Uniwersytet Wrocławski

Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki

Prace uczniów i współpracowników
dedykowane Profesorowi

Bogusławowi Banaszakowi

pod redakcją
Mariusza Jabłońskiego i Sylwii Jarosz-Żukowskiej

Wrocław 2014

Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki

Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi

Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria: **e-Monografie** Nr 50

Dostęp online: https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/64879

Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki

Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi

pod redakcją
Mariusza Jabłońskiego i Sylwii Jarosz-Żukowskiej

Wrocław 2014

Komitet Redakcyjny
dr hab. prof. nadzw. UWr Leonard Górnicki – przewodniczący
mgr Bożena Górna – członek
mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

Recenzent: *prof. nadzw. dr hab. Andrzej Bisztyga*

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta: *Joanna Kokocińska, Aleksandra Dorywała*
Projekt i wykonanie okładki: *Andrzej Malenda*
Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszka, Tomasz Kalota eBooki.com.pl*

Wydawca
E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-61370-90-1

Spis treści

O Profesorze Bogusławie Banaszaku słów kilka 9

Rozdział I. Dylematy etyczne wolności i praw człowieka

Ryszard Balicki
Zniesienie kary śmierci w Polsce 15

Artur Ławniczak
Kilka uwag na temat starego i nowego paradygmatu relacji człowieka z prawem....25

Agnieszka Malicka
Eksperyment medyczny z udziałem człowieka w świetle niemieckiego prawa konstytucyjnego....39

Artur Preisner
Paternalizm a wolność....51

Rozdział II. Status informacyjny jednostki

Michał Bernaczyk, Urszula Muszalska
Ewolucja prawa do informacji w Japonii. Od *shiru kenri* do *Joho Kokai Ho* 67

Mariusz Jabłoński
„Dokument wewnętrzny" i jego udostępnienie na podstawie Konstytucji RP oraz ustawy o dostępie do informacji publicznej 87

Justyna Węgrzyn
Prawo konsumenta/pacjenta do informacji zawartych w dokumentacji medycznej....103

Agnieszka Wojtatowicz-Lasek, Krzysztof Wygoda
Prawo dostępu do własnych danych ubezpieczonego − zakres i tryb....121

Joanna Żak
Koncepcja „prawa do bycia zapomnianym" 141

Rozdział III. Jednostka w społeczeństwie obywatelskim

Izabela Bernatek-Zagula
Status prawny członków Polskiej Komisji Akredytacyjnej w Polsce 159

Anna Deryng
Status organizacji pozarządowych w świetle postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r....173

Anna Feja-Paszkiewicz
Zmiany w postrzeganiu statusu członka wspólnoty samorządowej – kilka uwag 193

Paweł Kuczma
Prawo obywatela Unii Europejskiej do wystąpienia z europejską inicjatywą obywatelską....207

Sylwia Jarosz-Żukowska, Łukasz Żukowski
Wolność akademicka w kontekście komercjalizacji wyników badań naukowych 219

Anna Śledzińska-Simon
Eliminacja stereotypów płci w kontekście przemocy uwarunkowanej płcią w wielopoziomowym systemie ochrony praw człowieka 239

Rozdział IV. Środki i gwarancje ochrony wolności i praw jednostki

Malwina Jaworska
Realizacja konstytucyjnego prawa do wyegzekwowania orzeczenia w postępowaniu sądowoadministracyjnym 263

Tomasz Jurczyk
Trzy źródła praw podstawowych Unii Europejskiej 279

Piotr Kapusta
Nowe technologie w służbie prawa do sądu 289

Robert Kropiwnicki
System wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce 301

Małgorzata Masternak-Kubiak
Znaczenie zasady proporcjonalności w procesie inwestycyjno-budowlanym 313

Justyna Michalska
Prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie 327

Mateusz Radajewski
Ochrona podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela jako zasada stanów nadzwyczajnych 337

Jakub Rzucidło
Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych a prawo do sądu podmiotu leczniczego prowadzącego szpital 353

Rozdział V. Obowiązki konstytucyjne

Kazimierz Działocha, Agnieszka Łukaszczuk
Dylematy konstytucyjnej regulacji obowiązków jednostki w Konstytucji RP 371

Nina Leśniak
Realizacja konstytucyjnych obowiązków ochrony środowiska przez samorząd terytorialny w Polsce 389

