszkodowawcze za wywłaszczenie i roszczenie za szkody związane z udostępnieniem nieruchomości różni wyłącznie zakres rekompensaty, a przez to sposób jej określania, natomiast wykazują one cechy wspólne w ramach swojej budowy oraz istoty. Rozdzielność i odrębność dwóch stosunków prawnych o odmiennej naturze – administracyjnego (związanego z ograniczeniem uprawnień) i cywilnego (odszkodowawczego) – jest tym bardziej uchwytna, biorąc pod uwagę fakt, że każdy ze stosunków doznaje konkretyzacji w odrębnym postępowaniu administracyjnym, a nie, jak to ma miejsce w sprawach wywłaszczeniowych, w ramach jednego postępowania. Co więcej, argument zwolenników obejmowania roszczeń określonych w art. 128 u.g.n. kategorią roszczeń administracyjnych oparty o hierarchię z art. 363 k.c. traci swój byt w odniesieniu do roszczenia komplementarnego i częściowo roszczenia głównego (w zakresie nieobejmującym obniżenia wartości nieruchomości). Ustawodawca, zgodnie ze wskazaną zasadą prawa cywilnego, daje bowiem pierwszeństwo restytucji naturalnej przed orzeczeniem rekompensaty pieniężnej.

5. Procedura dochodzenia roszczenia

Jak stanowi art. 129 ust. 5 u.g.n., odszkodowanie ustala się w odrębnej decyzji administracyjnej. Powołany art. 129 ust. 5 jest podstawą prawną przekazania sprawy cywilnej do właściwości organów administracji publicznej, o której stanowi art. 2 § 3

⁵⁶ Tak NSA w wyroku z 6 lutego 2009 roku, I OSK 335/08, ONSA i WSA 2010, nr 4, poz. 72; NSA w wyroku z 17 czerwca 2009 roku, I OSK 874/08, Lex Polonica nr 2288963; WSA w Poznaniu w wyroku z 22 lipca 2009 roku, II SA/Po 999/08, Lex nr 553183.

⁵⁷ NSA w wyroku z 25 lutego 2009 roku, I OSK 460/08, Lex nr 515984, tak też WSA w Łodzi w wyroku z dnia 16 czerwca 2015 roku, II SA/Łd 325/15, Lex nr 1792797.

kodeksu postępowania cywilnego⁵⁸ i wyłącza tym samym kognicję sądów powszechnych. Właściwość drogi administracyjnej jest w tym przypadku *expressis verbis* wyrażona w ustawie, dlatego nie budzi wątpliwości. Nie ma podobnej regulacji w odniesieniu do roszczenia restytucyjnego właściciela nieruchomości. Można się zastanowić, jak kształtuje się właściwość w zakresie roszczenia właściciela poprzedzającego roszczenie odszkodowawcze – roszczenia o przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego.

Możliwe wydają się być dwie drogi. Pierwsza z nich byłaby realizowana przed sądami powszechnymi, druga – w ramach egzekucji administracyjnej. M. Wolanin opowiada się za koncepcją, zgodnie z którą roszczenie restytucyjne dochodzone powinno być przed sądami powszechnymi⁵⁹. G. Matusik precyzuje, że w omawianym zakresie właścicielowi i użytkownikowi wieczystemu służyłyby w istocie dwa roszczenia cywilnoprawne. Pierwsze z nich zbliżone do roszczenia negatoryjnego z art. 222 § 2 k.c. o przywrócenie stanu poprzedniego i zaniechanie naruszeń, drugie – o upoważnienie przez sąd do wykonania czynności na koszt i ryzyko uprawnionego z decyzji, który zaniechał wykonania czynności restytucyjnych⁶⁰. Autor podkreśla przy tym, że uznanie cywilnoprawnej drogi dochodzenia roszczenia z art. 124 ust. 4 u.g.n. nie jest pozbawione kontrowersji. Problem stanowi odesłanie do art. 128 ust. 4 u.g.n., który znajdzie zastosowanie przy ustalaniu wysokości odszkodowania w razie nieprzywrócenia nieruchomości do stanu sprzed zrealizowania inwestycji⁶¹. Taka interpretacja może prowadzić do niedogodnej sytuacji, w której dopiero oddalenie powództwa o przywrócenie stanu poprzedniego bądź powództwa o wykonanie zastępcze przez sąd powszechny otwierałoby drogę do dochodzenia roszczenia odszkodowawczego na drodze administracyjnej zgodnie z art. 128 ust. 4 u.g.n. Przyjęcie, że decyzja określająca i nakładająca obowiązek wypłaty odszkodowania jest warunkowana niemożnością uzyskania pozytywnego orzeczenia w postępowaniu cywilnym byłoby podejściem nieprawidłowym. Nie ma bowiem podstaw prawnych do formułowania takich zastrzeżeń i budowania konstrukcji czasowej niedopuszczalności drogi postępowania administracyjnego. Jak podsumowuje ową kontrowersję G. Matusik, wybór w zakresie sposobu dochodzenia roszczeń przysługuje właścicielowi, który może wykorzystać uprawnienia do dochodzenia restytucji przed sądem powszechnym bądź też od razu zainicjować wszczęcie postępowania

⁵⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.).

⁵⁹ M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 956 i nast.

⁶⁰ G. Matusik, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 743.

⁶¹ *Ibidem*.

administracyjnego⁶². Właściwy organ musiałby badać wówczas zaistnienie przesłanek do ustalenia odszkodowania⁶³.

6. *Przedawnienie roszczenia*

W konsekwencji ustalenia, że roszczenie dochodzone na podstawie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 124 ust. 4 *in fine* u.g.n. jest roszczeniem cywilnym, adekwatne jest posługiwanie się w tym kontekście kategorią przedawnienia. Jak trafnie zauważa E. Lemańska: „Opowiedzenie się za cywilnoprawnym charakterem stosunku odszkodowawczego towarzyszącego wywłaszczeniu, przy jednoczesnym kwestionowaniu przedawnienia wynikającego z niego roszczenia majątkowego, zakłada pewną sprzeczność. Jeśli bowiem podstawowe znaczenie dla ustalenia charakteru określonego stosunku prawnego ma jego istota (właściwość), to ona również determinuje przepisy, do których należy sięgać, dokonując oceny wynikających z niego praw”⁶⁴.

Przedstawiciele doktryny opowiadający się za przyjęciem cywilnoprawnego charakteru roszczeń odszkodowawczych dochodzonych na podstawie art. 128 u.g.n. konsekwentnie aprobuje pogląd, zgodnie z którym roszczenie to ulega przedawnieniu⁶⁵. Wśród przeciwników tej koncepcji można natomiast wskazać na pogląd M. Wolanina, autor ten wyraża wątpliwości, przychylając się do traktowania roszczenia odszkodowawczego jako roszczenia majątkowego, które nie podlega przedawnieniu, a to w związku z tym, że owo roszczenie umiejscowione jest w ramach przepisów prawa administracyjnego i przedawnienie, dopóki nie zostanie wprost przewidziane przez ustawodawcę, nie nastąpi⁶⁶. Podobnie wypowiadają się w tym zakresie również A. Gill i A. Nowak-Far. Wskazani autorzy, analizując sytuację właściciela nieruchomości w kontekście zajęcia nieruchomości będącej przedmiotem jego własności, umieszczają roszczenie właściciela w trzech kontekstach sytuacyjnych. Po pierwsze, wyróżniają roszczenia przysługujące podmiotowi w razie ingerencji dokonanej na podstawie umowy cywilnoprawnej; po drugie, roszczenie w razie ingerencji, którą uprawnia zezwolenie właściwej władzy (w tym decyzja wydana na podstawie art. 124 ust. 1 u.g.n); po trzecie, roszczenie wobec naruszydiciela dopuszczającego

⁶² *Ibidem*.

⁶³ P. Wojciechowski, *Ustawa o gospodarce...*, s. 554.

⁶⁴ E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń o...*, s. 85.

⁶⁵ T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, s. 279 i nast.; E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń o...*, s. 85.

⁶⁶ M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 684 i 1006.

się ingerencji bez podstawy prawnej, a więc bezprawnie. Według autorów każda z wymienionych ingerencji swoiście kształtuje istotę roszczenia, które mimo że sprowadza się do tego samego żądania – zapłaty sumy odpowiadającej wysokości poniesionej szkody – podlega odmiennym zasadom przedawnienia. Roszczenie zapłaty „odszkodowania publicznoprawnego”, jak określają autorzy roszczenie zgłaszane w oparciu o art. 128 u.g.n. w ramach drugiej z omówionych sytuacji, nie jest ograniczone szczególnym terminem na wydanie decyzji ustalającej wysokość odszkodowania, dlatego nie ulega przedawnieniu. Choć autorzy zastrzegają, że zarysowany pogląd oparty jest o ostrożne wnioskowanie oraz im samym wydaje się on być kontrowersyjny, dostrzec można wadliwość rozumowania wynikającą ze stosowania nieuprawnionego kategoryzowania i uproszczenia.

W mojej ocenie nie jest uzasadnione wywodzenie wniosku o niepodlegającym instytucji dawności charakterze roszczenia z tego tylko powodu, że roszczenie dochodzone jest w postępowaniu administracyjnym, regulacja zawarta jest bowiem w przepisach prawa administracyjnego, które ponadto nie przewidują wprost przedawnienia (kategoryzowanie roszczenia)⁶⁷. Komentowana wypowiedź mogłaby również sugerować utożsamianie kategorii terminu wydania decyzji ustalającej wysokość odszkodowania z kategorią terminu przedawnienia⁶⁸. Jest to zbyt duże uproszczenie, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę dalsze kwestie objęte sporem odnośnie terminu początkowego biegu przedawnienia. Przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami nie wprowadzają terminu wydania decyzji rozstrzygającej sprawę administracyjną, co oznacza, że każda sprawa powinna zostać rozpatrzona w terminie określonym w art. 35 k.p.a. Jest to jednak termin rozpatrzenia sprawy, co więcej termin instrukcyjny, który nie może być identyfikowany z terminem przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych przewidzianych w ustawie o gospodarce nieruchomościami czy jakichkolwiek innych przepisach prawa publicznego.

Sam fakt niewprowadzenia do ustawy o gospodarce nieruchomościami specjalnych przepisów nie wyklucza posługiwania się instytucją dawności w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych za wyłączenie lub ograniczenie sposobu korzystania z nieruchomości. Jak słusznie wskazuje T. Woś, jest oczywiste, że należy stosować terminy przedawnienia roszczeń cywilnych do roszczeń o odszkodowanie. Wszelkie normy kodeksu cywilnego zawierające regulację roszczeń cywilnoprawnych będą miały pełne zastosowanie do wszystkich roszczeń ujętych w innych niż kodeks cywilny ustawach⁶⁹. Wiąże się to ze zidentyfikowaniem istoty roszczenia odszkodowawczego jako roszczenia cywilnego,

⁶⁷ T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości...*, s. 279 i nast.

⁶⁸ A. Gill, A. Nowak-Far, *Korzystanie przez przedsiębiorstwo ciepłownicze z sieci...*, s. 76-77.

⁶⁹ T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości...*, s. 279-280.

determinującego adekwatny zakres regulacji, do których należy odnosić się w ramach stosowania instytucji. Nie należy ograniczać się wyłącznie do przepisów prawa administracyjnego. Zasadne jest łączenie upływu czasu, o którym mowa w art. 117 k.c., ze skutkami tamże przewidzianymi⁷⁰.

Termin przedawnienia roszczenia odszkodowawczego właściciela nieruchomości, wobec którego wydana została decyzja z art. 124 ust. 1 u.g.n., wynika z art. 117 § 1 k.c. i wynosi 10 lat od dnia jego wymagalności.

Określenie początkowego terminu przedawnienia budzi wątpliwości. Jak pokazuje analiza wypowiedzi judykatury, z jednej strony wskazuje się, że przedawnieniu podlegają wyłącznie roszczenia majątkowe wymagalne. Z uwagi na to roszczenie nie może ulec przedawnieniu przed jego powstaniem, tj. ustaleniem. Roszczenia ustalane na podstawie decyzji administracyjnej stają się wymagalne dopiero po ich przyznaniu. Przed władczym ich ukształtowaniem roszczenie ma postać żądania o ustalenie wysokości odszkodowania w drodze decyzji, tym samym nie ulega przedawnieniu⁷¹.

Z drugiej strony podnosi się, że termin przedawnienia, stosownie do art. 118 w zw. z art. 120 § 1 k.c., biegnie od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne, tj. od dnia, w którym wierzyciel miał prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Dniem początkowym biegu terminu przedawnienia roszczenia majątkowego jest dzień powstania szkody⁷².

Ostatni pogląd spotkał się z aprobatą przedstawicieli doktryny⁷³. Jak wskazuje T. Woś, zobowiązanie do naprawienia szkody powstaje z dniem jej wyrządzenia. Obowiązek odszkodowawczy powstaje więc *ex lege*. Decyzja o ustaleniu odszkodowania konkretyzuje natomiast wszystkie generalne elementy stosunku zobowiązaniowego odszkodowawczego. Nie jest uprawnione uzależnianie początku biegu terminu przedawnienia od woli poszkodowanego, który – gdyby nie szczególne regulacje ustawy o gospodarce nieruchomości – powinien wezwać wierzyciela do spełnienia świadczenia. Na gruncie ustawy o gospodarce nieruchomościami obowiązek wezwania nie istnieje, zastępuje go inicjatywa wszczęcia postępowania administracyjnego zmierzającego do władczego

⁷⁰ *Ibidem*, s. 281 i nast., por. też E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń o...*, s. 86; por. też E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami...*, s. 742; WSA w Białymstoku w wyroku z 18 grudnia 2007 roku, II SA/Bk 707/07, Lex nr 480199.

⁷¹ WSA w Białymstoku w wyrokach: z 16 stycznia 2007 roku, II SA/Bk 706/06, <http://orzeczenia.nsa.gov>; z 13 lutego 2007 r., II SA/Bk 669/06, Lex nr 232905; z 6 maja 2008 roku, II SA/Bk 778/07 Lex nr 500758.

⁷² WSA w Białymstoku w wyroku z 18 grudnia 2007 roku, II SA/Bk 707/07, Lex nr 480199.

⁷³ E. Lemańska, *Przedawnienie roszczeń o...*, s. 90; T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości...*, s. 281.

skonkretyzowania stosunku cywilnoprawnego i ustalenia wysokości odszkodowania. Jak dalej podkreśla autor, przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami dotyczące kwestii roszczeń odszkodowawczych należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, zwłaszcza prawa zobowiązań, stanowiących regulacje o charakterze *lex generalis*. Znajdą one zastosowanie wprost wyłącznie w razie braku regulacji szczególnej⁷⁴.

Roszczenie odszkodowawcze właściciela nieruchomości, oparte o art. 128 ust. 4 u.g.n. przedawni się z upływem 10 lat od dnia, w którym stało się wymagalne. O wymagalności można natomiast mówić wraz z momentem powstania na nieruchomości szkody. W razie dochodzenia, obok roszczenia głównego, roszczenia uzupełniającego w oparciu o art. 128 ust. 4 w zw. z art. 124 ust. 4 *in fine* u.g.n., termin przedawnienia należy liczyć od pierwszego dnia, w którym właściciel mógł wystąpić z inicjatywą wszczęcia postępowania zmierzającego do ustalenia zakresu roszczenia odszkodowawczego, który przypada nie wcześniej niż w terminie, w którym okoliczności faktyczne sprawy pozwalały na pełne zidentyfikowanie szkód oraz ostateczne oznaczenie zakresu odszkodowania.

Podsumowanie

Niniejszy artykuł miał na celu zwrócenie uwagi na wciąż nierozstrzygnięte wątpliwości dotyczące wielu kwestii związanych ze stosowaniem instytucji z art. 124 u.g.n. Choć rozważania koncentrowały się wyłącznie na problematyce roszczenia odszkodowawczego przysługującego właścicielowi nieruchomości, a więc stosunkowo wąskim aspekcie funkcjonowania tej złożonej instytucji normatywnej, można skonkludować, że w doktrynie i judykaturze wciąż nie ma jednolitego spojrzenia na wiele szczegółowych rozwiązań. Stosowanie omawianej instytucji immanentnie związane jest z wkraczaniem w sferę praw rzeczowych, dokonując władczego i trwałego kształtowania ograniczeń praw bezwzględnych, co musi wzbudzać społeczne niezrozumienie i sprzeciw, budowany na gruncie przekonania, że własność jest prawem nienaruszalnym, danym raz na zawsze w niezmiennym kształcie i o niezmiennych granicach. Właśnie ze względu na to, że stosowanie instytucji z art. 124 u.g.n. wymusza stałe balansowanie na styku interesu indywidualnego i interesu publicznego i obarczone jest swoistym ryzykiem przekroczenia ingerencją granicy proporcjonalności, należy postulować szczególną dbałość ustawodawcy o jasne wskazanie zasad i szczegółowych rozwiązań. Wyraźne uregulowanie wielu spornych obecnie kwestii przyczyni się do usunięcia różnic w rozpatrywaniu podobnych spraw, w zależności od organu stosującego prawo w konkretnej sprawie, a także pogłębi zaufanie obywateli do organów administracji publicznej, a szerzej, do państwa.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 281.

**The claim for damages the property owner as a result of the implementation of decisions of art.
124 of The Land Administration Act 1997**

Summary: The institution of 124 clause of The Land Administration Act 1997 stipulates the specific limitation of property right by a public authority, nevertheless for the benefit of transmission entrepreneurs. Thus involves the entrepreneur's obligation to compensate damage, whether occurs. The aim of presented paper is to explore the discussion on the legal status of the abovementioned compensation, either treated as a specific administrative compensation, or civil compensation based on a civil-law relationship. Moreover, the presented thesis highlights numerous obstacles with the use of given institution, in particular, pertaining to compensation for inconvenience, characteristic of damage, the way to get redress, appropriate limitation period and contains reflections on ability to set a deadline for completion of investment in a decision issued on the ground of the abovementioned 124 clause.

Key words: compensation, real estate, infrastructure

Anna Reterska-Trzaskowska*

Uchodźcy środowiskowi w świetle konwencji dotyczącej statusu uchodźców – przemilczany problem?

Streszczenie

Problem migracji środowiskowych nie jest nowy, ludzie migrowali bowiem od zawsze. Przyczyny tego były różne, często ekonomiczne lub polityczne. Niespotykane natomiast dotychczas były przypadki przymusowej ucieczki ze swojego kraju ze względu na jego zatopienie, którego przyczyną jest wzrastający poziom morza. Są to sytuacje, z którymi borykają się małe państwa wyspiarskie, takie jak Malediwy, Tuvalu czy Kiribati. W perspektywie jawi się masowa relokacja, wobec czego podstawowym problemem powinno być uregulowanie statusu prawnego obywateli tych państw, co jednak dotychczas nie nastąpiło. Osoby borykające się z koniecznością porzucenia swojego miejsca zamieszkania i szukania schronienia na stałym, stabilnym lądzie w celu przetrwania nazywane są najczęściej uchodźcami środowiskowymi. Jednak samo uznanie, że dana osoba może być uchodźcą środowiskowym niewiele w obecnym porządku międzynarodowym daje. Nie ma bowiem jakiegokolwiek wiążącego aktu prawnego, który stworzony byłby na potrzeby osób dotkniętych zmianami klimatu. Wobec tego uchodźcy środowiskowi, przynajmniej tymczasowo, podlegać muszą pod istniejące akty prawne i próbować wypełniać istniejące tam definicje. Wśród instrumentów prawnomiędzynarodowych podstawowe znaczenie powinna mieć Konwencja dotycząca statusu uchodźców z 1951 roku. Element prześladowania i status określonej grupy społecznej to te najważniejsze przesłanki definicji uchodźcy, które mogłyby przeważać o zakwalifikowaniu uchodźców środowiskowych do grona uchodźców w rozumieniu Konwencji o uchodźcach. Jednocześnie to właśnie wykładnia tych przesłanek sprawia, że podkreśla się nieprzystawanie definicji konwencyjnej do złożonego problemu, z którym borykają się uchodźcy środowiskowi.

Słowa kluczowe: uchodźcy, prawo międzynarodowe, migracje

* Autorka jest doktorantką w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych na Uniwersytecie Łódzkim oraz adwokatem przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Łodzi.

WSTĘP

„Jesteśmy głęboko przekonani, że to świat, a w szczególności ci, którzy spowodowali ten problem, jest politycznie i moralnie odpowiedzialny za ocalenie małych wysp i krajów, takich jak Tuvalu, przed zmianami klimatycznymi, oraz za zapewnienie nam dalszego życia na naszych rodzimych wyspach w długotrwałym bezpieczeństwie, z zachowaniem naszej tożsamości kulturowej i podstawowej godności człowieka.

Zmuszanie nas do opuszczenia naszych wysp ze względu na beczynność podmiotów odpowiedzialnych jest niemoralne i nie może być stosowane jako szybkie rozwiązanie tego problemu”¹. Apisai Ielemia, premier i minister spraw zagranicznych Tuvalu.

Problem migracji środowiskowych nie jest nowy, ludzie migrowali bowiem od zawsze. Przyczyny tego były różne, często ekonomiczne lub polityczne. Również ze względu na burzliwość środowiska naturalnego, klęski żywiołowe oraz inne zjawiska atmosferyczne społeczności zmuszane były do przemieszczania. Niespotykane natomiast dotychczas były przypadki przymusowej ucieczki ze swojego kraju ze względu na jego zatapianie, którego przyczyną jest wzrastający poziom morza. Są to sytuacje, z którymi borykają się małe państwa wyspiarskie, takie jak Malediwy, Tuvalu, Wyspy Salomona, Nauru, czy Kiribati. W perspektywie jawi się masowa relokacja, wobec czego podstawowym problemem powinno być uregulowanie statusu prawnego obywateli tych państw, co jednak dotychczas nie nastąpiło. Z uwagi zaś na znikomą rolę tych państw wyspiarskich na arenie międzynarodowej, a także ze względu na kwestię wpływu znaczących państw na zmiany klimatu, zwłaszcza ilość emisji gazów cieplarnianych, problem ten pozostaje nadal marginalizowany i ignorowany przez międzynarodową społeczność. Społeczność ta milczy, natomiast krzyk tych licznych, choć niewielkich państw wyspiarskich pozostaje mimo to nadal niesłyszalny, jako że nie posiadają one żadnych kart przetargowych, które otworzyłyby im drzwi do pewnego jutra na stałym lądzie. Jedyne, co mają, to wołanie do międzynarodowego ducha solidarności.

PRZYCZYNY UCHODŹSTWA KLIMATYCZNEGO

Najbardziej narażone na działania zmian klimatu są małe atolowe państwa wyspiarskie. Atol to typ płaskiej wyspy koralowej w kształcie ciągłego lub przerywanego pierścienia otaczającego fragment morza zwany laguną². Państwami takimi są wspomniane

¹ A. Ielemia, oświadczenie wygłoszone w Otwartej Debacie na Zgromadzeniu Generalnym Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku w dniu 26 września 2008 r., http://www.un.org/ga/63/generaldebate/pdf/tuvalu_en.pdf [dostęp: 14 maja 2015].

² Definicja hasła „atol”, [w:] *Encyklopedia PWN*, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/atol;3872140.html> [dostęp: 07.07.2015].

już Malediwy, Tuvalu, Kiribati.

Malediwy położone są na Oceanie Indyjskim. Ich ludność jest rozproszona na ponad 200 wyspach, z których wiele ma powierzchnię mniejszą niż 1 km². Główna wyspa to Kaafu Male, która mieści stolicę Malediwów, Male, z liczbą ludności wynoszącą 74.000. Malediwy przyczyniają się w 0,001% do globalnych emisji gazów cieplarnianych, będą jednak w niewspółmierny sposób odczuwać skutki zmian klimatu³.

Na Malediwach tylko mniej niż 1% całkowitej powierzchni gruntów nadaje się to do zamieszkania⁴, a położenie 80% wysp wynosi mniej niż 1 metr nad poziomem morza. Krajowe wskaźniki i prognozy pokazują, że ekstremalne zjawiska w zakresie wzrostu poziomu morza, temperatury, opadów i burz będą prawdopodobnie występować coraz częściej w przyszłości⁵.

Wzrost poziomu morza spowoduje regularne pływowe podtopienia w większości wysp, nawet przy tylko średnich prognozach. Najdalej idące prognozy wskazują, iż może dochodzić do okresowych podtopień na prawie wszystkich wyspach. Fale sztormowe mogą wynosić nawet 2,78 m, co wystarczy, aby całkowicie zatopić wszystkie małe i średniej wielkości wyspy na Malediwach. Gwałtowne burze mogą spowodować fale o wysokości 3,18 m, które mogą zalać nawet te największe wyspy. Przy czym prognozy te nie uwzględniają regularnych powodzi tworzonych przez wiatry monsunowe, które uważa się za najczęściej występujące na Malediwach⁶.

Oprócz osuszania terenu, szereg innych działań człowieka zwiększyło wrażliwość ziemi, plaż i osiedli ludzkich na zmiany klimatu. Obejmują one budowę słabo zaprojektowanej infrastruktury przybrzeżnej, słabo skonstruowanych środków ochrony przybrzeża, usuwanie roślinności przybrzeżnej i wydobywanie piasku. Rify koralowe odgrywają kluczową rolę w ochronie wybrzeża, ale pojawiło się wiele ludzkich obciążeń tego systemu, takich jak wydobywanie rafy koralowej, odprowadzanie ścieków i odpadów stałych, co miało istotny wpływ na jakość i wydajność raf.

Niewielkie rozmiary wysp Malediwów i ekstremalnie niskie ich położenie sprawiają, że nie jest możliwe przeniesienie się w głąb lądu lub na wyższe tereny w sytuacji zagrożenia. Podnosi się, że uzupełnianie plaży może być tylko tymczasowym lekarstwem na utratę lądu. O ile nie zostaną podjęte kosztowne środki ochrony wybrzeży, liczne

³ R. Brears, *Environmental refugees from the Maldives: are they protected?*, <http://ssrn.com/abstract=1438822>; s. 4.

⁴ A. Latheefa i inn., *State of environment. Maldives 2011*, Ministry of Environment and Energy of Maldives, s. 13.

⁵ *Ibidem*, s. 14.

⁶ *National Adaptation Program of Action. Republic of Maldives*, Ministry of Environment, Energy and Water 2007, s. 16.

społeczności wyspiarskie zmierzyć się będą musiały z ryzykiem zalania⁷.

W związku z powyższym w miejscach podatnych na zmiany klimatu tworzy się Narodowe Programy Działań Adaptacyjnych (*National Adaptation Programs of Action*, dalej: NAPA). Według Międzyrządowego Zespołu do spraw Zmian Klimatu (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, dalej: IPCC) podatność na zmiany klimatu jest stopniem, w jakim system jest wystawiony na działanie lub nie radzi sobie z negatywnymi skutkami zmian klimatu, w tym z jego zmiennością i skrajnościami. Adaptacja polega zaś na dostosowaniu naturalnych lub ludzkich systemów do rzeczywistych lub oczekiwanych czynników klimatycznych i ich skutków, które są szkodliwe, a także wykorzystuje istniejące możliwości. W NAPA Malediwów adaptacja jest wielowymiarowym zadaniem, które ma na celu zwiększenie odporności systemów wrażliwych na zagrożenia klimatyczne i ryzyka w celu osiągnięcia korzystnych wyników w zakresie zrównoważonego rozwoju⁸.

W związku z brakiem istotnych działań łagodzących w skali światowej, gdy nastąpią zmiany o pewnym nasileniu, lokalne interwencje adaptacyjne mogą jednakże stać się bardzo kosztowne i trudne do zrealizowania. Międzyrządowy Zespół do spraw Zmian Klimatu zauważył, że jeśli globalne średnie temperatury wzrosną do około 40° C (co może prowadzić do wzrostu poziomu morza od 0,5 m do 2 m) prawdopodobieństwo skutecznej ochrony wybrzeży w niektórych miejscach, takich jak nisko położone małe wyspy, będzie niskie. W związku z tym uważa się, że prawdopodobnym rozwiązaniem w takich okolicznościach może stać się przeniesienie całej społeczności⁹. Jako że przewiduje się, iż poziom morza wzrośnie w granicach od 9 do 88 cm w latach 1990-2100, w najgorszej z przewidywanych prognoz wyspy Malediwów zostałyby zatopione¹⁰.

UCHODŹCY ŚRODOWISKOWI

Powyższe przewidywania oraz zaobserwowane zjawiska wskazują, iż relokacja obywateli państw zagrożonych zatopieniem stanie się realna już w najbliższym czasie. Osoby borykające się z koniecznością porzucenia swojego miejsca zamieszkania i szukania schronienia na stałym, stabilnym lądzie w celu przetrwania, nazywane są najczęściej uchodźcami środowiskowymi.

⁷ *Ibidem*, s. 16.

⁸ *Ibidem*, s. 3.

⁹ L.A. Nurse, R.F. McLean, J. Agard, i inn., *Small islands*, [w:] V. R. Barros, C. B. Field, D. J. Dokken, i inn., *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, New York, 2014, s. 1641.

¹⁰ *National Adaptation Program of Action. Republic of Maldives*, op. cit., s. 13.

Essam El-Hinnawi zdefiniował uchodźców środowiskowych jako „ludzi zmuszonych do opuszczenia ich tradycyjnych środowisk życiowych, czasowo lub na stałe, ze względu na określone zakłócenia środowiskowe (*environmental disruption*) (naturalne lub spowodowane przez człowieka), które zagrażają ich egzystencji lub poważnie wpływają na jakość ich życia”. Poprzez określenie „zakłócenia środowiskowe” rozumiane są fizyczne, chemiczne i biologiczne zmiany w ekosystemie, które czynią je, tymczasowo lub trwale, nienadającymi się do utrzymywania ludzkiego życia”¹¹.

Bardziej obrazowo istotę problemu oddaje J. Bogardi, proponując wyodrębnienie trzech grup migrantów ze względu na nasilenie czynników będących przyczyną migracji. Wyróżnia on: 1. migrantów zmotywowanych zmianami środowiska (*environmentally motivated migrants*) – są to osoby, które „przesądzają najgorsze”, przy czym przez określenie „najgorsze” należy rozumieć zagrożenie życia, zdrowia i mienia; mogą oni opuścić swoje pogarszające się środowisko, które jednak nadal może być odbudowane; 2. środowiskowych migrantów przymusowych (*environmentally forced migrants*) – są to osoby, które chcą „uniknąć najgorszego”, a więc zmuszone są do opuszczenia swojego miejsca zamieszkania z powodu utraty środków do życia, której przyczyną są zjawiska klimatyczne; 3. uchodźców klimatycznych (*environmental refugees*) – osoby takie są zmuszone „uciekać przed najgorszym”, w przeciwieństwie do poprzednich grup, które ze względu na trudne warunki „mogły” opuścić swoją ziemię¹².

Pomimo upływu lat oraz zmian koncepcji, to jednak definicja El-Hinnawiego pozostaje najczęściej cytowaną. E. Boon i T. Le Tra uważają, iż dzieje się tak, gdyż, po pierwsze, definicja ta wyraźnie potwierdza, że to zakłócenia środowiska są przyczyną (oprócz wojen i konfliktów społecznych) masowego ruchu człowieka we współczesnym świecie. Po drugie, obejmuje ona katastrofy ekologiczne wywołane przez człowieka, a tym samym pomaga w identyfikacji tych, którzy są odpowiedzialni za powiązane z nimi zmiany środowiskowe. Wreszcie, ich zdaniem, definicja nie określa, że należy opuścić swój kraj, aby zostać uznanym za uchodźcę środowiskowego. Innymi słowy, przekraczanie granic międzynarodowych nie jest konieczne, by być chronionym przez prawo międzynarodowe. Dlatego definicja ta jest szersza niż definicja konwencyjnych uchodźców i obejmuje także uchodźców wewnętrznych, czyli takich, którzy migrują w granicach własnego państwa¹³.

¹¹ E. El-Hinnawi, *Environmental Refugees*, United Nations Environmental Programme, Nowy Jork/Nairobi 1985, s. 4, [za:] D.C. Bates, *Environmental Refugees? Classifying Human Migration Caused by Environmental Change*, Population and Environment, Vol. 23, No. 5, May 2002, s. 2.

¹² J. Bogardi, *Environmental Refugees: the Forgotten Migrants. Environmental Migration: Flight or Choice?*, Panel Discussion, UN Headquarters, New York, 16 May 2007, Bonn, Niemcy 2007, s. 12-14.

¹³ E. K. Boon, T. Le Tra, *Are Environmental Refugees Refused?*, Bruksela 2007, s. 87.

UCHODŹCY „KONWENCYJNI”

Samo uznanie, że dana osoba może być uchodźcą środowiskowym niewiele jednak w obecnym porządku międzynarodowym daje. Brak bowiem jakiegokolwiek wiążącego aktu prawnego, który stworzony zostałby na potrzeby osób dotkniętych zmianami klimatu. Wobec tego uchodźcy środowiskowi, przynajmniej tymczasowo, podlegać muszą pod istniejące akty prawne i próbować wypełniać istniejące tam definicje. E. Boom i T. Le Tra wskazują, iż istnieje problem już na poziomie samego definiowania. Bycie uznanym za uchodźcę oznacza, że można otrzymać międzynarodową pomoc i ochronę. Definicja uchodźcy i w konsekwencji status uchodźcy jest zatem ważny, ponieważ określa, kto taką pomoc otrzymuje. Autorzy ci wskazują, że z różnych powodów – począwszy od woli politycznej, przez dostępne środki, aż do kwestii narodowej suwerenności – każdy naród i organizacja ma swoją własną definicję uchodźcy. Ujęcia te zostały jakkolwiek stworzone w celu ochrony konkretnych grup i zazwyczaj nie są w stanie objąć wszystkich, którzy z różnych przyczyn są przesiedlani¹⁴.

Wydaje się natomiast, iż wśród instrumentów prawnomiędzynarodowych podstawowe znaczenie powinna mieć Konwencja dotycząca statusu uchodźców z 1951 roku wraz z Protokołem z 1967 roku (dalej: „Konwencja o uchodźcach”). Tak jak uchodźcy „konwencyjni”, uchodźcy środowiskowi pozostają wbrew swojej woli poza miejscem swojego zamieszkania, co sprawia, że tak samo są oni zależni od pomocy z zewnątrz.

Artykuł 1 A(2) Konwencji o uchodźcach z 1951 roku stanowi, że uchodźcą jest osoba, która „na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania, nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa”¹⁵.

Wynika z tego, że dla uzyskania ochrony konwencyjnej wymagane jest spełnienie szeregu przesłanek. Po pierwsze, osoba musi przebywać poza granicami państwa, którego jest obywatelem lub w którym stale zamieszkiwała, gdy nie posiada żadnego obywatelstwa. Po drugie, nie może lub nie chce korzystać z ochrony tego państwa ze względu na „uzasadnioną obawę przed prześladowaniem” w państwie, którego jest obywatelem (lub państwie swojego dawnego zamieszkania). Trzeci warunek dotyczy źródeł prześladowania,

¹⁴ *Ibidem*, s. 85.

¹⁵ Konwencja dotycząca statusu uchodźcy z 28 lipca 1951 roku (Dz.U. 1991 nr 119 poz. 515).

musi ono bowiem wynikać z „rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych”.

Kluczową przesłanką uzyskania statusu uchodźcy jest istnienie „uzasadnionej obawy przed prześladowaniem”. Termin „obawa” nacechowany jest subiektywizmem, ponieważ odnosi się do wewnętrznych odczuć osoby, która takiej obawy doświadcza. Zgodnie jednak z tekstem Konwencji „obawa” ma być „uzasadniona”, co oznacza, że wynikać ona powinna z obiektywnego zagrożenia.

Oznacza to, że nie tylko stan uczuć osoby zainteresowanej decyduje o statusie uchodźcy, lecz że musi on zostać potwierdzony przez ocenę sytuacji obiektywnej. Ustalenie, czy takie obiektywne zagrożenie istnieje, wymaga z kolei przeanalizowania całokształtu sytuacji danej osoby w państwie jej obywatelstwa. Powinno to jednakże nastąpić dopiero po ocenie oświadczeń ubiegającego się. Podnosi się dodatkowo, że owa obawa musi być racjonalna. W pewnych sytuacjach wszelako, gdy wynika to z okoliczności sprawy, można uznać za uzasadnioną obawę również wyolbrzymiony strach, który nie znajduje wystarczającego potwierdzenia w sferze faktów¹⁶.

Bez żadnych wątpliwości uznać można, iż uchodźcy środowiskowi spełniają tę przesłankę, gdyż sytuacja, w jakiej się znajdują, rodzi wiele obaw – o własne bezpieczeństwo, zdrowie, środki do życia, możliwości upraw, a nawet o własne życie. Nie jest to również tylko ich subiektywne odczucie, albowiem wskazane wyżej dane klimatyczne potwierdzają rosnące zagrożenie dla mieszkańców małych państw wyspiarskich.

Środowisko jako prześladowca?

Kolejnym istotnym elementem definicji uchodźcy jest fakt bycia prześladowanym lub zagrożenie prześladowaniem jako podstawa uzasadnionej obawy. Nie istnieje jednakże powszechnie uznawana definicja prześladowania. Według wytycznych Wysokiego Komisarza do spraw Uchodźców w rozumieniu artykułu 33 Konwencji o uchodźcach z 1951 roku prześladowaniem będzie zagrożenie życia lub wolności na podstawie rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub członkostwa w określonej grupie społecznej. Uznaje się wszak, że „inne poważne naruszenia praw człowieka – z tych samych przyczyn – również stanowić będą prześladowanie”¹⁷. Warto ponadto zwrócić uwagę, że nie tylko jednorazowe naruszenia mogą być uznane za prześladowanie, lecz także zespół takich zachowań czy naruszeń, które same w sobie nie osiągną progu prześladowania, ale które

¹⁶ *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym z 1967 r. Po d r ę c z n i k*, Warszawa 2007, s. 18.

¹⁷ *Ibidem*, s. 21.

mogą być połączone z innymi negatywnymi czynnikami (np. ogólną atmosferą braku bezpieczeństwa w kraju pochodzenia). W takich sytuacjach różne osobne czynniki razem wzięte tworzą wrażenie uzasadniające – z perspektywy osoby wnioskującej o status – obawę przed prześladowaniem na podstawie „kumulacji czynników”¹⁸.

Pomimo iż uznaje się, że prześladowanie jest zazwyczaj związane z działalnością władz krajowych tudzież z działaniami części społeczeństwa, które nie stosuje się do prawa tego państwa¹⁹, Robert Brears uważa, iż w związku z tym, że nie ma ustalonej definicji słowa „prześladowanie”, można by postulować, aby obejmowało ono przypadki łamania praw gospodarczych, społecznych, politycznych, a nawet praw środowiskowych²⁰.

Taka interpretacja tego pojęcia, w obliczu nowych okoliczności, pozwoliłaby objąć definicją uchodźcy również uchodźców klimatycznych, jako że ich „prześladowcą” jest właśnie środowisko, którego gwałtowność zagraża ich życiu i zdrowiu, powodując stałe poczucie obawy czy zagrożenia – cierpią oni wszakże z powodu zmian klimatycznych i perspektywy zalania ich wysp ze względu na wzrost poziomu mórz²¹.

Z drugiej strony Jane McAdam uważa, że co prawda wzrost poziomu morza, zasolenie, niezmiernie częste sztormy, trzęsienia ziemi i powodzie mogą być szkodliwe, to jednak nie stanowią „prześladowania” stosownie do znaczenia, jakie jest mu przypisywane w prawie międzynarodowym i krajowym²².

W związku z powyższymi wątpliwościami Kara K. Moberg proponuje, aby za prześladowcę uznać państwo obywatelstwa osoby prześladowanej ze względu na bierność w zapobieganiu szkodom tudzież te państwa, które najbardziej przyczyniają się do globalnego ocieplenia poprzez emisję gazów cieplarnianych²³. Vikram O. Kolmannskog nazywa takie zachowania „prześladowaniem środowiskowym”, a prześladowanie takie definiuje jako występujące, „gdy rządy świadomie powodują degradację środowiska, a ta degradacja

¹⁸ Organ Odwoławczy ds. Statusu Uchodźców w Nowej Zelandii stwierdził: "Uznaje się, że różne zagrożenia dla praw człowieka, w ich łącznym efekcie, mogą zaprzeczyć ludzkiej godności w kluczowy sposób i powinny być odpowiednio uznane za prześladowania dla celów Konwencji ", *Refugee Appeal No 71427/99*, NZ Refugee Status Appeals Authority, 16 August 2000, para 53(a), [dostępne na:] <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7400.html> [dostęp: 15.06.2011].

¹⁹ R. Brears, *Environmental refugees from the Maldives...*, s. 11.

²⁰ *Ibidem*, s. 13.

²¹ J. McAdam, *Environmental migration governance*, [w:] A. Betts (red.), *Global Migration Governance*, Oxford 2010, s. 11.

²² *Ibidem*, s. 12-13.

²³ K. K. Moberg, *Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection*, 94 Iowa Law Review 1107, 2008-2009, s. 1125.

krzywdzi ludzi poprzez zmuszanie ich do migracji”²⁴.

Jednakże rządy państw takich, jak Tuvalu, Kiribati czy Malediwy podejmują szereg działań zmierzających do odwrócenia skutków zmian klimatu, jak chociażby programy adaptacyjne, przykładowo *Tuvalu's National Adaption Programme of Action* pod auspicjami UNFCC, czy też *Te Kakeega II National Strategy for Sustainable Development*. Trudno wobec tego byłoby przypisać im świadome działanie na szkodę swoich mieszkańców, nawet jeżeli prawdopodobnie nie będą w stanie zapobiec zatopieniu wysp. Wskazuje się bowiem, że nawet „jeśli wszystkie emisje gazów cieplarnianych miałyby natychmiastowo ustać, temperatury będą nadal wzrastać po roku 2100 z powodu gazów cieplarnianych znajdujących się obecnie w atmosferze”²⁵.

Podobnie jest w przypadku twierdzenia, że to inne państwo jest źródłem środowiskowego prześladowania. Należałoby wtedy wykazać, jak to analizuje R. Brears, że państwa kontynuowały emisję gazów cieplarnianych do atmosfery celowo w taki sposób, aby zaszkodzić nisko położonym państwom, takim jak Malediwy²⁶. Nie jest to natomiast zadanie łatwe, chociaż istnieje szereg autorów, którzy rozważają możliwość pozwania największych emitentów gazów cieplarnianych²⁷.

Jednakże ostatecznie, jak analizuje Jane McAdam, nawet jeśli skutki zmian klimatu mogą być uznane za "prześladowanie", Konwencja o uchodźcach wymaga istnienia prześladowania ze względu na czyjaś rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne lub przynależność do grupy społecznej. Samo prześladowanie nie wystarczy. Trudność polega na tym, że skutki zmian klimatycznych są w dużej mierze masowe, oderwane od szczególnych cech pojedynczych osób. Mimo że zmiany klimatu bardziej dotyczą niektórych krajów ze względu na ich położenie geograficzne i zasoby, przyczyny tego nie są oparte na narodowości czy przynależności do określonej grupy społecznej ich mieszkańców²⁸.