Michał Zieliński
Obowiązki konstytucyjne a ustrój państwa 399

Spis Autorów 417

O Profesorze Bogusławie Banaszaku słów kilka

Niniejsza publikacja ma charakter szczególny, nie jest to bowiem Księga Jubileuszowa, lecz monografia zbiorowa, której celem jest podziękowanie za życzliwość i bezinteresowną pomoc, której doświadczyliśmy jako pracownicy i doktoranci Katedry Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego ze strony Pana Profesora Bogusława Banaszaka. Dlatego prezentacja osoby Pana Profesora będzie miała inny charakter niż w przypadku Księgi Jubileuszowej.

Okazją do przygotowania publikacji jest fakt, iż właśnie kończy się kilka dekad pracy Profesora Bogusława Banaszaka na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, z których ostatnich 12 lat wiązało się z piastowaniem stanowiska kierownika Katedry Prawa Konstytucyjnego. Profesor postanowił bowiem podjąć nowe wyzwania, przenieść swoje centrum życia naukowego do innego ośrodka akademickiego i tam kontynuować dotychczasowe zainteresowania, jak również opiekę nad kolejnymi pokoleniami młodych naukowców.

Nie ukrywamy, że jest to dla nas duża strata i to nie tylko w wymiarze naukowym i organizacyjnym, ale także w wymiarze czysto ludzkim. Przez okres pracy najpierw w Katedrze Prawa Publicznego, a potem w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Profesor Bogusław Banaszak opublikował blisko 400 różnego rodzaju opracowań naukowych, wypromował kilkudziesięciu doktorów, nie wspominając o wielokrotnym recenzowaniu prac doktorskich, habilitacyjnych, jak również opiniowaniu kandydatur profesur akademickich i zwyczajnych. W okresie tym współpracował także na wielu płaszczyznach z różnymi organami i instytucjami publicznymi, prowadził bardzo zróżnicowaną działalność ekspercką. Był również doskonałym dydaktykiem, którego wykłady cieszyły się i w dalszym ciągu cieszą się niesłabnącym zainteresowaniem studentów.

Kompleksowa prezentacja dotychczasowych dokonań naukowych i organizacyjnych Profesora Bogusława Banaszaka w tym miejscu wiązałaby się z kilkudziesięciostronicowym zestawieniem publikacji napisanych w językach: polskim, niemieckim, angielskim, rosyjskim, a nawet koreańskim. Wskazanie Jego dokonań w zakresie współpracy zarówno z ośrodkami zagranicznymi, jak i krajowymi byłoby również obszerne, obejmując przyznane mu wielokrotnie tytuły doktora honoris causa (Uniwersytetu w Pecs, Alba Julii, Pitesti oraz Kijowskiego Uniwersytetu Prawa), odznaczenia oraz zestawienie olbrzymiej liczby wykładów wygłoszonych na różnego rodzaju konferencjach, sympozjach i stażach naukowych. Moglibyśmy wreszcie szeroko opisywać wiele pełnionych przez Profesora funkcji publicznych, przygotowanych opinii i ekspertyz, które miały istotny wpływ na kształtowanie treści przyjmowanych rozwiązań prawnych bądź rozstrzygnięć w procesie stosowania prawa.

Przyjęliśmy jednak zupełnie odmienną koncepcję. Zastrzegając sobie prawo współudziału w przygotowaniu Księgi Jubileuszowej (co odbędzie się za kilka lat), chcielibyśmy podziękować Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi za to, że jest człowiekiem, który niezależnie od osobistych dokonań naukowych, dydaktycznych, promotorskich, organizacyjnych czy wreszcie kierowniczych, w swoich decyzjach kieruje się szacunkiem wobec drugiego człowieka. Od Pana Profesora zawsze można ufnie oczekiwać pełnego i życzliwego wsparcia, także w sytuacji pojawiających się problemów osobistych. Nigdy nie deprecjonuje On pomysłów czy też inicjatyw w zakresie podjęcia określonego zagadnienia badawczego lub tematu naukowego. Wręcz przeciwnie – zachęca do pogłębienia zainteresowań i doprowadzenia do sfinalizowania publikacji. Pomoc ze strony Pana Profesora nie kończy się na naukowej opiece, ale obejmuje również dostarczenie materiałów naukowych, kierowanie do zaprzyjaźnionego ośrodka naukowego (bardzo często zagranicznego) czy wreszcie zabezpieczenie odpowiednich środków pozwalających na prowadzenie badań naukowych.