Określoną grupę społeczną zazwyczaj stanowią osoby o podobnym pochodzeniu,

²⁴ V. O. Kolmannskog, *Future floods of refugees. A comment on climate change, conflict and forced migration*, Norwegian Refugee Council, Oslo 2008, s. 27; Molly Conisbee and Andrew Simms, *Environmental Refugees. Case for recognition*, New economics foundation, London 2003, s. 30-31.

²⁵ M. D. Mastrandrea, S. H. Schneider, *Global warming*, World Book Online Reference Center 2005. World Book, Inc. <http://www.worldbookonline.com/wb/Article?id=ar226310>. [dostęp: 20.06.2011].

²⁶ R. Brears, *Environmental refugees from the Maldives...*, s. 13.

²⁷ Zob. J. Gitzlaff, *Getting back to basics: Why nuisance claims are of limited value in shifting the costs of climate change*, „Environmental Law Reporter” 3/2009, Waszyngton 2009.

²⁸ J. McAdam, *Climate change displacement and international law*, Genewa 2010, s. 2.

zwyczajach lub statusie społecznym²⁹. Argument, że ludzie wysiedleni przez zmiany klimatu mogliby wspólnie stanowić „określoną grupę społeczną” byłby trudny do obronienia, jako że prawo o uchodźcach wymaga, aby taka grupa była połączona fundamentalnymi, niezmiennymi cechami, innymi niż samo ryzyko prześladowania³⁰. Wobec tego bez dyskryminującego elementu lub efektu z racji tożsamości grupowej trudno będzie stwierdzić istnienie prześladowania zgodnie z Konwencją o uchodźcach.

Element prześladowania i status określonej grupy społecznej to te najważniejsze przesłanki definicji uchodźcy, które mogłoby przeważać o zakwalifikowaniu uchodźców klimatycznych do grona uchodźców w rozumieniu Konwencji o uchodźcach. Jednocześnie na przeszkodzie w uznaniu ich za takich stoją te właśnie przesłanki, a ściślej ich specyficznie wykładana treść.

Wskazane powyżej zastrzeżenia doktryny podkreślają nieprzystawanie definicji konwencyjnej do złożonego problemu, z którym borykają się uchodźcy klimatyczni. Poza tym nie ma dowodów na istnienie jakiegokolwiek polityki któregoś z państw, która pozwoliłaby przyjąć do tego państwa uchodźców klimatycznych z zagrożonych zalaniem krajów³¹.

Ponadto powyższe zastrzeżenia potwierdzone zostały również przez orzecznictwo. Sądy australijskie i nowozelandzkie, do których mieszkańcy Tuvalu i Kiribati skierowali sprawy i w których próbowali otrzymać status uchodźcy w celu uzyskania ochrony przed wpływem zmian klimatu, rozstrzygnęły wszystkie wniesione sprawy na ich niekorzyść. Generalnie rzecz ujmując, stwierdziły one, że nie są to przypadki, w których można uznać, iż skarżący znajdują się w sytuacji zagrożenia urastającej do rangi prześladowania z którejkolwiek z pięciu przyczyn wskazanych w Konwencji o uchodźcach³².

ZMIANY DEFINICJI?

Innym rozwiązaniem jest rozszerzenie definicji uchodźcy. Niosłoby to za sobą konieczność zmiany Konwencji o uchodźcach z 1951 roku. W tym duchu w 2006 roku Malediwy zaproponowały wprowadzenie do owej Konwencji poprawek, które rozszerzałyby definicję „uchodźcy” tak, aby objęła ona „uchodźców klimatycznych”³³. W

²⁹ United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Genewa 1979, s. 13-14.

³⁰ J. McAdam, *Climate change...*, s. 2-3.

³¹ L. A. Nurse, R. F. McLean, J. Agard, i inn., *Small islands...*, s. 1625

³² J. McAdam, *Climate change...*, s. 3 i wskazane tam orzeczenia.

³³ J. McAdam, *Refusing refuge' in the Pacific: (de)constructing climate-induced displacement in international law*; a draft of a chapter that will be published in E Piguet, A Pécoud and P de Guchteneire (eds), *Migration, Environment and Climate Change*, Paris.

grudniu 2009 roku we wstępnych rozmowach do konferencji kopenhaskiej o zmianach klimatu Minister Finansów Bangladeszu stwierdził podobnie, że „konwencja o uchodźcach mogłaby być tak zmieniona, aby chroniła ludzi. Przechodziła już inne zmiany, więc powinno być to możliwe”³⁴.

David Keane stwierdza, że możliwe jest rozszerzenie konwencyjnej definicji uchodźcy zgodnie z linią praw człowieka, ponieważ te pięć praw zawartych w tej definicji (elementów tej definicji) jest w istocie prawami ustanowionymi w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka³⁵. Konwencja o uchodźcach wyraźnie uznaje, że status uchodźcy wynika z zaprzeczenia prawom człowieka³⁶.

Rada Praw Człowieka ONZ potwierdziła, że skutki zmian klimatu będą miały bezpośrednie i pośrednie skutki dla skutecznego korzystania z praw człowieka, między innymi z prawa do życia, prawa do odpowiedniego pożywienia, prawa do jak najwyższego poziomu zdrowia, prawa do odpowiednich warunków mieszkaniowych, prawa do samostanowienia i praw człowieka związanych z dostępem do wody pitnej i urządzeń sanitarnych. Należy zauważyć, że zmiany klimatyczne przyczyniają się do nędzy, w szczególności w krajach rozwijających się³⁷.

J. Cooper wskazuje, iż istnieją w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, z której Konwencja o uchodźcach wyrasta, prawa, z których można wyinterpretować wolność od niedającej się znieść degradacji środowiska³⁸. Jest to art. 3 PDPC („Każdy człowiek ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa swej osoby”), art. 22 PDPC („Każdy człowiek ma jako członek społeczeństwa prawo do ubezpieczeń społecznych; ma również prawo do urzeczywistniania – poprzez wysiłek narodowy i współpracę międzynarodową oraz zgodnie z organizacją i zasobami każdego Państwa – swych praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, niezbędnych dla jego godności i swobodnego rozwoju jego osobowości”) oraz art. 25 PDPC („Każdy człowiek ma prawo do stopy życiowej zapewniającej zdrowie i dobrobyt jego i jego rodziny, włączając w to wyżywienie, odzież, mieszkanie, opiekę

³⁴ H. Grant, J. Randerson, J. Vidal, *UK Should Open Borders to Climate Refugees, Says Bangladeshi Minister*, The Guardian 4 December 2009, <http://www.guardian.co.uk/environment/2009/nov/30/rich-west-climate-change/print> [dostęp: 25.05.2015]

³⁵ D. Keane, *The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of "Environmental Refugees"*, Georgetown International Environmental Law Review Winter 2004, [dostępne na:] http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3970/is_200401/ai_n9353848/, s. 6.

³⁶ J. B. Cooper, *Environmental refugees: meeting the requirements of the refugee definition*, 6 New York University Environmental Law Journal 1997-1998, s. 12.

³⁷ M. Ammer, *Climate Change and Human Rights: The Status of Climate Refugees in Europe*, Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights, Research Project On Climate Change, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights (BIM), Austria 2009, s. 28.

³⁸ J. B. Cooper, *Environmental refugees...*, s. 13.

lekarską i konieczne świadczenia socjalne, oraz prawo do ubezpieczenia na wypadek bezrobocia, choroby, niezdolności do pracy, wdowieństwa, starości lub utraty środków do życia w inny sposób od niego niezależny”³⁹. Według niej prawa te powinny podlegać odpowiednio podobnej ochronie, co prawo do wolności od prześladowania, wolności religii, wolności zrzeszania oraz wolności słowa. Konwencja o uchodźcach stworzyła bowiem sytuację, gdzie pogwałcenia tych ostatnich praw systematycznie „generują” uchodźców, podczas gdy pogwałcenia tych poprzednich już nie. Wobec powyższego obrany kierunek rozszerzenia definicji uchodźcy J. Cooper uznaje za słuszne rozwiązanie.

Postuluje się dodatkowo opracowanie nowych instrumentów i mechanizmów. W celu zapewnienia równego traktowania wszystkich rodzajów przymusowych migrantów takie organizacje, jak Międzynarodowa Federacja Stowarzyszeń Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy proponują ustanowienie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw migrantów przymusowych⁴⁰.

POLITYCZNA RZECZYWISTOŚĆ

Pomimo powyższych postulatów istnieje niewielka szansa na dostosowanie definicji uchodźcy do aktualnych potrzeb uchodźców środowiskowych. Jest mało prawdopodobne, żeby którekolwiek państwo podjęło inicjatywę w celu rozszerzenia swojej interpretacji uchodźcy, jako że tendencją jest zawężanie, a nie rozszerzanie ochrony i możliwości imigracji oferowanej w ramach prawa uchodźców.

Jean-Francois Durieux, który odpowiada za migrację klimatyczną w Biurze ds. Uchodźców ONZ, przestrzegał przed zmianą konwencji ONZ w sprawie uchodźców. Stwierdził, iż „jest to zupełnie uzasadnione, że Bangladesz i Malediwy robią dużo hałasu z powodu bardzo realnego ryzyka migracji klimatycznych – mają one nadzieję, że dzięki temu przyjdziemy im z pomocą. Ale otwarcie konwencji z 1951 roku z pewnością doprowadzi do zaostrzenia jej zabezpieczeń”⁴¹.

K. K. Moberg podobnie stwierdza, iż wiele państw jeszcze bardziej restrykcyjnie strzec będzie swoich granic, by ograniczyć dostęp do swoich przeciążonych programów azylu, co rodzić będzie trudności dla wszystkich potencjalnych wnioskodawców, nie tylko dla uchodźców środowiskowych⁴².

W szczególności państwa, które poprzez rozszerzenie definicji uchodźcy lub jej

³⁹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., [dostępna na:] http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf

⁴⁰ E. K. Boon, T. Le Tra, *Are Environmental Refugees Refused?...*, s. 92.

⁴¹ H. Grant, J. Randerson, J. Vidal, *UK Should Open Borders to Climate Refugees...*

⁴² K. K. Moberg, *Extending Refugee Definitions...*, s. 1128.

odpowiednią interpretację mogłyby wyjść naprzeciw problemowi, są temu niechętnie lub w ogóle go nie dostrzegają. Jest tak m. in. w przypadku Stanów Zjednoczonych, które jako główny adresat ruchów migracyjnych nie oferują jednak pełnej i wystarczającej ochrony osobom dotkniętym zmianami klimatu. Państwo to posiada w prawdzie kilka możliwości, które adresowane są do osób dotkniętych katastrofami naturalnymi, jednak są to rozwiązania tylko tymczasowe, obarczone spełnieniem wielu warunków, a poza tym kierowane jedynie do ściśle określonych państw, którymi obecnie nie są państwa nisko położone, takie jak Tuvalu, Kiribati czy Malediwy. Również Nowa Zelandia, jako bliski sąsiad owych państw oraz jako emitent znacznej ilości gazów cieplarnianych, nie poczuwa się do odpowiedzialności za sytuację na Pacyfiku. Oferuje jedynie imigracyjne programy pracownicze i to w takim zakresie, aby było to korzystne dla gospodarki tego kraju.

Państwom takim, jak Tuvalu czy Kiribati, potrzebna jest natomiast skuteczna ochrona przed zatopieniem ich kraju. Aby uniknąć katastrofy humanitarnej, konieczne są wczesne i zaplanowane działania. Obydwa państwa podejmują liczne inicjatywy zażegnania problemu, tworzą programy zrównoważonego rozwoju, plany adaptacyjne do zmian klimatu, Tuvalu zadeklarowało nawet ograniczenie emisji gazów cieplarnianych, chociaż jest jednym z najmniej przyczyniających się do globalnego ocieplenia krajów. Jakkolwiek żadne plany adaptacyjne nie są w stanie powstrzymać wzrastającego poziomu mórz.

Mając na uwadze wnioski powyższe oraz fakt, że państwa te mają małe znaczenie na arenie międzynarodowej, w 1990 roku stworzyły one Sojusz małych państw wyspiarskich (AOSIS). Jego głównym celem jest wzmocnienie siły głosu małych państw wyspiarskich (*Small Island Developing States*) w celu rozwiązania problemu globalnego ocieplenia. Jest to nieformalna organizacja międzyrządowa nisko położonych krajów przybrzeżnych i małych państw wyspiarskich, które dzielą podobne wyzwania rozwojowe i obawy o środowisko, a zwłaszcza o ich podatność na niekorzystne skutki globalnych zmian klimatu. AOSIS zrzesza 44 państwa i obserwatorów, wywodzących się z wszystkich regionów świata: Afryka, Karaiby, Ocean Indyjski, Morze Śródziemne, Pacyfik oraz Morze Południowochińskie. Trzydzieści dziewięć jest członkami Narodów Zjednoczonych, blisko 28 procent należy do krajów rozwijających się. Wspólnie stanowią one około pięciu procent światowej populacji⁴³.

AOSIS stanowi głos wszystkich tych krajów, które zagrożone są zatopieniem, reprezentuje te kraje na Zgromadzeniu Generalnym Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz na konferencjach dotyczących zmian klimatu. Niemniej moc sprawcza tych krajów nadal wydaje się być jedynie symboliczna, jako że nie udało się dotąd wypracować trwałych

⁴³ Alliance of Small Island States, About AOSIS [dostępne na:] <http://aosis.org/about/> [dostęp: 24.06.2015]

i globalnych rozwiązań, mogących przeciwdziałać skutkom zmian klimatu. Również oświadczenia dotyczące ograniczenia emisji gazów cieplarnianych wydają się być jedynie próbą wyciszenia problemu przez państwa rozwinięte, albowiem sprzeciwia się to zarówno ich interesom, jak i interesom wielkich mocarstw. Los małych państw wyspiarskich wobec tego zdaje się być przesądzony.

* * *

Environmental refugees by the Convention relating to the Status of Refugees - silenced problem?

Summary: The problem of environmental migration is not new, because people migrated ever since. The reasons for this are various, often economic or political. However, cases of forced flee from the country because of its flooding, that is caused by rising sea level, have been unusual as so far. Such situations are faced by the small island states such as the Maldives, Tuvalu and Kiribati. In the near future a mass relocation is possible, so the fundamental problem should be to regulate the legal status of citizens of these countries, what has not been done yet. People struggling with the need to abandon their place of residence and to seek refuge on a solid, stable land in order to survive, are often called environmental refugees. However, recognition of a person as an environmental refugee gives not much in the current international legal order. There is no binding legal instrument, which is created for the needs of people affected by climate change. Therefore, environmental refugees, at least temporarily, must be subject to the existing regulations and try to fit in the existing definitions. Among the international instruments the Convention relating to the Status of Refugees of 1951 should be fundamental. The element of persecution and the status of a particular social group are the most significant aspects of the refugee definition, which could decide about qualification of environmental refugees as the refugees within the meaning of the Convention on Refugees. At the same time, it is the interpretation of these conditions that makes this definition of refugee improper to the complex problem, faced by environmental refugees.

Key words: refugees, international law, migration

Łukasz Kalinowski*

Prawne aspekty secesji Katalonii

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę związaną z prawnymi uwarunkowaniami uzyskania przez Katalonię niepodległości oraz przybliża prawdopodobne skutki, jakie nastąpiłyby w wyniku realizacji takiego scenariusza. Autor stara się przytoczyć argumenty obu stron sporu: władz centralnych oraz władz katalońskich, konfrontując je z rzeczywistym stanem prawnym oraz z poglądami przedstawicieli doktryny. Opracowanie w sposób kompleksowy odnosi się do wielu prawnych aspektów, na płaszczyźnie których narastają wątpliwości oraz spory, dotykając przede wszystkim uregulowań w zakresie prawa konstytucyjnego Hiszpanii, prawa międzynarodowego i związanego z nim prawa do samostanowienia oraz prawa Unii Europejskiej w odniesieniu do członkostwa we Wspólnocie nowego tworu politycznego. Ponadto samo opracowanie jest wzbogacone o istotne w tej tematyce tło polityczne, które pozwala przybliżyć czytelnikowi motywacje, jakimi kierują się adwersarze.

Słowa kluczowe: Katalonia, Hiszpania, secesja, prawo międzynarodowe

1. Wprowadzenie

Na skutek wzmocnienia się na przestrzeni ostatnich lat tendencji secesjonistycznych w Katalonii koniec ponad 300-letniego *status quo*¹, będącego urzeczywistnieniem koegzystencji Katalonii i Kastylii w granicach Korony Hiszpańskiej, wydaje się być bardziej prawdopodobny niżli kiedykolwiek wcześniej.

* Autor jest studentem IV roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

¹ 11 września 1714 r. wojska Burbonów zdobyły Barcelonę i ostatecznie wcieliły Katalonię do Królestwa Hiszpanii. Dzień ten stanowi święto narodowe dla mieszkańców tego regionu. Więcej na ten temat: K. Bednarczyk, *Barcelona świętuje 11 września*, <http://historia.org.pl/2014/09/08/barcelona-swietuje-11-wrzesnia/>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

Ostatnie wybory w Katalonii zostały przez tamtejsze władze przedstawione społeczeństwu jako plebiscyt, wybór pomiędzy dwiema opcjami: albo uzyskaniem niepodległości, albo opowiedzeniem się za dalszym trwaniem w ramach struktur Królestwa Hiszpanii. W wyniku głosowania większość mandatów zdobyły ugrupowania polityczne optujące za niepodległością Katalonii: ruch Razem na Tak (*Juns Pel Sí*) oraz partia Kandydatura Jedności Ludowej (*Candidatura de Unidad Popular*)². 9 listopada 2015 roku parlament Katalonii na swojej pierwszej sesji uchwalił rezolucję w sprawie formalnego rozpoczęcia 18- miesięcznego procesu tworzenia samodzielnego państwa katalońskiego³. W reakcji na to Trybunał Konstytucyjny Hiszpanii (*Tribunal Constitucional de España*) na skutek skargi rządu w Madrycie uznał uchwałę regionalnego parlamentu za niezgodną z konstytucyjną zasadą „nierozzerwalnej jedności narodu hiszpańskiego” i uchylił ją⁴, co ma wstrzymać procedurę oderwania Katalonii od Hiszpanii. Jakkolwiek Parlament Katalonii przewidziawszy taki ruch ze strony centralnych instytucji, w treści dokumentu zawarł zapis wprost wzywający regionalny rząd, by nie brał pod uwagę orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego na wypadek, gdyby sędziowie uchwałę unieważnili⁵. Jak pokazuje obecna sytuacja polityczna, rząd Katalonii na czele z jego nowo wybranym przywódcą, Carlesem Puigdemontem, nie ugina się i zamierza kontynuować drogę ku niepodległej republice⁶.

2. Obecny status prawno-ustrojowy Katalonii

Katalonia jest jedną z siedemnastu Wspólnot Autonomicznych (*Comunidades Autónomas*), które wspólnie tworzą Królestwo Hiszpanii. W myśl zawartej w Konstytucji Hiszpanii z 1978 r. zasady decentralizacji władzy Wspólnoty Autonomiczne cieszą się dużym zakresem swobody w stanowieniu oraz wykonywaniu prawa⁷. Do zadań własnych Wspólnot Autonomicznych należą te, które dotyczą m.in. ochrony zdrowia, opieki

² Razem na Tak zdobyło 62 mandaty, natomiast Kandydatura Jedności Ludowej 10 mandatów, co daje im łącznie większość w liczącym 135 deputowanych Parlamencie Katalonii (*Parlament de Catalunya*), http://governacio.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/pgov_eleccions/pgov_dades_electorals/resultats-2/?a=a&id_eleccions=A20151&id_territori=CA09, [dostęp: 30.01.2016 r.].

³ *Resolució 1/XI del Parlament de Catalunya, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015*, pełny tekst rezolucji w języku angielskim: <http://www.parlament.cat/document/intrade/153127>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

⁴ *Tribunal Constitucional, Sentencia 259/2015, de 2 de diciembre de 2015*.

⁵ *Resolució...*, sec. 6.

⁶ C. Puigdemont tuż po uzyskaniu inwestytury wzniósł okrzyk: „Niech żyje wolna Katalonia!”, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/carles-puigdemont-nowym-szefem-katalonskiego-rzadu,609703.html>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

⁷ *Constitución Española de 31 de octubre de 1978*, art. 143 sec. 1.

społecznej, ochrony środowiska, transportu, organizacji władz lokalnych, zamówień publicznych w obrębie wspólnot czy sieci wodnej śródlądowej (art. 148 Konstytucji). Generalnym źródłem prawa regulującym porządek instytucjonalny Wspólnoty Autonomicznej Katalonii jest Statut Autonomii (*Estatut*) z 2006 roku⁸. Jego przepisy konstytuują, że podstawowym ośrodkiem władzy w Katalonii jest *Generalitat* z siedzibą w Barcelonie, który składa się z Parlamentu (*Parlament de Catalunya*) sprawującego władzę ustawodawczą, Prezydenta (*Presidència*) i Rządu (*Govern*), będącymi organami władzy wykonawczej, oraz z Wyższego Trybunału Sprawiedliwości (*Tribunal Superior de Justícia*), nadzorującego judykaturę. Prezydent jest wybierany przez Parlament, a następnie mianowany przez Króla Hiszpanii. Do jego zadań należy kierowanie Rządem, poza tym jest najwyższym przedstawicielem *Generalitat* oraz jednocześnie Państwa Hiszpańskiego w Katalonii. Rząd dzieli się na departamenty (*departaments*) zarządzane przez radców (*consellers*). Szeroki zakres autonomii Katalonii objawia się m.in. tym, że Rządowi podlega własna administracja skarbowa (*Agència Tributària de Catalunya*), lokalna policja oraz znaczna ilość spółek, realizujących zadania publiczne. Obecny Statut pozostawia w gestii *Generalitat* również kontrolę nad kolejami i drogami oraz poszerza zakres dotyczący obowiązku używania języka katalońskiego. Co warto zauważyć, istota decentralizacji państwa hiszpańskiego jest także widoczna w zakresie porządku prawnego i mimo tego, że system prawny Katalonii jest spójny z prawem hiszpańskim, to w prawie cywilnym istnieją odmienne uregulowania, w szczególności w zakresie prawa rodzinnego, spadkowego oraz rzeczowego, które są skodyfikowane w Kodeksie Cywilnym Katalonii⁹. Odrębny Kodeks Cywilny jest ewenementem w skali europejskiej, dającym w tej materii Katalonii większy zakres autonomii niż posiadają niemieckie landy czy szwajcarskie kantony, ponieważ żaden z wymienionych podmiotów tych federacyjnych państw nie posiada swojego własnego kodeksu¹⁰. Statut w oryginalnym brzmieniu z 2006 r. przyznawał jeszcze szerszy zakres autonomii obejmujący ponadto: usankcjonowanie terminu prawnego „narodu” katalońskiego, ustanowienie katalońskiego systemu bankowości, kompetencje w zakresie prawa imigracyjnego, możliwość stanowienia przez *Generalitat* własnych podatków na poziomie lokalnym, zmiany w systemie finansów Katalonii, m.in. ograniczenie kontrybucji wnoszonych przez Katalonię do Funduszu Solidarności (część budżetu centralnego), przyznanie językowi katalońskiemu pozycji uprzywilejowanej w stosunku do języka hiszpańskiego w ramach Katalońskiej Administracji Publicznej (takie uprzywilejowanie

⁸ *L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 19 de juliol 2006.*

⁹ *Codi Civil de Catalunya, Llei 29/2002, de 30 de desembre.*

¹⁰ L. Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín, *La independencia y todo lo demás*, ABC, Madrid de 20 de noviembre de 2012.

istnieje aktualnie tylko w katalońskim systemie edukacji) czy wreszcie kwestie organizacji i przeprowadzania politycznych konsultacji i referendów¹¹. Wszelako wyżej wspomniane uprawnienia zostały zakwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 czerwca 2010 r., co przez wielu mieszkańców Katalonii zostało odczytane jako godzące w ich prawa, poczucie przynależności narodowej, a samemu Trybunałowi przypięto łąkę bycia upolitycznionym oraz podporządkowanym jedynie władzy centralnej w Madrycie. Natomiast sam fakt wniesienia skargi przez organy centralne spotkał się z niezrozumieniem u strony katalońskiej, która wskazywała na to, że procedura uchwalenia Statutu była zgodna z wymogami konstytucyjnymi oraz podlegała niezbędnym modyfikacjom wymaganym przez instytucje państwa hiszpańskiego¹². Finalnie, po 4 latach narad składu sędziowskiego Trybunału, wydano wyrok¹³, w wyniku którego za niekonstytucyjne uznano 14 artykułów Statutu, a 27 artykułów poddano reinterpretacji zgodnie z wykładnią Trybunału, lecz sam zaś wyrok został wydany niejednomyślnie (stosunek 6:4). Tymczasem wszystkie skargi wniesione przeciw Statutowi Autonomii obejmowały ponad 50% tekstu tego aktu¹⁴. A więc nie można arbitralnie zarzucić wyrokowi Trybunału Konstytucyjnego, że został podyktowany wyłącznie politycznymi przesłankami, choć *de facto* wybór członków tego gremium sądowego zależy w znacznej mierze od woli rządzącego układu politycznego¹⁵.

Definiując system samorządności Wspólnot Autonomicznych, należy przyznać, że procesy decentralizacyjne w wielu krajach europejskich nie zbliżyły się nawet do transformacji politycznej, fiskalnej oraz administracyjnej struktur, która miała miejsce w Hiszpanii. Ponadto istnienie w wielu Wspólnotach Autonomicznych regionalnej policji i telewizji oraz objęcie pełną jurysdykcją tak ważnych obszarów, jak edukacja czy opieka zdrowotna, czyni Hiszpańskie Wspólnoty Autonomiczne bardziej decyzyjnymi niż

¹¹ Tekst Statutu w języku angielskim wraz z zakwestionowanymi przepisami znajduje się pod adresem: <http://web.gencat.cat/en/generalitat/estatut/estatut2006/>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

¹² W tym miejscu należy zaznaczyć, że ówczesny (mam na myśli lata 2005 i 2006) rząd Socjalistycznej Partii Robotniczej (*Partido Socialista Obrero Español*) miał bardziej przychylny stosunek wobec działań katalońskiej administracji, stąd doszło do pewnego kompromisu, którego wyrazem był Statut uchwalony w wersji z 2006 r. Takie brzmienie postanowień Statutu jednak spotkało się z niechęcią innych ośrodków politycznych w kraju i dlatego zostało skierowanych 7 skarg do Trybunału Konstytucyjnego, spośród których największe znaczenie okazała się mieć ta sygnowana przez deputowanych Partii Ludowej (*Partido Popular*). Zob. M. Petithomme, A. Garcia, *Catalonian nationalism in Spain's time of crisis: From asymmetrical federalism to independence?*, The Federal Idea, 2013, <<http://ideefederale.ca/documents/Catalonia.pdf>>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

¹³ *Tribunal Constitucional, Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.*

¹⁴ M. Guibernau, *Secessionism in Catalonia: After Democracy*, „Ethnopolitics”, Vol. 12, No. 4, London 2013, s. 381.

¹⁵ A. Corral, Benito, *The key to the solution lies in Spain, not in Catalonia*, *VerfBlog*, 2015/9/30, <http://verfassungsblog.de/the-key-to-the-solution-lies-in-spain-not-in-catalonia/>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

większość innych sub-narodowych struktur rządowych. Podkreślenia wymaga też fakt, że pomimo iż regiony cieszą się tak zaawansowanym stopniem samorządności, to jednocześnie cały proces decentralizacji mieści się w granicach konstytucyjnej zasady „jedności narodowej”¹⁶. Te cechy ustroju hiszpańskiego pozwalają go określić jako zarówno unitarny oraz federalny¹⁷.

Jakkolwiek patrząc na problem z drugiej strony, to bądź co bądź nie można lekceważyć aspiracji mieszkańców Katalonii domagających się zwiększenia ilości delegowanych kompetencji. Mimo że znaczna część Katalończyków nie jest wyłącznie zorientowana na radykalne rozwiązanie, jakim jest odłączenie się od Hiszpanii, to zdecydowana większość spośród nich opowiada się jednoznacznie za poszerzeniem zakresu samorządności Katalonii, szczególnie w materii dotyczącej autonomii fiskalnej, zwiększenia znaczenia języka i kultury katalońskiej czy poszanowania dla odmienności narodu katalońskiego¹⁸. Coraz częściej podnoszone są też postulaty, aby Królestwo Hiszpanii przekształcić w państwo o strukturze federalistycznej¹⁹, a takie rozwiązanie mogłoby usatysfakcjonować również pozostałe narodowości, z baskijską na czele.

3. Prawo konstytucyjne Hiszpanii a secesja Katalonii

Secesja jest najczęściej sprzeczna z interesami państwa macierzystego. Dlatego też prawo konstytucyjne Hiszpanii nie gwarantuje Wspólnotom Autonomicznym unilateralnego prawa do secesji. Takie uregulowanie nie należy do wyjątkowych i jest również obecne w porządkach konstytucyjnych innych państw, co potwierdzają między innymi orzeczenia Sądów Najwyższych Stanów Zjednoczonych²⁰ oraz Kanady²¹, a więc państw o strukturze federalnej, czyli rządzących się jeszcze większym stopniem samodzielności części składowych. Co więcej, ustrojodawca hiszpański wyraźnie odrzucił możliwość uznania

¹⁶ R. Gunther, J. Ramón Montero, J. Botella, *Democracy in modern Spain*, Yale University Press, New Haven 2004, s. 265.

¹⁷ P. Subra de Bieusses, *Un État unitaire ultra-fédéral*, Pouvoirs no 124, L’Espagne, Janvier 2008, s. 19-34.

¹⁸ M. Guibernau, *Secessionism in Catalonia...*, s. 387.

¹⁹ Tak uważa m.in. Pedro Sanchez, lider opozycyjnej Socjalistycznej Partii Robotniczej (*Partido Socialista Obrero Español*). Zob. A. Díez, *Ni fractura, ni independencia, una España federal para todos*, El País, 11 de septiembre de 2014, http://politica.elpais.com/politica/2014/11/09/actualidad/1415546589_008826.html, [dostęp: 30.01.2016 r.].

²⁰ Zob. *Supreme Court of the United States, case Texas vs. White (1868)*.

²¹ Zob. *Supreme Court of Canada, case Secession of Quebec (1998)*.

prawa do samostanowienia ludów Hiszpanii²², dającego im wybór pomiędzy pozostawieniem nadal częścią Hiszpanii a utworzeniem niepodległego państwa.

Jednakowoż z prawnego punktu widzenia pojawiają się pewne możliwości dla przeprowadzenia referendum, którego przedmiotem miałyby być rozstrzygnięcie o kwestii dalszej przynależności Katalonii do Królestwa Hiszpanii. Strona katalońska jako podstawy prawne dla takiej inicjatywy wskazuje: art. 92 ust. 1 Konstytucji Hiszpanii konstytuujący referendum autoryzowane przez rząd centralny; przeniesienie kompetencji do przeprowadzenia referendum przez rząd hiszpański na kataloński w myśl art. 150 ust. 2 Konstytucji; zmianę Konstytucji, która zezwalałaby na przeprowadzenie zgodnie z postulatami Katalończyków specjalnego referendum w tym zakresie; „konsultację obywatelską” na podstawie Katalońskiego Prawa 04/2010; skorzystanie przez Parlament Katalonii z postanowień art. 122 Statutu Autonomii i uchwalenie nowej instytucji demokracji bezpośredniej, która nie mogłaby zostać prawnie zakwalifikowana jako „referendum”²³.

Strona katalońska upatruje prawnych możliwości przeprowadzenia referendum w treści artykułu 92 ust.1 Konstytucji, który stanowi, że: „Decyzje polityczne o szczególnym znaczeniu mogą być poddane pod referendum konsultacyjne wszystkich obywateli”²⁴. W opinii przedstawicieli *Generalitat* wystarczające w tym celu jest skierowanie przez rząd kataloński wniosku o przeprowadzenie o referendum do organów władzy centralnej, a następnie przedłożenie go Korteżom Generalnym do zatwierdzenia. W interpretacji strony katalońskiej takie referendum odbyłoby się jedynie na terytorium Wspólnoty Autonomicznej Katalonii. Natomiast władze centralne w Madrycie podkreślają, że termin „ogół obywateli” wymieniony w tym przepisie tyczy się elektoratu całej Hiszpanii, a nie samej tylko Katalonii. Takie stanowisko znajduje poparcie w wyroku JCC 103/2008 Trybunału Konstytucyjnego²⁵, który odrzucił wszelkie możliwości organizowania inicjatyw w ramach demokracji bezpośredniej odnoszących się do tożsamości oraz jedności zainteresowanych podmiotów – poza konstytucyjną reformą w drodze referendum, dającą możliwość wzięcia

²² O takiej treści została wniesiona przez deputowanego Francisco Letamendia poprawka (1978) do Konstytucji, którą następnie wyraźnie odrzucił w głosowaniu Kongres Deputowanych (265 głosów przeciw, 5 za, 11 wstrzymujących się). Zob. *La Constitución debe establecer el derecho de autodeterminación*, El País, 9 de mayo de 1978, http://elpais.com/diario/1978/05/09/espana/263512831_850215.html, [dostęp: 30.01.2016 r.].

²³ Institut d’Estudis Autònoms (IEA) – DIPLOCAT, *The legal basis for a referendum or other public consultation on the political future of Catalonia*, Barcelona 2013, s. 1.

²⁴ <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/hiszpania.html>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

²⁵ *Tribunal Constitucional, Sentencia JCC 103/2008, de 11 de septiembre de 2008.*

udziału wszystkim obywatelom Hiszpanii. Przy obecnej sytuacji politycznej nie wydaje się jednak prawdopodobne przeprowadzenie takiego referendum.

Sprzyjącej koniunktury politycznej wymagałoby ponadto przeniesienie przez rząd hiszpański na kataloński kompetencji do przeprowadzenia referendum na mocy art. 150 ust. 2 Konstytucji. Taki transfer jest bowiem możliwy jedynie w drodze uchwalenia ustawy organicznej bezwzględną większością głosów obu izb Korteżów Generalnych.

Zmiana Konstytucji wydaje się jeszcze mniej prawdopodobna w obecnym stanie rzeczy, aczkolwiek w przypadku powodzenia takiego rozwiązania dawałaby ona Katalończykom niezwykle silny mandat do decydowania o własnej sytuacji politycznej i wszelkie zarzuty organów władzy centralnej wobec referendum przeprowadzonego w ten sposób nie mogłyby mieć podparcia w ustawodawstwie państwowym, zależnym od danego obozu politycznego pozostającego u władzy. Projekt zmiany Konstytucji mógłby w takim przypadku być zapoczątkowany przez Parlament Wspólnoty Autonomicznej Katalonii (art. 166 w zw. z art. 87 ust. 2 Konstytucji), ale następnie wymagałby uchwalenia przez większość kwalifikowaną 3/5 obu izb Korteżów Generalnych oraz ewentualnie przeprowadzenia referendum zatwierdzającego na wniosek 1/10 deputowanych lub senatorów.

Katalońskie Prawo 04/2010 zezwala regionalnemu rządowi na przeprowadzenie „konsultacji obywatelskich”. Ta instytucja demokracji bezpośredniej ma na celu zapytanie o zdanie obywateli Katalonii w ważnych sprawach politycznej wagi. Taka konstrukcja pozwala na przeprowadzenie referendum w relatywnie szybkim wymiarze czasowym, ponieważ rząd centralny nie bierze udziału w samym tym procesie, a jedynie autoryzuje wyniki ostatecznego głosowania²⁶.

Ostatnią z możliwości dla zorganizowania referendum dotyczącego politycznej przyszłości Katalonii jest stworzenie przez Parlament Katalonii nowej instytucji demokracji bezpośredniej poprzez wykorzystanie art. 122 Statutu Autonomii, która nie mogłaby zostać prawnie zakwalifikowana jako „referendum”. Taka forma podjęcia przez Katalończyków decyzji o swoim politycznym losie nie wymagałaby zgody organów władzy centralnej. I właśnie ta podstawa prawna została wykorzystana do stworzenia, a następnie przeprowadzenia „ludowych konsultacji nie-referendalnego charakteru na temat politycznej przyszłości Katalonii” 9 listopada 2014 roku²⁷. Ten plebiscyt został momentalnie

²⁶ E. M. Núñez, *The referendum and popular consultations in the Autonomous State*, “Perspectives on Federalism”, Vol. 4, Issue 1, 2012, s. 145.

²⁷ Generalitat de Catalunya, *The process for holding the consultation regarding the political future of Catalonia: an evaluation*, “Report No. 19”, Barcelona 2015, s. 8.

zaskarżony przez władze w Madrycie, a Trybunał Konstytucyjny zawiesił²⁸ obowiązywanie dwóch artykułów Katalońskiego Aktu Konsultacyjnego 10/2014, których postanowienia przyznawały rządowi katalońskiemu możliwość zorganizowania generalnych konsultacji, mających faktyczne cechy instytucji prawnej referendum, a zakres poddawanych pod głosowanie kwestii dotyczył zagadnień pozostających w wyłącznej gestii władz centralnych. Ostatecznie do głosowania doszło, ale nie rodziło ono skutków prawnych, a sami organizatorzy plebiscytu nie mogli używać oficjalnych spisów wyborczych. Co należy jednak podkreślić, wynik głosowania był miażdżący dla Madrytu, ponieważ 80.9% (1.9 mln) spośród biorących udział opowiedziało się za niepodległą Katalonią, a frekwencja wyniosła około 40%²⁹ (2.2 mln wyborców).

Wygląda na to, że obecnie nie ma efektywnych możliwości dla przeprowadzenia referendum nt. niepodległości Katalonii, ponieważ wszelkie środki prawne w tym zakresie pozostają w gestii władz hiszpańskich, a więc uwarunkowane są czysto politycznie, co oznacza, że konieczna jest sprzyjająca takim działaniom wola obecnych rządzących w Madrycie.

4. Secesja Katalonii w świetle prawa międzynarodowego

Powstanie samodzielnej republiki katalońskiej nie jest zależne tylko od samej deklaracji niepodległości, ale również od uznania nowego państwa przez społeczność międzynarodową. Jednakże na skutek strachu przed wewnętrznym separatyzmem oraz rozczłonkowaniem państw skutkującym ewentualną anarchią – społeczność międzynarodowa znacząco ograniczyła przypadki, w których możliwe jest uznanie za pełnoprawnego członka społeczności międzynarodowej podmiotu, będącego wcześniej integralną częścią innego państwa.

Takie uwarunkowania stwarza prawo do samostanowienia, którego korzenie sięgają formuły Czternastu Punktów Prezydenta USA Thomasa Woodrow Wilsona³⁰. Wizja Prezydenta USA dotycząca samostanowienia była bardzo szeroka i wręcz idealistyczna, ponieważ Wilson wskazywał, że wyraźnie określone elementy narodowe powinny mieć zapewnioną maksymalną satysfakcję, jaka może być im przyznana bez wprowadzania

²⁸ Mocą postanowienia z 04 listopada 2014 r., czyli na tydzień przed głosowaniem, więcej: <http://tc.vlex.es/vid/555778942>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

²⁹ Trudno dokładnie określić wielkość frekwencji z racji braku możliwości używania oficjalnych spisów wyborczych przez organizatorów plebiscytu. Zob. C. Colomb, U. Staiger, *The 9 November poll in Catalonia*, <http://www.ucl.ac.uk/european-institute/highlights/2014-15/catalonia>, [dostęp: 30.01.2016 r.]

³⁰ C. K. Connolly, *Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union*, „24 Duke Journal of Comparative & International Law” Vol. 51-105, 2013, s. 68.

nowych albo utrwalania starych – osi niezgody czy antagonizmu³¹. Na skutek powołania Organizacji Narodów Zjednoczonych koncepcja samostanowienia uzyskała natomiast sankcję prawną powstałą z wcześniej kielkującej idei Thomasa W. Wilsona. Daje temu wyraz art. 1 Karty Narodów Zjednoczonych identyfikujący rozwój przyjaznych stosunków między narodami, opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów – jako podstawowy cel przyświecający idei ONZ³². W podobnym tonie wyrażają się: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych³³ oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych³⁴, które stanowią, że: „Wszystkie narody mają prawo do samostanowienia. Z mocy tego prawa swobodnie określają swój status polityczny i swobodnie zapewniają swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny”. *Prima facie* takie oto brzmienie przytoczonych przepisów daje silne podstawy dla urzeczywistnienia katalońskich aspiracji niepodległościowych i w związku z tym stanowi istotny oręż w walce o racje polityczne Katalończyków, których argumentacja jest dodatkowo wzmocniana poprzez przytoczenie postanowień Deklaracji Zasad Prawa Międzynarodowego (Rezolucja 2625)³⁵, mówiącej o prawie samostanowienia narodów jako realizującym się „bez zewnętrznej ingerencji”, jak również o „obowiązku szanowania” tego prawa przez każde państwo. Z drugiej strony władze centralne powołują się na pryncypium integralności terytorialnej państwa, przytaczając tekst tej samej Rezolucji traktujący o tym, że żadne z postanowień tej Deklaracji „nie powinno być interpretowane jako upoważniające lub zachęcające do jakiegokolwiek działalności, która by rozbiła lub naruszała, w całości lub w części, integralność terytorialną lub jedność polityczną suwerennych i niepodległych państw, postępujących zgodnie z zasadą równouprawnienia i samostanowienia narodów”. Ponadto decydenci madryccy podkreślają, że formuła prawa do samostanowienia nie ma zastosowania do Katalonii, ponieważ zakresem obejmuje tylko bardzo konkretne przypadki,

³¹ H. Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia 1996, s. 28.

³² Karta Narodów Zjednoczonych, Rozdział I, art. 1 ust. 2, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1945.html>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

³³ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Część I, art. 1 ust. 1, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1966-a.html>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

³⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Część I, art. 1 ust. 1, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1966a.html>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

³⁵ Deklaracja Zasad Prawa Międzynarodowego Dotyczących Przyjaznych Stosunków i Współdziałania Państw Zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych, Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 2625 (XXV), 24 października 1970, <<http://www.grocjusz.edu.pl/Documents/dekl2625.html>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

a są to konkretnie: dawne kolonie, narody przyłączone drogą podboju, obcej dominacji lub okupacji oraz narody doświadczające masowego i rażącego pogwałcenia praw człowieka³⁶.

Odnosząc się do tak stawianych argumentów przez obie strony, należy podkreślić, że prawo do samostanowienia ma charakter zewnętrzny, uprawniający ludność do określania swojej międzynarodowej tożsamości bez zewnętrznej ingerencji, jak również charakter wewnętrzny, czyli prawo o decydowaniu o swoich sprawach w ramach już istniejącego państwa³⁷. Ryzyko wzrostu napięcia międzynarodowego skłania wspólnotę Narodów Zjednoczonych do preferowania formy samostanowienia wewnętrznego, a w szczególności w przypadkach, gdy lud dążący do realizacji tego prawa egzystuje w ramach systemu demokratycznego. Taka interpretacja co prawda nie została wyraźnie sformułowana na arenie międzynarodowej, tym niemniej wywodzi się z zasad służących przyjaznym stosunkom. Choć określenie kategorii narodów, którym może przysługiwać zewnętrzne prawo do samostanowienia, jest niezmiernie trudnym i dyskusyjnym zadaniem, to jednakże klasyfikacja dokonana przez M. Perkowskiego wydaje się mieć solidne podstawy. Wspomniany autor wyróżnia w tym celu cztery kategorie: narody kolonialne, narody państw wielonarodowych, mniejszości oraz ludy tubylcze³⁸. Pierwsza kategoria jest oczywista i stanowi najczęstszą przyczynę efektywnej realizacji prawa do samostanowienia, chociaż obecnie ma ona wymiar raczej już historyczny. Druga kategoria dotyczy się nowo wyłonionych państw w drodze rozpadu większych podmiotów (ZSRR, Jugosławia). W tym przypadku katalog podmiotów uprawnionych do wyrażania woli zewnętrznego samostanowienia został zawężony, ponieważ generalnie był ograniczony tylko do podmiotów szczebla federacyjnego. Trzecia grupa obejmuje mniejszości, czyli takie przypadki, w których dana społeczność zamieszkuje państwo zdominowane przez inny naród. I tutaj za przykłady często podawane są mniejszości zamieszkujące właśnie Hiszpanię, czyli przede wszystkim Katalończycy i Baskowie. Przeważające stanowisko w doktrynie odmawia mniejszościom realizacji prawa do zewnętrznego samostanowienia³⁹. Ostatnia kategoria to ludy tubylcze i tutaj trzeba zauważyć, że w wielu przypadkach pokrywa się ona z grupą narodów kolonialnych (mieszkańcy Rodezji, północnoamerykańscy Indianie czy Aborygeni w Australii). Ale spoglądając na problem z szerszej perspektywy, należy zauważyć, że niełatwo znaleźć przeciwwskazania do

³⁶ Gobierno de España, *Catalonia in Spain. For Democratic Coexistence*, Madrid 2014, s. 235.

³⁷ K. Bobrowski, *Prawo do samostanowienia narodów w prawie międzynarodowym – aktualna wykładnia*, „Krytyka Prawa”, t. 7, Warszawa 2015, s. 30.

³⁸ M. Perkowski, *Samostanowienie narodów w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2001, s. 50 i nast.

³⁹ *Ibidem*, s. 61.

zakwalifikowania chociażby Katalończyków czy Basków do tego zbioru. Przysługiwanie prawa do zewnętrznego samostanowienia takim społecznościom jest dyskusyjne i trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi w tym aspekcie, aczkolwiek warto zauważyć, że obecna praktyka międzynarodowa dotycząca tych przypadków skupia się głównie na wzmacnianiu ochrony praw człowieka w odniesieniu do tych ludów.

Podjmując próbę rozgraniczenia sprzeczności zachodzących w relacji między prawem do samostanowienia a zasadą integralności terytorialnej, które wynikają z ich pełnego oraz dosłownego traktowania, należy w pierwszej kolejności odnieść się do prawnej możliwości realizacji samostanowienia w drodze secesji. Większość przedstawicieli doktryny odrzuca traktowanie prawa do samostanowienia jako nieskrępowanego decydowania o własnym statusie społeczno-politycznym, które równoznacznie przyznawałoby prawo do secesji w ramach tej formuły. Takie stanowisko prezentują m.in. G. Tunkin, J. Crawford, J. Tyranowski i W. Czapliński⁴⁰. Aczkolwiek jak pokazuje postępowanie społeczności międzynarodowej w ostatnich latach, jest ona skłonna uznać w niektórych przypadkach państwowość podmiotu, który wykształcił się mimo braku zgody państwa, do którego wcześniej należało dane terytorium sporne. W tym zakresie szczególne znaczenie mają trzy podstawowe kryteria stanowiące podstawę do dokonania secesji. Pierwsze z nich dotyczy zakresu podmiotowego i ogranicza uznanie secesji jedynie takich ludów, które są definiowane na podstawie kryterium etnicznego, czyli zbiorowości posiadających świadomość etniczną (narodową), wyrażającą się w poczuciu odrębności od innych i poczuciu przynależności do zbiorowości podobnych jednostek. Po drugie, w takim przypadku musi dochodzić do naruszeń praw człowieka wobec członków ludu domagającego się secesji przez państwo sprawujące nad nim władzę. Naruszenia te muszą mieć znaczny i trwały charakter oraz dotyczyć naruszeń praw używania języka, kultury, praw politycznych, okrucieństw wojny czy odmowy przestrzegania praw ekonomicznych. Po trzecie zaś, nie mogą istnieć żadne inne efektywne rozwiązania konfliktu zgodne z prawem wewnętrznym lub międzynarodowym⁴¹. W związku z tym wydaje się uzasadnione uznanie swego rodzaju prawa zwyczajowego implikującego w ograniczonym zakresie prawo do secesji. Podobne zdanie w tej materii ma M. Perkowski, który wskazuje, że: „Można zaryzykować stwierdzenie, że secesja nie jest przedmiotem uprawnienia, lecz możliwą do zastosowania metodą realizacji prawa narodów do samostanowienia”⁴². W związku z przyjęciem takiej interpretacji prawa do samostanowienia i jednoczesnym

⁴⁰ *Ibidem*, s. 83.

⁴¹B. Janusz-Pawletta, *Separatystyczne dążenia Naddniestrza, Abchazji i Osetii Południowej a prawo międzynarodowe*, „Bezpieczeństwo Narodowe”, 2006, nr 2, s. 98.

⁴² M. Perkowski, *Samostanowienie narodów...*, s. 83.

odczytywaniem zasady przyjaznych stosunków oraz zasady integralności terytorialnej (*ius possidetis juris*) podkreślić trzeba, że norma *ius possidetis juris* nie oznacza absolutnie nieograniczonej gwarancji zachowania terytorialnego *status quo*⁴³, ale jedynie zapewnienie pokojowego porządku trwania państw, którego ewentualne zmiany terytorialne powinny być wynikiem porozumienia między podmiotami. Dzięki takiemu spojrzeniu można pozwolić sobie na zgodne, a nie przeciwstawne traktowanie prawa do samostanowienia oraz gwarancji integralności terytorialnej.

Na marginesie całej sprawy warto wspomnieć również o zastrzeżeniach, jakie budzi używany w polskich wersjach językowych wyżej wspomnianych aktów prawnych ONZ termin „naród”, który w oryginalnym tekście anglojęzycznym jest wyrażony jako *peoples*. Pojawia się zatem pytanie, czy nie bardziej uzasadnione byłoby tłumaczenie tego sformułowania jako „prawa samostanowienia ludów”, ponieważ wskazywać by można, że celowo użyto w tym przypadku zwrotu innego niż *nations* (narody)⁴⁴. Kwestia jest o tyle istotna, ponieważ jak już wcześniej sygnalizowałem – ustrojodawca hiszpański wyklucza prawo do posługiwania się terminem „narodu katalońskiego”, zezwalając Katalończykom na manifestowanie swojej odrębności jedynie poprzez określenie „narodowości”.

Podsumowując ten aspekt, należy zwrócić uwagę, że bez wyraźnej zgody udzielonej przez Hiszpanię legalne możliwości katalońskiej secesji w ramach prawa międzynarodowego wydają się znikome. Co prawda postępowanie społeczności międzynarodowej w stosunku do uznawania państwowości poszczególnych podmiotów jest ambiwalentne, niespójne i zazwyczaj niejednolite, co dobitnie podkreślają przykłady Kosowa, Abchazji czy Osetii Południowej, to jednakże Katalonia, nie mogąc się powołać na argument zależności kolonialnej, bycia pod obcą okupacją (około 90% Katalończyków biorących udział w referendum wyraziło zgodę na kształt Konstytucji Hiszpanii z 1978 r.)⁴⁵ czy doświadczenia masowego i rażącego pogwałcenia praw człowieka, jest zdana na realizację swojego prawa do samostanowienia jedynie w wymiarze wewnętrznym, czyli w obrębie Państwa Hiszpańskiego.

5. Stosunek prawa Unii Europejskiej do secesji w obrębie państwa członkowskiego

⁴³ K. Bobrowski, *Prawo do samostanowienia narodów...*, s. 37.

⁴⁴ W. Żbikowski, *Samostanowienie narodów w prawie międzynarodowym*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM”, 2015, s. 243.

⁴⁵ <http://www.infoelectoral.mir.es/min/busquedaAvanzadaAction.html?vuelta=1&codTipoEleccion=1&codPeriodo=197812&codEstado=99&codComunidad=0&codProvincia=0&codMunicipio=0&codDistrito=0&codSeccion=0&codMesa=0>, [dostęp: 31.01.2016 r.].

Prawo Unii Europejskiej nie rozstrzyga o możliwych zmianach terytorialnych państw członkowskich, a kwestię ewentualnej secesji Katalonii pozostawia jako sprawę wewnętrzną Hiszpanii. Takie stanowisko zresztą oddaje Traktat o Unii Europejskiej, który stanowi, że Unia „szanuje tożsamość narodową państw właściwą ich strukturze politycznej i konstytucyjnej”, a także „szanuje podstawowe funkcje państwa, zwłaszcza funkcje mające na celu zapewnienie integralności terytorialnej”⁴⁶. A zatem uznać należy, że stosunek prawa wspólnotowego wobec możliwości zaistnienia secesji w obrębie państwa członkowskiego jest neutralny, a jego rola ogranicza się do regulowania jedynie konsekwencji prawnych takiego zdarzenia w zakresie podlegającym właściwości tego prawa. Jakkolwiek zagadnienie skutków, jakie secesja Katalonii rodziłaby w zakresie prawa unijnego, jest niezwykle wielopłaszczyznowym problemem, co spróbuję przybliżyć w niniejszej części tego opracowania.

Większość unijnych oficjeli, takich jak: Herman Van Rompuy (były przewodniczący Rady Europejskiej), Jose Barroso (były przewodniczący Komisji Europejskiej) oraz Martin Schultz (przewodniczący Parlamentu Europejskiego), w odniesieniu do przypadków Katalonii oraz Szkocji, podkreślało, że secesja tych podmiotów wiązałaby się z automatycznym wykluczeniem członkostwa w Unii Europejskiej⁴⁷. Dodatkowo, odnosząc się do sytuacji Katalonii, wiceprzewodnicząca Komisji Europejskiej oraz komisarz ds. sprawiedliwości Viviane Reading wystosowała list do hiszpańskiego rządu, z którego można było wywnioskować, że jeśli Katalonia oddzieli się od Hiszpanii, to nie będzie mogła pozostać w Unii Europejskiej jako odrębne państwo członkowskie⁴⁸. W odpowiedzi na treść tego listu grupa katalońskich przedstawicieli doktryny prawniczej zakwestionowała stanowisko Komisji Europejskiej⁴⁹, podnosząc zarzut, że automatyczne wykluczenie Katalonii byłoby niezgodne z wartościami Unii Europejskiej, takimi jak: poszanowanie dla demokracji, regionalizacji, dla różnorodności kulturowej oraz praw mniejszości. Ponadto zaproponowali, aby ewentualnemu procesowi secesji towarzyszyły negocjacje z Unią Europejską zakończone podpisaniem aneksu do traktatu.

⁴⁶ Traktat o Unii Europejskiej, art. 4 ust. 2, http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14803&Itemid=945, [dostęp: 31.01.2016 r.].

⁴⁷ R. Vaubel, *Secession in the European Union*, „Economic Affairs”, Vol. 33, No. 3, London 2013, s. 295.

⁴⁸ El País, *La Comisión Europea asume las tesis de Rajoy sobre una Cataluña fuera de la UE*, Madrid de 30 de octubre de 2012.

⁴⁹ J. Matas Dalmases, A. Gonzales Bondia, J. Jaria Manzano, L. Roman Martin, *The Internal Enlargement of the European Union*, Brussels 2011.

Podejmując próbę wyjaśnienia wątpliwości wokół tego problemu, należy na wstępie zaznaczyć, że stanowisko zajęte przez piastunów najwyższych unijnych urzędów nie ma podstawy ani w przepisach unijnych traktatów, ani we wspólnotowym prawie precedensowym i w związku z tym wydaje się być jak najbardziej dyskusyjne. Co więcej, również Karta Narodów Zjednoczonych oraz Konwencja Wiedeńska o Sukcesji Państw w odniesieniu do Traktatów z 1978 roku⁵⁰ nie przewidują takich dyspozycji, które nakazywałyby organizacjom międzynarodowym wykluczenie spośród grona swoich członków – nowo utworzonych podmiotów, będących wcześniej częściami składowymi państwa-członka. Istnieją jedynie pewne praktyki w tej dziedzinie i są one zróżnicowane pośród danych organizacji międzynarodowych. I tak na przykład ONZ prawie w każdym przypadku wymaga od takiego podmiotu zgłoszenia wniosku o przystąpienie do organizacji, chociaż historycznie trzeba wskazać na wyjątek od tej reguły, a mianowicie kazus odłączenia się Syrii od Zjednoczonej Republiki Arabskiej (unii z Egiptem). Natomiast Międzynarodowy Fundusz Walutowy oraz Bank Światowy pozwoliły na trwanie (po spełnieniu pewnych warunków) w ramach swoich struktur państwom byłej Jugosławii oraz sukcesorom Czechosłowacji. Podobnie postąpiła Światowa Organizacja Własności Intelektualnej w stosunku do byłych republik radzieckich, pytając jedynie o potwierdzenie przez te kraje swojego członkostwa. Tak różnorodny sposób podejścia do tej sprawy wynika z treści postanowień wcześniej wspomnianej już Konwencji Wiedeńskiej z 1978 r., która z jednej strony brzmieniem art. 34 preferuje pozostawanie traktatów międzynarodowych w mocy wobec wszystkich sukcesorów państwa-poprzednika, a z drugiej jednoznacznie w art. 4 określa, że postanowienia niniejszej Konwencji nie rodzą skutku prawnego w przypadkach dotyczących członkostwa w organizacjach międzynarodowych. W związku z takim stanem rzeczy secedujący podmiot nie może rościć sobie prawa do zachowania członkostwa, a ta kwestia pozostaje w wyłącznej gestii organów danej organizacji międzynarodowej. W przypadku Unii Europejskiej natomiast uprawnionymi organami w zakresie decydowania o tym, które państwo ma być członkiem, a które nie – są Parlament Europejski oraz Rada Unii Europejskiej⁵¹, a nie wykazująca nadzwyczajną aktywność w tej materii Komisja Europejska.

Niezależnie od ostatecznego kształtu ustaleń, wynegocjowanego w obliczu dojścia do skutku secesji Katalonii, w obecnym stanie rzeczy wydają się możliwe do zrealizowania

⁵⁰ Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf, [dostęp: 31.01.2016 r.].

⁵¹ Traktat o Unii Europejskiej, art. 49, 50.

cztery podstawowe scenariusze⁵²: Negocjacje z Katalonią znajdującą się poza obrębem UE; Biernie członkostwo Katalonii do czasu zakończenia, przyspieszonej w tym przypadku, procedury przystąpienia do UE; Wewnętrzne rozszerzenie; Akcesja Katalonii do Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) i towarzyszące temu przystąpienie do Wspólnego Rynku z Unią Europejską za pomocą instytucji Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EEA).

Pierwszy scenariusz obejmujący negocjacje UE z Katalonią znajdującą się poza obrębem UE może być, przynajmniej początkowo, trudny do urzeczywistnienia, ponieważ art. 49 Traktatu o Unii Europejskiej jednoznacznie precyzuje, że Państwo nie może przystąpić do UE bez zgody wszystkich obecnych członków Unii. Mimo braku uregulowania szczegółowego w tym przepisie, wg większości przedstawicieli doktryny⁵³ – nie można tutaj szukać wyjątku dla krajów, które swoją niepodległość uzyskały w drodze transformacji z regionów będących wcześniej częściami składowymi państwa-członka UE. W związku z powyższym wydaje się, że przynajmniej w początkowym stadium rozwoju sytuacji, zgoda Hiszpanii na akcesję Katalonii do UE mogłaby być niełatwa do uzyskania.

Druga opcja, związana z biernym członkostwem Katalonii w strukturach UE aż do czasu zakończenia procedury przystąpienia do UE, też oczywiście wiąże się z wymogiem uzyskania zgody wszystkich państw członkowskich na taką akcesję, ale jednocześnie wynika z pragmatycznego podejścia do problemu, który z pewnością nie pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami i wartościami Unii Europejskiej. Chociaż podczas takiego okresu przejściowego Katalonia nie dysponowałaby realnym wpływem na proces decyzyjny w UE, to wybranie tego rozwiązania pozwoliłoby na uniknięcie poważnych ekonomicznych reperkusji związanych z wykluczeniem Katalonii spoza Wspólnego Rynku. Realizacja takiej strategii niesłaby za sobą również możliwość przyjęcia Katalonii w poczet pełnoprawnych członków UE w drodze przyspieszonej procedury.

Trzeci scenariusz jest nazywany potocznie „wewnętrznym rozszerzeniem” i obrazuje go koncepcja opierająca się na treści art. 48 Traktatu o Unii Europejskiej, dotyczącego wprowadzania zmian traktatowych. Zmiany sankcjonujące fakt obejmowania Katalonii treścią unijnego traktatu powinny być zainicjowane przez kraj członkowski, Parlament Europejski lub Komisję Europejską, a do ich wprowadzenia konieczne byłoby zwołanie konwentu europejskiego bądź konferencji międzyrządowej, a następnie potwierdzenie w

⁵² E. R. Bartlett Castellà, *Scotland and Catalonia: Two Historic Nations Challenge a Three Hundred Year-Old Status Quo*, „American International Journal of Social Science” Vol. 3, No. 4, Los Angeles 2014, s. 70.

⁵³ *Ibidem*.

drodze ratyfikacji dokonanej przez wszystkie państwa członkowskie. W ten sposób możliwe było rozszerzenie Unii o terytorium byłej Niemieckiej Republiki Demokratycznej. Oczywiście wybranie tej opcji nie wiązałoby się z automatycznym przyznaniem Katalonii członkostwa w UE, niezbędne byłoby przeprowadzenie negocjacji, ale w ten sposób można byłoby ominąć rozbudowaną procedurę akcesji nowego państwa.

Wobec ewentualnej niemożności (przynajmniej tymczasowej) dojścia do skutku akcesji do UE racjonalna zdaje się być alternatywa polegająca na przystąpieniu Katalonii do Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) i wejście w skład Wspólnego Rynku tworzonego przez państwa UE oraz EFTA w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁵⁴. Poza łączącymi się z takim rozwiązaniem korzyściami ekonomicznymi (swobodny przepływ towarów, usług, kapitału oraz ludzi) porozumienie to zapewnia ponadpaństwową kooperację w takich dziedzinach, jak: badania i edukacja, ochrona środowiska, polityka socjalna, turystyka czy też ochrona konsumenta. A więc mogłoby w ten sposób stanowić dla Katalonii namiastkę utraconego członkostwa w UE.

Z punktu widzenia badacza obecnej problematyki secesji Katalonii oraz jej skutków dla członkostwa w strukturach Unii Europejskiej zrozumiałe staje się wsparcie dla Hiszpanii, jakiego udzielają unijne instytucje w jej sporze z Katalonią. Niemniej w przypadku rzeczywistego dojścia do skutku katalońskiej niepodległości organy UE będą prawdopodobnie optować za opcją pozostawienia Katalonii w obrębie wspólnoty. Każde inne stanowisko w tej sprawie byłoby nie tylko niezgodne z wartościami oraz celami Unii Europejskiej, ale również, zważając na pozycję ekonomiczną oraz atrakcyjność inwestycyjną tego regionu, mogłoby spowodować poważne konsekwencje dla wszystkich państw członkowskich⁵⁵.

6. Podsumowanie

Po przeprowadzeniu analizy w zakresie dotyczącym przedmiotu tego artykułu uzasadniony staje się wniosek, że do realizacji scenariusza polegającego na powstaniu niepodległego państwa katalońskiego konieczna jest kooperacja władz w Barcelonie oraz tych w Madrycie. Obecny stosunek tych drugich wobec wszelkich inicjatyw skierowanych na poszerzenie autonomii Katalonii jest niezwykle surowy, czego objawami są niemal automatycznie uruchamiane procedury zaskarżenia katalońskich aktów kierowane do

⁵⁴ Wyjątkiem jest Szwajcaria, która pomimo, że jest członkiem EFTA, to nie wchodzi w skład EOG. Więcej: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pl/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.5.3.html, [dostęp: 31.01.2016 r.].

⁵⁵ Guillem Guimet, *State Succession and EU Law: between 'Internal Enlargement and Withdrawal*, Brussels 2014, s. 37.

Trybunału Konstytucyjnego. Wydaje się, że takie postępowanie rządzących jest też w znacznej mierze podyktowane rachunkiem politycznym – rządząca Partia Ludowa (*Partido Popular*) jest zwolenniczką utrzymywania unitarnej struktury Królestwa Hiszpanii, a jej konserwatywni wyborcy mogą nie wybaczyć jej wszelkich prób prowadzenia negocjacji zmierzających w kierunku choćby federalizacji państwa. Ale warto zauważyć, że po ostatnich wyborach parlamentarnych w Hiszpanii, które zostały przeprowadzone w grudniu, sytuacja polityczna w tym kraju stała się wyjątkowo skomplikowana i po dwóch miesiącach nie doszło nadal do sformowania nowego rządu. Skład Korteżów Generalnych doznał niespotykanego w ostatnich latach przeobrażenia, a stabilny dotychczas system dwupartyjny przekształcił się bardziej w czteropartyjny. Przy takim pacie politycznym bardzo prawdopodobne jest, że zintensyfikuje się rola Króla Hiszpanii, Filipa VI, któremu Konstytucja Hiszpanii przyznaje kompetencje w zakresie arbitrażu i moderacji funkcjonowania instytucji państwowych (art. 56 Konstytucji). Przy ewentualnym powodzeniu przeprowadzonych przez Króla konsultacji politycznych wydaje się, że mógłby on być też właściwą osobą do wzięcia na swoje barki ciężaru zażegnania kryzysu na linii Madryt – Barcelona. Niezależność instytucjonalna Króla legitymuje go do uregulowania sytuacji w tym zakresie, nie bacząc na tymczasową korzyść polityczną. Taki sposób rozwiązania problemu może mieć nadzwyczaj pozytywne skutki i doprowadzić do deeskalacji konfliktu. Konfliktu, który w razie nieodpowiedzialnego zachowania obu stron mógłby doprowadzić niepożądanych i przykrych skutków, które miały miejsce w przypadku jeszcze nie tak nieodległego w czasie problemu separatyzmu baskijskiego.

* * *

Legal aspects of Catalan Secession

Summary: The paper discusses the problems connected with the legal conditions of obtaining the independence by Catalonia and envisages the probable effects that would occur as a result of such a scenario. The author attempts to cite the arguments of both parties to the dispute: the central authorities and the Catalan government, verifying them with the actual legal status and with the views of representatives of the doctrine. Moreover, the article comprehensively addresses many legal aspects, on the grounds of which arise doubts and disputes, particularly dealing with the matters concerning Spanish Constitutional Law, International Law and the related right to self-determination, as well as the Law of the European Union with regard to EU membership of the new political body. In addition, the study itself is enriched with essential in this case political backdrop that allows the reader to understand the motivations of both adversaries.

Key words: Catalonia, Spain, secession, international law

Paula Złotowska*

Egipski Najwyższy Sąd Konstytucyjny – jaką rolę w państwie autorytarnym spełnia sądownictwo konstytucyjne?

Streszczenie

Artykuł prezentuje analizę roli, jaką w państwie autorytarnym, jakim jest Arabska Republika Egiptu, spełnia sądownictwo konstytucyjne. Analiza działalności Najwyższego Sądu Konstytucyjnego poprzedzona jest krótką charakterystyką ustroju sądownictwa w Egipcie oraz zarysowaniem problemu dwutorowego modelu sądownictwa w postaci współistnienia sądownictwa powszechnego oraz sądów specjalnych i wojskowych. W artykule poruszone są wątki historyczne związane z powstaniem Najwyższego Sądu Konstytucyjnego – ustanowienie w 1969 roku Sądu Najwyższego, wprowadzenie w roku 1971 do Konstytucji przepisu o powołaniu Najwyższego Sądu Konstytucyjnego i wreszcie ustawa z 1979 roku o NSK, która w dalszej części służy za podstawę przedstawienia uprawnień i funkcji NSK. W zasadniczej części artykułu omówiona została działalność orzecznicza NSK, na podstawie wybranych spraw z zakresu m.in. ochrony wolności prasy i mediów, wolności wypowiedzi, równości obywateli czy wreszcie spraw związanych z naruszeniami prawa wyborczego. Analizie poddane zostały również orzeczenia dotyczące dopuszczalności funkcjonowania sądów specjalnych i sądenia cywilów przez sądy wojskowe. W ostatniej części omówiona została sytuacja NSK w czasie trwania rewolucji, tzw. arabskiej wiosny czy też Rewolucji 25 stycznia.

Słowa kluczowe: Egipt, Najwyższy Sąd Konstytucyjny, sądownictwo konstytucyjne, autorytaryzm, konstytucja

* Autorka jest doktorantką I roku Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Katedrze Prawa Konstytucyjnego.

1. Wprowadzenie

Gdy w roku 2013 wojsko przejęło rządy w Egipcie, doprowadzając do obalenia prezydenta Muhammada Mursiego, na stanowisko tymczasowego prezydenta kraju powołano Prezesa Najwyższego Sądu Konstytucyjnego, Adlego Mansura. Wybór ten, choć nie miał oparcia w przepisach konstytucji z 2012 r.², stanowił dla generała ‘Abd al-Fattaha al-Sisiego, odpowiedzialnego za przeprowadzony na przełomie czerwca i lipca zamach stanu, jedyny możliwy do zaakceptowania przez społeczeństwo. Najwyższy Sąd Konstytucyjny (NSK) od swojego powstania w 1979 r. był symbolem suwerenności oraz walki o wolności i prawa obywatelskie w państwie, które z roku na rok coraz bardziej zmieniało rządy na autorytarne. Nic więc dziwnego, że w okresie przejściowym zdecydowano się powierzyć pieczę nad państwem, obywatelami i stworzeniem nowej konstytucji człowiekowi, który uosabiał wszystkie zalety, jakimi szczycił się NSK.

W niniejszym artykule postaram się odpowiedzieć na pytanie, co spowodowało, że NSK zyskał takie społeczne uznanie. Tym bardziej że funkcjonuje w państwie, które przynajmniej od 1981 r. coraz bardziej odchodziło od demokracji, przyjmując charakterystykę państwa autorytarne. Biorąc to pod uwagę, zadziwia fakt, że od ustanowienia NSK w Konstytucji z 1971 r. (później w ustawie o Najwyższym Sądzie Konstytucyjnym z 1979 r.³) przyznano mu nadzwyczajne, jak na arabskie standardy, uprawnienia i niezależność. W kolejnych rozdziałach omówię historię powstania NSK, wraz z analizą ustroju sądownictwa w Egipcie. Model sądownictwa w Egipcie wyodrębnia bowiem obok sądownictwa powszechnego i wojskowego także sądownictwo specjalne, ustanowione na mocy ustawy o stanie wyjątkowym⁴, którego istnienie było przedmiotem analizy NSK. Dalej omówione

¹ Art. 174 Konstytucji Arabskiej Republiki Egiptu z 11 września 1971 r.

² Taką możliwość przewidywał jednak art. 84 Konstytucji z 1971 r.

³ Ustawa o Najwyższym Sądzie Konstytucyjnym z dnia 29 sierpnia 1979 r., tekst dostępny w języku arabskim: <http://old.qadaya.net/node/214>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

⁴ Ustawa nr 162/1958 o stanie wyjątkowym, tekst dostępny w języku arabskim: <http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/46609207-599c-4f9d-ad6e-618fec866c14>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

zostaną funkcje i uprawnienia NSK w oparciu o przepisy ustawy o Najwyższym Sądzie Konstytucyjnym z 1979 r. Celem tego rozdziału będzie pokazanie, jak szerokie uprawnienia orzecznicze ma egipski NSK względem władzy, oraz podkreślenie niezależności, jaką cieszy się on na podstawie przepisów. Ustawa ta zapewniła, że NSK mogło odegrać zasadniczą rolę w ograniczaniu władzy przed daleko posuniętą ingerencją w sferę praw i wolności obywateli. Co nie oznacza wszelako, że we wszystkich przypadkach orzeczenia wydawane przez NSK były skierowane przeciwko rządowi i prezydentowi. W swoich orzeczeniach sędziowie NSK musieli niejednokrotnie brać pod uwagę rzeczywistość polityczną, w jakiej funkcjonowali – skutkiem tego były zarówno odważne orzeczenia na korzyść demokracji, jak i bardziej powściągliwe, wspierające reżim. Działalności orzeczniczej NSK poświęcona będzie ostatnia zasadnicza część artykułu, w której przeanalizuję między innymi podejście NSK do problemu sądownictwa specjalnego oraz sprzecznej z konstytucją praktyki sądenia cywilów przez sądy wojskowe.

2. Ustrój sądownictwa w Arabskiej Republice Egiptu

Kształt wymiaru sprawiedliwości w Egipcie pokazuje, jak z jednego z fundamentów państwa prawa można stworzyć instrument walki politycznej. Na pierwszy rzut oka uregulowania dotyczące wymiaru sprawiedliwości zdają się być zgodne z duchem demokratycznym. W art. 165 konstytucji z 1971 r., później w art. 184 konstytucji obowiązującej z 18 stycznia 2014 r.⁵, zapewniono władzy sądowniczej niezależność, a sędziom niezawisłość w orzekaniu (art. 166 konstytucji z 1971 r., art. 186 konstytucji z 2015 r.). Uznano nieodwołalność sędziów, zasadę publicznych posiedzeń sądowych. W konstytucji z 2014 r. rozszerzono nawet niezależność sądów, zapewniając im na poziomie ustawy zasadniczej niezależność budżetową (art. 185) oraz niezależność w prowadzeniu swojej działalności (art. 184). Utworzono Najwyższy Sąd Konstytucyjny, którego zadaniem jest kontrola zgodności ustaw i rozporządzeń z Konstytucją oraz dokonywanie wykładni prawa (art. 174, art. 175 konstytucji z 191r.). Zmiany spowodowane przejściem władzy przez wojskowych w 2013 r. uwidoczniły się w wielu korektach ustrojowych. Jak piszą Nathan J. Brown i Michele Dunne w artykule *Egypt's Draft Constitution Rewards the Military and Judiciary*, wymiar sprawiedliwości jest jednym z głównych beneficjentów zmian w kraju i wprowadzenia nowej konstytucji⁶. Zmienione artykuły dają władzy sądowniczej praktycznie nieograniczoną niczym swobodę i niezależność. Wraz z przyjęciem

⁵ Konstytucja Arabskiej Republiki Egiptu z dnia 18 stycznia 2014 r., tekst dostępny w języku angielskim: <http://www.sis.gov.eg/Newvr/Dustor-en001.pdf>, [dostęp: 30.01.2016 r.].

⁶ N.J. Brown, M. Dunne, *Egypt's Draft Constitution Rewards the Military and Judiciary*, December 4, 2013, <http://carnegieendowment.org/2013/12/04/egypt-s-draft-constitution-rewards-military-and-judiciary> [dostęp: 31.01.2016 r.].

nowej konstytucji pojawiły się obawy, że stanie się ono do tego stopnia swobodne w realizowaniu swojej władzy, że stworzy swego rodzaju państwo w państwie, pozbawione transparentności i zamknięte przed opinią publiczną⁷.

Obok sądów powszechnych w Egipcie tworzono, począwszy od 1952 r., różne sądy specjalne, których zadania sprowadzały się do sądenia osób oskarżonych o zdradę państwa, przeciwników politycznych, bojowników muzułmańskich i członków Braci Muzułmanów. Tuż po rewolucji z 1952r. oficerowie powołali Sąd za Zdradę (*The Court of Treason, Mahkamat al-Ghadr*) do sądenia polityków i oficjeli związanych z monarchią. Dekret powołujący ten sąd oddawał jego jurysdykcji takie działania, jak zdrada, nadużycie uprawnień i korupcja⁸. W 1953r., po ustanowieniu Republiki i obaleniu monarchii, nowe władze powołały kolejny sąd specjalny, Trybunał Rewolucyjny, który orzekał w sprawach zdrady i aktów korupcji w sytuacji zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa lub wymierzonego w reżim. W skład Trybunału wchodziło trzech członków Rady Rewolucyjnych Dowódców, w tym późniejszy prezydent Anwar Sadat. Od orzeczeń Trybunału nie przysługiwał żaden środek odwoławczy⁹. W 1967 r. powołano kolejny Trybunał Rewolucyjny, orzekający w sprawach przekazanych mu indywidualnie przez Prezydenta Republiki. Zakres orzekania dotyczył spraw związanych z zagrożeniem bezpieczeństwa państwa, zdobyczy rewolucji oraz przestępstw określonych w księdze II kodeksu karnego oraz kodeksu wojskowego¹⁰. Od jego orzeczeń również nie przysługiwał żaden środek odwoławczy, a wszystkie wyroki podlegały zatwierdzeniu przez głowę państwa.

Przepisy o obowiązywaniu stanu wyjątkowego z 1958 r. stworzyły w kraju równoległe systemy wymiaru sprawiedliwości: z jednej strony sądy powszechne i administracyjne z Najwyższym Sądem Konstytucyjnym. Z drugiej – sądy wojskowe i sądy specjalne, powołane na mocy ustawy o stanie wyjątkowym: Nadzwyczajne Sądy Bezpieczeństwa Państwa (*The Emergency State Security Courts*) orzekające w sprawach naruszenia dekretów wydawanych w czasie trwania stanu wyjątkowego; Sądy Bezpieczeństwa Państwa (*The State Security Courts*) orzekające w sprawach naruszenia prawa związanych z

⁷ *Ibidem*, *The 2014 Egyptian Constitution: Without accountability, checks or balances: Part II* <http://www.dailynewsegypt.com/2014/03/25/2014-egyptian-constitution-without-accountability-checks-balances-part-ii/>, [dostęp: 31.01.2016 r.].

⁸ N. Bernard-Maugiron, *Judges and Political Reform in Egypt*, Cairo 2008, s. 167.

⁹ *Ibidem*, s. 168.

¹⁰ *Ibidem*, s. 168.

bezpieczeństwem państwa; Sąd Wartości (*The Court of Values*) orzekający w sprawach przestępstw gospodarczych i politycznych, rozpatrywanych przez Socjalistycznego Prokuratora Publicznego¹¹. Nadzwyczajne Sądy Bezpieczeństwa Państwa, powołane na mocy ustawy o stanie wyjątkowym, które zaczęły funkcjonować w 1981 r., po wprowadzeniu stanu wyjątkowego, posiadały szeroki zakres orzekania przyznany im na mocy dekretu Prezydenta Republiki. Pod ich jurysdykcję oddano sprawy dotyczące przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa, publicznego podżegania, publicznych demonstracji i zgromadzeń oraz innych, niewymienionych w dekreście przestępstw, powiązanych z tymi, o których tenże mówi¹². Brak wyraźnie określonych przestępstw, za które można było zostać postawionym przed sądem specjalnym, godził nie tylko w kwestie przejrzystości i zrozumiałości prawa, ale przede wszystkim w podstawowe prawa człowieka i zasady państwa prawa, w którym do odpowiedzialności można pociągnąć jedynie w oparciu o wyraźne przepisy ustawowe i na mocy orzeczenia sądu.

3. Ustanowienie Najwyższego Sądu Konstytucyjnego

Powołanie Najwyższego Sądu Konstytucyjnego nastąpiło formalnie dopiero w 1979 r. wraz z wejściem w życie ustawy o Najwyższym Sądzie Konstytucyjnym, regulującej kwestie szczegółowe jego funkcjonowania. W konstytucji z 1971 r. pojawia się już zapowiedź jego utworzenia¹³, jednak prace nad ustawą wykonawczą do przepisu art. 174 konstytucji trwały wiele lat. Nie oznacza to jakkolwiek, że kontrola sądowa działalności administracji nie istniała. W 1969 r. powołano do życia dekretem Prezydenta Republiki (wówczas urząd ten sprawował jeszcze Gamal Abdel Naser) Sąd Najwyższy, którego zadaniem była kontrola działalności ustawodawczej parlamentu. Należy jednak podkreślić, że Sąd Najwyższy stanowił wygodne zaplecze dla rządu. Złożony w całości z sędziów powoływanych na swoje stanowiska przez Prezydenta odgrywał rolę politycznie godnego zaufania organu „kontroli”¹⁴. W obliczu wymuszonego długim państwowym otwarciem egipskiego rynku dla

¹¹ B.K. Rutherford, *Egypt After Mubarak. Liberalism, Islam and Democracy in the Arab World*, Princeton – Oxford 2008, s. 51.

¹² S. Reza, *Endless Emergency: The Case of Egypt*, „New Criminal Law Review”, 10/2007, s. 539.

¹³ Idea powołania sądu konstytucyjnego pojawiła się już wcześniej w historii egipskiego konstytucjonalizmu. Po zamachu stanu Wolnych Oficerów w 1952 r. przygotowano projekt konstytucji (w 1954 r.), który już wtedy przewidywał utworzenie sądu konstytucyjnego; Por. N.J. Brown, *The Rule of Law in the Arab World. Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge 1997, s. 102.

¹⁴ N.J. Brown, *Egypt: A Constitutional Court in an Unconstitutional Setting*, <http://www.constitutionnet.org/files/brown-egypt-a-constitutional-court-in-an-unconstitutional-setting.pdf>, [dostęp: 31.01.2016 r.].

zagranicznych inwestorów pojawiła się konieczność utworzenia sądu konstytucyjnego¹⁵, który stworzyłby pozory rządów prawa. Nie bez znaczenia w procesie kształtowania się idei sądu konstytucyjnego w Egipcie był odwrót od kontaktów handlowych, politycznych i militarnych ze Związkiem Radzieckim i przejście do „bloku zachodniego”, nawiązanie współpracy ze Stanami Zjednoczonymi. Nowy prezydent Anwar Sadat wprowadził tzw. „rewolucję korygującą” polegającą na demilitaryzacji rządu, wymiany kadr administracyjnych. W tej sytuacji do Konstytucji z 1971 r. wprowadzono przepisy tworzące NSK. W art. 175 określono, że NSK ma wyłączną kompetencję do badania zgodności z konstytucją stanowionego w państwie prawa oraz do dokonywania wykładni ustaw. W art. 178 wskazano, że orzeczenia i wykładnia NSK mają być publikowane w Dzienniku Ustaw, nadając im walor powszechnie obowiązujących ustaleń.

W nowej, aktualnie obowiązującej konstytucji z 18 stycznia 2014 r., ustanowionej po przejęciu rządów przez wojsko, część przepisów dotyczących NSK uległa zmianie w stosunku do konstytucji z 1971r.¹⁶ W nowej konstytucji zapewniono NSK własny budżet, z zastrzeżeniem jednak jego kontroli przez Izbę Reprezentantów (egipski jednoizbowy parlament). Rodzi to obawy o faktyczną niezależność NSK, albowiem groźba obniżenia budżetu Sądu przez władzę może stanowić pośrednią ingerencję w decyzje wydawane przez NSK. Lakoniczny przepis art. 175 konstytucji z 1971 r., określający zakres orzekania NSK, zastąpiono nowym przepisem w postaci art. 192, który szerzej reguluje jego kompetencje. I tak NSK na mocy nowej konstytucji ma wyłączne uprawnienia do decydowania o konstytucyjności prawa stanowionego, dokonywania wykładni prawa stanowionego oraz orzekania w sprawach spornych własnych członków, jak również w sprawach sporów pomiędzy organami władzy sądowniczej, w sporach dotyczących zastosowania dwóch sprzecznych ze sobą orzeczeń sądów, wydanych przez różne sądy oraz w sprawach dotyczących wykonywania jego wyroków i decyzji.

4. Funkcje i uprawnienia NSK w świetle przepisów ustawy o Najwyższym Sądzie Konstytucyjnym z 1979 r.

Wraz z pojawieniem się przepisu art. 175 konstytucji pojawiły się obawy, że nowy sąd będzie ponownie zdominowany przez element rządowy – sądownictwo w Egipcie, pomimo formalnej niezależności sądów i niezależności sędziów, dalekie jest od spełniania tych

¹⁵ L. Abu Odeh, *The Supreme Constitutional Court of Egypt: The Limits of Liberal Political Science and CLS Analysis of Law Elsewhere*, „The American Journal of Comparative Law”, 4/2011, s. 992.

¹⁶ Świadomie pomijam tutaj analizę przepisów konstytucji tymczasowych z 2011 i 2013 r. oraz konstytucji z 25 grudnia 2012 r., albowiem są już aktami nieobowiązującymi. Konstytucja z 1971 r. jest analizowana z uwagi na to, że ustanawiała Najwyższy Sąd Konstytucyjny.

kryteriów w praktyce. Również działalność, zwłaszcza powoływanie sędziów do Sądu Najwyższego (powoływani przez Prezydenta na trzyletnie kadencje¹⁷), poprzednika NSK dawało podstawy do twierdzenia, że nowy sąd nie będzie pod tym kątem wyjątkowy. Te obiekcje potwierdzał ponadto projekt ustawy o NSK, który został przedstawiony do zaopiniowania Izbie Adwokackiej. Zakładał on powołanie sądu, który byłby silnie upolityczniony i ściśle związany z rządem¹⁸. W odpowiedzi Izba Adwokacka skrytykowała projekt, zwłaszcza przepisy dotyczące powoływania sędziów i ich kadencyjności¹⁹. Nowy projekt ustawy, zawierający odpowiednie poprawki, został przyjęty w 1979 r., dając NSK wyjątkowe, jak na realia bliskowschodnie, uprawnienia i niezależność. NSK miał zostać całkowicie oddzielony od wymiaru sprawiedliwości, a metoda wyboru sędziów na stanowiska skutecznie pozbawiła wpływu na kształt sądu ośrodek prezydencki. Nie bez znaczenia wydaje się również data przyjęcia ustawy o NSK, tj. sierpień 1979 r. W marcu 1979 r. Egipt po wielu latach podpisał z Izraelem traktat pokojowy w Camp David. Skutkiem jego zawarcia była współpraca wojskowa i gospodarcza ze Stanami Zjednoczonymi oraz zniesienie ograniczeń ekonomicznych, politycznych i dyplomatycznych nałożonych na Egipt w konsekwencji prowadzenia wojny z Izraelem.

Ustawa o NSK nie precyzuje, ilu sędziów ma liczyć Najwyższy Sąd Konstytucyjny, ustalając jedynie wymagane kworum – siedmiu sędziów (art. 3). Na sędziego może według ustawy zostać wybrana osoba, która jest sędzią, która przez okres co najmniej pięciu lat wykonywała zawód doradcy prawnego, która jest profesorem prawa egipskiego uniwersytetu (lub która była profesorem prawa przez co najmniej trzy lata), a także adwokaci, którzy wykonywali swoją praktykę zawodową w Sądzie Kasacyjnym bądź w Najwyższym Sądzie Administracyjnym (NSA) przez minimum dziesięć lat (art. 4)²⁰. Prezes NSK powoływany jest na swoje stanowisko uchwałą Prezydenta Republiki – jednak praktyka, jaka wykształciła się w pierwszych dekadach funkcjonowania NSK, zmieniła nieco wydźwięk tego przepisu. Prezesa NSK owszem powołuje formalnie Prezydent,

¹⁷ N.J. Brown, *The Rule...*, s. 103.