Wielokrotnie też Profesor Bogusław Banaszak inicjował współpracę nad rozmaitymi zagadnieniami z zakresu prawa konstytucyjnego, w tym prawa porównawczego czy praw człowieka, do której zapraszał wszystkich zainteresowanych, zachęcając jednocześnie niezdecydowanych do podjęcia nowych wyzwań. Nie miało przy tym znaczenia, czy jest to już doświadczony znawca prawa konstytucyjnego, czy też dopiero rozpoczynający pracę naukową doktorant. Profesor zawsze podkreśla, że każdy z nas jest odpowiednio predysponowany do tego, aby zmierzyć się nawet z najbardziej skomplikowanym zagadnieniem badawczym. Ważne jest jednak to, żeby odpowiednio się do takiego wyzwania przygotować i po prostu poradzić sobie z nim. Należy jednocześnie zauważyć, że współpraca z Profesorem nigdy nie polega na przerzuceniu własnych zobowiązań na pozostałych członków zespołu. Profesor zawsze jako jeden z pierwszych „melduje wykonanie swoich zadań", pomagając także innym w ukończeniu ich pracy. Stara się też mobilizować swoich współpracowników, podkreślając, że włożony wysiłek naukowy musi przełożyć się na pozytywne efekty zarówno w obszarze nauki, jak i kariery naukowej każdego z nas.

W naszej opinii Profesor Bogusław Banaszak jest na pewno jednym z najlepszych opiekunów i promotorów − życzliwy, pomocny, mobilizujący do samodzielnego badania zagadnień naukowych, dodający otuchy w chwilach zwątpienia. Jedną z bardzo ważnych cech Profesora Bogusława Banaszaka jest także to, że mimo czasami odmiennego zdania nie deprecjonuje poglądów (stanowiska) drugiej osoby. Jak mówi Profesor, „nigdy nie mamy do czynienia z sytuacją, w której istnieje tylko jedno możliwe rozwiązanie. Dlatego też trzeba poznać różne punkty widzenia, aby ostatecznie przyjąć

rozwiązanie najlepsze". Takie podejście prowadzi do tego, że zdanie każdego jest warte rozważania, co sprzyja swobodnemu prowadzeniu dyskusji naukowej.

Profesor Bogusław Banaszak hołduje zasadzie, że należy wyznaczać sobie cele i konsekwentnie je realizować. Podkreśla także, że należy cieszyć się z sukcesów innych, a jeszcze bardziej cieszyć się, że miało się jakiś, choćby niewielki wkład w osiągnięcie sukcesu przez drugą osobę. Ta właśnie cecha osobowości Profesora Bogusława Banaszaka jest charakterystyczna dla całokształtu Jego dotychczasowej działalności jako naukowca, dydaktyka, kierownika, promotora, a także osoby pełniącej wiele funkcji publicznych.

Wydaje się, iż źródłem sukcesu Profesora Bogusława Banaszaka jest po prostu to − choć być może aż to – że trzeba być dobrym człowiekiem, wolnym od zazdrości, kierującym się w życiu właściwą dozą zaufania.

Jesteśmy pewni, że nowi współpracownicy Pana Profesora zauważą i docenią Jego liczne walory i miło nam, że zapewne będą postrzegać wrocławską Katedrę Prawa Konstytucyjnego przez pryzmat Jego osoby. Jesteśmy wdzięczni i dumni z tego, że pracowaliśmy pod Jego kierunkiem. Mamy jednak nadzieję, że zmiana centrum życia naukowego nie osłabi kontaktów Profesora Bogusława Banaszaka z naszą Katedrą. Przed nami jest przecież jeszcze wiele wspólnych celów, których realizacja jest tylko kwestią czasu.

Mariusz Jabłoński
Sylwia Jarosz-Żukowska

Rozdział I

Dylematy etyczne wolności i praw człowieka

Ryszard Balicki
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Zniesienie kary śmierci w Polsce

1. Wprowadzenie

Kara śmierci zawsze budziła i nadal budzi wielkie emocje. Jest to szczególnie widoczne wówczas, kiedy w mediach pojawia się informacja o kolejnej zbrodni popełnionej z niskich pobudek, to wtedy właśnie aktywizują się politycy populiści, chcąc na tragedii zdobyć poparcie.