¹⁸ B.K. Rutherford, *Egypt After Mubarak...*, s. 45.

¹⁹ *Ibidem*, s. 45: „Wniosek Zgromadzenia Ogólnego Izby był taki, że projekt ustawy «nie osiąga w żadnej mierze zamierzonych efektów, którymi są wzmocnienie legitymacji i zagwarantowanie efektywnego nadzoru nad konstytucyjnością ustaw [...] osiąga coś zupełnie przeciwnego. Obraża Konstytucję i zagraża rządowi»”.

²⁰ W punkcie 1 jest mowa również o „obecnych sędziach Sądu Najwyższego”, jednak przepis ten nie ma obecnie zastosowania – dotyczył wyboru sędziów do nowo powołanego Najwyższego Sądu Konstytucyjnego.

jakkolwiek wybiera na to stanowisko najstarszego rangą sędziego²¹. Sędziowie NSK powoływani są przez Prezydenta, który dokonuje wyboru pomiędzy dwoma kandydaturami przedstawionymi przez Prezesa NSK oraz Zgromadzenie Ogólne Sędziów NSK po wcześniejszym zasięgnięciu opinii KRS (najczęściej jednak te dwa organy wybierały tego samego kandydata²²). Ustawa przewiduje, że minimum 2/3 sędziów NSK musi być sędziami zawodowymi (art. 5).

Ustawa zapewniła sędziom daleko posuniętą niezależność oraz ochronę, stanowiąc, iż sędzia nie może zostać pozbawiony urzędu, a jedynym organem władnym rozstrzygać w sprawach dyscyplinarnych sędziów jest Zgromadzenie Ogólne Sędziów NSK. Art. 13 określa, że sędziowie mogą zostać oddelegowani do wykonywania innych czynności jedynie w przypadku, gdy związane są one z działaniem organizacji międzynarodowych czy obcych państw bądź dla wykonania badań naukowych. Przepis ten miał zabezpieczyć sędziów przed praktyką władz stosowaną wobec sędziów sądów zwyczajnych, polegającej na oferowaniu sędziom dobrze płatnych zleceń doradztwa prawnego w ministerstwach. Dobrze opłacane zadania dodatkowe zapewniały władzy przychylność przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, *de facto* kreując podległość sędziów wobec rządu²³.

Art. 25 określa zadania NSK, stanowiąc, iż jest on jedynym organem w państwie władnym rozstrzygać w sprawach: badania konstytucyjności ustaw, dokonywania wiążącej wykładni prawa oraz rozstrzygania sporów jurysdykcyjnych pomiędzy dwoma sądami. Art. 29 ogranicza krąg podmiotów zdolnych do zainicjowania postępowania przed NSK jedynie do sądów. Decyzje NSK są ostateczne i nie podlegają zaskarżeniu (art. 48); są wiążące dla wszystkich organów państwa i obywateli (art. 49).

5. NSK – strażnik praw i wolności obywatelskich oraz filar reżimu autorytarnego

Od momentu powstania Najwyższego Sądu Konstytucyjnego jego głównym zadaniem stało się orzekanie w kwestii zgodności z konstytucją prawa stanowionego. Kontrola następcza ustaw, połączona z zapewnioną ustawowo niezależnością NSK i niezawisłością sędziów oraz wiążącym charakterem orzeczeń wydawanych przez NSK pozwoliły eliminować z obrotu prawnego te przepisy, które naruszały podstawowe wolności i prawa obywatelskie,

²¹ T. Moustafa, *Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt*, „Law & Social Enquiry”, 4/2003, s. 893. W 2001 r. Hosni Mubarak naruszył tę praktykę powołując na stanowisko Prezesa NSK osobę nie będącą sędzią NSK – drugą najważniejszą osobę w Ministerstwie Sprawiedliwości Fathi Nagiba, zob. *Ibidem*, s. 924.

²² *Ibidem*, s. 894.

²³ *Ibidem*, s. 894.

odchodziły od dążeń do budowania świeckiego państwa bądź godziły w interesy narodu. Jednak pomimo wielu wymierzonych w reżim decyzji NSK, w jego orzecznictwie pojawiły się również takie, które go wspierały, legitymizując opresyjne prawo.

W wielu sprawach, w których NSK wydawał orzeczenia na przekór głównej linii politycznej władzy centralnej, widać głęboką chęć zbudowania w Egipcie rządów prawa, rządów liberalnych, opartych na zasadach sprawiedliwości społecznej i poszanowaniu prawa. Wiele z tych orzeczeń dotyczyło wolności wypowiedzi, prasy, wolnych wyborów, funkcjonowania organizacji pozarządowych. Z punktu widzenia demokratyzacji najważniejsze znaczenie miały decyzje wydawane właśnie w sprawach związanych z przeprowadzaniem wyborów oraz wolnością prasy i mediów, a także przestrzegania przez władze podstawowych wolności obywatelskich. Należy zaznaczyć, że wielokrotnie w swojej działalności orzeczniczej NSK brało pod uwagę orzeczenia wydane przez Najwyższy Sąd Administracyjny²⁴.

Z punktu widzenia budowania demokracji w Egipcie i ograniczania nadużyć władz kraju wyjątkowo istotne znaczenie mają orzeczenia NSK dotyczące naruszeń prawa wyborczego, prawa prasowego oraz możliwości tworzenia organizacji pozarządowych (szczególnie tych, które w swojej statutowej działalności przewidują monitorowanie naruszeń prawa człowieka w Egipcie).

NSK orzekał m.in. w sprawach ustaw ograniczających dopuszczalność kandydowania w wyborach partiom opozycyjnym²⁵. Sąd uznał, że ustawy te są niezgodne z konstytucją na tej podstawie, że w sposób niedopuszczalny naruszają wolność wypowiedzi²⁶. Podobna sytuacja miała miejsce w 2012 r., gdy ustawowo zakazano Ahmedowi Shafikowi, przedstawicielowi obalonego reżimu, który za prezydentury Hosniego Mubaraka sprawował urząd Prezesa Rady Ministrów, startowania w wyborach prezydenckich. NSK i w tej sprawie orzekł, że zakazanie kandydowania w wyborach na tej podstawie, iż dana osoba wywodzi się z obalonego reżimu jest niedopuszczalne²⁷. W maju 2013 r. NSK uznał, że projekt nowelizacji ustawy o partycypacji obywateli pozbawiający przedstawicieli sił

²⁴ Zob. B.K. Rutherford, *Egypt After Mubarak...*, s. 52 i nast.

²⁵ W latach 1986, 1987 i 1988; zakazano udziału w wyborach partiom opozycyjnym, m.in. Partii Wafd oraz liderom partii naserystowskiej, związanej z byłym prezydentem Gamalem Abdel Naserem, jak również przeciwnikom podpisania traktatu pokojowego z Izraelem w Camp David w 1979 r.

²⁶ B.K. Rutherford, *Egypt After Mubarak...*, s. 65.

²⁷ <http://egyptjustice.com/scc-cases/2015/6/7/political-isolationparticipation-laws>, [dostęp: 31.01.2016 r.].

zbrojnych i policji czynnego prawa wyborczego jest niezgodny z konstytucją na tej podstawie, że w konstytucji z 2012 r. wyraźnie stwierdzono, iż każdy obywatel ma prawo głosowania. Skoro wojskowi i funkcjonariusze policji są obywatelami, z tego tytułu mają prawo do wykonywania czynnego prawa wyborczego, a zatem pozbawienie ich tego prawa naruszałoby art. 33, 55 i 81.

W odniesieniu do prawa wyborczego NSK rozstrzygał po raz pierwszy w 1987 r., uznając, że wybory parlamentarne z 1984 r. naruszyły konstytucję w taki sposób, że ograniczyły prawo kandydowania w wyborach tylko do kandydatów z list partyjnych zaakceptowanych przez państwo, pozbawiając tego prawa kandydatów niezależnych. Zgodnie z orzeczeniem Sądu parlament wybrany w 1984 r. został rozwiązany. Ważność nowych wyborów przeprowadzonych wskutek orzeczenia NSK w 1987 r. również została zakwestionowana. Główny zarzut, jaki pojawił się w związku z wyborami, dotyczył mieszanego systemu wyborczego, dopuszczającego listy partyjne i kandydatów niezależnych. W wyborach z 1987 r. owszem dopuszczono do startu w wyborach kandydatów niezależnych, jednak nie zachowano odpowiednich proporcji – na 448 miejsc w parlamencie tylko 48 przeznaczono dla kandydatów niezależnych, co godziło w podstawowe prawo równości wszystkich obywateli. W 1990 r. NSK orzekł, że “konstytucja musi być interpretowana jako organiczna całość (...) język [konstytucji] dopuszczający listy mieszane był ograniczony i nie mógł zostać zastosowany w sposób naruszający inne artykuły gwarantujące równość szans i praw”²⁸. NSK uznał ponadto, że prawo do wolności wypowiedzi i wyrażania swych opinii zabezpiecza obywateli przed przymuszaniem ich do wstępowania do partii politycznych – rząd argumentował bowiem, że każdy, kto chce kandydować w wyborach, może wstąpić do partii politycznej. Prawo wyborcze, które jawnie dyskryminowało kandydatów niezależnych, uznane zostało przez NSK za naruszające konstytucję, tym samym ponownie na mocy orzeczenia Sądu parlament został rozwiązany. Jak pisze Tamir Moustafa w artykule *The Political Role of the Supreme Constitutional Court: Between Principles and Practice*²⁹: “Chociaż orzeczenia w sprawie prawa wyborczego praktycznie nie osłabiły rządowego nacisku na władzę, znacząco podkopały korporacjonistyczny system kontroli opozycji poprzez otwarcie politycznego pola dla kandydatów niezależnych (...)”³⁰. NSK poruszył jeszcze jeden zasadniczy wątek dla ochrony wolności i równości wyborów w Egipcie. W

²⁸ <http://egyptjustice.com/analysis/2015/6/10/scc-jurisprudence-on-election-laws>, [dostęp: 31.01.2016 r.].

²⁹ T. Moustafa, *The Political Role of the Supreme Constitutional Court: Between Principles and Practice*, [w:] N. Bernard-Maugiron, *Judges and Political Reform...*

³⁰ *Ibidem*, s. 92.

2000 r. orzekł, że art. 24 ustawy wyborczej dopuszczający do nadzorowania procesu przeprowadzenia wyborów osób zatrudnionych w sektorze publicznym naruszał art. 88 konstytucji z 1971 r. wyraźnie wskazujący, że nadzór nad przeprowadzeniem wyborów mieli spełniać członkowie organów sądowych. W konsekwencji takiego orzeczenia prezydent Mubarak wydał prezydencki dekret, na podstawie którego wybory miały odbyć się w trzech turach tak, aby spełniona została zasada sądowego nadzoru³¹.

Jednym z najistotniejszych obszarów, w których wartość NSK okazała się wyjątkowo duża, była kwestia organizacji pozarządowych, zwłaszcza organizacji broniących praw człowieka. Przed powstaniem NSK w 1979 r. żadna tego typu instytucja nie miała narzędzi do walki z naruszeniami prawa człowieka w Egipcie. Powstanie NSK i jego orzecznictwo znacząco przyczyniły się do poprawy świadomości obywateli w zakresie przysługujących im praw, jak również ograniczyły poziom naruszeń, jakich dopuszczała się egipska klasa polityczna. Co również istotne – sprawy, jakie rozstrzygał NSK, docierały do świadomości międzynarodowej opinii publicznej i władz światowych mocarstw i organizacji międzynarodowych, które na drodze dyplomacji mogły naciskać na prodemokratyczne zmiany w Egipcie. Jednym z głównych beneficjentów powstania NSK była organizacja *Center For Human Rights Legal Aid*, która nie tylko dokumentowała naruszenia praw człowieka, ale również konfrontowała się z władzami na sali sądowej. W pierwszym roku swojej działalności zainicjowała pięćset spraw³², w kolejnych latach liczba spraw sukcesywnie rosła. Powstawały nowe organizacje zajmujące się różnymi obszarami, w których dochodziło do naruszeń³³. Powstanie NSK zapewniło tym organizacjom możliwość walki o prawa człowieka bez konieczności mobilizowania wielkich grup społecznych, o które w Egipcie (przynajmniej do 2011 r.) było bardzo trudne³⁴. Aktywiści polityczni otrzymali wreszcie narzędzie do kwestionowania działań rządu, a orzeczenia NSK przyczyniły się do ponownego pojawienia się na egipskiej scenie partii opozycyjnych, które uzyskały ochronę przed pozaprawnymi aktami władzy³⁵. W odpowiedzi na coraz mocniejszą rolę organizacji pozarządowych rząd egipski ustawą nr 153/1999 jeszcze

³¹ Chociaż dekret czynił zadość nakazowi NSK, władze i tak postawiły na swoim, przekazując nadzór w ręce Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Ministerstwa Sprawiedliwości, oferując sędziom biorącym udział w nadzorze wynagrodzenie pieniężne oraz organizując akcje utrudniające czy uniemożliwiające oddanie głosu poza punktami wyborczymi. Por. T. Moustafa, *Law versus...*, s. 921.

³² T. Moustafa, *The Political...*, s. 93.

³³ *Ibidem*, s. 94.

³⁴ *Ibidem*, s. 94.

³⁵ T. Moustafa, *Law versus...*, s. 902.

mocniej ograniczył prawo regulujące działalność tych organizacji. Wprowadzono zakaz politycznej działalności cywilnym stowarzyszeniom, mocniej ograniczając możliwość otrzymywania zagranicznych funduszy na działalność statutową, zakazano kontaktów z zagranicznymi stowarzyszeniami bez wcześniejszego poinformowania o tym rządu, a ministerstwu spraw wewnętrznych przyznano prawo rozwiązywania każdego stowarzyszenia zagrażającego jedności narodu bądź naruszającego porządek publiczny³⁶. W odpowiedzi na te ograniczenia NSK orzekł w 2000 r., że ustawa narusza konstytucję.

W zakresie naruszeń prawa prasowego NSK w 1995 r. orzekł w sprawie nowelizacji ustawy prasowej, której nowe brzmienie dopuszczało możliwość zastosowania prewencyjnego aresztu wobec dziennikarzy, którzy swoimi tekstami naruszali bezpieczeństwo państwa³⁷. NSK nie mógł jednak dokonać kontroli aktu w sposób arbitralny – ustawa o NSK przewiduje, iż Sąd może orzekać jedynie w przypadku, gdy inny sąd przekaze mu do rozstrzygnięcia zagadnienie w konkretnej sprawie. Innymi słowy, NSK mógłby dokonać zbadania konstytucyjności tej ustawy dopiero, gdyby na podstawie jej przepisów dokonano aresztowania dziennikarza. W obliczu społecznej krytyki rząd ugiął się i zlecił NSK zbadanie konstytucyjności ustawy prasowej. NSK uznał jednak, że nie jest kompetentny do dokonania abstrakcyjnej kontroli ustawy i na tej podstawie wnioski rządu odrzucił³⁸. W odniesieniu do wolności prasy i mediów NSK wyrażał pogląd, iż „państwo ma w tej dziedzinie ważną rolę do odegrania. (...) czuwa nad tym, aby prasa nie przekraczała «przepisanych limitów konstytucyjnych dotyczących zachowania podstaw społeczeństwa oraz potrzeby respektowania ich przez społeczeństwo obywatelskie (...) musi zapobiec przekształceniu się wolności wypowiedzi w anarchię (...)»”³⁹. To pokazuje, jak NSK w swych decyzjach musiał brać pod uwagę jednocześnie ważne interesy państwa i nie mniej ważne interesy obywateli. Stojąc na stanowisku, że do stabilnego istnienia i rozwoju państwa konieczne są silne rządy, NSK dopuszczał wkraczanie władz w obszary, na których NSK musiał lawirować pomiędzy ochroną wolności i praw obywateli a uznaniem praw rządu do szerokiego interpretowania prawa na korzyść stabilności państwa.

Jednocześnie jednak NSK swoimi decyzjami pośrednio wspierał, a przynajmniej legitymizował politykę władz. Najlepszym tego przykładem była decyzja NSK wydana w sprawie dotyczącej legalności powołania Nadzwyczajnych Sądów Bezpieczeństwa Państwa

³⁶ *Ibidem*, s. 918.

³⁷ N.J. Brown, *The Rule...*, s. 106.

³⁸ *Ibidem*, s. 107.

³⁹ B.K. Rutherford, *Egypt After Mubarak...*, s. 59.

(NSBP) z 1984 r. Sąd uznał, że ich powołanie było zgodne z Konstytucją z 1971 r., albowiem art. 171 konstytucji przewidywał powołanie Sądów Bezpieczeństwa Państwa, a zatem stanowiły one integralną część systemu sądownictwa w Egipcie. Sąd odrzucił również twierdzenie o naruszeniu przez NSBP art. 68 konstytucji⁴⁰. Krótco po tym orzeczeniu NSK odrzucił prawie sto podobnych spraw, co pokazuje, jak często władze korzystały z uprawnień nadzwyczajnych naruszających podstawowe prawo do sądu. Biorąc pod uwagę, że stan wyjątkowy w Egipcie funkcjonował nieustannie od roku 1981 (wcześniej wprowadzany był kilkakrotnie, na krótkie okresy czasu), takie orzeczenie NSK dawało władzy wolną rękę do naruszania prawa, tworząc podatny grunt do powstania rządów autorytarnych. Sprawa ta, jak również niechęć do zweryfikowania swojego stanowiska w późniejszych latach pokazała, w jaki sposób NSK ostrożnie lawirował pomiędzy liberalną wykładnią przepisów konstytucji a zasadniczymi interesami rządu⁴¹.

Inną bardzo znaczącą dla realizacji rządów prawa w Egipcie była sprawa przekazywania sądom wojskowym spraw osób cywilnych. Gdy w latach 90. w Egipcie zaczęły działać na szeroką skalę bojówki islamskie, organizując zamachy m.in. na zagranicznych turystów i egipskich intelektualistów i polityków, władze zaczęły wykorzystywać sądy wojskowe do rozpatrywania spraw osób podejrzanych o działalność terrorystyczną. Na mocy dekretu Prezydenta Republiki 373/1992 oskarżeni m.in. o należenie do organizacji dżihadystycznych mieli być sądzeni przez sądy wojskowe. Postanowienia te zaskarżono do sądu administracyjnego, który orzekł niezgodność z prawem tej decyzji. Egipski rząd odwołał się od tego wyroku do Najwyższego Sądu Administracyjnego oraz wniósł o interpretację przez Najwyższy Sąd Konstytucyjny art. 6 prawa o stanie wyjątkowym, według którego w czasie trwania stanu wyjątkowego Prezydent może przekazać każde przestępstwo, karalne na podstawie przepisów kodeksu karnego i jakiegokolwiek innej ustawy, jurysdykcji sądów wojskowych. Sądy wojskowe stosowały rozszerzającą wykładnię słowa „przestępstwo”, uznając za takie każdy czyn, który uznany został za przestępny decyzją prezydenta nawet po jego popełnieniu. Sąd Konstytucyjny uznał, że „przestępstwo” odnosi się zarówno do całej kategorii czynów zabronionych, jak i indywidualnego działania jednostki, umożliwiając tym samym władzy przekazywanie nowych spraw podmiotów cywilnych przed sądy wojskowe⁴².

⁴⁰ Art. 68 konstytucji wyraźnie stwierdzał, że każdy ma prawo do dochodzić swych praw w procesie sądowym, przed odpowiednim sądem.

⁴¹ T. Moustafa, *Law versus...*, s. 904.

⁴² N. Bernard-Maugiron, *Judges and Political Reform...*, s. 173.

W 2007 r. nowelizacją konstytucji wprowadzono przepis art. 179⁴³, podnosząc uprawnienia nadzwyczajne Prezydenta do rangi zasad konstytucyjnych. Ukonstytuowano przepisy jawnie naruszające konstytucję, uniemożliwiając od tego czasu zaskarżanie indywidualnych decyzji głowy państwa jako niezgodnych z konstytucją. NSK nie mógł już orzekać w sprawie ewentualnego naruszenia konstytucji – jak bowiem mogła naruszać konstytucję ustawa i praktyka, które oparte były na wyraźnym przepisie konstytucyjnym?

6. Najwyższy Sąd Konstytucyjny w czasie rewolucji

Gdy w roku 2011 wybuchła rewolucja w Egipcie poprzedzona wydarzeniami w Tunezji jedną z instytucji, które zostały bezpośrednio dotknięte zmianami polityczno-prawnymi, był Najwyższy Sąd Konstytucyjny. W okresie od lutego do końca marca 2011 r. w Egipcie nie funkcjonowała żadna ustawa zasadnicza. 13 lutego Najwyższa Rada Wojskowa, która przejęła tymczasowe rządy w kraju po odsunięciu od władzy Hosniego Mubaraka, zawiesiła Konstytucję z 1971 r., jednocześnie ogłaszając plan stworzenia nowej ustawy zasadniczej. 30 marca przyjęto Deklarację Konstytucyjną, która z założenia miała charakter tymczasowy. Przekazanie władzy organom cywilnym uzależniono od uchwalenia konstytucji (już nie tymczasowej), w oparciu o którą możliwe byłoby przeprowadzenie wyborów parlamentarnych i prezydenckich. Wybory parlamentarne odbyły się na przełomie 2011 i 2012 r., zaś wybory prezydenckie wyłoniły w czerwcu 2012 r. nową Głowę Państwa w osobie reprezentanta Braci Muzułmanów Muhammada Mursiego. W grudniu 2012 r. uchwalono nową konstytucję, której żywot zakończył się jednak już na początku lipca 2013 r. Ponownie przez okres od lipca 2013 do stycznia 2014 w kraju obowiązywała Deklaracja Konstytucyjna, która ostatecznie zastąpiona została 18 stycznia 2014 r. aktualnie obowiązującą konstytucją.

W takiej rzeczywistości społeczno-politycznej NSK musiał znaleźć sposób funkcjonowania i realizowania swoich ustawowych zadań. Nie było to łatwe zadanie. Choć Najwyższa Rada Wojskowa utrzymała funkcjonowanie NSK dla zabezpieczenia swojej legitymizacji – według teorii Rana Hirschla sąd konstytucyjny i konstytucyjna kontrola legalności ustaw miałyby stanowić zabezpieczenie interesów rządzących w okresie niestabilności

⁴³ Art. 179 – Państwo będzie dążyć do zabezpieczenia powszechnego porządku i bezpieczeństwa w obliczu zagrożenia terroryzmem. Prawo regulować będzie procedury ścigania i postawienia w stan oskarżenia wymagane przez walkę przeciwko tym zagrożeniom w taki sposób, że środki opisane w artykule 41§1, artykule 44§2 oraz artykule 45§2 nie będą ograniczać prowadzonych działań; działania te podlegać będą nadzorowi sądu. Prezydent Republiki może przekazać przestępstwa o charakterze terrorystycznym jakimkolwiek organowi sądowemu ustanowionemu przez Konstytucję lub ustawy.

politycznej⁴⁴ oraz stanowiły solidne instytucje chroniące świeckie interesy⁴⁵ – to funkcjonowanie NSK było ograniczone przez niepewność obowiązującego prawa. Do ogólnego obrazu trudności w tym okresie znaczący wkład wniosły również nowy parlament i rząd. Konstytucja z 2012 r.⁴⁶ zmieniła zasady powoływania sędziów NSK. Nowa większość parlamentarna, złożona z ugrupowań religijnych, chciała pozbawić (w sposób pośredni) stanowiska sędziego NSK Tahaney El-Gibali, pierwszej w historii kobiety na stanowisku sędziego NSK, której poglądy stały w sprzeczności z ideologią religijnych przywódców⁴⁷. Konstytucja z 1971 r. nie określała liczebności NSK, nowe władze wprowadziły zatem przepis mówiący o tym, że obok Prezesa NSK w jego skład wchodzić będzie dziesięciu najstarszych rangą sędziów. Skutkiem tego było usunięcie ze składu NSK sędzi El-Gibali, która była jedenastą w kolejności⁴⁸. Sytuacja ta pokazuje, jak łatwą jest manipulacja przepisami prawa dla realizacji swoich interesów w Egipcie. I chociaż rządy nowej władzy nie trwały długo, to jednak okres półtora roku od wyborów parlamentarnych 2011/2012 do końca czerwca 2013 r. obfitował w działania wymierzone w NSK. N.J. Brown w swoim artykule przytacza jeszcze jedną: przekazanie NSK uprawnień do uprzedniej, a nie jak dotąd następczej, kontroli ustawodawstwa wyborczego z zastrzeżeniem, że kontrola następcza była w stosunku do nich niemożliwa. Jak pisze Brown: „Intencja była jasna: NSK skontrolowałyby takie ustawy przed wyborami; jeśli podtrzymałyby te ustawy, powrót do nich później [po wyborach] i ich obalenie nie byłyby możliwe. Nie byłoby powtórek z praktyki rozwiązywania parlamentu decyzją sądu”⁴⁹.

W okresie rządów religijnych NSK odszedł od praktyki wydawania odważnych, wymierzonych w reżim orzeczeń, stawiając raczej na zachowanie charakteru niekonfrontacyjnego. Zróżnicowane działanie w tym zakresie charakteryzuje całą historię NSK. Do lat 90. NSK odgrywał rolę organu zapewniającego konstytucyjne zaplecze dla reżimu. W latach 90., zwłaszcza w okresie, gdy Prezesem NSK był Awad al-Murr, orzeczenia wydawane przez NSK pokazywały siłę i odwagę składu sędziowskiego,

⁴⁴ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-Massachusetts-London 2007, s. 11-12.

⁴⁵ R. Hirschl, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, „Texas Law Review”, 7/2004, s. 1819.

⁴⁶ Konstytucja Arabskiej Republiki Egiptu z 25 grudnia 2012r., tekst dostępny w języku angielskim: <http://niviensaleh.info/constitution-egypt-2012-translation/>, [dostęp: 31.01.2016 r.].

⁴⁷ N.J. Brown, *Egypt: A Constitutional...*, s. 9.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 10.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 10.

propagując idee świeckie, chroniąc prawa i wolności obywatelskie, chociażby nakazując rozwiązanie parlamentu wybranego w 1990 r. (w roku 1987 na mocy orzeczenia NSK również rozwiązano parlament)⁵⁰. Po tym okresie w latach dwutysięcznych ponownie przyjął rolę instytucji podległej reżimowi. Postawa zachowawcza w działalności NSK wynika z poczucia zagrożenia swojej integralności i niezależności, zwłaszcza w okresach przemian politycznych czy ustrojowych. Jak pokazuje historia, władza może jedną decyzją zmienić zasadniczy kształt sądu⁵¹, zatem pewna powściągliwość w orzekaniu może być uzasadniona tym bardziej, że paradoksalnie powstanie Sądu Najwyższego w 1969 r. (poprzednika NSK) było wynikiem tzw. „masakry sędziów”, dokonanej przez Gamal Abdel Nasera – tj. pozbawienia stanowisk wielu sędziów.

7. Podsumowanie

Analizując rolę sądu konstytucyjnego w państwie autorytarnym, należy mieć na uwadze kilka istotnych czynników, które kształtują orzecznictwo takiego sądu. W Egipcie Najwyższy Sąd Konstytucyjny, zbudowany na podstawach Sądu Najwyższego całkowicie podporządkowanego władzy centralnej, który stworzono krótko po zamachu na niezależność wymiaru sprawiedliwości pokazuje, w jakich realiach musi on funkcjonować. Sąd taki jest *de facto* sądem upolitycznionym przez fakt orzekania w sprawach zgodności ustaw tworzonych przez władzę ustawodawczą z konstytucją. Mimo to na jego rzeczywistość oddziałują również, obok całego aparatu władzy, którego działalność jest ściśle, wręcz definicyjnie związana z samą istotą sądu konstytucyjnego, również elementy niejako spoza polityki. Mam tu na myśli zwłaszcza samorząd sędziowski czy adwokacki, które w Egipcie stanowią silne zaplecze rządów prawa. To również prawnicy-teoretycy działający na uczelniach wyższych, których badania, analizy czy idee przenikają do NSK, kształtując światopogląd jego sędziów. To również, a może przede wszystkim, opinia publiczna, której poglądy, stanowisko, opinie czy charakter społeczeństwa obywatelskiego⁵² kształtują pośrednio stanowisko samego sądu. I jak konstytucja nie jest aktem odpornym na gwałtowne zmiany czy subtelne poprawki dokonywane w jej tekście w zależności od potrzeby rządzących, tak sąd konstytucyjny nie jest zawieszony w próżni, a jego orzeczenia w społeczeństwie zdominowanym przez opresyjną władzę mają siłę rażenia porównywalną

⁵⁰ B.K. Rutherford, *Egypt After Mubarak...*, s. 72.

⁵¹ Zob. sprawa sędzi El-Gibali.

⁵² O tym, czy w Egipcie społeczeństwo obywatelskie istnieje, nie trzeba chyba nikogo przekonywać. Arabska wiosna z 2011 r. pokazała siłę egipskiego społeczeństwa, które wspólnym wysiłkiem dokonało rzeczy wydawać się mogło niemożliwej w egipskich, a ogólniej arabskich, realiach – zdjęcia z urzędu Prezydenta.

z wybuchem miny. Kontrola sądowa konstytucyjności ustaw w teorii powinna być odizolowana od rzeczywistości społeczno-politycznej, w jakiej ma zostać przeprowadzona. Pytanie jednak, czy gdyby sąd konstytucyjny faktycznie istniał w swojej własnej, utopijnej rzeczywistości idealnej, to jego orzeczenia nadal miałyby walor zasad zmieniających rzeczywistość? Bardzo wątpliwe. Sąd konstytucyjny ze swej istoty musi brać pod uwagę to wszystko, co ma miejsce w kraju, w którym funkcjonuje, swoje orzeczenia musi opierać w rzeczywistości istniejącej tu i teraz, lecz również analizować zdarzenia z przeszłości, aby tym lepiej kreować lepszą przyszłość.

* * *

The Egyptian Supreme Constitutional Court - what is the role of constitutional judiciary in an authoritarian state?

Summary: This article presents an analysis of the role constitutional courts play in authoritarian state like the Arab Republic of Egypt. The analysis of the Supreme Constitutional Court's activity is proceder by the short characteristics of the egyptian judiciary system with an outline of the problem of the dual model of the judiciary i.e. common courts vs. special and military courts. Article shows the history of the Supreme Constitutional Court from the establishment of the Supreme Court in 1969 until its establishment in 1979. The Law on the Supreme Constitutional Court provides the basis for analysis of its powers and functions. In the main part of the article jurisprudence of the Court was discussed. In the last part the Court's situation during the so called „arab spring” or the January 25 Revolution was discussed.

Key words: Egypt, Supreme Constitutional Court, constitutional judiciary, authoritarianism, constitution

Bartosz Ryt*

Zasada *aut dedere aut iudicare* w świetle Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych.

Streszczenie

*Artykuł dotyczy problemu stosowania w praktyce zasady *aut dedere aut iudicare* wyrażonej między innymi w Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych¹. W pierwszej kolejności omówiono wątek historyczny przyjęcia Konwencji, jej zakres przedmiotowy i przyjęty sposób ustalenia jurysdykcji w sprawach przestępstw konwencyjnych. Głównym problemem, który wiąże się ze stosowaniem zasady w praktyce jest brak wyraźnego stanowiska dotyczącego sytuacji, kiedy Państwo-Strona odmawia dokonania ekstradycji, a jednocześnie nie wypełnia obowiązku ścigania. Istnieją wątpliwości, czy brak przedstawienia sprawy właściwym organom dla celów ścigania sądowego rodzi w takim wypadku obowiązek dokonania ekstradycji. Analizie poddano wykładnię zasady *aut dedere aut iudicare* w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i w decyzji Komitetu Przeciwko Torturom (Committee Against Torture) w sprawie *Guengueng v. Senegal*, odnoszącej się do interpretacji tejże zasady w prawie międzynarodowym.*

Keywords: Terrorism, international criminal law, International Court of Justice

1. Wprowadzenie

Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych (dalej: „Konwencja”) została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 15 grudnia 1997 r. Konwencja określa szeroki zakres jurysdykcji w

*

¹ Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 grudnia 1997 r. (Dz.U. z dnia 16 kwietnia 2007, nr 66 poz. 438).

związku z niezgodnym z prawem i celowym stosowaniem materiałów wybuchowych i innych śmiertelnych urządzeń w różnych określonych miejscach publicznych, z zamiarem zabicia lub spowodowania poważnych obrażeń ciała lub spowodowania rozległych zniszczeń miejsc zdefiniowanych jako miejsca publiczne². Wypełniła istotną lukę w konwencyjnym prawie międzynarodowym poprzez rozszerzenie ram prawnych współpracy państw na współpracę w zakresie dochodzenia, ścigania i ekstradycji osób, które angażują się w ten rodzaj terroryzmu³. Ostatnie zamachy bombowe z 13 listopada 2015 r. w Paryżu pokazują, iż problem ten jest cały czas aktualny, a intensywność zamachów wzrasta⁴. W rezolucji Rady Bezpieczeństwa z 19 grudnia 2014 roku podkreślono, iż terroryzm wciąż stanowi jedno z najpoważniejszych zagrożeń dla międzynarodowego pokoju i każdy akt terrorystyczny należy uznać za karygodny i niepodlegający jakiegokolwiek usprawiedliwieniu⁵.

Prace nad konwencją zainicjowały Stany Zjednoczone w roku 1996 r., po bombowym ataku terrorystycznym na personel wojskowy w Dhahran w Arabii Saudyjskiej w dniu 26 czerwca tego samego roku⁶. Już miesiąc po zamachu, Stany Zjednoczone zaproponowały wynegocjowanie nowej umowy międzynarodowej w zakresie walki z terroryzmem. Miało to miejsce na spotkaniu grupy siedmiu najbardziej uprzemysłowionych państw świata (tzw. grupy G7) i Rosji w Paryżu⁷. W ostatnim dniu czerwca ministrowie sprawiedliwości państw zgromadzonych na szczycie spotkali się w stolicy Francji i włączyli do wspólnego stanowiska zobowiązanie do promowania rozważenia i rozwoju nowego instrumentu prawa międzynarodowego dotyczącego zamachów bombowych⁸. To spowodowało, iż Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych zgodziło się powołać grupę roboczą w ramach Szóstego Komitetu (*Sixth Legal Committee*) do opracowania tekstu Konwencji. Komitet ad hoc działał w sumie przez cztery tygodnie w roku 1997, a przewodniczył mu ambasador Philippe Kirsche,

² S. Witten, *The International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, *The American Journal of International Law*, nr 92, 1998, s. 774.

³ Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych zamachów bombowych była 11 konwencją dotyczącą walki z terroryzmem przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych. Lista najważniejszych instrumentów dotyczących walki z terroryzmem dostępna jest pod poniższym linkiem: <http://www.unic.un.org.pl/terroryzm/konwencje.php> [dostęp: 31.07.2016 r.].

⁴ W samym tylko listopadzie 2015 roku odnotowano 4 znaczące zamachy: w Bejrucie (12 listopada), Paryżu (13 listopada), Bamako (20 listopada) i Tunisie (24 listopada) zginęło łącznie 207 osób.

⁵ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 2195 z dnia 19 grudnia 2014 r. (UN Doc S/RES/2195).

⁶ S. Witten, *op.cit.*, s. 774.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Zob. Rezolucję Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 16 stycznia 1997 r. (nr 51), uchwaloną na 51 Sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, par. 9. Zob. również Suplement nr 49, t.1 z 51. Sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, par. 346, 348, (UN Doc. A/51/49, (1996)).

radca prawny akredytowany przy ministrze spraw zagranicznych Kanady. Prace oparto na projekcie dostarczonym przez Francję w imieniu G8, z nieformalnego tygodniowego spotkania w Nowym Jorku w listopadzie 1996 r.⁹. Do zatwierdzenia Konwencji przez Szósty Komitet doszło 21 listopada 1997 r., a Zgromadzenie Ogólne uczyniło to, jak wspomniano wcześniej, 15 grudnia. Możliwość przystąpienia pozostawiono państwom do dnia 31 grudnia 1999 r.¹⁰.

2. Przedmiotowy zakres stosowania Konwencji

Przedmiotowy zakres stosowania Konwencji wyznacza artykuł 2 Konwencji. Zgodnie z ustępem pierwszym, aby popełnić przestępstwo konwencyjne konieczne jest bezprawne i umyślne dostarczenie, umieszczenie, wystrzelenie lub detonacja materiału wybuchowego w miejscu użyteczności publicznej¹¹, w jego kierunku lub na takim miejscu, a także w infrastrukturę państwową, rządową¹², system transportu publicznego¹³. Ten katalog miejsc został wybrany podczas negocjacji tak, aby kryminalizacji poddać ataki w miejscach, które na cel najczęściej obierają sobie terroryści, a także, aby objąć zakresem te lokalizacje, gdzie atak naraziłby społeczeństwo na największe ryzyko wystąpienia szkody¹⁴. Konwencja obok materiału wybuchowego przewiduje również użycie innego śmiertelnie niebezpiecznego narzędzia. Zakres obu tych pojęć jest ujęty bardzo szeroko¹⁵. Aby mówić o przestępstwie objętym konwencją, sprawca musi ponadto działać w zamiarze spowodowania śmierci lub poważnych obrażeń ciała

⁹ Zob. dokument roboczy zgłoszony przez Francję w imieniu państw G7 oraz Rosji, UN Doc. A/AC.252/L.2. (1997).

¹⁰ S. Witten, op.cit., s. 775.

¹¹ Por. art. 1 ust. 5 Konwencji: „Oznacza te części jakiegokolwiek budynku, terenu, ulicy, drogi wodnej lub innego miejsca, które są dostępne lub otwarte, niezależnie, czy stale, okresowo, czy od czasu do czasu, dla przedstawicieli ogółu społeczeństwa, i są miejscami o charakterze handlowym, biurowym, kulturalnym, historycznym, oświatowym, religijnym, rządowym, rozrywkowym, wypoczynkowym lub innym, dostępnymi lub otwartymi dla publiczności.

¹² Por. art. 1 ust. 1 Konwencji: „Wszelkie pomieszczenia lub pojazdy, które są stale lub czasowo wykorzystywane lub zajmowane przez przedstawicieli państwa, członków rządu, parlamentu lub sądownictwa, przez funkcjonariuszy lub pracowników państwowych lub jakichkolwiek innych władz lub instytucji publicznych, lub przez pracowników bądź funkcjonariuszy organizacji międzyrządowych w związku z pełnieniem przez nich obowiązków służbowych”.

¹³ Por. art. 1 ust. 6 Konwencji: „Oznacza „wszystkie pomieszczenia, pojazdy i urządzenia stanowiące własność publiczną lub prywatną, używane podczas świadczenia lub do świadczenia publicznie dostępnych usług w zakresie przewozu osób lub towarów”.

¹⁴ S. Witten op.cit., s. 776.

¹⁵ W świetle Konwencji pojęcie „materiał wybuchowy lub inne śmiertelnie niebezpieczne narzędzie” oznacza: materiał wybuchowy lub broń palną albo narzędzie, którego przeznaczeniem jest spowodowanie śmierci, poważnych obrażeń ciała lub znacznych szkód materialnych, bądź które może je spowodować, albo broń lub narzędzie, którego przeznaczeniem jest lub które może spowodować śmierć, poważne obrażenia ciała lub znaczne szkody materialne poprzez wyzwolenie, rozsiewanie lub wpływ toksycznych substancji chemicznych, czynników biologicznych, toksyn lub podobnych substancji, albo poprzez promieniowanie lub materiał radioaktywny.

osób albo spowodowania rozległych zniszczeń takiego miejsca (publicznego), infrastruktury lub systemu, jeśli takie zniszczenie powoduje lub może spowodować poważne straty gospodarcze¹⁶. Odpowiedzialność w świetle Konwencji ponosi się również za usiłowanie. Współsprawstwo, sprawstwo polecające i kierownicze stanowią przestępstwo niezależnie od tego, czy doszło do dokonania, a więc także wtedy, gdy działanie sprawcy pozostało w stadium bezpośredniego zmierzania do dokonania¹⁷. Wydaje się, że kryminalizacją objęto również pomocnictwo i podżeganie¹⁸.

3. Konwencyjne zasady ustanowienia jurysdykcji

Kluczowym punktem dla omówienia zasady *aut dedere aut iudicare* jest kwestia ustanowienia jurysdykcji w sprawach wchodzących w zakres przedmiotowy Konwencji. Brak jurysdykcji w sprawie wyłącza bowiem możliwość powoływania się na powyższą zasadę, a co za tym idzie, rozpatrywanie problemu staje się bezcelowe. Problem jurysdykcji został unormowany w artykule 6 Konwencji. Wprowadza on dwie podstawy (obligatoryjną i fakultatywną) przyjęcia jurysdykcji w sprawach wymienionych w artykule 2. Państwo-Strona jest zobligowane do ustanowienia jurysdykcji w sprawie w trzech przypadkach:

- przestępstwo zostało popełnione na terytorium tego państwa;
- przestępstwo zostało popełnione na pokładzie statku pływającego pod banderą tego państwa lub samolotu zarejestrowanego według prawa danego państwa w czasie popełnienia przestępstwa;
- przestępstwo zostało popełnione przez obywatela danego państwa.

O fakultatywnej możliwości objęcia jurysdykcją sprawy traktuje ustęp 2. Ma to miejsce, kiedy:

- przestępstwo zostało popełnione na osobie obywatela tego państwa, albo

¹⁶ Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 grudnia 1997 r., art. 2 ust. 1a i 1b.

¹⁷ *Ibidem*, art. 2 ust. 3a i 3b.

¹⁸ Zgodnie z art. 2 ust. 3c: „Każda osoba popełnia przestępstwo również, jeśli: w jakikolwiek inny sposób przyczynia się do popełnienia jednego lub więcej przestępstw wymienionych w ustępie 1 lub 2 przez grupę osób działających we wspólnym celu; taki wkład powinien być zamierzony i dokonany albo w celu popierania ogólnej działalności przestępczej lub zamiarów grupy, albo ze świadomością zamiarów grupy dotyczących dokonania przestępstwa lub przestępstw, o których mowa”.

- przestępstwo zostało popełnione wobec infrastruktury państwowej lub rządowej danego państwa za granicą, w tym wobec ambasady lub innych budynków dyplomatycznych bądź konsularnych tego państwa, albo
- przestępstwo zostało popełnione przez bezpaństwowca, który zamieszkuje na stałe na terytorium tego państwa, albo
- przestępstwo zostało popełnione w celu zmuszenia tego państwa do podjęcia jakiegoś działania lub do powstrzymania się od jakiegoś działania, albo
- przestępstwo zostało popełnione na pokładzie samolotu, który jest eksploatowany przez rząd danego państwa.

4. Zasada *aut dedere aut iudicare* w teorii i praktyce

Potrzeba współdziałania państw między sobą, a także wespół z międzynarodowymi trybunałami, w celu zapobieżenia sytuacji, w której przestępstwa, w szczególności te o zasięgu międzynarodowym, pozostają nieukarane, była wyrażana wielokrotnie¹⁹. Przykładem może być rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 67/1 z 24 września 2012 r.²⁰ Obowiązek współdziałania w zwalczaniu bezkarności został wyrażony w konwencjach właśnie poprzez ustanowienie obowiązku ekstradycji lub osądzenia. Należy zauważyć, iż już w XVII wieku rozpoznano istotność roli walki z brakiem kary za najpoważniejsze przestępstwa. Swoistym prekursorem tej idei był wybitny niderlandzki prawnik Hugo Grocjusz, który postulował zasadę *aut dedere aut punire*²¹ w swoim dziele „O prawie wojny i pokoju”, która to zasada nakreślała obowiązek ukarania lub wydania. Współczesna terminologia zastąpiła pojęcie „kary”, pojęciem „sądu”, aby w sposób dokładniejszy odzwierciedlić możliwość uznania, iż nastąpiła któraś z okoliczności wyłączających bezprawność, karalność lub

¹⁹ Zob. np. Rezolucję Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 2840 (XXVI) z 18 grudnia 1971 r. zatytułowaną „Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity”; Rezolucję Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 3074 (XXVII) z 3 grudnia 1973 r. zatytułowaną „Principles of international cooperation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity”; oraz zasadę 18 z Rezolucji Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ 1989/65 z 24 maja 1989 r. zatytułowanej „Effective prevention and investigation of extra-legal, arbitrary and summary executions”.

²⁰ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych nr 67/1 z 24 sierpnia 2012 r. (UN Doc A/Res/67/1).

²¹ W oryginale: “When appealed to, a State should either punish the guilty person as he deserves, or it should entrust him to the discretion of the party making the appeal.”

zawinienie²². W formie znanej we współczesnych konwencjach zasada ta została zastosowana w Konwencji haskiej o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi z 1970 roku. Tak zwana „formuła haska”, posłużyła za model dla późniejszych konwencji, których celem jest zwalczanie konkretnych przestępstw, zasadniczo o charakterze terrorystycznym, ale także w wielu innych przestrzeniach (włączając tortury, zbrodnie przeciwko ONZ i personelowi pomocniczemu, transnarodową przestępczość, korupcję i porwania)²³. Zasadę *aut dedere aut iudicare* wpisano do wszystkich konwencji odnoszących się do międzynarodowego terroryzmu, zawartych po 1970 roku.

4.1. Zasada aut dedere aut iudicare w Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych

W artykule 8 ust. 1 Konwencji nałożono na Państwo-Stronę, które musi lub może ustanowić jurysdykcję w sprawie, a jednocześnie na którego terenie przebywa domniemany sprawca, obowiązek przedstawienia sprawy właściwym organom dla celów ścigania sądowego. Istnieje on bez wyjątków i jest niezależny od miejsca popełnienia przestępstwa. Konwencja nie precyzuje czasu, w jakim ma dojść do przedstawienia sprawy, granicę stawiając w nieostrym pojęciu uczynienia tego bez nadmiernej zwłoki. Nowością w stosunku do poprzednich konwencji było wprowadzenie w ust. 2 zaproponowanej przez USA możliwości uniknięcia wykonania obowiązku poprzez czasowe przekazanie sprawcy w celu przeprowadzenia procesu do innego państwa posiadającego jurysdykcję w sprawie, które wystąpi o takie przekazanie. Jeśli zgodę wyrażą zainteresowane strony, dojdzie do przekazania, a następnie do procesu. W przypadku skazania za przestępstwo, będące przedmiotem wniosku ekstradycyjnego, sprawca mógłby zostać z powrotem przekazany do państwa wydającego, którego jest obywatelem, w celu odbycia kary. W polskiej wersji językowej Konwencji, która została następnie opublikowana w Dzienniku Ustaw²⁴, brakuje angielskiego odpowiednika „*if do not extradite*”, który znajduje się w oryginalnej wersji projektu²⁵. To właśnie to sformułowanie powoduje

²² Final Report of the International Law Commission adopted by the International Law Commission at its sixty-sixth session, in 2014, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (par. 65), [w:] “Yearbook of the International Law Commission”, 2014, vol. II (Part Two), 65.1(1). http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf.

²³ Ibidem, 65.1(10).

²⁴ Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 grudnia 1997 r.

²⁵ Zob. art. 8 ust. 1: „Państwo-Strona, na którego terytorium przebywa domniemany sprawca, w przypadkach, do których ma zastosowanie artykuł 6, ma obowiązek bez jakichkolwiek wyjątków i niezależnie od tego, czy przestępstwo zostało popełnione na jego terytorium, czy też nie, bez nadmiernej zwłoki, przedstawić sprawę swym właściwym organom dla celów ścigania sądowego, poprzez

największy rozdzźwięk w kwestii interpretacji. Nie ma wątpliwości, iż artykuł 8 Konwencji nakłada na Państwo-Stronę obowiązek ścigania przestępstw zdefiniowanych w niej zdefiniowanych. Powstaje pytanie, co w sytuacji, kiedy odmawia ono dokonania ekstradycji, a jednocześnie nie wypełnia obowiązku ścigania. Czy brak przedstawienia sprawy (bez nadmiernej zwłoki) swym organom właściwym dla celów ścigania sądowego rodzi w takim wypadku obowiązek dokonania ekstradycji? Wskazany problem jak dotąd nie był rozstrzygany przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w kontekście stosunkowo młodej Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych. Interpretacja tej zasady i odpowiedź na postawione wyżej pytanie została natomiast częściowo udzielona przy okazji wykładni *aut dedere aut iudicare* w Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania²⁶.

4.2. Interpretacja *aut dedere aut iudicare* w sprawie *Belgia v. Senegal* przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości

Potrzeba osądzenia Hissene Habré²⁷, który przez 8 lat swoich dyktatorskich rządów łączony był wielokrotnie z popełnianymi w tamtym czasie zbrodniami tortur, morderstw i porwań, doprowadziła do sporu międzynarodowego pomiędzy Belgią a Senegalem. Narodowa Komisja Śledcza Czadu²⁸ stwierdziła, iż liczba ofiar reżimu Habré przekroczyła liczbę 40 tysięcy. W 1990 roku Habré otrzymał azyl w sąsiednim Senegalu. Nie jest więc zaskoczeniem fakt, iż prowadzono działania mające doprowadzić byłego dyktatora przed sąd, aby odpowiedział za wszystkie ekstremalne naruszenia praw człowieka, jakich dopuścił się jego reżim. Problemem, jaki się pojawił i na który powoływał się Senegal, był brak w prawie krajowym tego państwa możliwości ustanowienia jurysdykcji nad przestępstwami, które

postępowanie zgodne z prawem danego kraju. Organy te podejmują decyzję zgodnie z prawem danego kraju, w taki sam sposób, jak w przypadku każdego innego poważnego przestępstwa”. W oryginale: “Article 8 par.1. The State Party in the territory of which the alleged offender is present shall, in cases to which article 6 applies, if it does not extradite that person, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case without undue delay to its competent authorities for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with the laws of that State. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any other offence of a grave nature under the law of that State”.

²⁶ Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz. U. z dnia 2 grudnia 1989 r., nr 63 poz. 378).

²⁷ Hissene Habré – ur. 1942, Faya-Largeau, polityk Czadu; 1978–79 premier; 1982–90 prezydent i szef rządu; doprowadził do rokowań i zakończenia wieloletniego konfliktu z Libią (1988); obalony w wyniku wojsk. zamachu stanu, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/Habre-Hissene;3909319.html>.

²⁸ Chad National Commission of Inquiry. Raport Komisji dostępny pod adresem: <http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chad-Report.pdf>, [dostęp: 31.07.2016 r.].

zostały popełnione przez obywatela państwa zagranicznego na terenie innego państwa. Nieskuteczny okazał się również wniosek ekstradycyjny Belgii, która złożyła go po wniesieniu przez ofiary, posiadające również obywatelstwo tego państwa, aktu oskarżenia przed Sąd Rejonowy w Brukseli. Te nieudane wysiłki osądzenia i ekstradycji doprowadziły Belgię do zainicjowania postępowania przeciwko Senegalowi przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości (MTS) za niewypełnienie swoich zobowiązań wynikających z Konwencji o zakazie stosowania tortur. Wyrok w tej sprawie, w którym dokonano interpretacji zasady *aut dedere aut iudicare*, został wydany w lipcu 2012 roku. W Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania została ona wyrażona w artykule 7, w następującym brzmieniu:

„1. Państwo Strona, na którego terytorium pozostającym pod jego jurysdykcją została ujawniona osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa określonego w artykule 4, w przypadkach określonych w artykule 5 i jeżeli nie wydaje tej osoby, przekazuje sprawę swoim właściwym organom w celu przeprowadzenia postępowania karnego.”²⁹

Jest to zapis analogiczny do tego, który znajduje się w Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych. Odnośnie do artykułu 7 Konwencji, MTS orzekł o treści i zakresie obowiązku wynikającego z tego przepisu. Co najważniejsze, Trybunał stwierdził, iż obowiązek dotyczy wyłącznie wniesienia sprawy do kompetentnych organów państwa. Ostateczne zdanie należy do tych organów, które na podstawie zgromadzonych przed nimi dowodów, decydują czy podejrzany stanie przed sądem. Ponadto, MTS potwierdził, że artykuł 7 nie przewiduje obowiązku dokonania ekstradycji domniemanego sprawcy do innego Państwa-Strony konwencji. Ekstradycja jest opcją pozostawioną Państwu-Stronie³⁰. W sytuacji odrzucenia wniosku ekstradycyjnego, z jakiegokolwiek powodu, Państwo przetrzymujące podejrzanego znajduje się w takiej pozycji jak Państwo, do którego nie wystosowano by wniosku w ogóle. Jest w obowiązku przedstawienia sprawy kompetentnym władzom sądowym.

²⁹ 1. Państwo Strona, na którego terytorium pozostającym pod jego jurysdykcją została ujawniona osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa określonego w artykule 4, w przypadkach określonych w artykule 5 i jeżeli nie wydaje tej osoby, przekazuje sprawę swoim właściwym organom w celu przeprowadzenia postępowania karnego.

³⁰ S. Shah, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, *Human Rights Law Review*, 13(2), (2013), s. 361.

Z drugiej strony, jako pogląd doktrynalny należy rozpatrzeć zdanie odrębne wyrażone przez sędziego Yusufa. Wyjaśnia on, iż Państwo-Strona może uniknąć odpowiedzialności za brak ścigania tylko w przypadku, gdy wyrazi zgodę na ekstradycję³¹. W przedmiotowej sprawie Senegal nie popełnił bezprawnego czynu, odmawiając wykonania wniosku ekstradycyjnego. Jednakże naruszył postanowienia Konwencji, ponieważ nie przedstawił sprawy kompetentnym organom sądowym. Senegal mógł uniknąć działania wbrew postanowieniom konwencyjnym, gdyby przystał na wniosek ekstradycyjny Belgii³².

4.3 Sprawa *Guengueng et al. v Senegal* przed Komitetem Przeciwko Torturom

Komitet Przeciwko Torturom (*Committee Against Torture*), powołany na podstawie artykułu 17 Konwencji o zakazie tortur, w maju 2006 roku wydał decyzję w sprawie wniesionej przez ofiary reżimu Habré znanej jako *Guengueng i inni przeciwko Senegalowi* (*Guengueng et al. v Senegal*). Sprawa została wniesiona przez Suleymane Guenguenga i sześciu innych obywateli Czadu, którzy mieli być ofiarami naruszenia przez Senegal między innymi artykułu 7 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Kluczowe dla zasady *aut dedere aut iudicare* było zdanie Komitetu wyrażone w paragrafie 9.7 decyzji z dnia 17 maja 2006 roku³³. Zgodnie z nim, alternatywny wybór pomiędzy osądzeniem a ekstradycją występuje tylko wtedy, gdy wystąpiono z wnioskiem ekstradycyjnym. Jednakże, dokonując wyboru, Państwo-Strona powinno uszanować obiektywny cel przepisu, którym [w przypadku Konwencji o zakazie tortur – od aut.] jest zabezpieczenie przed pozostawieniem bezkarnymi sprawców tego rodzaju

³¹ Separate Opinion of Judge Yusuf in the case concerning Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 567–568, par. 19–22.

³² S. Shah, *op.cit.*, s. 361.

³³ Decyzja Komitetu Przeciwko Torturom wydana na podstawie art. 22 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania/ Decision of the Committee Against Torture under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: “9.7. The Committee recalls that, under article 7 of the Convention, ‘the state party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution’. It notes that the obligation to prosecute the alleged perpetrator of acts of torture does not depend on the prior existence of a request for his extradition. The alternative available to the state party under article 7 of the Convention exists only when a request for extradition has been made and puts the state party in the position of having to choose between (a) proceeding with extradition or (b) submitting the case to its own judicial authorities for the institution of criminal proceedings, the objective of the provision being to prevent any act of torture from going unpunished”.

czynów. Łącząc powyższe rozważania, można postawić tezę, iż ważna w tym wypadku jest wykładnia teleologiczna, którą w prawie międzynarodowym dopuszcza artykuł 31 Konwencji Wiedeńskiej³⁴ o prawie traktatów. Obowiązek ekstradycji nie istnieje dopóki Państwo-Strona w swoich działaniach czyni zadość wypełnianiu celów konwencyjnych. Takim celem w przypadku zasady *aut dedere aut iudicare* w Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych jest uniknięcie sytuacji, w której sprawca zamachu bombowego nie poniesie odpowiedzialności za swój czyn.

5. Zakończenie

Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych, wprowadzając zasadę *aut dedere aut iudicare*, wpisana została w szereg konwencji odnoszących się do różnego rodzaju odmian terroryzmu, których celem jest doprowadzenie do sytuacji, w której żaden ze sprawców popełnionych czynów wchodzących w zakres przedmiotowy tych konwencji nie pozostanie bezkarnym, a przynajmniej nieosądzonym. W krótkiej historii tej Konwencji nie było jeszcze sporu pomiędzy Państwami-Stronami, o którym miałyby rozstrzygać Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w Hadze. Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 38 ust. 1 Statutu MTS, wyroki w poprzednich sprawach, jak i zdania odrębne, traktowane jako poglądy doktryny, mogą stanowić „środek pomocniczy do stwierdzania przepisów prawnych.” Trybunał nie jest związany swoimi poprzednimi orzeczeniami (nie obowiązuje zasada *stare decisis*), zatem nie można wykluczyć, iż w przypadku pojawienia się takiej sprawy na wokandzie MTS orzeknie on o istnieniu obowiązku ekstradycji w przypadku niewykonania obowiązku ścigania. Taka interpretacja umożliwi, zdaniem autora, zrealizowanie nadrzędnego, wielokrotnie już wspomnianego celu omawianej zasady.

Zasada *aut dedere aut iudicare* w świetle Konwencji o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych.

Summary: The article presents the problem of practical application of *aut dedere aut iudicare* in the Convention for the Suppression of Terrorist Bombings. The text explains the historical context of the adoption of the Convention, the scope of the Convention and jurisdiction in matters arising from the Convention. The main problem that is related with the application of the principle in practice is the lack of a

³⁴ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U.1990. nr 74. poz. 439).

convincing position on the situation when a State Party refuses to extradite, while not fulfilling the obligation to prosecute. There are doubts whether the lack of submission to the competent authorities for the purpose of prosecution arises the obligation to extradite. The interpretation of the principle of *aut dedere aut iudicare* in a case law of the International Court of Justice was analysed, as well as the decision of the Committee Against Torture on *Guengueng v. Senegal* relating to the rule's interpretation in international law.

Słowa kluczowe: Terroryzm, międzynarodowe prawo karne, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości

Agata Lizak*

Komisje uzdrowiskowe jako organy opiniodawczo-doradcze rad gmin. Geneza, obecna rola i funkcjonowanie w praktyce

Streszczenie

Komisje uzdrowiskowe to organy o długiej tradycji. Ich pierwowzory istniały jeszcze w XIX wieku, zaś w polskim ustawodawstwie uregulowano je po raz pierwszy w dwudziestoleciu międzywojennym. Ich status zmieniał się na przestrzeni lat, różne były też związki komisji z samorządem terytorialnym. Również w toku prac legislacyjnych nad nową ustawą uzdrowiskową, które toczyły się po 1989 roku, pojawiały się rozmaite koncepcje ich dotyczące. De lege lata komisje uzdrowiskowe są organami opiniodawczo-doradczymi rady gminy. Ustawa jednak nie precyzuje, odmiennie niż w latach poprzednich, kwestii ich składu czy nazewnictwa, a katalog kompetencji określony prawem nie stanowi katalogu wyczerpującego. W związku z tym szczegółowych informacji na temat funkcjonowania komisji uzdrowiskowych dostarczyć mogą jedynie przykłady z praktyki.

Słowa kluczowe: gmina, komisja uzdrowiskowa, uzdrowisko

1. Wstęp

Obowiązująca Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz gminach uzdrowiskowych (dalej: u.l.u.)¹, ustalając obowiązek powołania stałej komisji, a także określając jej zadania, reguluje ważny aspekt funkcjonowania gminy uzdrowiskowej oraz gminy posiadającej status ochrony uzdrowiskowej. Choć prawodawca nie poświęcił wspomnianemu zagadnieniu wiele miejsca, treść art. 47 dotyczącego komisji uzdrowiskowych nie jest

* Autorka jest studentką III roku prawa Zamiejscowego Wydziału Prawa i Administracji w Rzeszowie Wyższej Szkoły Prawa i Administracji.

¹ Tekst jednolity: Dz.U.2012 poz. 651 ze zm.

wolna od kontrowersji – tym bardziej warto więc pochylić się nad kwestią ich funkcjonowania. Jest to zagadnienie o tyle ciekawe, że w dotychczasowych monografiach poświęconych samorządowi terytorialnemu lub prawu administracyjnemu w ogólności raczej nie skupiano się szczególnie na tym temacie², zaś publikacje dotyczące ściśle specyfiki ustrojowej gmin uzdrowiskowych obejmują zwykle szerszą problematykę niż tylko kwestię obligatoryjnego powołania komisji i jej statusu³.

W artykule zwrócono uwagę na genezę obowiązujących rozwiązań, jak i na aktualny stan prawny w tym zakresie. Obecne regulacje nie wzięły się wszakże znikąd – komisje uzdrowiskowe to instytucje o długiej tradycji, choć na przestrzeni dziejów różny był ich status i zasady funkcjonowania. Jest to o tyle ważne, że elementy dawnych modeli działania komisji nie straciły całkowicie na aktualności. Świadczy o tym fakt, że rozwiązania zbliżone do tych z przeszłości pojawiały się w propozycjach legislacyjnych poprzedzających uchwalenie ustawy uzdrowiskowej w 2005 r., a i dziś nie brakuje podobnych postulatów *de lege ferenda*. Ponadto analizę obecnego stanu prawnego postanowiono poprzeć badaniami na temat praktycznego aspektu działania komisji uzdrowiskowych, a za przykład służyły gminy uzdrowiskowe z województwa małopolskiego. Takie ujęcie tematu pozwala na pełniejszą ocenę postanowień ustawy oraz rzeczywistej roli, jaką pełnią w gminach komisje uzdrowiskowe.

Początkowe części artykułu, skupiające się na genezie obowiązujących rozwiązań oraz na opisie aktualnego stanu prawnego, oparto na analizie źródeł prawa – w tym zarówno dawnych ustaw (począwszy od dwudziestolecia międzywojennego), jak i licznych projektów legislacyjnych przedkładanych Sejmowi po roku 1989, z których ostatni został uchwalony jako Ustawa z 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz gminach uzdrowiskowych. Wykorzystano także po części metodę wykładni historycznej, tj. oparcia interpretacji prawa o materiały sejmowe i wypowiedzi parlamentarzystów, jakie padły w toku prac nad projektami. Następnie w artykule zastosowano metodą praktycznoprawną. Na podstawie danych z Biuletynu Informacji Publicznej przedstawiono najważniejsze zagadnienia związane z rzeczywistym funkcjonowaniem komisji, w tym ich składem, miejscem w strukturze organów gminy oraz podejmowanymi zadaniami.

2. Komisje uzdrowiskowe we wcześniejszych aktach prawnych

² Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 236.

³ Por. K. Sikora, *Szczególny status gmin uzdrowiskowych w Polsce*, „Studia Iuridica Lubliniensia” 23/2014, s. 107-124.

Mówiąc o genezie prawnego statusu uzdrowisk, zwykle sięga się do czasów dwudziestolecia międzywojennego. To czasy, kiedy moda na jeżdżenie do wód mogła znaleźć swoją realizację również dzięki korzystnym, sprzyjającym powstawaniu i rozwojowi uzdrowisk przepisom⁴. Choć były to regulacje w znacznej mierze odmienne od obowiązujących dzisiaj, to wiele obecnych instytucji z zakresu prawa uzdrowiskowego znajduje swoje chociażby częściowe odbicie w postanowieniach Ustawy z dnia 23 marca 1922 r. o uzdrowiskach⁵. Nie inaczej jest z kwestią komisji uzdrowiskowych, które pojawiły się jako kontynuacja podobnych instytucji XIX-wiecznych. Co prawda w międzywojniu funkcjonowały niejako obok samorządu gminnego, nie będąc integralnym elementem jego struktury, ale z samorządem w dużym stopniu współpracowały. Warto zauważyć, że ustawodawca poświęcił komisjom dużo więcej miejsca, niż ma to miejsce dzisiaj – przepisy dotyczące tego zagadnienia są bardzo rozbudowane. Może to budzić wątpliwości na płaszczyźnie poprawności legislacyjnej, a z drugiej strony tak obszerna regulacja nie zostawia wiele miejsca na spory interpretacyjne. Komisja została określona jako „organ zarządzający jego [uzdrowiska] sprawami”, a drugi człon jej nazwy zależny był od charakteru walorów danej miejscowości (mogły istnieć komisje zdrojowe, kąpielowe lub klimatyczne). W ustawie przewidziano m.in. możliwość zastępowania przez komisję organów administracji samorządowej czy rządowej w niektórych sprawach, przyznano również możliwość korzystania z przywilejów jednostek samorządowych i administracyjnych w zakresie wykorzystania pomocy państwowej policji bezpieczeństwa. Współpraca komisji z samorządem znajdowała zaś pełny wyraz w przypadku uzdrowisk morskich oraz gmin miejskich – w takich przypadkach to na organach gminy (lub też związkach gmin), pod pewnymi warunkami, mógł spoczywać obowiązek wykonywania jej zadań (komisja nosiła wtedy miano wydziału). Związki z władzami lokalnymi przejawiały się także na polu składu komisji, znacznie szerzej określonego niż czyni się to obecnie. Wójt czy też burmistrz byli, obok delegata rady gminy/rady miejskiej, tylko częścią jej składu (w dodatku pozostającą w zdecydowanej mniejszości), w który wchodził przede wszystkim przedstawiciele lekarzy, hotelarzy, a także lokalnych stowarzyszeń; *ex lege* do komisji należał ponadto lekarz uzdrowiskowy oraz dyrektor rządowy uzdrowiska czy też właściciel w przypadku uzdrowisk prywatnych (ewentualnie jego zastępca lub pełnomocnik). Co więcej, art. 30 ustawy przewiduje dodatkowo możliwość udziału w obradach komisji członków z głosem doradczym – warto tu wspomnieć, że takie uprawnienie miał m.in. przedstawiciel starostwa. Przepisy dotyczące składu komisji zostały jednak zmienione

⁴ T. Bojar-Fijałkowski, *Prawo uzdrowiskowe w Polsce – stan i perspektywy*, [w:] M. Boruszczak (red.), *Turystyka zdrowotna i uzdrowiskowa*, Gdańsk 2011, s. 224-225.

⁵ Dz.U. nr 31 poz. 254.

rozporządzeniem Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. zmieniającym ustawę o uzdrowiskach⁶. Odtąd decydujące znaczenie miały zapisy statutu danego uzdrowiska, przy czym komisja musiała liczyć co najmniej 5 członków, a powołanie osób pełniących pewne stanowiska było obligatoryjne (m.in. lekarza miejscowego oraz przedstawiciela gmin). Ciekawym rozwiązaniem było też wprowadzenie w art. 31 swoistego prawa weta wobec uchwał przysługującego właśnie staroście (z tym że nie było to weto ostateczne, gdyż wówczas istniała możliwość odwołania się do II instancji). Charakterystyczne dla uzdrowiskowego prawa okresu międzywojnia było także istnienie w ramach komisji wydziału wykonawczego, składającego się z czterech członków (w tym – w uzdrowiskach nie będących rządowymi – obligatoryjnie naczelnika gminy). Dalsze artykuły zawierają kazuistyczne wymienienie kompetencji komisji i wydziału. Jeśli chodzi o te pierwsze, wspomniano m.in. o ustalaniu wysokości taks i opłat uzdrowiskowych, wydawaniu przepisów sanitarnych, zarządzaniu funduszem kuracyjnym, zakładaniu szpitali i zakładów uzdrowiskowych, sporządzaniu planów rozbudowy. Z kolei do wydziału wykonawczego należało np. wykonywanie uchwał, pobieranie taks i opłat, zarządzania obiektami uzdrowiskowymi, prowadzenie listy gości i statystyk uzdrowiskowych, prowadzenie przedsięwzięć o charakterze kulturalnym. Zakres tych zadań określa się w literaturze jako niezwykle szeroki⁷. Dalsze artykuły regulują proces zaskarżania decyzji komisji oraz kwestię jej odwoływania przez Ministra Zdrowia Publicznego na wniosek wojewódzkiego urzędu.

Przepisy z 1922 r. obowiązywały również w początkowej fazie PRL, co było elementem szerszej wówczas tendencji korzystania z dorobku prawnego z poprzedniej formacji społeczno-ekonomicznej⁸. Zostały uchylone dopiero w roku 1966 r. wraz z uchwaleniem 17 czerwca Ustawy o uzdrowiskach i lecznictwie uzdrowiskowym⁹. Jednocześnie z porządku prawnego zniknęła instytucja komisji uzdrowiskowej. W związku z tym wydano rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 lipca 1967 r. o uregulowaniu spraw prowadzonych przez dotychczasowe komisje uzdrowiskowe¹⁰, w którym postanowiono

⁶ Dz.U. nr 36 poz. 331

⁷ K. Prętki, *Podstawy prawne funkcjonowania lecznictwa uzdrowiskowego w systemie ochrony zdrowia w Polsce w latach 1918-2005*, [w:] B. Płonka-Syroka, A. Syroka (red.), *Historia polskiej kultury uzdrowiskowej*, Wrocław 2012, s. 176.

⁸ W. Łuczak, *Kształtowanie się zasad prawnych socjalistycznego systemu opieki zdrowotnej w PRL*, „Archiwum Historii Medycyny”, 3/1974, s. 279.

⁹ Dz.U. nr 23 poz. 150.

¹⁰ Dz.U. nr 30 poz. 141.

m.in. w kwestiach majątkowych czy pracowniczych. Jak wynika z kolei z przepisów ustawy, niektóre kompetencje dawnych komisji – m.in. w zakresie prowadzenia zakładów lecznictwa uzdrowiskowego czy zaspakajania kulturalnych, czy komunalnych potrzeb kuracjuszy – przeszły teraz w ręce rad narodowych. Nowym rozwiązaniem było zaś ustanowienie w art. 11 ustawy możliwości powołania przy prezydiach rad wojewódzkich rad uzdrowisk i wczasów pracowniczych złożonych z przedstawicieli administracji, organizacji międzyzwiązkowych oraz znawców tematyki uzdrowiskowej jako organów opiniodawczych i wnioskujących. Pod względem statusu rady te przypominały nieco dzisiejsze komisje uzdrowiskowe, które – odmiennie niż komisje międzywojnia – nie mają już statusu organu zarządzającego, a pełnią funkcję jedynie opiniodawczo-doradcze. Należy jednak pamiętać, że ustawa z 1966 r. obowiązywała przede wszystkim w czasie, gdy brak było samorządu, a dziś to właśnie na nim opiera się przecież działalność komisji. Zresztą w 1990 r. ustawa została znowelizowana, a dotychczasowe uprawnienia rad narodowych przejęły gminy.

3. Komisje uzdrowiskowe w projektach ustaw po 1989 roku

Przystosowana do nowych warunków, jakie powstały w wyniku transformacji ustrojowej, ustawa z roku 1966 r. przetrwała lat kilkadziesiąt, bo aż do roku 2005. Nie oznacza to, że do tej pory tematyka prawa uzdrowiskowego była ustawodawcy obojętna – wręcz przeciwnie, przez Sejm przeszło wiele projektów w tej sprawie, a konieczność stworzenia nowej regulacji była dostrzegana m.in. w publicystyce lat 90.¹¹ Kierowane pod obrady propozycje dotyczyły również modelu funkcjonowania komisji uzdrowiskowych. Warto więc prześledzić pod tym względem tok prac legislacyjnych nad ustawą uzdrowiskową, zwłaszcza że niektóre z pojawiających się wtedy głosów dziś mogą być wysuwane jako propozycje zmian.

Pierwszym w III RP projektem ustawodawczym dotyczącym uzdrowisk, dla którego rozpoczęto proces legislacyjny, był projekt ustawy o gminach uzdrowiskowych zgłoszony przez Komisję Samorządu Terytorialnego¹², skierowany do pierwszego czytania w 1997 r. pod koniec II kadencji Sejmu, a także tożsamy z nim komisyjny projekt¹³, skierowany do

¹¹ Por. Ż. Semprich, *Kurort dla gminy czy gmina dla kurortu. Projekt ustawy uzdrowiskowej szykuje się od dziesięciu lat*, „Rzeczpospolita” 121/1995.

¹² Komisyjny projekt ustawy o gminach uzdrowiskowych, 1996, druk sejmowy nr 2097, <http://orka.sejm.gov.pl/proc2.nsf/0/8F644795F489BB6AC1257458002199B0?OpenDocument>, 20.09.2015.

¹³ Komisyjny projekt ustawy o gminach uzdrowiskowych, 1997, druk sejmowy nr 150, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/150/\\$file/150.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/150/$file/150.pdf), 20.09.2015.

Sejmu już w trakcie kadencji III. Charakterystyczne było poświęcenie całego aktu prawnego tylko jednemu zagadnieniu związanemu z funkcjonowaniem uzdrowisk, pozostawiając do osobnego uregulowania inne kwestie. Choć dziś często sceptycznie podchodzi się do podobnych zabiegów, prowadzących do nie zawsze uzasadnionego mnożenia się ustaw, to taka idea pozwalała na szersze niż obecnie omówienie problematyki komisji uzdrowiskowych. Wspomniany projekt zakładał, że komisje mają być organami opiniotawczo-doradczymi dyrektora uzdrowiska, a więc wybieranego przez radę gminy organu zarządzającego. W regulacji dotyczącej składu osobowego komisji można dostrzec pewne nawiązanie do ustawy z roku 1922. Podobnie jak w dawnym akcie prawnym, tak i tu przewidziano udział w pracach komisji przedstawicieli miejscowych lekarzy oraz przedstawicieli osób prowadzących działalność gospodarczą na terenie uzdrowiska. Zrezygnowano z kolei z bezpośredniego reprezentowania rady gminy bądź jej organów wykonawczych w składzie komisji. Wyjątkiem miała być sytuacja, gdy nie powołano architekta gminy – wówczas w jego miejsce w komisji zasiadać miał przedstawiciel zarządu. W projekcie przewidziano ponadto udział w pracach komisji dwóch przedstawicieli zakładów lecznictwa uzdrowiskowego. Pewną nowością w stosunku do ustawy z roku 1922 była wszelako fakultatywność powoływania w skład komisji lekarza uzdrowiska, jak również spory margines dowolności w dobieraniu osobowego kształtu tego organu. Przewidziano bowiem możliwość dookreślenia tej kwestii w statucie gminy. Również statut miał określać dokładnie tryb wyboru członków komisji, a jedynym ograniczeniem było uwzględnienie zasad powszechności, równości i tajności głosowania. Warto zauważyć, że w trakcie debat nad projektem w pierwszym czytaniu padła ze strony Jana Rokity próba definicji komisji uzdrowiskowej właśnie w oparciu o jej charakterystyczny skład osobowy – miała to być: „reprezentacja rozmaitych interesów, jakie istnieją w gminie uzdrowiskowej, a więc interesu sanatoriów i jednostek lecznictwa uzdrowiskowego, przedsiębiorców prowadzących sanatoria czy domy wypoczynkowe, lekarzy wykonujących praktykę w gminie uzdrowiskowej”¹⁴. W projekcie zaznaczono także, iż kadencja komisji trwa do końca kadencji rady gminy (art. 14) oraz uregulowano kwestię obsługi administracyjnej tego organu (art.16). Nie zdecydowano się zaś na chociażby przykładowe określenie obszarów zadań komisji; można jakkolwiek wysnuć wniosek, że były one tożsame z obszarami kompetencji dyrektora uzdrowiska. Te natomiast nie zostały wymienione enumeratywnie. Także w tej dziedzinie bowiem przejawia się tendencja projektu do pozostawienia możliwości dookreślenia wielu kwestii w statucie uzdrowiska zgodnie ze specyfiką i potrzebami danej gminy. W toku dyskusji nad tymże projektem pojawiały się opinie, że

¹⁴ Sprawozdanie stenograficzne z 2. dnia 9. posiedzenia Sejmu III kadencji z dnia 22 stycznia 1998 r., <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata3.nsf/9a905bcb5531f478c125745f0037938e/5f66a62088eb6c49c1257491003b9d21?OpenDocument>, 22.09.2015.

należy zrezygnować ze stanowiska dyrektora uzdrowiska na rzecz pełnego sędowania jego kompetencji na komisję uzdrowiskową, która miała być organem o większych niż inne komisje uprawnieniach (tak postulował poseł Marian Cycoń)¹⁵.

Prace nad powyższym omówionym projektem nie doprowadziły do jego uchwalenia, podobnie zresztą jak powodzeniem nie zakończył się tok legislacyjny projektu, którego pierwsze czytanie odbyło się w roku 2001¹⁶. Był to projekt rządowy, który w porównaniu z poprzednim rozszerzał zakres ustawy na uzdrowiska jako takie oraz leczenie uzdrowiskowe. Kwestia komisji uzdrowiskowej została tu ujęta wyłącznie w jednym krótkim artykule. Przepis ten zawiera odwołanie zewnętrzne do Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (dalej u.s.g.)¹⁷ – której to postanowienia miały stanowić podstawę dla określenia zasad i trybu powołania komisji, jak również odwołanie wewnętrzne: zakres zadań komisji miał odpowiadać zadaniom własnym gminy, związanym z funkcjonowaniem uzdrowiska (a więc m.in. ochroną warunków naturalnych czy tworzeniem warunków dla funkcjonowania zakładów leczenia uzdrowiskowego i urzędów leczenia uzdrowiskowego oraz rozwoju infrastruktury komunalnej) i być doprecyzowany przez radę gminy (jedną z poprawek zgłoszonych w drugim czytaniu postulowała, by doprecyzowania dokonywała ogólnie gmina, a nie tylko jej organ stanowiący). Ponadto komisja miała być nie organem opiniodawczo-doradczym, a kontrolno-koordynującym.

Projekt przeszedł całą ścieżkę legislacyjną, został przegłosowany zdecydowaną większością głosów i trafił do prezydenta, który jednak zawetował ustawę. W uzasadnieniu takiej decyzji pojawia się m.in. argument, że projekt nie zapewnia odpowiedniej odrębności gmin uzdrowiskowych, która miałaby być warunkowana jedynie poprzez możliwość utworzenia jednostki pomocniczej oraz poprzez obligatoryjne utworzenie komisji uzdrowiskowej – a to opcje, które można zrealizować pośrednio, opierając się na Ustawie z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹⁸.

Aktywne prace nad stworzeniem projektu ustawy uzdrowiskowej podjęto także w czasie IV kadencji Sejmu. Zanim zakończyły się one sukcesem, rozpatrzono kilka

¹⁵ *Ibidem*, <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata3.nsf/9a905bcb5531f478c125745f0037938e/f53fba3390bd9718c1257491003b9d71?OpenDocument>, 22.09.2015.

¹⁶ Rządowy projekt ustawy o uzdrowiskach, gminach uzdrowiskowych i leczeniu uzdrowiskowym, 2000, druk sejmowy nr 2520, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/2520/\\$file/2520.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/2520/$file/2520.pdf), 21.09.2015.

¹⁷ Tekst jednolity: Dz.U. z 2015 r. poz. 1515.

¹⁸ Wniosek Prezydenta RP o ponowne rozpatrzenie ustawy z dnia 21 lipca 2001 r. o uzdrowiskach, gminach uzdrowiskowych i leczeniu uzdrowiskowym, druk nr 3436, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/3436/\\$file/3436.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/3436/$file/3436.pdf), 22.09.2015.

propozycji pochodzących od różnych wnioskodawców. Jednym z nich był poselski projekt z 2002 r.¹⁹, który pomijał kwestię gmin uzdrowiskowych, natomiast przewidywał stworzenie tzw. rady uzdrowiska – instytucji o pięcioletniej kadencji przypominającej do pewnego stopnia międzywojenne komisje uzdrowiskowe. Skład takiej rady miał odzwierciedlać interesy grup kluczowych dla rozwoju uzdrowiska, tj. m.in. lekarzy czy właścicieli zakładów lecznictwa uzdrowiskowego oraz urzędów lecznictwa uzdrowiskowego, niemniej w radzie zasiadać mieli ponadto przedstawiciele samorządu (i to zarówno najniższego szczebla oraz jednostek pomocniczych, jak i plenipotenci władz powiatu i sejmiku województwa). Miał to być wszelako organ o kompetencjach jedynie opiniodawczych i doradczych, co z kolei tożsame jest z większością współczesnych w tym zakresie postulatów. Rozwiązania proponowane w projekcie, także te związane z radami uzdrowiska, zostały jednakże przyjęte sceptycznie przez Biuro Analiz Sejmowych, a decyzja Senatu o odrzuceniu projektu zakończyła tok legislacyjny.

Wraz z projektem poselskim rozpatrywane (i jednocześnie na tym samym etapie odrzucone) były także propozycje rządowe²⁰. W nim przewidziano z kolei osobliwy dualizm uzdrowiskowych organów kolegialnych funkcjonujących w ramach gminy. Z jednej strony powołana miała być komisja uzdrowiskowa, działająca zgodnie z przepisami ustawy o samorządzie gminnym, z drugiej zaś – jako organ opiniodawczo-doradczy wójta – Rada Uzdrowiska. Przepisy dotyczące tego drugiego organu w dużym stopniu kształtowały go jako odpowiednik komisji z poprzednich projektów. Podobny był bowiem nie tylko status organu, ale i jego skład. Co prawda zaistniał brak enumeratywnego wyliczenia osób mających obligatoryjnie wejść w skład rady, ale określono stałą liczbę członków (siedmioro) oraz zastrzeżono, że w radzie zasiadać mają przedstawiciele zakładów lecznictwa uzdrowiskowego, przedsiębiorcy prowadzący działalność na terenie gminy oraz członkowie gminnej komisji urbanistyczno-architektonicznej. Jak widać, zabrakło tu przedstawicieli środowiska lekarskiego, zwykle uwzględnianych w poprzednich projektach. Jeśli zaś chodzi o kompetencje rady, to w dużej mierze ich katalog przypomina aktualne wyliczenie dotyczące komisji uzdrowiskowych.

Pomysł zawarty w rządowym projekcie spotkał się jednak z krytyką. Podnoszono, że rada to instytucja niepotrzebna, a w dłuższej perspektywie być może nawet szkodliwa ze

¹⁹ Poselski projekt ustawy o uzdrowiskach, lecznictwie uzdrowiskowym oraz o zmianie niektórych innych ustaw, 2002, druk sejmowy nr 984, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/58B7F9B00E47BB40C1256C53004A8019/\\$file/984.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/58B7F9B00E47BB40C1256C53004A8019/$file/984.pdf), 22.09.2015.

²⁰ Rządowy projekt ustawy o uzdrowiskach, obszarach ochrony uzdrowiskowej, lecznictwie uzdrowiskowym i gminach uzdrowiskowych oraz o zmianie niektórych ustaw, 2003, druk sejmowy nr 1910, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/3CB5E5E6A748F1DAC1256D8E003E9B7C/\\$file/1910.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/3CB5E5E6A748F1DAC1256D8E003E9B7C/$file/1910.pdf), 22.09.2015.

względu na potencjalne spory kompetencyjne, jakie mogłyby się pojawić między nią a komisją. Te racje, reprezentowane m.in. przez Stowarzyszenie Gmin Uzdrawiskowych RP (dalej: SGU RP), kontrargumentowano, twierdząc, że komisja składa się tylko z radnych, a rada to ciało obsadzone osobami niebędącymi samorządowcami (tak sekretarz stanu w MZ Ewa Kralkowska), oraz że „nigdy dość rozumnych organów doradczo-opiniotawczych” (tak poseł Kazimierz Sas)²¹.

4. Komisje uzdrawiskowe w obecnym stanie prawnym

Obecne uregulowania to efekt poselskiego projektu, jaki został skierowany pod sejmowe obrady w 2004 r.²² W toku debat nad jego postanowieniami kwestia komisji uzdrawiskowych nie stanowiła przedmiotu kontrowersji, nie zgłaszano też żadnych poprawek w tym zakresie. Ostatecznie organom tym poświęcono tylko jeden składający się z dwóch ustępów artykuł. Zmianom uległ on w 2011 r., wszakże wprowadzono w nim wówczas jedynie nowelizację o charakterze redakcyjnym.

Według treści art. 47 ustawy komisja uzdrawiskowa jest powoływana przez radę gminy; rada określa też jej przedmiot działania oraz skład. W doktrynie komisje uzdrawiskowe zalicza się do grupy komisji quasi-obligatoryjnych, dla których istnienia podstawy prawnej należy szukać w innych niż u.s.g. aktach prawnych²³. Wykładnia językowa art. 47 u.l.u. nie pozostawia jednak wątpliwości interpretacyjnych – rada gminy ma obowiązek powołać komisję uzdrawiskową. Wydaje się, że powoływanie to ma się odbywać zgodnie z przepisami u.s.g., toteż komisja ma składać się wyłącznie z radnych (choć na mocy art. 21 ust. 4 osoby spoza składu rady mogą ewentualnie uczestniczyć w posiedzeniach, składać wnioski i zabierać głos w dyskusji bez prawa głosowania). Ustawodawca nie zdecydował się na określenie obligatoryjnych członków komisji oraz nie dał radzie gminy w formie *lex specialis* prawa samodzielnego kształtowania składu osobowego komisji z ominięciem postanowień u.s.g.²⁴ Komisji nadano status organu opiniotawczo-doradczego rady gminy, w ustawie określono także jej zadania – jest to

²¹ Biuletyn Komisji Sejmowych nr 2565/IV, <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgsknr/GOS-163>, 23.09.2015.

²² Poselski projekt ustawy o lecznictwie uzdrawiskowym i uzdrawiskach, 2004, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/78E83F2C676E143EC1256F80004B6C15/\\$file/3636.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/78E83F2C676E143EC1256F80004B6C15/$file/3636.pdf), 23.09.2015.