Temat kary śmierci wrócił do debaty publicznej – miejmy nadzieję, że po raz ostatni − w roku 2013, kiedy to w polskim parlamencie poddano pod dyskusję ustawy wyrażające zgodę na ratyfikację protokołów (protokół nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[1] oraz Drugi Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[2]) znoszących możliwość stosowania kary śmierci[3]. W następstwie uchwalonych ustaw, Prezydent RP dokonał ratyfikacji i oba protokoły wejdą wobec Polski w życie w 2014 r. (protokół nr 13 w dniu 1 września 2014 r., a drugi protokół fakultatywny do MPPOiP 25 lipca 2014 r.).

Warto jednak zastanowić się, dlaczego znoszenie kary śmierci w Polsce było tak długotrwałym procesem i jaki jest ostateczny stan prawny w tej dziedzinie.

Jest to o tyle istotne, o ile Europa (rozumiana zarówno jako kontynent, jak i grupa państw tworzących kulturę mogącą być nazwaną europejską) jest regionem konsekwentnie i przez lata dążącym do zniesienia kary śmierci. W szczególności było to widoczne w aktywności Rady Europy, poprzez przyjęte protokoły do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, najpierw w protokole 6, mówiącym o zniesieniu kary śmierci w czasie pokoju, a następnie we wspomnianym już protokole 13.

---

[1] Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; zob. też http://www.strasbourgre.mfa.gov.pl/resource/fedf40b7-3c0a-42d2-8bdf-296772ce7295 (dostęp: 25.07. 2014).

[2] Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

[3] Ustawa z dnia 26 lipca 2013 r. o ratyfikacji Protokołu nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczącego zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach, sporządzonego w Wilnie dnia 3 maja 2002 r., Dz. U. z 2013 r. poz. 1044 oraz Dz. U. z 2014 r. poz. 891 (wobec Polski protokół wszedł w życie 25 lipca 2014 r.).

2. Kara śmierci w prawie polskim

Kara śmierci była stosowana na ziemiach polskich od dawna. Pierwotnie była wymierzana (tak jak i w innych krajach) na podstawie norm prawa zwyczajowego i traktowana jako oczywiste odpłacenie skazanemu za popełnione czyny[4]. Myślenie takie było pochodną talionowej zasady odwetu: „oko za oko, ząb za ząb"[5].

Najczęściej karę główną wymierzano za najcięższe przestępstwa, takie jak zabójstwo, kradzież, zdrada oraz obraza majestatu władcy. Na podstawie Statutów Kazimierza Wielkiego[6] kara śmierci groziła także za nadużycia podatkowe i wyłudzanie nienależnych świadczeń z żup królewskich. W połowie XV w. karę śmierci (oraz konfiskatę mienia) stosowano również za fałszowanie monety[7]. Z czasem, również na ziemiach polskich, pojawiła się także kara śmierci za herezje i czary[8].

Po rozbiorach, na ziemiach polskich obowiązywały regulacje karne państw zaborczych, w których kara śmierci była zawarta[9].

Po odzyskaniu niepodległości w 1918 r. konieczne stało się szybkie doprowadzenie do unifikacji prawa. Powołana została komisja kodyfikacyjna, przed którą postawione zostało bardzo odpowiedzialne zadanie przygotowania jednolitego ustawodawstwa (zarówno w odniesieniu do prawa cywilnego, jak i karnego)[10].

Przez lata funkcjonowania komisji kodyfikacyjnej kara śmierci wielokrotnie stawała się przedmiotem dyskusji, a jej ostateczne umieszczenie w projekcie − który stał się

[4] Warto jednak podkreślić, że już wówczas pojawiały się osoby wyrażające swój jednoznaczny sprzeciw przeciwko karze śmierci. Jan Długosz w *Dziejach Polski* (księga VI, rok 1203) tak napisał o św. Jadwidze Śląskiej: „Przez całe zaś lat piętnaście, w których te gmachy stawiano Bł. Jadwiga nie dozwoliła księciu Henrykowi, ani jego sędziom i urzędnikom, żadnego złoczyńcy, o jakąkolwiek bądź zbrodnię obwinionego, śmiercią karać, ale wszystkich przeznaczać do robót około klasztoru Trzebnickiego, tak iżby każdy według przewinienia swego cięższą lub lżejszą podejmując pracę, krócej lub dłużej za popełnione przestępstwo pokutował". Było to więc zapewne pierwsze „moratorium" na stosowanie kary śmierci w dziejach. Por. J. Kędzierski, *Przeciwko karze śmierci,* „Palestra" 2001, nr 7−8, http://www.palestra.pl/index.php?go=artykul&id=488 (dostęp: 1.08.2014).