²³ M. Augustyniak, *Organizacja i funkcjonowanie rady gminy*, Warszawa 2012, s. 141-142.

²⁴ J. Golba, *Analiza ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrawiskowym, uzdrawiskach i obszarach ochrony uzdrawiskowej oraz o gminach uzdrawiskowych (Dz. U. z dnia 1.09.2005 Nr 167 poz. 1399)*, „Jedziemy do wód w..” 1/2008, s. 17.

wszelako katalog otwarty. Trzeba niemniej przyjąć, że kompetencje komisji nie mogą wykraczać poza kompetencje organu, przy którym została powołana, tj. rady gminy, zaś w tym zakresie – poza sprawy dotyczące uzdrowiska lub obszaru ochrony uzdrowiskowej. Najważniejsze z zadań zostały wymienione wprost przez ustawodawcę, a należą do nich: opiniowanie projektu operatu uzdrowiskowego, projektu statutu uzdrowiska bądź obszaru ochrony uzdrowiskowej, gminnych programów ochrony środowiska, projektów programów zamierzeń inwestycyjnych gminy dotyczących obszaru uzdrowiska albo obszarów ochrony uzdrowiskowej oraz projektów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego obejmujących tereny wchodzące w skład stref ochrony uzdrowiskowej. Pamiętając, że nie jest to wyliczenie wyczerpujące, wydaje się, że uzyskanie opinii komisji mogłoby być także uzasadnione w przypadku chociażby planów czy strategii rozwoju uzdrowiska. Trzeba jakkolwiek pamiętać, że *de lege lata* opinie komisji są niewiążące – stanowią raczej *sui generis* rekomendacje, które organ powinien rozważyć i przeanalizować, choć nie musi ich uwzględniać. Będąc oświadczeniami wiedzy i oceny, opinie owe zatem o niczym ostatecznie nie rozstrzygają. Wyrażają pewien pogląd na objętą oceną materię, ponadto stanowią ocenę zasadności i prawidłowości zamierzonego rozstrzygnięcia; powinny jednocześnie zwracać uwagę na takie aspekty, jakie umknęły uwadze organu przygotowującego podlegające opinii dokumenty²⁵. Pod względem formalnym wyraża je się zazwyczaj w formie uchwały; informację o nich można ponadto znaleźć w protokołach posiedzeń komisji – albo bezpośrednio w ich treści, albo w postaci załączników.

Jak wspomina J. Golba, art. 47 u.l.u. jest przepisem wysoce nieprecyzyjnym, przez co może stanowić pole różnych koncepcji interpretacyjnych²⁶ – oczywiste jest, że stan to w porządku prawnym niepożądany. Wątpliwości dotyczą wspomnianej już problematyki składu komisji, pojawiają się jednak także w innych kwestiach. Po pierwsze, powstaje pytanie, czy uzyskanie opinii komisji uzdrowiskowej jest obligatoryjne. Powołując się na argumenty natury systemowej, trzeba zauważyć, że ustawodawca zwykł raczej w bardziej precyzyjny sposób regulować tę kwestię. Widać do doskonale na przykładzie ustanawiania wymogów uzyskania opinii innych organów w stosunku do projektów dokumentów wymienionych w art. 47 u.l.u. Przykładowo, w przypadku projektów planu zagospodarowania przestrzennego obowiązek wystąpienia o opinie do komisji urbanistyczno-architektonicznej wprost przewiduje art. 17 pkt 6 lit. a) Ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (dalej: u.p.z.p.)²⁷. W

²⁵ M. Chmaj, *Status prawny rady gminy*, Warszawa 2013, s. 103.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Tekst jednolity: Dz.U. 2016 poz. 778.

przypadku u.l.u. o wyrażaniu opinii przez komisje uzdrowiskowe mówi się tylko w kontekście wyliczenia ich zadań, nie ma zaś nigdzie w przepisach sformułowania, jakoby od uprzedniej opinii komisji zależała ważność ostatecznego rozstrzygnięcia (milczą na ten temat chociażby przepisy dotyczące trybu przygotowania operatu uzdrowiskowego czy statusu gminy uzdrowiskowej). Wydaje się jednak, że fakt zastosowania w u.l.u. innej techniki legislacyjnej nie uprawnia do wysnucia wniosku o fakultatywności opinii komisji. Skoro działalność opiniodawcza w intencji ustawodawcy stanowi ich główną kompetencję, przyjąć należy, że to nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek. Takie zapatrywanie znajduje zresztą wsparcie na płaszczyźnie wykładni funkcjonalnej. Z drugiej strony przyjęcie takiego stanowiska pociąga za sobą bardzo poważne konsekwencje w przypadku gmin, które wbrew obowiązkowi nie powołały komisji uzdrowiskowej – należy bowiem pamiętać, iż „pomimo że opinia ma charakter niewiążący dla organu, który jej zasięgnie, to jednak nie zasięgnięcie obligatoryjnej opinii skutkuje rażącym naruszeniem prawa powodującym nieważność uchwały rady gminy”²⁸. Warto ponadto podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, co się dzieje, gdy komisja uchyla się od wydania opinii. Aby uniknąć daleko idących, w skrajnych przypadkach uniemożliwiających funkcjonowanie uzdrowiska sytuacji, które mogłyby mieć wówczas miejsce, rozważyć należy stosowanie szeroko rozpowszechnionego w przypadku innych ustaw rozwiązania polegającego na domniemaniu milczącej zgody. Należy się tu odwołać do ogólnych regulacji art. 89 ust. 2 u.s.g., niemniej podobne uregulowania spotkać można także w innych ustawach z zakresu materialnego prawa administracyjnego. W kontekście omawianej problematyki szczególnie istotne jest odwołanie się do postanowień art. 25 ust. 2 u.p.z.p., według którego „nieprzedstawienie stanowiska lub warunków (...) uważa się za równoznaczne odpowiednio z uzgodnieniem lub zaopiniowaniem projektu”. Przytoczony przepis odnosi się bowiem również do opinii komisji urbanistyczno-architektonicznych, a więc organów, które będąc organami doradczymi, pełnią do pewnego stopnia podobną do komisji uzdrowiskowych rolę. Analogię do wspomnianej regulacji można również zastosować w kwestii terminu, jaki komisja miałaby na zajęcie stanowiska – przynajmniej w kwestii opiniowania spraw z zakresu u.p.z.p. można by kierować się terminem wyznaczonym w art. 25 tej ustawy, przewidującym zasadniczy termin do 30 dni. Trzeba jednak podkreślić, że brak ku temu bezpośrednich podstaw w samej u.l.u.

5. Funkcjonowanie komisji uzdrowiskowych na wybranych przykładach

Na terenie województwa małopolskiego istnieje 8 gmin uzdrowiskowych. Są to: Gmina Rabka-Zdrój, Gmina Szczawnica, Gmina Piwniczna-Zdrój, Gmina Muszyna, Gmina

²⁸ Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Katowicach z dnia 19 grudnia 1991 r., SA/KA 1512/91.

Krynica-Zdrój, Gmina Kraków, Gmina Uście Gorlickie, Gmina Sękowa. W każdej z nich, zgodnie z postanowieniami ustawy, powinna działać komisja uzdrowiskowa. W tej części artykułu poddano analizie miejsce, jakie zajmują komisje w strukturze organów rady gminy, porównano także ich skład osobowy, przedmiot działalności oraz aktywność. Wszelkie dane zgromadzono na podstawie analizy informacji i protokołów dostępnych w internetowych Biuletynach Informacji Publicznej wymienionych gmin²⁹. Choć opracowanie, ze względu na ograniczenia objętościowe artykułu, nie jest pełne, pozwala wszakże na dostrzeżenie pewnych tendencji.

5.1 Miejsce komisji w strukturze organów rady gminy

Ustawa nie pozostawia wątpliwości co do tego, że komisja uzdrowiskowa stanowi organ rady gminy. Jak jednak pokazuje szczegółowa analiza, takie postanowienie nie zapewnia jednolitości. Charakterystyczne dla gmin jest łączenie komisji uzdrowiskowej z innymi, zbliżonymi tematycznie komisjami. Jako samodzielny organ komisja działa jedynie w trzech gminach woj. małopolskiego, tj. w Gminie Krynica-Zdrój, Gminie Szczawnica oraz w Gminie Rabka-Zdrój. W każdym innym miejscu działalnością uzdrowiskową zajmują się komisje mające w kompetencjach dodatkowo sprawy związane ze zdrowiem oraz ochroną środowiska i zasobów naturalnych (Gmina Muszyna), oświatą, zdrowiem, kulturą, sportem i turystyką (Gmina Sękowa), zdrowiem i opieką społeczną (Gmina Uście Gorlickie), zdrowiem i profilaktyką (Miasto Kraków). Z danych BIP-u wynika ponadto, że osobnej komisji uzdrowiskowej od lat nie powołano w Gminie Piwniczna-Zdrój, gdzie poza komisją rewizyjną oraz budżetowo-gospodarczą istnieje jedna, właściwa we wszystkich innych sprawach komisja ogólnospołeczna.

Z analizy można wysnuć wniosek, że komisja uzdrowiskowa – jako organ osobny – sprawdza się głównie w gminach, gdzie działalność uzdrowiskowa wysuwa się jako główny obszarów miejscowej polityki. Komisja w takim kształcie funkcjonuje bowiem w uzdrowiskach większych i częściej odwiedzanych. Można przypuszczać, że włączanie zadań komisji uzdrowiskowej do działań innej komisji o szerszych kompetencjach, choć zapewne odpowiada potrzebom gminy, nie do końca współgra z *ratio legis* przepisu –

²⁹ Zob. BIP Gminy Rabka-Zdrój, <http://bip.malopolska.pl/grabkazdroj/Article/id,240752.html>, 30.01.2016; BIP Miasta i Gminy Szczawnica, <http://bip.malopolska.pl/umigszczawnica/Article/get/id,657733.html>, 30.01.2016; BIP Miasta i Gminy Piwniczna-Zdrój, <http://bip.malopolska.pl/umigpiwnicznazdroj/Article/get/id,846469.html>, 30.01.2016; BIP Miasta i Gminy Uzdrowiskowej w Muszynie, <http://bip.malopolska.pl/umigmuszyna/Article/id,240716.html>, 30.01.2016; BIP Gminy Krynica-Zdrój, <http://bip.malopolska.pl/umkrynicaZdroj/Article/id,240720.html>, 30.01.2016; BIP Miasta i Gminy Kraków, <https://www.bip.krakow.pl>, 30.01.2016; BIP Gminy Uście Gorlickie, <http://bip.malopolska.pl/ugusciegorlickie/Article/id,240602.html>, 30.01.2016; BIP Gminy Sękowa, <http://bip.malopolska.pl/ugsekowa/Article/id,240610.html>, 30.01.2016.

zwłaszcza że wydaje się, iż w działalności takich „zbiorczych” komisji kwestie uzdrowiskowe bywają drugorzędne. Z drugiej strony stosowanie takich rozwiązań jest pośrednim efektem nieprowadzenia przez prawodawcę wystarczających odrębności komisji w postaci przepisów szczególnych wobec postanowień ustawy z 1990 r., a także wspomnianej już nieprecyzyjności art. 47 u.l.u.

5.2 Skład osobowy komisji uzdrowiskowych

Jak już wspomniano, według dominującego poglądu *de lege lata* komisja może składać się jedynie z radnych, inne zaś osoby mogą uczestniczyć w jej posiedzeniach jedynie bez prawa głosu. To rozwiązanie zasadniczo odmienne od tych, z którymi mieliśmy do czynienia w dwudziestoleciu międzywojennym, inne też od tych, jakie były postulowane w projektach legislacyjnych. W ustawie nie określono ani minimalnej liczby członków komisji, ani też nie zawarto katalogu osób, które członkami komisji powinny zostawać z mocy prawa.

Analiza składów komisji pokazuje, że w ich skład wchodzi od pięciu (Gmina Krynica-Zdrój, Gmina Sękowa) do siedmiu osób (Gmina Muszyna, Gmina Rabka-Zdrój, Gmina Uście Gorlickie). Wyjątkiem jest komisja krakowska składająca się z osób dziewięciu, ale można to wytłumaczyć faktem, iż działa ona w dużym mieście, a kwestie uzdrowiskowe są tylko częścią zakresu jej działalności. Jako ciekawostkę warto nadmienić, że w praktyce realizowane jest minimum określone w noweli ustawy z dwudziestolecia międzywojennego, gdzie za konieczne uznano, by komisja składała się z przynajmniej 5 członków.

Braki ustawy występują w zakresie kwestii kompetencji członków komisji. W odróżnieniu od dawnych aktów prawnych czy też postulatów zawartych w projektach nie jest konieczne powoływanie m.in. przedstawicieli środowiska medycznego czy też przedstawicieli szeroko pojętej branży uzdrowiskowej (m.in. balneologów, klimatologów, architektów), w tym także przedsiębiorców (m.in. hotelarzy). Konsekwencje takiego uregulowania są widoczne w praktyce. Przykładowo, komisja uzdrowiskowa Gminy Rabka-Zdrój składa się, jak wynika z oświadczeń majątkowych radnych, z osób wykonujących zawody: urzędnika, rolnika oraz przedsiębiorcy z zakresu usług projektowych, wytwórczych, gastronomicznych, przewozowych i handlowych. Nieco bardziej adekwatny do wysuwanych postulatów odnoszących się do dookreślenia składu komisji wydaje się skład komisji uzdrowiskowej Gminy Krynica Zdrój – na pięciu członków jest tam dwóch lekarzy (nie są to jednak specjaliści medycyny uzdrowiskowej). Jakkolwiek resztę składu stanowią: przedsiębiorca z zakresu branży marketingowej, rencista oraz kierownik w firmie z branży gazowniczej.

Trudno wymagać jednakowoż od komisji uzdrowiskowej, by w warunkach określonych ustawą stanowiła organ specjalistyczny. Z istoty rzeczy w skład rady, wyłanianej w wyborach powszechnych, nie muszą wcale wchodzić osoby, których kompetencje ściśle wiązałyby się z działalnością uzdrowiskową. Przy obecnym stanie prawnym może to być uzupełniane jedynie w formie uczestnictwa w obradach komisji osób bez prawa głosu. Na przykładzie protokołów z posiedzeń komisji Gminy Krynica-Zdrój widać, że takimi osobami często są pracownicy urzędu – przede wszystkim dyrektor Wydziału Inwestycji, Architektury i Nieruchomości, a także, w zakresie kultury, dyrektor Wydziału Strategii i Rozwoju Lokalnego oraz dyrektor Centrum Kultury.

5.3 Przedmiot działalności oraz aktywność komisji uzdrowiskowych

W zakresie zadań i przedmiotu działalności komisji uzdrowiskowych gminom pozostawiono stosunkowo dużo swobody. Duża rola w określeniu tej problematyki przypada statutowi gminy, ustawa zaś ogranicza się jedynie do wymienienia kilku koniecznych zadań o charakterze opiniodawczych, które nie stanowiąc *numerus clausus*, mogą być dowolnie rozszerzane.

Charakterystykę działalności komisji uzdrowiskowych łatwiej aczkolwiek ocenić w oparciu o ich funkcjonowanie w gminach, gdzie stanowią one odrębny organ. Wyróżnić warto komisję uzdrowiskową działającą w Gminie Krynica-Zdrój. Plan pracy komisji na rok 2015 zakładał, poza działalnością wynikającą wprost z ustawy, dodatkowe zaangażowanie w przygotowania kluczowych dla uzdrowiska wydarzeń, tj. Festiwalu im. Jana Kiepury oraz Forum Ekonomicznego czy opiniowanie Programu Niskiej Emisji dla Gminy Krynica-Zdrój. Ponadto w przypadku zamierzeń inwestycyjnych gminy komisja ma planowo nie ograniczać się do wydania opinii, ale ma też za zadanie przedstawić uprzednio własne wnioski. W tym zakresie w kręgu zainteresowań komisji znajdują się przede wszystkim sprawy związane z rewitalizacją uzdrowiska. Jeśli zaś chodzi o częstotliwość spotkań komisji, a więc poziom jej aktywności, to w oparciu o dane z poprzedniej kadencji zbierała się ona kilka razy do roku (np. w roku 2014 – 5 razy, w roku 2013 – 4 razy, w roku 2012 – 7 razy). Komisja nie odbiega pod tym względem od innych; jest to przede wszystkim aktywność zbliżona do tej, jaką podejmuje mająca kompetencje w podobnych zakresach Komisja Kultury, Edukacji, Zdrowia i Turystyki.

Jak wynika z informacji na temat posiedzeń komisji uzdrowiskowych w innych gminach, zwykle skupiają się one na przewidzianej ustawą działalności. Wydaje się, że tak właśnie jest m.in. w Gminie Rabka-Zdrój.

Inna jest specyfika działalności komisji, w których sprawy uzdrowiskowe są tylko jednym z zakresów działań. Trudno tu przeprowadzić ściśle rozgraniczenie, a kwestie z

różnych dziedzin wzajemnie się zazębiają. Niekiedy pomocne okazują się postanowienia statutu – na przykład Statut Miasta i Gminy Uzdrowskiej Muszyna określa, że do zakresu spraw Komisji Działalności Uzdrowskiej, Zdrowia, Ochrony Środowiska i Zasobów Naturalnych należą m.in. sprawy związane z wykorzystaniem walorów leczniczych uzdrowisk, utrzymaniem i eksploatacją urządzeń lecznictwa uzdrowskiego oraz funkcjonowaniem naczelnych lekarzy uzdrowisk³⁰. Komisja ta, jak wynika z aktualnych danych BIP-u, obraduje jedynie wspólnie z innymi komisjami; są to posiedzenia opiniodawcze.

Innym przykładem działalności komisji „wielofunkcyjnej” jest krakowska Komisja Zdrowia, Profilaktyki i Uzdrowska. Z protokołów posiedzeń tego organu wynika, że sprawy związane z funkcjonowaniem Uzdrowska Swoszowice znajdują się raczej na marginesie aktywności komisji, która w swoich działaniach skupia się na innej działalności, związanej z pierwszym członem nazwy.

6. Podsumowanie

Komisje uzdrowskie to organy z długą tradycją, a ich dzisiejszy kształt to efekt długoletnich debat. Analiza aktów prawnych w aspekcie historycznym, z uwzględnieniem projektów ustawodawczych, pozwala dostrzec, jakie przykłady uznano za warte powielenia, a które rozwiązania odrzucono. Jednocześnie bogata geneza komisji stanowi źródło postulatów w zakresie kierunków zmian dotyczących uregulowań zawartych w art. 47 ustawy. Propozycje w tym zakresie nie milkną, a dowodem na to są chociażby uwagi Zarządu SGU RP podnoszone w tym zakresie³¹. Również analiza rzeczywistego funkcjonowania komisji uzdrowskich pokazuje, że przyjęte w 2005 r. rozwiązania nie do końca się sprawdzają. Choć gminom pozostawiono pole do własnego określenia przedmiotu działań organu, rzadko to komisje pełnią rolę pierwszorzędą w rozwoju uzdrowisk. Co więcej, łączenie zakresu ich działalności z innymi kategoriami spraw, niekoniecznie bezpośrednio związanymi z uzdrowiskiem, powoduje „rozmywanie się” kwestii uzdrowskich wśród wielu nieraz pilniejszych dla lokalnej społeczności problemów. W oczy rzuca się także brak powoływania do komisji osób o najlepszych do wykonywania jej funkcji kompetencjach. Specjalistyczne uchwały doniosłe dla

³⁰ Uchwała Nr IV.49.2015 Rady Miasta i Gminy Uzdrowskiej Muszyna z dnia 27 lutego 2015 r. w sprawie uchwalenia Statutu Miasta i Gminy Uzdrowskiej Muszyna, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego poz. 1198.

³¹ J. Golba, *Uwagi Zarządu SGU RP do projektu zmian ustawy z dnia 28.07.2005r. o lecznictwie uzdrowskim, uzdrowskach i obszarach ochrony uzdrowskiej oraz o gminach uzdrowskich*, „Jedziemy do wód w...” 1/2009, s. 33.

funkcjonowania środowiska są opiniowane nie przez ekspertów, a przez radnych, którzy zawodowo często zajmują się rzeczami niezwiązanymi z profilem swojej samorządowej działalności.

Wszystkie wątpliwe kwestie rodzą pewne wnioski do rozważenia *de lege ferenda*. Za najbardziej pożądaną zmianę uważa się tę dotyczącą składu osobowego komisji. Postuluje się tutaj, wzorem rozwiązań słowackich, by w jej skład wchodził przedstawiciele balneologów, klimatologów, hydrogeologów, balneotechników, architektów i urbanistów planowania przestrzennego³². Warto jednak sięgnąć i do rozwiązań przeszłych a rodzimych. Ciekawa była bowiem międzywojenna koncepcja komisji jako organu składającego się zarówno z reprezentujących interesy wspólnoty lokalnej samorządowców, jak i osób bezpośrednio zaangażowanych w działalność uzdrowiskową, tj. lekarzy, przedsiębiorców odpowiednich branż itp. Jako że kwestia funkcjonowania uzdrowisk jest szersza niż tylko typowy dla zadań własnych gminy cel, jakim jest zaspokajanie potrzeb lokalnej społeczności, warto byłoby też rozważyć wprowadzenie do składu komisji osób z wyższych jednostek samorządu terytorialnego bądź też przedstawicieli administracji rządowej. Osoby takie mogłyby być członkami na prawach, jakie przysługują niemającym prawa głosu uczestnikom obrad, ale ich obecność byłaby obligatoryjna. Można by też rozważyć, za przykładem Miasta i Gminy Uzdrowskiej Supraśl na Podlasiu, powołanie w urzędzie osobnego stanowiska, tj. głównego specjalisty ds. uzdrowiska, który również uczestniczyłby w posiedzeniach komisji. Ponadto za pewien wzorzec mogłyby służyć reguły kształtowania składu osobowego wspomnianych już komisji urbanistyczno-architektonicznych, które podobnie jak komisje uzdrowskie mają status organów doradczych. Według art. 8 ust. 6 u.p.z.p. składają się one „z osób o wykształceniu i przygotowaniu fachowym”. Jak czytamy w §5 Regulaminu Gminnej Komisji Urbanistyczno-Architektonicznej w Muszynie: dla co najmniej połowy składu należy uzyskać rekomendację właściwych branżowych stowarzyszeń bądź samorządów zawodowych³³.

Obecny status komisji uzdrowskich, jako organów opiniodawczo-doradczych rad gmin, nie do końca zdaje się odpowiadać problemowi, jaki podnoszony był jeszcze w toku obrad nad obowiązującą ustawą – czy uzdrowiska to problem gminny, czy może narodowy. Warto byłoby więc rozważyć oddzielenie sfery działalności komisji uzdrowskiej – jako organu zajmującego się na terenie gminy zaspokajaniem przede wszystkim potrzeb kuracjuszy oraz utrzymaniem dla dobra wspólnego walorów uzdrowskich w danej

³² *Ibidem*.

³³ Załącznik nr 1 do Zarządzenia Nr 69/04 Burmistrza Miasta i Gminy Muszyna z 29 listopada 2004 r. - regulamin Gminnej Komisji Urbanistyczno-Architektonicznej w Muszynie, <http://bip.malopolska.pl/pobierz/757919.html>, 08.06.2016.

miejsowości – od sfer działalności innych komisji, do kompetencji których należałoby głównie dbanie o społeczność lokalną. Wówczas możliwe byłoby także zwiększenie kompetencji komisji, które wychodziłyby poza zadania jedynie opiniodawcze. W tym kierunku zdają się zresztą dążyć także postulaty SGU RP sprzed kilku lat³⁴, gdzie proponuje się powołanie w jednostkach pomocniczych gminy będących uzdrowiskami komisji uzdrowiskowych pełniących funkcję wykonawcze. Można by też rozważyć nadanie komisji kompetencji w postaci zatwierdzania czy wyrażania zgody na uchwalenie dokumentów związanych z działalnością uzdrowiska zamiast – jak jest to obecnie – wyrażania na ich temat niewiążących opinii. Byłoby to uzasadnione zwłaszcza wtedy, gdy w skład komisji wchodziłoby specjaliści.

Jak widać, pomysłów na ukształtowanie instytucji komisji uzdrowiskowej jest wiele, a dostarczają nam ich zarówno obserwacja praktyki ich funkcjonowania, jak również przykłady z minionych lat oraz rozwiązania w innych krajach. Warto się nad nimi pochylić, tym bardziej że obecnie komisje uzdrowiskowe nie są organami funkcjonującymi bez zarzutu.

* * *

The health resort committees as consultative and advisory body of local councils. The genesis, a current role and working in practice

Summary: The health resort committees have long tradition. Their prototypes were existing in XIX century, but in polish legislation they were mentioned for the first time in interwar period. Their status has been changing over the years, apparently to their relation with local government. During some legislative works, that were carried out after 1989 over new law related to health resorts, varied ideas on this theme appeared. De lege lata, health resort committees are consultative and advisory body of local councils. However, contrary to previous law, present act doesn't specify aspects of their name or make-up and the legal catalogue of their competences is not a total catalogue. Taking this fact into consideration, only practical examples may give some detailed information about health resort committees and their working.

Key words: community, health resort committee, health resort

³⁴ J. Golba, *Uwagi...*, „Jedziemy do wód w...” 1/2009, s. 33.

Bartłomiej Solarz*

Problematyka nieruchomości zamiennej w dekreście o własności i użytkowaniu gruntów na terenie m.st. Warszawy

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki związanej z otrzymaniem nieruchomości zamiennej jako rekompensaty za odmowę ustanowienia prawa użytkowania wieczystego byłemu właścicielowi gruntu przejętego na podstawie dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy. Lakoniczne przepisy dekretu budzą wątpliwości w zakresie ich mocy obowiązującej oraz stanów faktycznych, które obejmują. Nie jest jasne, czy organy administracji mają obowiązek oferowania nieruchomości zamiennej w wypadku odmowy ustanowienia prawa użytkowania wieczystego i jakie ma to znaczenie w późniejszych procesach odszkodowawczych. Sytuacja nie zmieniła się po uchwaleniu nowelizacji ustawy o gospodarce nieruchomości, która ponadto nie weszła w życie z uwagi na skierowanie jej do Trybunału Konstytucyjnego przez Prezydenta RP.

Słowa kluczowe: dekret warszawski, reprivatyzacja, nieruchomość zamienna

1. WSTĘP

Zgodnie z dekretem z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (dalej: dekret, dekret warszawski)¹ wszystkie grunty na terenie Warszawy stały się własnością m.st. Warszawy. Od tej reguły nie przewidziano żadnych wyjątków. Dekret nie regulował szczegółowo ewentualnych zasad wypłaty odszkodowania dla byłych właścicieli gruntów. Jednakże zgodnie z art. 7 ust. 1 dekretu dotychczasowi właściciele gruntu byli upoważnieni do złożenia wniosku o przyznanie prawa wieczystej

* Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz aplikantem adwokackim w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

¹ Dz. U. nr 50, poz. 279.

dzierżawy (po późniejszych zmianach – użytkowania wieczystego), a zgodnie z ust. 2 tego przepisu w pewnych sytuacjach gmina mogła uwzględnić wniosek. Brak przychylenia się do żądania wnioskodawcy powodował, że gmina miała *verba legis* zaofiarować prawo wieczystej dzierżawy albo prawo zabudowy innego gruntu o równej wartości użytkowej (tzw. nieruchomości zamiennnej). Dalsze artykuły dekretu przewidywały możliwość wypłaty odszkodowań, ale wobec braku wydania do nich przepisów wykonawczych nie były i nie są one stosowane w praktyce. Pojawia się więc pytanie, czy art. 7 ust. 4 dekretu stanowił realną podstawę do uzyskania odszkodowania za przejęte przez miasto grunty. Problem pozostaje aktualny z uwagi na stosunkowo częste przypadki stwierdzania nieważności decyzji odmawiających uwzględnienia wniosku wskazanego w art. 7 ust. 2 dekretu. Kolejna decyzja odmawiająca przyznania prawa użytkowania wieczystego otwiera drogę do stosowania art. 7 ust. 4 dekretu.

Wskazać należy, że w doktrynie nieruchomość zamienna jest definiowana jako niepieniężna forma wyrównania szkody². Stanowi ona alternatywę dla odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości³ i jest zbliżona do restytucji naturalnej, czyli podstawowego sposobu naprawienia szkody. Dzięki niej świadczenie odszkodowawcze spełniane jest w naturze.

2. WĄTPLIWOŚCI CO DO MOCY OBOWIĄZUJĄCEJ PRZEPISU O NIERUCHOMOŚCI ZAMIENNEJ

W sprawach nieruchomości zamiennych, związanych z dekretem warszawskim, poglądy nie są jednolite zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Na tle zbliżonych stanów faktycznych zapadają różne rozstrzygnięcia. Najistotniejsze jest to, że gmina – Miasto Stołeczne Warszawa konsekwentnie nie oferuje, wbrew dyspozycji art. 7 ust. 4 dekretu, nieruchomości zamiennnej po stwierdzeniu nieważności decyzji dekretowej oraz ponownemu negatywnemu rozpatrzeniu wniosku dekretowego (art. 7 ust. 1 dekretu). W tę stronę zmierza ponadto orzecznictwo sądów administracyjnych, które przyjmuje, że wskazywany przepis dekretu utracił całkowicie swoją moc obowiązującą. Takie stwierdzenie pojawia się m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 1 lipca 2010 r., sygn. akt I SA/Wa 731/10⁴. Stwierdzono w nim m.in., że artykuł ten nie może stanowić źródła jakichkolwiek roszczeń. Uznano, że możliwość jego stosowania wygasła na podstawie art. 82

² E. Mzyk, [w:] G. Bieniek (red.), S. Kalus, Z. Marmaj, E. Mzyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 596.

³ Na tle wywłaszczenia w ustawie o gospodarce nieruchomościami: T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2011, s. 319.

⁴ Niepubl., LEX nr 673626.

ust. 1 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości⁵ (dalej: u.g.g.w.n.). W wyroku podkreślono również, że nie ma znaczenia fakt, że u.g.g.w.n. została już uchylona i nie obowiązuje, wskazując jednocześnie, że przecież żaden przepis nie cofnął skutków wywołanych przez art. 82 u.g.g.w.n. Podobna teza została sformułowana w wyroku warszawskiego WSA z 13 czerwca 2005 r., sygn. akt I SA/Wa 354/04⁶. Sąd ten stwierdził, że 1 sierpnia 1985 r., czyli z dniem wejścia w życie u.g.g.w.n., wygasły prawa do odszkodowania, tak więc nie jest tym samym możliwe przyznanie nieruchomości zamiennej. Prowadzi to do konieczności umorzenia postępowania w sprawie o przyznanie nieruchomości zamiennej. Co interesujące, takie rozstrzygnięcie zapadło na tle stanu faktycznego, w którym nieważność decyzji dekretowej stwierdzano w 2003 r. – czyli sąd przyjął, że na mocy ustawy z 1985 r. wygasły prawa, które powstały dopiero w 2003 r., w czasie ponownego rozpatrywania wniosku dekretowego. Podobną tezę, odmawiającą art. 7 ust. 4 dekretu mocy obowiązującej, można znaleźć w doktrynie. Takie stanowisko zajęli m.in. Z. Truskiewicz⁷, S. Rudnicki⁸ i J. Forystek⁹, przy czym ten ostatni, w dalszej części swojego opracowania, przyznaje rację Sądowi Najwyższemu¹⁰. Kategoryczny osąd w tym zakresie wydał M. Gdesz, stwierdzając, że art. 7 ust. 4 dekretu nie może stanowić obecnie źródła jakichkolwiek roszczeń¹¹. Natomiast Z. Strus¹² i A. Hetko¹³ uważają, że przepisy nadal znajdują zastosowanie, jeżeli zostanie stwierdzona nieważność decyzji dekretowej.

To ostatnie stanowisko podziela Sąd Najwyższy. Dostrzega on brak możliwości uznania, że art. 82 u.g.g.w.n. dotyczył również praw nieistniejących w momencie wejścia

⁵ Dz. U. z 1991 r. nr 30, poz. 127 ze zm.

⁶ Niepubl., LEX nr 806996.

⁷ E. Drozd, Z. Truskiewicz, *Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości. Komentarz*, Kraków 1995, s. 321.

⁸ S. Rudnicki, *Nieruchomości warszawskie*, [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2013, s. 371.

⁹ J. Forystek, *Problematyka nieruchomości zamiennych w dekrete o gruntach warszawskich*, „Rejent” 2010, nr 12, s. 37.

¹⁰ *Ibidem*, s. 42.

¹¹ M. Gdesz, *Rewindykacja gruntów warszawskich. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2012, s. 52.

¹² Z. Strus, *Grunty warszawskie*, „Przeгляд Sądowy” 2007, nr 10, s. 17.

¹³ A. Hetko, *Dekret warszawski. Wybrane aspekty systemowe*, Warszawa 2012, s. 142.

w życie tego przepisu. W ten sposób orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 15 października 2008, sygn. akt I CSK 235/08¹⁴. Wskazuje on, że skarżący, których wnioski dekretowe nie był jeszcze w dniu wejścia w życie u.g.g.w.n., nie posiadali „praw do odszkodowania przewidzianych w art. 7 ust. 4”, a więc nie mogli ich utracić. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 23 września 2009r., sygn. akt I CSK 96/09¹⁵, stwierdzając, że dochodzenie roszczeń odszkodowawczych jest możliwe tylko wtedy, gdy po ponownym rozpatrzeniu wniosku dekretowego gmina nie przyzna nieruchomości zamiennej. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 26 sierpnia 2009 r., sygn. akt I CSK 26/09¹⁶. W tym miejscu należy też odnotować odosobnione, wobec przytoczonych wcześniej, stanowisko WSA w Warszawie, zawarte w wyroku z 4 lipca 2006r., sygn. akt I SA/Wa 858/06¹⁷, gdzie sąd wprost oznajmia, że w razie stwierdzenia nieważności decyzji dekretowej znów aktualne stają się roszczenia przewidziane w dekrecie warszawskim, a wobec tego i możliwość uzyskania nieruchomości zamiennej.

Nie sposób pozostawić bez komentarza sformułowania, jakiego użył ustawodawca w art. 82 ust. 1 ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości: „wygasają prawa do odszkodowania (...)”. Użycie tych, a nie innych wyrazów nadaje temu przepisowi sens inny, niż byłby zawarty w klasycznym przepisie derogacyjnym. Trudno przyznać rację tym wszystkim orzeczeniom sądów, w których padają określenia, że art. 7 ust. 4 dekretu jest pozbawiony mocy normatywnej albo że nie obowiązuje. Jedną z podstawowych reguł wykładni jest zasada przyjmowania, że ustawodawca działa racjonalnie, a więc m.in. nie używa różnych określeń i pojęć w celu opisanie takiego samego zjawiska. W tym przypadku dyrektywę tę rozumieć należy w ten sposób, że wolą ustawodawcy nie było uchylenie przepisu dekretu (w przeciwnym razie posłużyłby się on np. sformułowaniem „Traci moc art. 7 ust. 4”). Wygasnąć mogą tylko te prawa, roszczenia czy uprawnienia, które w ogóle powstały. Tak więc przepis art. 82 u.g.g.w.n. może dotyczyć tylko tych roszczeń, które w momencie wejścia w życie u.g.g.w.n. już istniały. Od 1 sierpnia 1985 r. nie jest możliwe stosowanie art. 7 ust. 4 dekretu wobec wnioskujących o przyznanie użytkownika wieczystego na gruncie, którego są byłymi właścicielami, o ile wnioski złożyli i otrzymali decyzję odmowną przed wejściem w życie ustawy (a decyzja nie została w żaden sposób wyeliminowana z obrotu prawnego). Ta grupa byłych właścicieli nieruchomości warszawskich nie może już liczyć na zaoferowanie przez gminę nieruchomości zamiennej,

¹⁴ Niepubl., LEX nr 548744.

¹⁵ Niepubl., LEX nr 584193.

¹⁶ Niepubl., LEX nr 527139.

¹⁷ Niepubl., LEX nr 258349.

przynajmniej na podstawie przepisów dekretu warszawskiego. Uprawnienia dla nich przewidziała u.g.g.w.n. i akt prawny, który ją zastąpił, czyli: Ustawa o gospodarce nieruchomościami¹⁸ (dalej: u.g.n.).

Takich skutków nie można jednak odnosić w stosunku do tych z byłych właścicieli, którzy uzyskali decyzję stwierdzającą nieważność odmownego rozstrzygnięcia wniosku dekretowego. Ich wniosek o przyznanie użytkowania wieczystego i własności budynku nie został jeszcze w ogóle rozpatrzony, skoro stwierdzono nieważność rozstrzygnięcia w tym przedmiocie. Doszło więc do upadku domniemania zgodności z prawem ostatecznej decyzji administracyjnej. Nadal aktualna pozostaje ich wiązka uprawnień – w szczególności do pozytywnego załatwienia wniosku dekretowego, jeżeli korzystanie z gruntu przez dawnego właściciela da się pogodzić z planem zagospodarowania przestrzennego (przesłanka wymieniona w art. 7 ust. 2 dekretu). W wypadku kolejnej negatywnej decyzji mają oni prawo oczekiwać przyznania im przez gminę Warszawa nieruchomości zamiennej. W razie odmowy przyznania takiej nieruchomości mają prawo żądać odszkodowania na zasadzie art. 160 Kodeksu postępowania administracyjnego¹⁹ (dalej: k.p.a.) lub art. 417 i następnego Kodeksu cywilnego²⁰ (dalej: k.c.). Kwestia podstawy odpowiedzialności jest odrębnym, rozbudowanym zagadnieniem, które z tego powodu nie zostanie tutaj szerzej omówione. Trzeba jedynie odnotować, że wątpliwości związane z dalszym stosowaniem art. 160 k.p.a. po jego uchyleniu zostały szeroko omówione w wyroku pełnego składu Sądu Najwyższego, sygn. III CZP 112/10²¹.

W odniesieniu do zagadnienia mocy obowiązującej tego przepisu w literaturze i orzecznictwie rozważano ponadto problem, czy art. 7 ust. 4 dekretu nie utracił swojej mocy obowiązującej przez *desuetudo*. Doktryna wypowiada się niechętnie co do tej możliwości²². Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że uznanie utraty mocy obowiązującej przepisów przez fakt ich niestosowania może mieć miejsce jedynie w absolutnie wyjątkowych przypadkach. Taka sytuacja nie dotyczy, jak się wydaje, art. 7 ust. 4 dekretu. Przepis ten nie został szczególnie „zapomniany”, tym bardziej że w 1985 r. do przepisu odniósł się sam ustawodawca. Nie skorzystał z nadarzającej się okazji do uchylenia go, stwierdzając wyłącznie wygaśnięcie praw do odszkodowania. Nawet jeżeli uznać, że do

¹⁸ Tekst jednolity, Dz. U. z 2015 r., poz. 1774.

¹⁹ Tekst jednolity, Dz. U. z 2016 r., poz. 23.

²⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 380 ze zm.

²¹ Biul. SN 2011 nr 3, poz. 12.

²² Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 50.

roku 1985 r. przepis ten wyszedł z użycia, to odniesienie się do niego przez ustawodawcę wyklucza przyjęcie, że utracił on moc obowiązującą przez *desuetudo*. Na skutek uchwalenia ustawy o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości przepis nie jest stosowany w wyżej wspomnianym zakresie – to jest w stosunku do tych wniosków, które zostały rozpatrzone przed wejściem w życie u.g.g.w.n. Choćby z tego względu, że ustawodawca samodzielnie zmienił moc jego obowiązywania, nie można uznawać, że częściowo przepis został wyraźnie uchylony, a częściowo utracił moc przez *desuetudo*. Nie jest także zasadny powoływany niekiedy argument przemawiający za rzekomą utratą mocy, głoszący, że organy w praktyce nie stosują tego przepisu²³. Praktyka organów polegająca na niewłaściwym stosowaniu prawa nie powinna zmieniać mocy obowiązującej przepisów prawnych. W tym zakresie kontrola należy do sądów administracyjnych, które jednak zwykle uznają, że „utrata praw do odszkodowania” jest równoznaczna z utratą mocy całego przepisu²⁴. Należałoby też się zastanowić, czy organy administracji i sądy są uprawnione do samodzielnego stwierdzenia utraty mocy obowiązującej danego przepisu i odmowy jego stosowania²⁵.

3. CHARAKTER UPRAWNIENIA DO OTRZYMANIA NIERUCHOMOŚCI ZAMIENNEJ

Sporny jest również charakter uprawnień wynikających z art. 7 ust. 4 dekretu. Użycie wyrazu „zaofiaruje” może być traktowane jako oferta w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Takie założenie niesie za sobą określone konsekwencje. Ze strony oblata nie ma oczywiście obowiązku przyjęcia oferty. Przyjęcie przeciwnego założenia, tj. obowiązku przyjęcia oferty, byłoby po pierwsze sprzeczne z cywilnoprawną zasadą swobody umów, a po drugie byłoby niespójne z art. 363 k.c., przewidującym, że to poszkodowany ma prawo wyboru formy odszkodowania. W sytuacji nieprzyjęcia oferty możliwe jest dochodzenie roszczeń odszkodowawczych na drodze wyżej wskazanych przepisów. Celem przepisu art. 7 ust. 4 dekretu było zapewnienie możliwości uzyskania odszkodowania w naturze (choć nie w postaci restytucji naturalnej) za utraconą własność budynku lub możliwość władania gruntem jako użytkownik wieczysty. Z tych względów można przyjąć, że nie jest

²³ J. Forystek, *Problematyka...*, s. 42.

²⁴ Tak np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2010 r., sygn. akt I SA/Wa 2167/09, niepubl, LEX nr 604816. Od tego wyroku wniesiono skargę kasacyjną, która została oddalona wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5 lipca 2011 r., sygn. akt I OSK 1266/10, niepubl, LEX nr 1082608.

²⁵ Więcej odnośnie do *desuetudo* zob. A. Brzozowski, J. M. Kondek, *Stosowanie reguły walidacyjnej oraz zasady desuetudo na przykładzie spraw dotyczących obszaru ograniczonego użytkowania*, „Przełęcz Prawa Handlowego” 2015, nr 8, s. 13-19.

wykluczone domaganie się odszkodowania pieniężnego mimo otrzymania oferty²⁶. Jeżeli stwierdzono nieważność decyzji administracyjnej, to podstawą do żądania odszkodowania od Skarbu Państwa jest jego odpowiedzialność za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej, a nie *sensu stricto* roszczenie o zapłatę odszkodowania w związku z odjęciem własności. Trudno traktować możliwość przyznania nieruchomości zamiennej jako element odpowiedzialności za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej.

O ile więc oblat nie jest zobligowany do przyjęcia oferty, o tyle aktualny pozostaje problem kategorii zachowania gminy lub Skarbu Państwa wyrażonej w słowie „zaofiaruje”. Uznać należy, że gmina ma obowiązek zaoferowania gruntu. Obowiązek taki trzeba określić z punktu widzenia prawa administracyjnego jako kompetencję. Jest ona określana jako możliwość (uprawnienie) i jednocześnie obowiązek skorzystania z określonej formy działania²⁷. Wynika z tego, że jeśli tylko gmina ma w swoim zapasie grunty, które może oddać w użytkowanie wieczyste, to ma ona obowiązek zaoferowania takiego gruntu wnioskodawcy²⁸. Ze względu na użycie wyrazu „zaofiaruje” wykluczona jest tutaj uznaniowość ze strony gminy. Nie mieści się to w granicach swobodnego uznania, które zdaje się być już wyeliminowane z naszego systemu prawnego²⁹, ani uznania administracyjnego – cechą charakterystyczną tego ostatniego jest np. zastosowanie sformułowania „organ może”. Można również rozważać, czy nie jest to publiczne prawo podmiotowe. Jak stwierdza J. Zimmermann³⁰, to ostatecznie daje obywatelowi pewność pożądanej reakcji państwa. Należy jednak zauważyć, że w omawianej sytuacji pewności takiej brak – uzyskanie nieruchomości jest uzależnione od „posiadania zapasu gruntów”³¹, co mimo wszystko pozostaje kwestią ocenną.

Trzeba również podkreślić, że zaoferowanie lub brak zaoferowania nieruchomości zamiennej ma wpływ na dalsze kroki byłych właścicieli zmierzające do uzyskania zwrotu nieruchomości lub odszkodowania za nie. Przyznanie nieruchomości zamiennej jest formą naprawienia szkody. Brak przyznania oznacza, że szkoda nie została w żadnym stopniu naprawiona. Dopiero wtedy aktualizuje się odpowiedzialność władzy publicznej za

²⁶ M. Kaliński, Glosa do wyroku I CSK 25/10, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 121.

²⁷ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 100.

²⁸ Tak również A. Hetko, *Dekret warszawski...*, s. 304, który przyjmuje w związku z tym istnienie roszczenia po stronie uprawnionego.

²⁹ *Ibidem*, s. 312.

³⁰ *Ibidem*, s. 275.

³¹ M. Kaliński, *Glosa...*, s. 121.

działanie niezgodne z prawem, z uwagi na brak przepisów umożliwiających domaganie się odszkodowania za samo wywłaszczenie. Najpierw należy więc zakończyć postępowanie administracyjne, łącznie z rozważeniem przez organ możliwości przyznania nieruchomości zamiennej, a dopiero po przejściu całej procedury (która kończy się najczęściej negatywnie) możliwe jest uzyskanie ewentualnego odszkodowania w tym zakresie, w jakim wniosek nie został rozpatrzony pozytywnie. Jakkolwiek problem ten nie ma istotnego znaczenia praktycznego, gdyż nie odnotowano przypadków przyznania nieruchomości zamiennej³².

Przyznanie nieruchomości zamiennej powinno odbyć się zgodnie z wytycznymi dotyczącymi ogólnego postępowania administracyjnego określonymi w Kodeksie postępowania administracyjnego. Jest to kolejne postępowanie administracyjne, które powinno być wszczęte z urzędu z chwilą odmowy przyznania użytkowania wieczystego gruntu warszawskiego. Na rozpatrzenie tej w pewnym sensie „dodatkowej” sprawy administracyjnej organ ma miesiąc (zgodnie z art. 35 § 3 k.p.a.); w tym czasie powinien wydać decyzję o przyznaniu nieruchomości zamiennej lub odmowie. W razie bezczynności organu można wnieść skargę na bezczynność.

Za odrębne od postępowania głównego postępowanie odszkodowawcze w przedmiocie przyznania nieruchomości zamiennej uznał warszawski WSA w wyroku I SA/Wa 2167/09³³. Część autorów³⁴ uznaje, że jest to druga faza tego samego postępowania administracyjnego. W gruncie rzeczy różnica między sposobami ujęcia rozstrzygnięcia o nieruchomości zamiennej sprowadza się do środków w postępowaniu administracyjnym, jakie strona może wykorzystać w przypadku braku rozstrzygnięcia. Przyjmując pogląd J. Forystka, stronie przysługiwałby wniosek o uzupełnienie decyzji. Pogląd taki jest racjonalny ze względu na mniejszy formalizm i możliwość załatwienia sprawy w krótszym czasie. Ta druga faza to niejako element wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, wskazywanych w art. 7 i 77 k.p.a. Takie stanowisko zaprezentował m.in. wojewódzki sąd administracyjny w Warszawie w wyroku I SA/Wa 574/08³⁵ – wyrok ten został uchylony później przez NSA³⁶ z powodu uznania przez sąd, że art. 7 ust. 4 nie ma już mocy obowiązującej, a uprawnienia w nim przewidziane nie „odżyły” po uchwaleniu ustawy o gospodarce nieruchomościami.

³² J. Forystek, *Problematyka...*, s. 35.

³³ Niepubl., LEX nr 604816.

³⁴ J. Forystek, *Problematyka...*, s. 47.

³⁵ Niepubl., LEX nr 522182.

³⁶ Wyrok NSA z 27.11.2009 r. o sygnaturze I OSK 236/09, niepubl., LEX nr 586358.

W wypadku odmowy przyznania nieruchomości zamiennej aktualny staje się obowiązek wypłaty odszkodowania. Ze względu na brak przepisów wykonawczych do dekretu w zakresie możliwości jego uzyskania właściwe będzie tutaj odszkodowanie przewidziane w art. 160 k.p.a., skoro inne możliwości uzyskania odszkodowania w naturze okazały się niemożliwe do realizacji³⁷. W razie odmowy wypłaty odszkodowania możliwe jest wytoczenie powództwa przed sąd cywilny.

Niezależnie od tego w niektórych orzeczeniach rozważa się, czy jeżeli w przedmiocie przyznania nieruchomości zamiennej nie zachodzi rozstrzygnięcie, to postępowanie cywilne (odszkodowawcze) powinno być zawieszane do czasu wydania ostatecznej decyzji³⁸. Stwierdzić należy, że art. 177 § 1 pkt 3 k.p.c., który umożliwia sądowi zawieszenie postępowania, znajduje w sprawach dekretowych zastosowanie, ponieważ jeżeli nie ma jeszcze żadnej decyzji (ani pozytywnej, ani negatywnej) w przedmiocie przyznania nieruchomości zamiennej, to nie jest jeszcze pewne, czy odszkodowanie pieniężne będzie przysługiwało wnioskodawcy. Dlatego słuszne jest zawieszenie postępowania do czasu wydania decyzji, a dopiero w wypadku decyzji odmownej – dalsza weryfikacja przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Takie twierdzenia zostały również wyrażone w judykaturze – przykładowo, w wyroku Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2010 r., sygn. I CSK 251/09 podkreślono, że w postępowaniu sądowym nie jest możliwa antycypacja rozstrzygnięć organów administracyjnych³⁹.

Przy takim ujęciu sprawy należy ocenić, na kim spoczywa obowiązek wykazania, że nieruchomość zamienna nie została przyznana. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na osobie wywodzącej z danego faktu skutki prawne. Obowiązek wykazania przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. wykazania szkody, zdarzenia powodującego szkodę i związku przyczynowego między nimi, spoczywa w procesie cywilnym w sposób oczywisty na tym, kto odszkodowania żąda. Jak wcześniej opisano, przepisy dekretu ukształtowane zostały w taki sposób, że możliwe jest zaspokojenie roszczenia odszkodowawczego przez przyznanie nieruchomości zamiennej. Tak więc domaganie się odszkodowania przed sądem cywilnym może okazać się skuteczne tylko i wyłącznie wtedy, gdy powód nie otrzymał wcześniej nieruchomości zamiennej. Wobec tego to właśnie na nim stoi obowiązek (poprzez przedstawienie stosownej decyzji administracyjnej) wykazania, że takiej nieruchomości nie otrzymał; gdyby nieruchomość otrzymał, niwelowałoby to szkodę albo miało wpływ na jej wysokość. Fakt, że nie

³⁷ Zgodnie z wyrokiem pełnego składu SN, sygn. III CZP 112/10, Biul. SN 2011 nr 3, poz. 12.

³⁸ Zob. przyp. 12 i 13.

³⁹ Niepubl., LEX nr 570119.

przedstawiono decyzji związanej z nieruchomością zamiennej powoduje, że nie jest wykazana jedna z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej – tj. związek przyczynowy między zdarzeniem a powstałą szkodą nie zachodzi, bo przecież w przypadku, gdy wniosek jest załatwiany odmownie, powstaje szkoda. Jeżeli w łańcuchu przyczynowym znajdzie się przyznanie nieruchomości zamiennej, to niweczy ono ten związek, wszak szkoda w ogóle nie powstaje; natomiast jeżeli w łańcuchu znajdzie się decyzja o odmowie przyznania nieruchomości (a właściwie brak oferty), dopiero wówczas spełnione zostaną wszystkie trzy przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej.

Należy wszelako podkreślić, że wobec faktu braku oferowania nieruchomości zamiennych regulacja ta praktycznie jedynie utrudnia i przedłuża i tak długotrwałe postępowania. Jest ona również kolejnym problemem w zakresie wykładni prawa, z którym muszą się liczyć osoby starające się o odzyskanie przejętego niegdyś majątku. Stąd też ustawodawca powinien uchylić ten przepis i tym samym zakończyć – niepotrzebne w gruncie rzeczy – spory z zakresu wykładni prawa.

4. ZNACZENIE TZW. MAŁEJ USTAWY REPRYWATYZACYJNEJ. PODSUMOWANIE

Pewne nadzieje na rozwiązanie problemów interpretacyjnych związanych z przepisami dekretu warszawskiego, w tym również z przepisem dotyczącym przyznania nieruchomości zamiennej, wiązać można było z uchwaleniem przez Sejm tzw. małej ustawy reprivatyzacyjnej (Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy). Ustawa ta została skierowana przez Prezydenta do Trybunału Konstytucyjnego w trybie tzw. kontroli prewencyjnej. Do końca maja 2016 r. Trybunał nie wydał orzeczenia w tej sprawie, tak więc status tej ustawy nie jest jasny i nie wiadomo, czy wejdzie ona w życie.

Należy niemniej zwrócić uwagę na pewne rozwiązania zawarte w tej ustawie. Skromna objętość legislacyjna owej ustawy w pełni upoważnia do nazywania jej „małą” ustawą reprivatyzacyjną. Jakkolwiek rozwiązania w niej zawarte, choć wcale nie regulują kompleksowo zagadnień związanych z dekretem warszawskim, mogą mieć – o ile ustawa wejdzie w życie – poważny wpływ na sytuacje gruntów warszawskich. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę, że ustawa odnosi się do dekretu warszawskiego, uznając jego dalsze obowiązywanie. Co istotne, ustawa nawet w pewnym zakresie rozszerza możliwości skorzystania z dekretu, ustanawiając dodatkowe przesłanki odmowy ustanowienia prawa użytkownika wieczystego na podstawie art. 7 ust. 2 dekretu. Nie czyni tego jednak przez zmianę przepisów dekretowych, a jedynie poprzez umieszczenie owych dodatkowych przesłanek w ustawie o gospodarce nieruchomościami.

Umieszczenie dodatkowych, pozadekretowych przesłanek, które uniemożliwiają odzyskanie dawnego majątku przez byłych właścicieli, z pewnością nie polepsza ich sytuacji prawnej. Nie taki jednak był cel ustawodawcy. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu, założeniem było ograniczenie możliwości zwrotu (ustanawiania prawa użytkownika wieczystego na rzecz byłych właścicieli) nieruchomości, które użytkowane są na cele społeczne (s. 2 uzasadnienia projektu⁴⁰). Prawdopodobnie więc z tego powodu w żaden sposób nie odniesiono się do zagadnienia dalszego obowiązywania przepisu art. 7 ust. 4 dekretu, jego charakteru prawnego i znaczenia w zakresie możliwości domagania się odszkodowania. Wszystkie powyższe rozważania pozostają aktualne. Uchwalona przez Sejm nowelizacja nie zmienia w jakimkolwiek zakresie wątpliwości prawnych związanych z przewidzianym przez dekret uprawnieniem do otrzymania nieruchomości zamiennej. Nie taki był jednak cel uchwalenia ustawy, której wejście w życie i tak stoi przed znakiem zapytania. Toteż zagadnienia związane z reprivatyzacją nadal nie doczekały się kompleksowej regulacji, a byli właściciele tzw. gruntów warszawskich muszą się liczyć z trudnościami w odzyskiwaniu swoich nieruchomości lub uzyskaniu odszkodowania za nie. Różne składy sądów będą więc wciąż wydawać różne rozstrzygnięcia, a to z uwagi na brak jednolitej interpretacji przepisów dekretowych.

Akt prawny regulujący wyżej wspomniane sprawy mógłby składać się zaledwie z kilku artykułów, ale jego znaczenie byłoby bardzo istotne zarówno dla organów administracyjnych i sądownictwa, jak i dla byłych właścicieli gruntów warszawskich. Z jednej strony mógłby on przyczynić się do zmniejszenia kosztów związanych z dochodzeniem praw, a z drugiej doprowadzić do sytuacji, w której zwiększyłaby się liczba zobowiązań, które Skarb Państwa miałby wykonywać na skutek zwiększonej liczby wyroków sądowych. Należy zwrócić uwagę, że rozsądna regulacja wcale nie musiałaby doprowadzić do nagłego zwiększenia wydatków z kasy państwa czy miasta stołecznego. Zamiast odszkodowań pieniężnych można przecież przyznać byłym właścicielom prawo pierwszeństwa w uzyskaniu użytkownika wieczystego w organizowanych przetargach, stosując dla nich odpowiednie bonifikaty. Możliwe jest przyznanie pierwszeństwa na wzór tego z art. 34 u.g.n., również przy udzieleniu stosownej bonifikaty związanej z kwotą roszczenia odszkodowawczego. Można także sięgnąć do już istniejącej regulacji dotyczącej nieruchomości zamiennej, znajdującej się w art. 131 u.g.n. Niezależnie do tego należy wspomnieć o niebagatelnej roli, jaką mogłoby odgrywać uregulowanie sytuacji prawnej

⁴⁰ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/D07D479B4840283EC1257DFD00474F2F/%24File/3195.pdf> [dostęp 30 stycznia 2016 r.].

gruntów warszawskich, a przez to zwiększenie atrakcyjności tych gruntów dla potencjalnych inwestorów i osób fizycznych⁴¹.

* * *

The issue of substitute property in the decree of the ownership and use of land in Warsaw

Summary: This article analyses the issues arising out of obtaining substitute property as a compensation for refusing to establish the right of perpetual usufruct in favor of the former owner of the land acquired by the decree of 26 October 1945 on the ownership and use of land in Warsaw. Regarding the laconic wording of the provisions, the scope of applicability is uncertain. It should be assessed whether the authorities are obliged to offer substitute property having refused to establish the right of perpetual usufruct. It should be determined whether such refusal has impact on the compensation proceedings. The amendments to the Real Estate Management Act did not solve the discussed issue. Moreover, this amendment did not enter into the force due to the fact that the President of Poland challenged before the Constitutional Tribunal.

Key words: *the Warsaw decree, reprivatization, substitute property*

⁴¹ Na rozmaite, pozytywne skutki uchwalenia przepisów reprivatyzacyjnych wskazuje m.in. M. Zdyb, *Reprivatyzacja*, [w:] R. Hauser (red.), Z. Niewiadomski (red.), A. Wróbel (red.), *Prawo administracyjne materialne. System prawa administracyjnego – tom VII*, Warszawa 2012, s. 603 – 605.

Artur Grabowski*

Środki ochrony dłużnika przed egzekucją administracyjną w przypadku powstania tytułu egzekucyjnego z mocy prawa na przykładzie „opłaty dodatkowej”

Streszczenie

Artykuł porusza kilka kluczowych problemów związanych z postępowaniem egzekucyjnym w administracji na przykładzie „opłaty dodatkowej”, która pobierana jest w sytuacji, gdy kierowca korzystający z publicznego płatnego parkingu nie uiszcza opłaty w ogóle albo wniesiona przez niego kwota nie pokrywa należności za czas, w którym osoba ta zostawiła swój pojazd w strefie płatnego parkowania. Autor omawia szczególny rodzaj obowiązku powstającego z mocy prawa, na tego, kto nie zrealizował ciążącego na nim obowiązku wniesienia opłaty za parkowanie pojazdu w strefie płatnego parkowania. W tekście publikacji dokonano kwalifikacji opłaty dodatkowej pod względem rodzaju obowiązku podlegającego egzekucji administracyjnej, omówiono procedurę wymierzenia opłaty dodatkowej oraz środki obrony przysługujące dłużnikowi w postępowaniu egzekucyjnym. Autor porusza zarazem istotną kwestię braku procedury odwoławczej w przypadku nałożenia obowiązku uiszczenia opłaty dodatkowej, co oznacza, że osoba w stosunku do której zarządca drogi wystawił opłatę dodatkową, nie może złożyć odwołania, co prowadzi do braku możliwości kontroli legalności i prawidłowości jej wystawienia.

Słowa kluczowe: opłata dodatkowa, strefa płatnego parkowania, egzekucja administracyjna, dłużnik, zarzuty w postępowaniu egzekucyjnym

* Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, które niejednokrotnie stawiamy sobie w sytuacjach życia codziennego, a mianowicie jakie przysługują nam prawa, gdy wobec nas zostanie wszczęte administracyjne postępowanie egzekucyjne. W niniejszej pracy postaram się wskazać na podstawowe problemy związane z postępowaniem egzekucyjnym w administracji na przykładzie „opłaty dodatkowej”, która jest pobierana w sytuacji, gdy kierowca korzystający z publicznego płatnego parkingu nie uiści opłaty w ogóle albo wniesiona przez niego kwota nie pokrywa należności za czas, w którym osoba ta zostawiła swój pojazd w strefie płatnego parkowania.

2. Istota ustanowienia Strefy Płatnego Parkowania i obowiązek uiszczenia opłaty dodatkowej

Zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych¹ „korzystający z dróg publicznych są obowiązani do ponoszenia opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania”. Strefę taką ustala rada gminy (rada miasta) na wniosek wójta (burmistrza, prezydenta miasta), zaopiniowany przez organy zarządzające drogami i ruchem na drogach – art. 13b ust. 3 u.d.p. Opłatę, o której mowa w art. 13 ust. 1 pkt 1 u.d.p., pobiera się za parkowanie pojazdów samochodowych w strefie płatnego parkowania, w wyznaczonym miejscu, w określone dni robocze, w określonych godzinach lub całodobowo. Celem ustalania stref płatnego parkowania, zgodnie z założeniami ustawodawcy, jest zwiększenie rotacji parkujących pojazdów samochodowych lub realizacji lokalnej polityki transportowej, w szczególności w celu ograniczenia dostępności tego obszaru dla pojazdów samochodowych lub wprowadzenia preferencji dla komunikacji zbiorowej na obszarach charakteryzujących się znacznym deficytem miejsc postojowych, jeżeli uzasadniają to potrzeby organizacji ruchu. Ustalając strefę płatnego parkowania, organ stanowiący gminy ustala wysokość stawek ww. opłaty oraz określa sposób ich pobierania². Organ stanowiący gminy może zatem swobodnie określić wyłącznie sposób pobierania opłaty. Ustawa nie przewiduje bowiem możliwości regulowania innych kwestii, w tym np. regulowania obowiązku okazania dowodu zapłaty, a więc

¹ Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. 2015, poz. 460 – tekst jednolity) – zwana w dalszej części opracowania u.d.p.

² Wyrok WSA w Szczecinie z 9 sierpnia 2012 r., sygn. akt I SA/Sz 266/12. LEX nr 1581722,

określania sposobu udowodnienia spełnienia obowiązku wniesienia opłaty³. Za nieuiszczenie opłaty za parkowanie pojazdu samochodowego w strefie płatnego parkowania pobiera się opłatę dodatkową, której wysokość oraz sposób pobierania również określa rada gminy. Przy czym podkreślić należy, iż opłata dodatkowa jest pobierana za nieuiszczenie opłaty w strefie płatnego parkowania, a nie za wadliwe umieszczenie dowodu tej opłaty. Wadliwe umieszczenie dowodu opłaty parkingowej w pojeździe nie może stanowić podstawy dochodzenia od parkującego opłaty dodatkowej⁴. Opłata dodatkowa jest nakładana z mocy prawa na tego, kto nie zrealizował ciężącego na nim obowiązku wniesienia opłaty za parkowanie pojazdu w strefie płatnego parkowania. Tym samym wprowadzenie dodatkowej przesłanki polegającej na umieszczeniu w wyznaczonym miejscu dowodu wniesienia opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania, której niedopełnienie powoduje obowiązek uiszczenia opłaty dodatkowej, jest ustanowieniem nieprzewidzianej w ustawie sankcji administracyjnej za niewykonanie nieprzewidzianego w ustawie obowiązku, co również narusza normy konstytucyjne, w tym zasadę demokratycznego państwa prawa⁵.

Obie opisane wyżej opłaty (za parkowanie w strefie, jak i opłatę dodatkową) pobiera zarząd drogi, a w przypadku jego braku – zarządca drogi. Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, obowiązek uiszczenia opłaty za parkowanie pojazdu samochodowego w strefie płatnego parkowania jest obowiązkiem wynikającym z mocy samego prawa, tj. z ww. przepisów ustawy o drogach publicznych i wydanej z jej upoważnienia uchwały rady miasta, stanowiącej – w myśl art. 87 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – akt prawa miejscowego, obowiązujący każdego, na obszarze działania organu, który je ustanowił.

3. Próba zakwalifikowania opłaty dodatkowej pod konkretną kategorię obowiązku wynikającego z treści przepisu art. 2 § 1 u.p.e.a.

Przed przejściem do właściwej części niniejszej pracy niezbędne jest prawidłowe zdefiniowanie i opisanie regulacji zawartej w art. 2 § 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁶ w celu zakwalifikowania „opłaty dodat-

³ J. Wilk, *Sposób poboru opłaty (jednorazowej) za parkowanie w strefie płatnego parkowania - granice regulacji aktu prawa miejscowego*, NZS 2012/4/48, LEX nr 155230.

⁴ M. Karpiuk, *Istota obowiązku wynikającego bezpośrednio z przepisu prawa na przykładzie opłaty dodatkowej*, St.Iur.Lubl. 2011/16/151-170, LEX nr 151206.

⁵ J. Wilk, *Sposób poboru opłaty...*

⁶ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz. U. 1991, nr 36, poz. 161 wraz z późn. zm.) – zwana w dalszej części opracowania u.p.e.a.

kowej” do jednej ze wskazanych w treści powołanego wyżej przepisu kategorii obowiązków.

Obecne brzmienie wymienionego powyżej przepisu zostało ustalone na podstawie art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 września 2003 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁷, który po raz pierwszy w historii administracyjnego postępowania egzekucyjnego dokonał konkretyzacji enumeratywnie wymienionych podstaw uprawniających do przeprowadzenia postępowania egzekucyjnego. Powołana wyżej ustawa rozróżnia trzy zasadnicze kategorie obowiązków podlegających egzekucji administracyjnej.

W pierwszej kolejności ustawodawca wskazał, iż egzekucji administracyjnej podlega obowiązek wynikający z podatków, opłat oraz innych należności, do których zastosowanie znajduje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa⁸. Kolejną ważną kategorią są należności wynikające z grzywien oraz kar administracyjnych wymierzanych przez organy administracji publicznej. Ostatnią kategorią, do której możliwym byłoby zaliczenie „opłaty dodatkowej”, uregulowanej w art. 13 f u.d.p., są inne należności, które wychodzą poza ramy określone w treści przepisu art. 2 § 1 pkt 1 do pkt 2 u.p.e.a.

Ustawodawca w art. 2 § 1 pkt 1 u.p.e.a. wskazał, iż egzekucję administracyjną stosuje się do „opłat” oraz „innych należności”, do których zastosowanie znajduje Ordynacja podatkowa, jednakże pojęcia te nie zostały w sposób wyczerpujący zdefiniowane. Jak wskazuje D. Kijowski, pojęcie „opłat” należy bezpośrednio zestawiać z definicją podatku, która została normatywnie zdefiniowana przez ustawodawcę w treści art. 3 pkt 3 lit. c o.p. w związku z art. 3 pkt 1 o.p. Autor wskazuje na pięć cech, które są niezbędne, aby można było w ogóle mówić, że mamy do czynienia z „podatkiem”. Te cechy to kolejno: publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe, bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego⁹. Świadczenie to ma charakter publicznoprawny, gdyż wynika z uchwały rady miasta, która to została wydana w oparciu o delegację ustawową zawartą w treści przepisu art. 13f ust. 2 u.d.p. O charakterze publicznoprawnym opłaty dodatkowej może też świadczyć fakt, iż zalicza się ją do dochodu gminy; wynika to z treści przepisu art. 4 ust. 2 lit. f ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jedno-

⁷ Ustawa z dnia 10 września 2003 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz. U. 2003, nr 193, poz. 1884).

⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. 2015, poz. 613 – tekst jednolity) – zwana w dalszej części opracowania o.p.

stek samorządu terytorialnego. Słuszność powyższych rozważań potwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w Wyroku z dnia 19 lutego 2013 r., I SA/Gd 1201/12. Należy zgodzić się ze stanowiskiem R. Kijowskiego, w którym stwierdza, że przez „opłatę” należy rozumieć wszelkie świadczenia pieniężne, które zostały przez ustawodawcę tak nazwane w przepisach odrębnych. Autor przekonuje, iż zgodnie z zasadą prawidłowej legislacji i racjonalności ustawodawcy nie można odmówić charakteru „opłaty” świadczeniom pieniężnym, które zostały uchwalone przez parlament, a które stanowią źródło dochodu czy to Skarbu Państwa, czy to jednostek samorządu terytorialnego. To właśnie ustawowe upoważnienie i przymus Państwa, rozumianego również jako jednostki samorządu terytorialnego, nadaje świadczeniu pieniężnemu charakter publicznoprawny. Pragnę wskazać, że w mojej ocenie opłata dodatkowa posiada wszystkie wymienione wyżej cechy „podatku”, jednak z uwagi na fakt, iż do opłaty dodatkowej nie znajduje zastosowania wprost Ordynacja podatkowa, opłata ta nie może zostać zakwalifikowana do kategorii opisanej w art. 2§1 pkt. 1 u.p.e.a.

Rozważyć należy ponadto możliwość zaliczenia „opłaty dodatkowej” do kategorii wymienionej w art. 2 § 1 pkt 3 u.p.e.a. – należności pieniężne, inne niż wymienione w pkt 1 i 2, jeżeli pozostają we właściwości rzeczowej organów administracji publicznej. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, że należności, które nie mieszczą się w kategoriach przewidzianych w przepisie art. 2 § 1 pkt 1 do 2, również podlegają egzekucji administracyjnej, jeżeli pozostają we właściwości rzeczowej organów administracji publicznej.

W art. 2 § 1 pkt 3 u.p.e.a. chodzi przede wszystkim o obowiązki o charakterze pieniężnym, których pobieranie odbywa się na podstawie ustaw szczególnych, bez ich uprzedniego skonkretyzowania przez wskazany w nich organ administracji publicznej. Katalog należności pieniężnych, o których mowa w art. 2 § 1 pkt 3 u.p.e.a., jest obecnie trudny do wyczerpującego sprecyzowania i wyliczenia. Niełatwo bowiem dziś wskazać przepis prawa przekazujący pobieranie przewidzianych w nim należności przez organ administracji publicznej w ścisłym tego słowa znaczeniu, które nie będą należnościami ani budżetu państwa, ani budżetu jednostki samorządu terytorialnego, i jednocześnie nie będą objęte ustawą o finansach publicznych (w takich przypadkach podstawą egzekucji administracyjnej będzie nowy

⁹ D. R. Kijowski (red.), E. Cisowska-Sakrajda, M. Faryna, W. Grzeškiewicz, C. Kulesza, W. Łuczaj, P. Pietrasz, J. Radwanowicz-Wanczewska, P. Starzyński, R. Suwaj, *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, LEX, 2010.

przepis art. 2 § 1 pkt 1a u.p.e.a.). Ostatnia z wymienionych wyżej przesłanek wyklucza możliwość zakwalifikowania „opłaty dodatkowej” do tej kategorii obowiązków.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że „opłatę dodatkową” należy zakwalifikować do kategorii obowiązków wymienionych w art. 2 § 1 pkt 1a u.p.e.a. Postawiona wyżej teza zachowywała swą aktualność do roku 2010. W wyniku nowelizacji u.p.e.a., przeprowadzonej wraz z uchwaleniem w 2009 r. nowej ustawy o finansach publicznych (na mocy art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych), z mocą od dnia 1 stycznia 2010 r. dołączono do katalogu obowiązków egzekwowanych w trybie u.p.e.a. należności wymienione w art. 2 § 1 pkt 1a u.p.e.a. – niepodatkowe należności budżetowe, do których stosuje się przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Treść przepisu art. 60 ustawy o finansach publicznych wprowadza pojęcie niepodatkowych należności budżetowych oraz formułuje ich przykładowy katalog. Niepodatkowe należności budżetowe to należności niebędące podatkami i opłatami, stanowiące dochód budżetu państwa lub budżetu jednostki samorządu terytorialnego, wynikające ze stosunków publicznoprawnych (art. 3 pkt 8 o.p.). Ich podstawą są przepisy powszechnie obowiązującego prawa, a cechą charakterystyczną podporządkowanie w granicach wyznaczonych prawem objętych nimi jednostek organom wyposażonym we władztwo publiczne. Zgodnie z art. 60 u.f.p. środkami publicznymi stanowiącymi niepodatkowe należności budżetowe o charakterze publicznoprawnym są w szczególności następujące dochody budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego: dochody pobierane przez państwowe i samorządowe jednostki budżetowe na podstawie odrębnych ustaw. Zatem opłatę dodatkową, pobieraną przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie art. 13 f u.d.p., należy zakwalifikować jako mającą charakter niepodatkowej należności budżetowej o charakterze publicznoprawnym.

4. Wystawienie zawiadomienia o obowiązku uiszczenia opłaty dodatkowej oraz wystąpienie wierzyciela na drogę postępowania egzekucyjnego w administracji, czyli wszczęcie postępowania egzekucyjnego

Obowiązek uiszczenia opłaty za parkowanie pojazdu samochodowego w strefie płatnego parkowania wynika z mocy samego prawa. Winien on być wykonany niezwłocznie po wystąpieniu określonego stanu faktycznego – pozostawienie pojazdu w strefie płatnego parkowania, z którym ustawa wiąże obowiązek uiszczenia opłaty za parkowanie. Dla realizacji obowiązku poniesienia opłaty parkingowej nie jest zatem konieczna jego konkretyza-

cja w drodze indywidualnego aktu administracyjnego, np. decyzji. Ze względu na funkcjonalne związanie opłaty dodatkowej z opłatą za parkowanie w strefie płatnego parkowania, również w przypadku powstania obowiązku uiszczenia opłaty dodatkowej wydanie takiego indywidualnego aktu administracyjnego nie jest wymagane, zaś sporządzenie przez działającego z upoważnienia zarządcy drogi kontrolującego prawidłowość uiszczania opłat za parkowanie zawiadomienia o nieopłaconym postoju w strefie płatnego parkowania stanowi dla korzystającego z drogi wystarczającą informację o obowiązku uiszczenia takiej opłaty¹⁰. Zgodnie z art. 40d ust. 2 u.d.p. „opłata dodatkowa” podlega przymusowemu ściągnięciu w trybie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Jednakże postępowanie egzekucyjne może zostać wszczęte dopiero po upływie terminu do uiszczenia opłaty dodatkowej, który upływa najpóźniej w dniu stwierdzenia obecności pojazdu wna obszarze strefy płatnego parkowania, bez dowodu uiszczenia opłaty parkingowej, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, że umieszczenie powiadomienia o tej opłacie za wycieraczką zaparkowanego pojazdu nie stanowi doręczenia w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego¹¹. Przed wszczęciem postępowania zobowiązanemu należy umożliwić dobrowolne wywiązanie się z ciążących na nim obowiązków poprzez doręczenie pisemnego upomnienia. Przy czym podkreślić należy, iż upomnieniem nie jest dokument potwierdzający fakt postoju pojazdu w strefie¹². Upomnienie ma walor czysto informacyjny – przypomina zobowiązanemu o konieczności wykonania nałożonego na niego obowiązku oraz wskazuje na konsekwencje niewykonania tegoż obowiązku – tj. wszczęcie egzekucji administracyjnej. Organ egzekucyjny nie może prowadzić postępowania wyjaśniającego, mającego na celu ustalenie korzystającego z dróg publicznych przez zaparkowanie samochodu, ponieważ nie pozwalają na to przepisy postępowania egzekucyjnego w administracji. W tym zakresie, podobnie jak przy ustalaniu zobowiązanego do uiszczenia opłaty za parkowanie, wypada kierować się domniemaniem wskazującym na właściciela zaparkowanego pojazdu. Właściciel bowiem, jest na ogół korzystającym z drogi, chyba że udowodni, iż pojazd użyczył innej osobie.¹³ Obowiązek ten spoczywa bowiem na zobowiązanym, gdyż to on, podnosząc tę okoliczność, zamierza wywołać określony skutek prawny w postaci uchylenia się od odpo-

¹⁰ Wyrok WSA w Opolu z 15 czerwca .06.2011r., I SA/Op 175/2011.

¹¹ Wyrok NSA z 12 czerwca 2007 r., I OSK 209/2007, LEX nr 344875.

¹² W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa o drogach publicznych*. Komentarz, LexisNexis, Warszawa 2010.

¹³ Wyrok WSA w Szczecinie z 9 stycznia 2009 r., II SA/Sz 848/2007, LexPolonica nr 2151755.

wiedzialności.¹⁴ Organ egzekucyjny ma prawo domniemywać, że korzystającym z dróg publicznych była osoba, której właściciel użyczył pojazd. Postępowanie egzekucyjne wszczynane jest na wniosek wierzyciela, na podstawie wystawionego przez niego tytułu wykonawczego. Wierzycielem w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym w przedmiocie wykonania obowiązku uiszczenia opłaty dodatkowej jest zarządca drogi publicznej. Organ egzekucyjny nie ma prawa badać zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem, lecz ma obowiązek stosować środki egzekucyjne tak, aby w ten sposób osiągnąć cel egzekucji, tzn. wymusić na zobowiązanym wykonanie obowiązku. Jak już była mowa powyżej, zgodnie z art. 15 u.p.e.a. wierzyciel jest zobowiązany bezpośrednio po upływie terminu płatności wysłać upomnienie, zaś po 7 dniach od jego doręczenia powinien wystawić tytuł wykonawczy. W dniu wystawienia tytułu organ egzekucyjny może już dokonywać konkretne czynności egzekucyjne.

5. Obrona dłużnika w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym – opis zarzutów oraz ich zastosowania do tytułu egzekucyjnego, wynikającego z opłaty dodatkowej

Postępowanie egzekucyjne wszczyna się na wniosek wierzyciela i na podstawie wystawionego przez niego tytułu wykonawczego. Warto podkreślić, że klauzula organu egzekucyjnego o skierowaniu tytułu do egzekucji administracyjnej, nie stanowi swoistej "klauzuli wykonalności", lecz stwierdzenie, że tytuł wykonawczy został prawidłowo wystawiony i nadaje się do wykonania¹⁵.

Warto wskazać na stanowisko W. Kubiaka, który uważa, że ustawodawca nakłada na organ egzekucyjny obowiązek pouczenia zobowiązanego o przysługującym mu prawie do wniesienia zarzutów.

W treści przepisu art. 33 u.p.e.a. zostały taksatywnie wymienione przyczyny, które mogą być podstawą zarzutów. Jeżeli zobowiązany kwestionuje tytuł wykonawczy i powołuje się na inne przyczyny, które nie zostały wymienione w powyższym przepisie, organ egzekucyjny jest nieupoważniony do ich rozpatrzenia. W podobnym tonie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 21 listopada 1997 r. Uznał, że podstawą zarzutów w postępowaniu egzekucyjnym nie mogą być przepisy inne niż te wymienione w treści przepisu art. 33 u.p.e.a.

¹⁴ K. Sobieralski, *Reklamacja należnych opłat dodatkowych za parkowanie*, artykuł, opublikowany NZS 2010/4/61, nr 120980.

¹⁵ Wyrok NSA z 17 grudnia 1997 r., III SA 984/96, Legalis nr 42091.

Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych, instytucja zarzutów ma za zadanie zapewnić ochronę podstawowych praw. Przewidziana instytucja wypowiedzi wierzyciela w sprawie zgłoszonych zarzutów, której ustawodawca nadał sformalizowaną formę prawną, podlega kontroli sądownoadministracyjnej i ma na celu stworzenie możliwości rozstrzygnięcia w postępowaniu egzekucyjnym wątpliwości dotyczących dopuszczalności prowadzenia w danej sprawie egzekucji administracyjnej¹⁶. W orzecznictwie Sądu Najwyższego istnieje utrwalona linia orzecznicza wskazująca, że w sprawie o ustalenie nieistnienia należności stwierdzonej administracyjnym tytułem wykonawczym, wystawionym w związku z nieuiszczeniem opłaty dodatkowej za postój w strefie płatnego parkowania, droga sądowa jest niedopuszczalna¹⁷. Należy wskazać, że zarzut oparty o treść wyżej wymienionego przepisu jest jak najbardziej możliwy oraz że będzie skutkował uznaniem, iż egzekucja prowadzona na podstawie tytułu jest niezgodna z powszechnie obowiązującym prawem. Sytuacja taka miała miejsce w Szczecinie, gdzie Wojewódzki Sąd Administracyjny uznał uchwałę rady miasta w przedmiocie opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych oraz sposobu ich pobierania za nieważną. W kwestii opłat za parkowanie w płatnych strefach parkowania, które pobierane były na podstawie aktów prawa miejscowego uznanych przez sąd za nieważne, WSA w Szczecinie uznało, że prowadzenie egzekucji administracyjnej na podstawie tytułu wykonawczego określającego podstawę normatywną istnienia obowiązku, która od samego początku była oparta na przepisie niezgodnym z Konstytucją i nadto została wyeliminowana z obrotu prawnego, musiało być uznane za naruszające prawo.

Kolejną kwestią, która może zostać uznana za nieistnienie obowiązku, jest wystawienie opłaty dodatkowej za brak umieszczenia w widocznym miejscu potwierdzenia uiszczenia opłaty za parkowanie. Z taką sytuacją będziemy mieć do czynienia, gdy zostanie wystawiona opłata dodatkowa, a zobowiązany posiada potwierdzenie uiszczenia opłaty za parkowanie, lecz z różnych powodów nie została ona dostrzeżona przez kontrolera strefy płatnego parkowania. Kwestia ta była poruszana przez M. Karpiuka¹⁸, który uznał, iż samowola organu gminy nie może być posunięta do granic absurdu. Autor wskazał, że będzie to miało miejsce, gdy gmina żąda w drodze nałożenia opłaty dodatkowej kolejnych należności finan-

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 19 października 2004 r., III SA 410/03, LEX nr 160803,

¹⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r., III CZP 88/10, OSNC 2011/6/63, LEX nr 612266.

¹⁸ M. Karpiuk, *Istota obowiązku wynikającego bezpośrednio z przepisu prawa na przykładzie opłaty dodatkowej*, St.Iur.Lubl. 2011/16/151-170, LEX 151206.

sowych, pomimo iż parkujący uiszczył opłatę za parkowanie w strefie płatnego parkowania, ale samo potwierdzenie znalazło się w miejscu uniemożliwiającym jego odczytanie. W tym przypadku będziemy mieć do czynienia ze skierowaniem przez organ tytułu wykonawczego w sytuacji nieistnienia obowiązku. Nałożenie opłaty dodatkowej w tej sytuacji było nieuzasadnione, ponieważ zobowiązany legitymuje się potwierdzeniem wniesienia opłaty za postój w miejscu i terminie, który został określony w tytule egzekucyjnym.

Następną przesłanką wymagającą rozważenia jest zarzut dotyczący odroczenia terminu wykonania obowiązku, braku jego wymagalności lub rozłożenie go na raty i ustalenie terminu ich spłat. Wierzyciel ma prawny obowiązek podjąć czynności zmierzające do zastosowania środków egzekucyjnych. Egzekucji podlegają jednak należności wymagalne, czyli takie, których termin płatności już nadszedł. Jak wskazał K. Sobieralski, dopuszczalność egzekucji administracyjnej opłaty dodatkowej za parkowanie w strefie płatnego parkowania jest możliwe tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy świadczenie stanie się wymagalne. Opłata dodatkowa jest szczególnym rodzajem należności pieniężnej, gdyż jej powstanie następuje z mocy samej ustawy, wobec tego nie przysługują w tym kontekście typowe środki odwoławcze przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego.

6. Podsumowanie i wnioski

Przedstawione powyżej regulacje dotyczące opłat za parkowanie nie przewidują możliwości skorzystania z procedury administracyjnej, co powoduje, że osoba w stosunku do których zarządca drogi wystawił opłatę dodatkową, nie może złożyć odwołania, a co za tym idzie, nie może zbadać legalności i prawidłowości jej wystawienia. Osoba zobowiązana do uiszczenia opłaty dodatkowej nie może zatem poddać tej czynności kontroli ze strony organu wyższego stopnia. W związku z brakiem procedury odwoławczej odmowa uregulowania opłaty dodatkowej skutkuje niemalże automatycznie wszczęciem egzekucji administracyjnej, w której organ egzekucyjny w ogóle nie bada zasadności i wymagalności obowiązku uiszczenia opłaty dodatkowej, a ewentualne zarzuty podniesione przez zobowiązanego już w toku postępowania egzekucyjnego nie mogą dotyczyć ani ustaleń faktycznych, ani też naruszenia przepisów prawa materialnego przez wierzyciela. Należy w tym miejscu ponadto zwrócić uwagę, że treść przepisu art. 13f ust. 1 u.d.p. nie zobowiązuje kierowców wprost do wnoszenia opłat dodatkowych, a przewiduje jedynie, że w razie stwierdzenia przez właściwe organy nieuiszczenia opłaty za parkowanie w strefie organy te „pobierają” opłatę dodat-

kową od konkretnego podmiotu po dokonaniu ustaleń w tym zakresie. Przy czym obowiązek wykazania osoby kierującej pojazdem spoczywa na właścicielu pojazdu, zaś organ nie czyni żadnych innych ustaleń w tym zakresie, przyjmując wskazanie właściciela za wiążące. W mojej ocenie obciążenie wspomnianą opłatą może prowadzić do istotnego ograniczenia prawa obywateli w zakresie ochrony tych spośród przysługujących im gwarancji i uprawnień, które umożliwią im zapoznanie się z dowodami będącymi podstawą nałożenia skonkretyzowanego obowiązku zapłaty opłaty dodatkowej i ustaleniami dotyczącymi stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz zaskarżenie czynności dotyczącej pobrania opłaty dodatkowej do organu wyższego stopnia. Za postulatem umożliwienia ochrony praw osobom, od których pobrano opłatę dodatkową, przemawiają zasady demokratycznego państwa prawa, które nakazują chronić obywateli przed arbitralnymi aktami władzy państwowej oraz zabraniają stanowienia norm prawnych nakazujących obciążanie obywateli bez jednoczesnego wprowadzenia jasnych zasad postępowania, umożliwiających dochodzenie przez obywateli ochrony swoich konstytucyjnie zagwarantowanych praw.