[5] Zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2001, s. 21.

[6] Zob. szerzej W. Uruszczak, *Statuty Kazimierza Wielkiego jako źródło prawa polskiego*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 1999, nr 3, s. 97, http://bazhum.icm.edu.pl/bazhum/download/bwmeta1.element.dl-catalog-9c686364-e2dc-4488-ad93-f4e460d222a4/full-text/match157407525602976 3144.pdf (dostęp: 3.08. 2014).

[7] Zob. J. Bardach, *Historia państwa i prawa polskiego*, Warszawa 1985, s. 145.

[8] Kara śmierci za czary została ostatecznie zniesiona dopiero w 1776 r.; zob. R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków 2000, s. 386.

[9] W. Makowski, *Prawo karne. O Przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 321−323.

[10] Ustawa z 3 czerwca 1919 r. o komisji kodyfikacyjnej, Dziennik Praw Państwa Polskiego z 1919 r., Nr 44, poz. 315; isip.sejm.gov.pl/Download?id=WDU19190440315 01&type=1 (dostęp: 2.08. 2014). Zob. też J. Markiewicz, Kształtowanie się polskiego systemu prawa sądowego i jego twórcy w okresie międzywojennym 1919−1939 (wybrane zagadnienia), http://www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3/Markiewicz.pdf (dostęp: 1.08.2014).

podstawą kodeksu karnego przyjętego w drodze rozporządzenia Prezydenta RP z 11 lipca 1932 r.[11] – zostało przesądzone w komisji kodyfikacyjnej jednym głosem[12].

Kodeks karny z 1932 r. przewidywał możliwość wymierzenia kary głównej w przypadku popełnienia czterech przestępstw o charakterze politycznym (art. 93 § 1 – zamach na niepodległy byt państwa; art. 94 § 1 − zamach na życie lub zdrowie Prezydenta RP; art. 101 § 2 – zdrada wojenna; art. 102 – dywersja w czasie wojny) oraz za jedno przestępstwo pospolite wyrażone w art. 225 § 1 – zabójstwo[13].

Po drugiej wojnie światowej na terenie Polski obowiązywał nadal kodeks karny z 1932 r., jednak było to funkcjonowanie w radykalnie zmienionej rzeczywistości społeczno-politycznej. Szczególne znaczenie uzyskały bowiem regulacje pozakodeksowe[14].

Pierwszą taką regulacją był dekret wydany jeszcze przez Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego (PKWN)[15] z 30 października 1944 r. o ochronie Państwa[16]. Dekret ten wprowadzał jedenaście czynów zabronionych i wszystkie (!) zagrożone były sankcją opisaną słowami „podlega karze więzienia lub karze śmierci". Również i wejście w życie dekretu naruszało zasadę *lex retro non agit* – art. 18 przesądzał bowiem, że dekret wchodził w życie z mocą od 15 sierpnia 1944 r.

W kolejnym roku dekret ten został uchylony i zastąpiony dekretem z 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa[17].

---

[11] Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571, isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU**1932**0600571 (dostęp: 3.08.2014).

[12] Zob. M. Zubik, *Kara śmierci w Polsce*, [w:] M. Mitera, M. Zubik, Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych, Warszawa 1998, s. 84 http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/MarekZubikKaraSmierciWSwietleDoswiadczenWspolczesnychSystemowPrawnych.pdf (dostęp: 1.08.2014).