* * *

Debtor defense measures in administrative enforcements proceedings in the case of enforcement title created by the power of law on the example of the additional fee

Summary: The article concerns several issues regarding the administrative enforcements proceedings basing on the example of the „additional fee”, which is charged in two situations: if the driver of the vehicle has not paid the parking fee at all or the paid amount has not covered the fee in the right amount – the parking time has exceeded the paid amount of money.

In the publication the author has qualified the „additional fee” in regard to the kind of obligation which is the subject of administrative enforcement proceedings and described the procedure for imposing the “additional fee” as well as the defensive measures available to the debtor in enforcement proceedings. The author treats about the problem of the lack of the appeal procedure in the case of imposing the „additional fee”, what leads to the situation when the person that has been charged with the fee by the road administrator has no appealing measures and can not control the legality of the imposed fee.

Key words: additional fee, paid parking area, administrative enforcements proceedings, debtor, appealing measures in the enforcements proceedings

Joanna Mazur, Antoni Napieralski*

Individual legal protection vs. anti-terrorist measures: the legal perspective (the saga of the Kadi cases, Hamas v. Council).

Streszczenie

Terroryzm stanowi jedno z najpoważniejszych zagrożeń we współczesnym świecie: nie tylko ze względu na efekty bezpośrednio podejmowanych akcji w postaci ofiar, lecz również ze względu na jego wykorzystywanie w celu ograniczania swobód obywateli w demokratycznych państwach. Zagadnienie to jest bezpośrednio powiązane z niemożnością ustalenia jednolitej, obowiązującej definicji terroryzmu przy jednoczesnej konieczności uregulowania problematyki penalizacji aktów terroru. Problemy te znajdują odzwierciedlenie w nadużywaniu przez demokratyczne państwa w walce z terroryzmem oraz próbom mu zapobiegania, metod, które stanowią zaprzeczenie wartości fundamentalnych dla demokracji. W związku z tym kluczowym staje się pytanie o rolę sądownictwa w kontroli przestrzegania rozlicznych aktów wprowadzających normy, sankcje i środki antyterrorystyczne. Analizowane orzeczenia, w sprawie Hamas oraz saga Kadi, stanowią przykłady prób racjonalizacji kierowanych strachem posunięć. Socjologizująca perspektywa pozwala zauważyć jak istotne, w związku ze specyfiką wojny prowadzonej z terroryzmem, jest jednoczesne zagwarantowanie przestrzegania zasad państwa demokratycznego.

Słowa kluczowe: Środki antyterrorystyczne, terroryzm, Hamas, Kadi.

* Students in the Faculty of Law and Administration, University of Warsaw.

1. Introduction

We do indeed live in fear. Even though people are not eager to admit it, when asked to choose between security and freedom, the vast majority will prefer the former to the latter. This has been happening at least since the 18th century, when Benjamin Franklin included the following famous sentence in a letter to the British Governor: “Those who would give up essential liberty, to purchase a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety”¹. Today the Western world is still facing the same dilemma.

In 2010, fifteen US citizens were killed in terrorist attacks all around the world. That same year 408 Americans were killed by police officers within the US; 718 died there just because they had fallen out of their beds². Yet people agree to limit their freedom in the name of the war on terror rather than a war on beds. At the same time, the number of victims of terrorist attacks is growing – but not in Western countries. Instead, Iraq, Afghanistan and Nigeria are the leaders when it comes to the number of terrorism victims (see Figure 1 below)³. These numbers clearly depict what the heart of the ‘terror issue’ is – it is all about emotions rather than rationality.

¹ B. Franklin, *Pennsylvania Assembly: Reply to the Governor, November 11, 1755*, <http://franklinpapers.org/franklin/framedVolumes.jsp?vol=6&page=238a>, 23.11.2015.

² WHO, *Cause of Death Query online*, http://apps.who.int/healthinfo/statistics/mortality/causeofdeath_query/, 23.11.2015; U.S. Department of State, *Terrorism Deaths, Injuries, Kidnappings of Private U.S. Citizens, 2010*, <http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2010/170267.htm>, 23.11.2015.

³ M. Chorley, *Revealed: Number of people killed by terrorists worldwide soars by 80% in just a year*, "Daily Mail", 17.11.2015, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3322308/Number-people-killed-terrorists-worldwide-soars-80-just-year.html>, 21.08.2016.

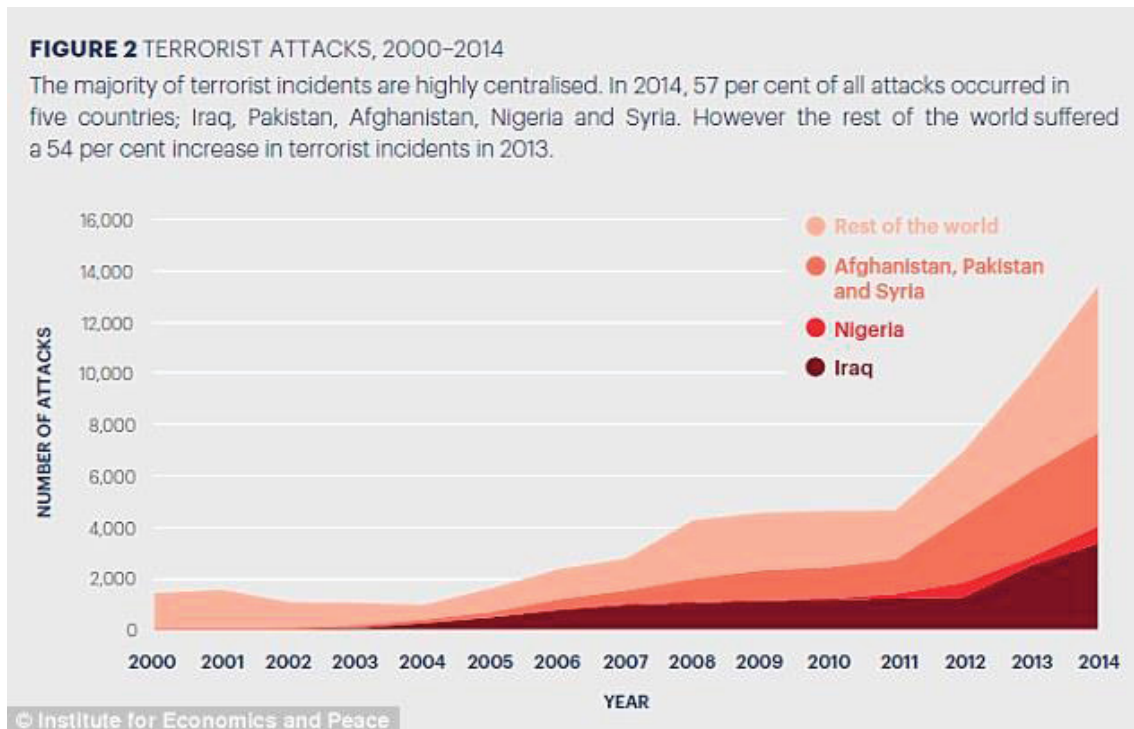


Figure 1: Terrorist attacks, 2000-2014. Source: Institute for Economics and Peace⁴

Obviously, the statistics for 2001 in America were entirely different⁵, and the tragedy of the World Trade Center should never happen again. But does this mean that the international community shall remain in a permanent state of war? In this paper we would like to discuss a few crucial issues concerning the global War on Terror. Major legal regulations in both the UN and EU systems will be presented along with their mutual relations. Special emphasis will be put on the issue of financing terrorism. We will also mention the impact of the Kadi and Hamas cases on the legal order. We will use the 1267, 1368 and 1373 Security Council resolutions, the Maastricht Treaty and the Hamas and Kadi judgements.

⁴ *Ibidem*.

⁵ 2753 people; New York City Office of Chief Medical Examiner, *World Trade Center Operational Statistics*, http://www.nyc.gov/html/ocme/downloads/pdf/public_affairs_ocme_pr_WTC_Operational_Statistics.pdf. 23.11.2015.

To begin, first the term ‘terrorism’ should be defined. Since 2000, the United Nations General Assembly has been negotiating a Comprehensive Convention on International Terrorism. The definition of a ‘crime of terrorism’, which has been on the negotiating table since 2002, reads as follows:

1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person, by any means, unlawfully and intentionally, causes:

(a) Death or serious bodily injury to any person; or

(b) Serious damage to public or private property, including a place of public use, a State or government facility, a public transportation system, an infrastructure facility or the environment; or

(c) Damage to property, places, facilities, or systems referred to in paragraph 1 (b) of this article, resulting or likely to result in major economic loss, when the purpose of the conduct, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or abstain from doing any act⁶.

In 1972 the UN General Assembly established the Terrorism Committee, which had one major goal to achieve – to prepare a precise, legal definition of terrorism. After one year of functioning the Committee closed down because of its permanent inability to define terrorism. Instead, the international community decided to define some particular crimes as different forms of terrorism⁷. Several conventions informed the international community that hijacking a plane, aggression against diplomats, bombings, nuclear crimes and many others were examples of terroristic activity. Yet the lack of a general definition of terrorism has made it impossible for the state to create a coherent and human-rights-friendly security system. Having no clue what terrorism actually is, we cannot predict how it will evolve in the future, thus we are not able to prepare for any potential attacks in a rational and efficient way.

⁶ *Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 Sixth session (28 January-1 February 2002)*, p. 12, www.un.org/documents/ga/docs/57/a5737.pdf, 23.11.2015.

⁷ H. Zięba-Załucka, T. Bąk, *Terroryzm a prawa człowieka*, Kraków, Rzeszów, Zamość 2012, p. 75; 11 out of 14 major terrorism conventions were passed after 1973.

Taking into account the difficulties connected with defining terrorism in a specific way, we would like to use linguistic analysis to measure the frequency of phrases commonly used to define terrorism, as conducted by B. Hoffman⁸. According to his study, there are 22 different categories of words which are present in 109 different definitions: violent activities (83.5% of all definitions), political character of the action (65%), causing fear (51%), etc. A more complex overview of attempts at defining terrorism in the historical perspective can be found in "Terroryzm jako zagrożenie współczesnego świata" by Jacek Dworzecki⁹.

States and societies, overwhelmed with fear of the unknown, tend to overreact. In order to protect people from something undefined, the authorities run large-scale invigilation programmes such as PRISM or ECHELON, torture innocent people in Guantanamo prison or start ridiculous wars. We do not know what might happen in the future because the only thing we can do, instead of defining terrorism in an abstract way, is to enumerate all the types of attacks that have occurred in the past and call them forms of terrorism. Living in fear, we agree to limit our own and others' freedom in order to protect us from the unknown. It is obvious that in such an environment there is no more room for human rights and the rule of law.

As time goes by, more and more European countries have introduced more severe anti-terrorist measures. Since 2001, new laws have been adopted in France, Germany, the United Kingdom, Poland, etc. These acts have implemented expanded measures, such as eavesdropping powers to prosecutors, allowing them to tap phones, plant hidden cameras and analyse communication without judicial authorisation. The goal of our analysis is to present universal legal mechanisms. We want to depict the Western countries' reactions (or overreactions) to the threat of terrorism. Are their legal actions aimed at fighting terrorism or, perhaps, rather at increasing the level of control and the scope of a given state's power.

2. UN and European regulations on AT measures

⁸ B. Hoffman, *Oblicza terroryzmu*, Warszawa 2001, p. 38.

⁹ See J. Dworzecki, *Terroryzm jako zagrożenie współczesnego świata*, Zeszyt Naukowy "Apeiron" Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa Publicznego i Indywidualnego, nr 5, Kraków 2011.

Even though there is a clear link between UN and EU anti-terrorism regulations systems, when it comes to the field of an individual's legal protection there is a huge gap between these two, as was pointed out by Armin Cuyvers¹⁰. In this chapter we would like to present the basic regulations of anti-terrorism measures, both on the UN and EU arena, in order to continue the analysis of the above-mentioned gap in the subsequent chapters.

2.1. Regulations on AT measures: the UN system

A fundamental regulation in the international law system, which could be classified as an anti-terrorist measure, is the UN Charter. Its article 51 grants the inherent right of individual or collective self-defence against an armed attack. Yet the question arises whether this rule should be applied to all terrorist attacks? When the UN Charter was created, terrorism was rather a misty memory than a current problem. Nowadays, one could ask what it means to conduct an armed attack? Is setting a few bombs on trains or buses enough? What is more, it is not obvious what the acceptable scope of the self-defence is. Is it possible on the grounds of Article 51 to kill individuals or to treat them in an inhuman or degrading way? These are the cases of Usama Bin Laden's assassination in 2011 or the still-operating Guantanamo prison. Anthony Clark Arend and Robert J. Beck have tried to answer these questions. They analysed in what ways states use their inherent right of self-defence after terrorist attacks. Arend and Beck slightly clarified this complex matter by mentioning four major patterns. The first one is the kidnapping of suspects. The second one is the assassination of terrorists, which for many years was Israel's domain. The third possibility is military action against a terrorist infrastructure, i.e. their training camps (the 1998 Afghanistan and Sudan air raids). The last one is an invasion of a terrorism-supporting state (2001 in Afghanistan, the 1993 Iraq air raid)¹¹.

¹⁰ See A. Cuyvers, *Give me one good reason: The unified standard of review for sanctions after Kadi II*, "Common Market Law Review", vol. 51, no 6, Hague 2014, p. 1759-1788.

¹¹ Clark Arend A., Beck R.J., *International law and the use of force. Beyond the UN Charter paradigm*, New York 2013 [after:] M. Lech, *Ochrona prawna społeczności międzynarodowej wobec zagrożenia terroryzmem*, Gdańsk 2014, p. 114.

The way Western countries execute their right to self-defence leaves no doubts. Terrorists, be it individuals or organised groups, are treated as if they were regular subjects of the international legal order. They can conduct aggression against the states as well as become the objects of the states' military reaction.

In the UN system one can find three more regulations of significance here – the Security Council's resolutions 1267, 1368 and 1373. The first one, imposed in 1999 after the attacks in Kenya and Tanzania, establishes sanctions against Al-Qaida, Usama Bin Laden, the Taliban and all subjects connected to them. The most severe one is asset freezing. At the same time the resolution creates a list (Consolidated List) onto which all suspected individuals as well as entities shall be entered. The list is run by the UN Sanctions Committee¹².

In Resolution 1368, passed on 12 September 2001, the SC classified the attack on the WTC as a threat to the international peace and security. What is more, the act mentions the state's right to self-defence. Still, the resolution lacks a clear statement on the SC's attitude towards a possible invasion of Afghanistan. The terms "threat to the international peace and security" and "right to self-defense", combined and used in one document, lead us to an intriguing conclusion. The SC accepts a military reaction aimed at a terrorist organisation. This interpretation made it possible for the US to claim that the 2001 Afghanistan invasion was an execution of the Charter's article 51. The same point of view was presented by the international community at that time. Some researchers have stated that by interpreting the UN Charter in such a broad and unclear way the SC narrowed the scope of its own authority by leaving much discretionary power to the states¹³. One could ask whether this is an infringement of the rule of law principle or not? In our opinion, issues of such great importance as drawing the boundaries of what is and what is not a threat to the international peace and security shall not be in the states' gesture. The SC should consider each situation individually and, after a profound scrutiny, should give the international community a clear answer.

¹² After the 1988 and 1989 resolutions the Committee split into two separate committees – the Al-Qaida Committee and the Taliban Committee.

¹³ M. Marcinko, *ONZ wobec terroryzmu międzynarodowego*, Kraków 2008, p. 148.

The 1373 resolution repeated and re-implemented the regulations from 1267 and 1368. It states that the states are obliged to: penalise all forms of financial support of terrorism, strengthen control of their territories in terms of terroristic activity and develop international cooperation. This resolution is unique for the number of its ratifications, i.e. 192, which, compared to 1267 (24 ratifications), creates a clear image of how the states' attitude towards combating terrorism changed after 9/11.

B. Fassbender claims that an analysis of the SC's reactions to terrorist activity leads to three fundamental conclusions. First, that in the War on Terror conducted after 9/11 the SC does not want to play a major role, thus leaving it for the US. Second, that in the future it would be the SC that would be the leader of counter-terrorist actions after every single attack. Third, that in the future only the US would be able to react to the terrorists' aggression independently while all other countries would require international coordination and assistance¹⁴. Let us now juxtapose these ideas with the rule of law principles. Could one point to any connections?

In our opinion the distribution of power between the SC and states acting as individuals is remarkably important. We assert that the more power and latitude in combating terrorism a state has, the more probable it is that human rights will be infringed. The crucial problem here is domestic legislation which has different provisions for both citizens and non-citizens. In the Patriot Act (US) and the Anti-terrorism, Crime and Security Act (UK), one can find regulations that allow the authorities indefinite detention of non-citizen suspects. Fortunately, these regulations are no longer in force, but for a few years they enabled the functioning of such places as the Guantanamo prison. The international legislation of the UN system may seem to be less effective, but it is free from laws that severe.

2.2. Regulation on AT measures: the European system

¹⁴ B. Fassbender, *The UN Security Council and International Terrorism*, passim, [in:] *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, ed. A. Bianchi, Y. Naqvi, Portland 2004.

“Since 11 September 2001, 239 EU anti-terrorism measures have been introduced: 26 action plans and strategy documents, 25 Regulations, 15 Directives, 11 Framework Decisions, 25 Decisions, 1 Joint Action, 3 Common Positions, 4 Resolutions, 111 Council Conclusions, and 8 international agreements”¹⁵ – that number is slightly too much to discuss in one paper, therefore, we chose just some of the acts. The most important ones are the Treaties and the Council Common Position of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism (OJ 2001 L 344, p. 93). The Maastricht Treaty prepared a legal framework of anti-terrorist cooperation by enlisting it as an element of the ‘third pillar’.

This treaty also created the EUROPOL – European Police Office. Its main aim is to coordinate cooperation in the field of criminal policy between member states. It includes combating terrorism as well. Another worth mentioning institution founded by the EU law is the European Arrest Warrant. Introduced by the 2002/584/JHA of 13 June 2002 framework decision¹⁶, in fact allows extradition without the double criminality. Obviously, it is working only between the Member States.

The choice, to focus on the financial aspect of fight against terrorism, is justified by two arguments. Firstly, by the character of the European Union as an organisation, which in its roots was strictly economical. Therefore considering the community’s anti-terrorism measures financial sanctions should be the first component to be analysed. Second, implementation of financial sanctions due to their preventive nature becomes a permanent element of the legal system and leads to creation of a fixed system of institutions and instruments. Fighting the terrorism, which is usually connected to direct violence, is broadened to the level of indirect influence.

It should be noted that even though negotiations on the Comprehensive Convention on International Terrorism have been deadlocked since 2001¹⁷, some of the sectoral conventions

¹⁵ Association of Accredited Public Policy Advocates to the European Union, *EU Anti-Terrorism Measures*, <http://www.aalep.eu/eu-anti-terrorism-measures> (23.11.2015).

¹⁶ M. Lech, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷ T. Deen, *Despite 13-Year Deadlock, U.N. Makes Headway Fighting Terrorism*, Inter Press Service, www.ip-news.net/201401/despote-13-year-deadlock-u-n-makes-headway-fighting-terrorism/ 23.11.2015.

on anti-terrorist measures have a significant number of ratifications, such as the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, which has been effective since 10 April 2002 and has 132 signatories¹⁸. In the 2nd article of the Convention¹⁹, the treaty implements regulations on the financial participation of individuals in terrorist acts. The treaty defines a catalogue of offences which should be punished, but the detailed regulations regarding effective, proportionate and dissuasive criminal, civil or administrative sanctions depend on the domestic law. Therefore, to circumscribe the specifics of an individual's position when facing accusations of committing one of the prohibited acts, as mentioned in the Convention, we should analyse a specific state's law.

On 15 November 1999 the Council of the European Union released the Council Common Position concerning restrictive measures against the Taliban (1999/727/CFSP²⁰) which confirmed that funds and other financial resources held abroad by the Taliban under the conditions set out in Resolution 1267 (1999) would be frozen. Moreover, on 14 February 2000 Council Regulation (EC) No 337/2000 concerning a flight ban and a freeze of funds and other financial resources with respect to the Taliban of Afghanistan was resolved. A subsequent Security Council Resolution on anti-terrorist measures, 1333 (2000), was also somehow adapted by the Council's Common Position 2001/154/CFSP and replaced Council Regulation No 337/2000 with 467/2001. The dualism of the implemented solutions is even more striking if we notice that the Committee's Sanctions List became an annex to the Council's Regulation 467/2001 (what is interesting to note is that the Regulation was accepted on 6 March 2001, i.e. two days before the combined Sanctions List of the Committee).

¹⁸ See *United Nations Treaty Collection*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&Lang=en, 23.11.2015.

¹⁹ *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adopted on Dec. 9, 1999, G. A. Res. 54/109 (1999) Annex, U.N. Doc. A/54/109/Annex (Dec. 9, 1999). See *United Nations Treaty Collection*: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf>, 23.11.2015.

²⁰ *Council Common Position concerning restrictive measures against the Taliban 1999/727/CFSP*, http://www.sipri.org/databases/embargoes/eu_arms_embargoes/taliban/727, 23.11.2015.

As may be suspected, the preventive nature of financial sanctions may result in tension between the fact of enlisting individual and observing human rights. According to the “Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work”, “States are advised to submit names as soon as they gather the supporting evidence of association with Al-Qaida. A criminal charge or conviction is not a prerequisite for listing as the sanctions are intended to be preventive in nature”²¹. Article 12 of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism claims that “any person who is taken into custody or regarding whom any other measures are taken or proceedings are carried out pursuant to this Convention shall be guaranteed fair treatment, including enjoyment of all rights and guarantees in conformity with the law of the State in the territory of which that person is present and applicable provisions of international law, including international human rights law”²².

The contradiction between these two regulations forces us to put a question tag on Walter Schwimmer’s statement as formulated in “Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers’ Deputies”, in which he stated that: “It is perfectly possible to reconcile the requirements of defending society and the preservation of fundamental rights and freedoms”²³. According to A. Cuyvers as mentioned above, there is systematic tension between the UN and the EU anti-terrorist strategies in terms of human rights’ protection.

As is presented above, the oppressive part of these two strategies is fully complementary, i.e. the EU introduced the UN’s mechanisms of sanctioning individuals and collective organisations, however, there is a significant dissonance in the standards concerning an individual’s legal protection. On the one hand, the European legal system grants several basic rights to

²¹ Security Council Committee Pursuant to Resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011) concerning Al-Qaida and Associated Individuals and Entities, *Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work. Adopted on 7 November 2002, as amended on 10 April 2003, 21 December 2005, 29 November 2006, 12 February 2007, 9 December 2008, 22 July 2010, 26 January 2011, 30 November 2011, and 15 April 2013*, http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf, 23.11.2015.

²² *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, op. cit.*

²³ *Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers’ Deputies*, p. 5, <https://www1.umn.edu/humanrts/in-tree/HR%20and%20the%20fight%20against%20terrorism.pdf>, 23.11.2015.

people, all of whom are secured by judiciary control at both the domestic and European level. Yet, on the other hand, the very same EU participates in a UN-inspired sanctioning programme which infringes some of the fundamental principles of the rule of law, such as the right to a fair trial.

Additionally, it is worth mentioning the European Convention on the Suppression of Terrorism (27 January 1977) and the protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism (Strasbourg, 15 May 2003). These acts of the Council of Europe are the ‘third pillar’, which together (with UN and EU regulations) creates the legal framework of cooperation on anti-terrorism measures. They are accompanied by strategies and declarations, which are not the topic of our analysis as they do not provide systematic legal solutions²⁴.

3. The General Court and the Court of Justice of the European Union sentences and their consequences

The proceeding T-315/01 versus the Council and Commission, which was continued before the Court of Justice as C-402/05 P and C-415/05, the proceeding versus the Commission (T-85/09) and its appeal (C-584/10 P joined with the proceedings United Kingdom versus Kadi – C-593/10 P and Council versus Kadi – C-595/10 P) were the result of enlisting Yassin Abdullah Kadi and the Al Barakaat International Foundation on the above-mentioned sanctions list annexed to the Council’s Regulation 467/2001.

Altogether, the file containing sentences concerning the Kadi case is more than 200 pages long. The proceedings lasted from 18 December 2001 until 18 July 2013 and, in the opinion of Juliane Kokott, Advocate General at the Court of Justice, and Christoph Sobotta, it was “perhaps the most visible and interesting case of the European Court of Justice (CJEU) for

²⁴ For a full list, see: <http://www.antyterroryzm.gov.pl/CAT/antyterroryzm/wspolpraca-zagraniczna/unia-europejska/559,Unia-Europejska.html> (21.08.2016).

external relations in recent years. The Court essentially had to decide whether a United Nations Security Council resolution should enjoy primacy over EU law”²⁵.

The grounds for this question was action brought forth by Mr. Kadi and the Al Barakaat Foundation who decided to seek the annulment of the Council’s Regulation, mainly by raising the allegation of violation of the right to be heard, the right to respect property and the right to effective judicial review²⁶. Due to the high complexity of the Kadi case and the vast literature on its topic, we propose to focus on three issues connected with the CJEU’s sentence. The first issue is a question regarding the competences of the European Union, the United Nations and particular states regarding sanctions aimed at individuals and entities as a result of their possible connections with terrorist organisations. The second issue is focused on human rights and their importance in the case of conflict between them and values such as public order or security. The third issue are the consequences of the Kadi judgement for the legal order, which could be metaphorically stated as the question: “What did the CJEU try to say via the Kadi judgement and how was it understood?”, which we will be looking for the answer for in our final remarks.

3.1. Supremacy of European Union law – how should the “rule of law” be understood in a situation of conflict between international law and European Union law?

One of the questions that the GC and CJEU were bound to analyse regarding the Kadi case was the responsibility of the European Union for implementing sanctions framed by the Security Council’s Resolution. The sentence of the GC contains the thesis that: “The institutions and the United Kingdom are therefore right to maintain that the Council was competent to adopt the contested regulation which sets in motion the economic and financial sanctions

²⁵ J. Kokott, Ch. Sobotta, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, *The European Journal of International Law*, vol 23, no 4, 2012, p. 1015.

²⁶ See Case T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [ECR 2005 II – 03649], at para. 59.

provided for by Common Position 2002/402, on the joint basis of Articles 60 EC, 301 EC and 308 EC”²⁷.

However, the above-mentioned basis did not provide sufficient grounds for implementing the SC Resolution, and in the sentence it is clearly expressed that adopting such measures as an element of the Common Foreign and Security Policy should also be considered in the context of the general aims of the European Union, i.e. it “is justified for the sake of the requirement of consistency laid down in Article 3 EU”²⁸. Moreover, according to the CJEU findings, article 308 EC should not be considered as one of the bases for such regulations²⁹, even though anti-terrorist measures, especially considering economic sanctions, may be the subject of regulations at the community level.

The second aspect of this problem is the possibility of treating the SC Resolution or, in general, the UN system, as a source of specific legitimisation of instruments which may not be entirely coherent with, in this case, the fundamental rights of the individual. This perspective was used as an argument by the Council in the Kadi case and was supposed to eliminate the possibility of the illegality of adopted solutions³⁰. As Cian C. Murphy puts it, “for the General Court, any review of the restrictive measures against EU human rights standards would amount to an indirect review of the actions of the UN Security Council against those standards. Such an indirect review was not compatible with international law and was therefore not appropriate. For the Court of Justice, in contrast, the matter was entirely an internal one”³¹. This point should lead us directly to the question regarding the role of the CJEU as the human rights guard.

²⁷ Case T-315/01, *op. cit.*, at para 135.

²⁸ *Ibidem*, at para. 128.

²⁹ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al. Barakaat International Foundation* [ECR 2008 I-06351] at para. 235.

³⁰ See Case T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [ECR 2005 II – 03649] at para. 161.

³¹ See C. C. Murphy, *Counter-Terrorism Law and Judicial Review: The Challenge for the Court of Justice of the European Union* [in:] *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, ed. F. F. Davis, F. de Londras, Cambridge 2014, p. 283-301.

3.2. The Solange argument and the role of the European Court of Justice as a guard of human rights?

In 2001, when Mr. Kadi was enlisted on the Sanction's Committee list, there were no procedures guaranteeing the individual possibility of defence in a case of false accusation resulting from being enlisted. This gap in the sanctions system made it possible to refer to the Kadi case in the reasoning of the German Federal Constitutional Court when attempting to define the relationship between German constitutional law and acts of the EU. Having learnt its lesson from the Germans, the CJEU decided to use this argument to define the relationship between the United Nations system and the European Union. The CJEU sentence, pointing out the GC's error in law, includes the statement according to which the "Community judicature must, in accordance with the powers conferred on it by the EC Treaty, ensure the reviews, in principle the full review, of the lawfulness of all Community acts in the light of the fundamental rights forming an integral part of the general principles of Community law"³².

What is crucial at this point is the adjective "full review" understood as one which "should extend not only to the apparent merits of the contested measure but also to the evidence and information on which the findings made in that measure are based"³³. Soon after the CJEU sentence, on 22 October 2008 Mr. Kadi was provided with information, received from the Sanction's Committee, regarding the grounds for enlisting him on the sanctions list and on 28 November 2008 the Council Regulation, according to which Mr. Kadi was once again enlisted, was published. The grounds given in abovementioned acts were based on copying and pasting the piece of information received from the Sanctions Committee and they did not fulfil the CJEU's expectations regarding standards of abiding to the fundamental rights.

³² Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al. Barakaat International Foundation* [ECR 2008 I-06351] at para. 326.

³³ Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *Commission and Others v Kadi* [Reports of the cases: not yet published] at para. 40.

A fact that should not be omitted is the very broad accommodation of the idea of fundamental rights within the European legal order. The GC and CJEU indicated its roots not only in constitutional traditions common to the Member States but also noted the special significance of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in this matter (in the Kadi case these were especially articles 6 and 13 regarding the principle of effective judicial protection) as well as the Charter of Fundamental Rights of the European Union (article 47). We could only wonder to what's extent suggestive was mentioning the Charter of Fundamental Rights in a judgement delivered almost one year prior to the document that was actually entered into force. The meaning of its presence in the Kadi judgement should be seen in the right context. This context is the lack of vital for the human rights protection instruments on UN's level, regarding the mechanism of enlisting individuals and entities by the Sanctions Committee which was essential for whole case.

3.3 The Kadi judgement's consequences

The consequences of the Kadi judgement can be split into two groups, i.e. what actually changed in the matter of implementing anti-terrorist measures and what is supposed to change in relations between legal orders according to the opinions of scholars. To begin with the examples from the first group, it should be noticed that: "The Security Council responded to Kadi I by creating an Office of the Ombudsperson to provide help to individuals aggrieved by their listing, and subsequently made the Ombudsperson's recommendations regarding delisting more robust. In October, 2012, the Committee delisted Kadi after a recommendation by the Ombudsperson. In Kadi II, the CJEU held that the sanctions regime was still infirm because it did not provide for an independent adversarial hearing on each asset freeze"³⁴. From this point of view, not only was the Kadi case initial inspiration for providing individuals with the possibility of questioning arbitrary decisions but it can also be seen as a stimulant for improving solutions. This thesis finds support in the CJEU's response to the Commission's remark that Mr. Kadi had the possibility of having his case re-examined within the procedure before the Sanctions Committee, in which the CJEU distinguishes between re-examination

³⁴ P. Margulies, *Aftermath of an Unwise Decision: The U.N. Terrorist Sanctions regime After Kadi II*, Amsterdam Law Forum, spring 2014, vol. 6:2, p. 53.

and judicial protection³⁵. Acknowledging the fact that the final delisting of Mr. Kadi from the UN list on 5 October 2012 was the result of the Ombudsman's action can be interpreted as an example of a moderate juridification of a UN system that was previously in the realm of international relations³⁶.

However, the judgement is also an object of critical opinions concerning the possible consequences of such a sentence. First, doubts can appear if we consider the teleology of implementing financial sanctions in Resolution 1267: "However, the CJEU failed to pay sufficient heed to the delicate balance between fairness and efficacy in counterterrorism sanctions. Kadi I prompted reforms, including the establishment of the Office of the Ombudsman that enhanced the alignment of fairness and efficacy. Minding that balance in Kadi II required a measure of deference to the Security Council's comprehensive framework. Without major changes, Kadi II will be remembered as a hollow victory for due process and an expensive monument to the obstacles facing effective global counterterrorism policy"³⁷.

This perspective, presenting Kadi as an element eroding the construction of different levels of law orders, has an even more questionable aspect concerning the extent of violations of a rule of law. According to the CJEU, a violation regarding the right to be heard and the right to judicial protection is defined as "promptly not respected"³⁸. Broadening the possibility of claiming the damages was noticed by the scholars as suggesting that such use of language may result in understanding the violation of human rights simply by a manifest and clear disregard for the limits of discretionary powers, not necessarily being connected with the seriousness of the violation³⁹. Keeping in mind the fact that the CJEU decided to annul the GC view on the matter of justification of Mr. Kadi's right to property and to enclose this aspect

³⁵ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al. Barakaat International Foundation* [ECR 2008 I-06351] at para. 322.

³⁶ See C. C. Murphy, *op. cit.*, p. 283-301.

³⁷ P. Margulies, *op. cit.*, p. 63.

³⁸ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al. Barakaat International Foundation* [ECR 2008 I-06351] at para. 344.

³⁹ See P. Takis Tridimas, Jose A. Gutierrez-Fons, *EU Law, International Law and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress*, Legal Studies Research, 2009, no 11, p. 40.

to the violations of his right to be heard and his right to effective judicial review, this direction of interpreting the CJEU judgement seems to be justifiable.

To examine what actually changed after the Kadi case, it is necessary to mention examples of other cases in which the rules formulated in the Kadi case became the grounds of the CJEU's judgement. An analogical case was one concerning the enlisting of Mr. Chafiq Ayadi, who brought forth an application to annul the EU implementation of the UN listing in 2002 which he then lost before the Court of First Instance in 2006 (T-253/02) and later won on appeal to the CJEU (C-399/06 P and C-403/06 P). Moreover, as Maya Lester notices⁴⁰, lately the GC has decided to apply the Kadi sentence also in cases related to Syria while annulling the inclusion of Hamcho, Kaddour and Jaber (Case T-43/12 Hamcho v Council, Case T-654/11 Kaddour v Council and Case T-653/11 Jaber v Council) on the EU sanctions list.

One of the GC's motivations for such a solution to these cases was the fact of not applying Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights (the right to a fair trial and effective remedy). According to Maya Lester: "the Court confirmed that where the reasons provided for a person's listing are challenged, it is for the Council to prove the reasons, with evidence, and not for the listed person to disprove them"⁴¹. These cases prove the importance of the Kadi judgement – but was it the importance in the matter of hierarchy of different law orders?

3.4. Hamas vs. Council: right to a fair trial

A very similar case was brought to the CJEU regarding financial sanctions aimed at restraining Hamas' activity. In December 2014 the General Court: "annulled, on procedural grounds, the Council measures maintaining Hamas on the European list of terrorist organizations"⁴². As mentioned above, the legal order of the EU includes an official list of terrorist

⁴⁰ See M. Lester, *EU Court Applies Kadi 2 to Syria Sanctions – Annuls Inclusion of Hamcho, Kaddour and Jaber*, <http://europeansanctions.com/2014/11/23/eu-court-applies-kadi-2-to-syria-sanctions-annuls-inclusion-of-hamcho-kaddour-and-jaber/>, 23.11.2015.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *General Court of the European Union Press Release No 178/14*, Judgement in Case T-400/10 Hamas v Council, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_152426/, 23.11.2015.

organisations. Hamas has been on the list since 2002. In 2010 it brought an appeal to remove itself from the list. According to the Council Common Position of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism, the Council was obliged to carry out a specific procedure.

Its main point is to collect facts which have been concretely examined and confirmed in the decisions of national, competent authorities. All of this is done to make sure that an individual or an entity is actually connected with a given type of terroristic activity. Hamas brought forth several claims, mainly of a procedural nature, e.g. about the way they were notified after the Council's decision or about the inappropriate language in which the documents were prepared. The Court's decision was as follows: the Council conducted the factual examination in an impaired way by using mainly press and Internet releases. That is why the procedural requirements were not fulfilled and the Council's decision was annulled.

This is a clear example of how one of the rules of law principles, i.e. procedural justice, is being executed. Even though the Court claims that its decision has nothing to do with "any substantive assessment of the question of the classification of Hamas as a terrorist group"⁴³, it is not that simple. In order to prepare the judgement, the Court had to weigh two values – procedural justice and safety of the European citizens. It is impossible that the judges did not realise what the real effect of their ruling would be. They decided to unblock Hamas' assets to protect the right to a fair trial.

4. The Polish perspective: the new regulations

As the new act on terrorism was introduced to the Polish legal order in June 2016, it seems necessary to mention how the issues described in this article are connected to Polish regulations.

⁴³ *Ibidem.*

Case K 44/07 (30 September 2008), concerning the attempt of implementing regulations allowing, in case of terrorist attacks, to shoot down civilian aircraft, provides us with the basic judgement on anti-terrorism measures in the Polish context⁴⁴. Not only does it summarise international law regulation with respect to civilian aircraft but it also relates to the more general, systematic issues regarding anti-terrorist measures. Unfortunately, the rules laid down in the Constitutional Court's verdict had no influence on creating a new anti-terrorist act.

The Polish anti-terrorist act fits the pan-European stream of tightening anti-terrorist legislation. Generally speaking, the act broadens the scope of power of the national counter-terrorist agency (ABW). It entitles them to conduct total surveillance of foreigners without judicial control, based only on the Prosecutor General's permission. Also, the freedom of speech is endangered as the ABW is allowed to shut down chosen websites. Even though there is judicial control of this action, it takes place after the blocking and, what is even more dangerous, the website's administrator is not allowed to lodge an appeal and challenge the court's decision. On the contrary, the right to lodge an appeal is granted to the ABW.

These examples alone provide us with proof that the relation between the legal protection of an individual and the anti-terrorist measures is still not sufficiently balanced. We claim that while creating these measures, more attention should be given to the protection of human rights⁴⁵.

5. Closing remarks

The Kadi case seems to be the most influential case in terms of the CJEU's sentences regarding terrorism. Due to its fundamental meaning for defining, or perhaps rocking, the

⁴⁴ See Wyrok z dnia 30 września 2008 r. Sygn. akt K 44/07. http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_44_07_PL.pdf (21.08.2016).

⁴⁵ See *Rzecznik Praw Obywatelskich skarży ustawę antyterrorystyczną do Trybunału Konstytucyjnego* <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rzecznik-praw-obywatelskich-skar%C5%BCy-ustaw%C4%99-antyterrorystyczn%C4%85-do-trybuna%C5%82u-konstytucyjnego> (21.08.2016).

relations between the law orders, the initial topic of the case slightly descends into the background of the vast quantity of articles and opinions on this subject. What we would like to discuss is the attempt of interpreting the Kadi judgement closely to the source of its initial problem, which would be the approach to terrorism and, consequently, to anti-terrorist measures. Therefore, we would like to propose to consider the issue by asking why the CJEU judgement provided such a controversial solution.

First, as we have already mentioned above, attempts to limit terrorism to its definitions in the juristic approach has created much discussion. In this matter the political and sociological aspects are vital factors influencing the state's attitude towards this phenomenon. Due to this fact, the juristic perspective, implementing strict limitations regarding the possibility of defining acts as terroristic, has undoubtedly significant meaning for marking the boundaries of acts considered as terroristic. However, it must not be forgotten that regulations implementing anti-terrorist measures are the effect of combining a political, sociological and juristic mosaic.

Regarding the political discourse on terrorism, we cannot omit the fact that we are talking about war – not regular, old-fashioned war but war without a precisely specified enemy and with nothing other than a global battlefield. It was first declared by the Reagan administration in 1984 and was supposed to legitimise the freezing of assets. For our analysis, much more important is the fact of returning to this term in the context of the attack on the World Trade Center. As a consequence, what was noticed by sociologists was that war became the new order⁴⁶. We find here a strong analogy to the War on Drugs as declared by the Nixon administration in 1971. Both 'wars' started with a strong political statement from the US President. They both had vast support of the American society. They both cost a lot. They both have their own institutions – the Drug Enforcement Administration and the Department of Homeland Security. They both spread across the globe. The question is – will the War on Terror fail just as the War on Drugs did?

⁴⁶ See A. Appadurai, *Fear of Small Numbers. An Essay on the Geography of Anger*, London 2006, passim.

What should be considered as a state of emergency not only determines the state's policy and shapes international relations but also appears to infiltrate everyday life in its littlest aspects. This leads us straight to our second conclusion and, simultaneously, to our interpretation of the Kadi judgement. For ages, *ius in bello* has been separated from *ius pacem*. The unpredictable nature of terrorism makes it almost impossible to continue this division. However, in our opinion one of the aspects that the CJEU tried to say via the Kadi judgement was that implementing financial sanctions as an anti-terrorist measure is not identical with introducing a state of war on a full scale.

The catalogue of fundamental rights, being an immanent part of European countries' constitutional rules as well as the subject of regulations adopted by European intergovernmental organisations, should not undergo any lawless limitations covered under the term of a "war on terrorism". Moreover, there is a high possibility that the CJEU is signalling that by implementing anti-terrorist measures we should be careful not to use terrorist methods. A much more drastic example would be CIA prisons, which demonstrate how fragile and dynamic the relation based on the victim-executioner schema is and how easily it is possible to reverse it. Therefore this (over-?) sensitivity regarding fundamental rights should also be seen as a warning sign of the above-mentioned possibility.

Of course, this point of view may be criticised by pointing out that such a judgement makes it more difficult to fight against terrorism. But do we even know who we are fighting with? Restraining civic liberties and spending billions of dollars on military action does not change the unpredictability of terrorist attacks. The Kadi case could be, and was, criticised for eroding the international security system, which is the only possibility of carrying out a united action against terrorism. Has this system itself not been, for over 30 years now, criticised for its insufficiency? Does the situation in Syria or Ukraine not prove that being over-sensitive regarding human rights when implementing SC resolutions is not the most difficult problem as it comes to the world's peace and the UN system? Perhaps the Kadi judgement is not that special but, being used to thinking of terrorism as a war have we not forgotten about the values we are supposed to defend?

* * *

Individual legal protection vs. anti-terrorist measures: the legal perspective (the saga of the Kadi cases, *Hamas v. Council*).

Summary: Terrorism is one of the gravest threats in the modern world, both because of the victims of its actions and the fact that it is used to restrain citizens' liberties in democratic countries. This issue is directly linked with the inability to determine a unified, binding definition of terrorism while at the same time facing the necessity of regulating the question of penalisation of acts of terror. These problems are visible in the democratic countries' abuse of methods which are contrary to the fundamental values of democracy when fighting or trying to prevent terrorism. In view of all this the key question concerns the role of the courts in controlling whether various acts introducing norms, sanctions and counter-terroristic measures are being observed. An analysis of rulings in the *Hamas* and *Kadi* cases serve well as examples of attempts at rationalising actions governed by fear. The sociological perspective allows one to realise how important it is, due to the distinct character of the war on terror, to guarantee the following of rules in a democratic country.

Key words: Anti-terrorist measures, terrorism, *Hamas*, reforms, *Kadi*.