[13] Zob. szerzej M. Zubik, *Kara śmierci…,* s. 85. Warto także zaznaczyć, że kara śmierci mogła także zostać orzeczona na podstawie przepisów zawartych w innych aktach prawnych, takich jak: rozporządzenie Prezydenta RP z 19 marca 1928 r. o postępowaniu doraźnym, ustawa z 23 maja 1924 r. o powszechnym obowiązku wojskowym, rozporządzenie Prezydenta RP o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu Państwa oraz rozporządzenie Prezydenta RP o ochronie niektórych interesów; *ibidem.*

[14] Należy przy tym pamiętać, że w czasach stalinowskich (1944−1953 r.) nie tylko bardzo często orzekano karę śmierci (szacuje się, że orzeczono ją wówczas w ok. 2–3 tysięcy przypadków), ale także organy przymusu państwowego bardzo często uciekały się do działań mających charakter mordów politycznych; *ibidem*, s. 86 oraz wskazana tam literatura: J. Wojciechowska, *W sprawie zniesienia kary śmierci w Polsce*, [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995, s. 162 oraz J. Szumski, *Dzieje polskiego abolicjonizmu (w zestawieniu z rozwiązaniami projektu kodeksu karnego)*, „Państwo i Prawo" 1997, z. 1, s. 82.

[15] Przez lata PRL budowana była „romantyczna" historia o tym jak to w „wyzwolonym" Lublinie, dzielni Polacy tworzyli zręby ludowej państwowości. Zarówno głoszona historia, jak i wskazane miejsce powstania, a nawet data wydania aktu prawnego, na którego podstawie miał powstać PKWN – wszystko to było fałszem. PKWN został utworzony w Moskwie 21 lipca 1944 r. na skutek decyzji podjętych przez władze ZSRR, i miał służyć przejęciu władzy w Polsce; zob. W. Kozyra, *Ustrój administracji państwowej w Polsce w latach 1944−1950*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2011, t. LXIII, z. 1, s. 174. O przesłankach i procesie powstawania PKWN zob. A. Noskowa, *Na drodze do stworzenia PKWN – rola Moskwy*, „Pamięć i Sprawiedliwość. Pismo Instytutu Pamięci Narodowej" 2005, nr 2(8), s. 31.

[16] Dz. U. z 1944 r. Nr 10, poz. 50.

[17] Dz. U. z 1945 r. Nr 53, poz. 300.

W dekrecie tym liczba czynów zagrożonych karą śmierci została co prawda ograniczona do ośmiu, jednak bardzo szybko – już po miesiącu − władze komunistyczne uznały, że jest on zbyt liberalny w swojej treści i konieczne jest zaostrzenie prawa[18]. Przyjęta została uchwała Rady Ministrów z 13 grudnia 1945 r. w której stwierdzono: „wobec kontynuowania przez reakcję jej zbrodniczej działalności dalsze wykazywanie liberalnego stosunku do niej byłoby szkodliwe dla interesów państwa i całego narodu, a zwłaszcza niebezpieczna i groźna jest akcja mordów bratobójczych nadal szeroko stosowana przez organizacje reakcyjne. W związku z powyższym Rada Ministrów uważa za konieczne zaostrzenie kar za wszelką działalność, podrywającą spokój, porządek i bezpieczeństwo wewnątrz kraju, jak też osłabiającą Polskę na zewnątrz"[19].

W celu zrealizowania powyższej uchwały, 13 czerwca 1946 r. wydany został dekret o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa[20] (zwany powszechnie małym kodeksem karnym). Dekret ten wszedł w życie 12 lipca 1946 r. i obowiązywał do 31 grudnia 1969 r. Mały kodeks karny w trzynastu przypadkach przewidywał możliwość orzeczenia kary śmierci[21].

Karę śmierci można było również wymierzyć na podstawie dekretu z 5 sierpnia 1949 r. o ochronie sumienia i wyznania[22], jeżeli skutkiem przestępstwa skierowanego przeciwko grupie ludności lub poszczególnym osobom z powodu przynależności wyznaniowej, przekonań religijnych lub bezwyznaniowości była śmierć, ciężkie uszkodzenie ciała, zakłócenie biegu życia publicznego lub zagrożenie bezpieczeństwa publicznego (art. 7 ust. 4) oraz przepisów regulujących niektóre kwestie obrotu gospodarczego[23].

Kara śmierci była również przewidziana w uchwalonym 19 czerwca 1969 r. nowym kodeksie karnym. Nie została jednak ujęta w katalogu kar zasadniczych, lecz umieszczona w została odrębnie jako kara o charakterze wyjątkowym[24].

W obowiązującym wówczas stanie prawnym kara śmierci przewidziana została w dziewięciu przypadkach opisanych w kodeksie karnym, a także w przepisach

[18] Zob. A. Lityński, *O prawie i sądach początków Polski Ludowej*, Białystok 1999, s. 100.

[19] M. Siewierski, *Mały kodeks karny. Komentarz i orzecznictwo*, Łódź 1949, s. 10.

[20] Dz. U. z 1946 r., Nr 30, poz. 192. Warto przy tym podkreślić, że nowy dekret używał tytułu identycznego z poprzednią regulacją.

[21] A. Lityński, *Podstawy prawa terroru. O niektórych zmianach w prawie karnym pierwszej dekady Polski Ludowej*, [w:] *Z dziejów sądów i prawa*, red. A. Lityński, Katowice 1992, s. 104.

[22] Dz. U. z 1949 r. Nr 45, poz. 334.

[23] Była wśród nich ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zakazie posiadania walut obcych, monet złotych, złota i platyny oraz zaostrzeniu kar za niektóre przestępstwa dewizowe, Dz. U. z 1950 r. Nr 50, poz. 460; oraz dekret z 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej, Dz. U. z 1953 r. Nr 17, poz. 68, zastąpiony następnie przez ustawę z dnia 18 czerwca 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciw własności społecznej, Dz. U. z 1959 r. Nr 36, poz. 288.

[24] O dyskusji na temat utrzymania kary śmierci toczonej w okresie przygotowania kodeksu karnego z 1969 r. zob. M. Zubik, *Kara śmierci…*, s. 87−88.

pozakodeksowych: dekrecie z 31 sierpnia 1944 r.[25] oraz w ustawie z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony PRL[26]. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że zmniejszenie liczby przypadków, w których możliwe było wymierzenie kary śmierci, dawało jedynie złudne poczucie „progresywnej abolicji", w rzeczywistości pomiędzy latami 1964−1969 a 1970−1975 nastąpił ponaddwukrotny wzrost orzeczonych kar głównych (z 33 do 78 przypadków)[27].

Istotne pogorszenie stanu prawnego nastąpiło po ogłoszeniu stanu wojennego[28]. W przyjętym wówczas dekrecie o postępowaniach szczególnych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia w czasie obowiązywania stanu wojennego[29], dawał możliwość orzeczenia kary śmierci w postępowaniach doraźnych w sprawach, w których górna granica kary za dane przestępstwo nie była niższa niż 8 lat. Rozszerzono więc możliwość stosowania kary śmierci aż na 86 kategorii czynów zabronionych[30].

W 1987 r. powołana została Komisja ds. Reformy Prawa Karnego, która opracowała „Założenia reformy ustawodawstwa karnego", a następnie – w 1990, 1991, 1994 r. – kolejne wersje kodeksu karnego[31].

Od 1988 r. zaczęło funkcjonować w Polsce faktyczne moratorium na wykonywanie kary śmierci. Kara główna co prawda nadal była umieszczona w regulacjach kodeksowych, jednak kodeks postępowania karnego wprowadzał obowiązek przedłożenia Radzie Państwa (a później Prezydentowi) akt wszystkich spraw, w których kara śmierci została orzeczona wraz z wnioskiem Prokuratora Generalnego o ułaskawienie. Rada Państwa nie była ograniczona żadnym terminem na rozpatrzenie tego wniosku, a w tym czasie nie można było kary wykonać. W roku 1995 moratorium to stało się również moratorium formalnym, w związku z treścią art. 5 ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym[32], który wprowadzał 5-letni zakaz wykonywania kary śmierci.

---

[25] Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego, Dz. U. z 1944 r. Nr 4, poz. 16. O drastycznej treści dekretu zob. A. Lityński, *O prawie i sądach początków Polski Ludowej*, Białystok 1999, s. 63 i n.

[26] Dz. U. z 1967 r. Nr 44, poz. 220.

[27] A. Grześkowiak, *Kara śmierci w polskim prawie karnym*, Toruń 1978, s. 213 i 121.

[28] Dekret z dnia 12 grudnia o stanie wojennym, Dz. U. z 1981 r. Nr 29 poz. 154. Zob. jednak wyrok TK z 16 marca 2011 r., K 35/08, Dz. U. z 2011 r., Nr 2A, poz. 11, oraz L. Morawski, *Problem legalności stanu wojennego z 12−13 grudnia 1981 r. Studium z historii prawa polskiego*, Warszawa 2012, *passim*.

[29] Dz. U. z 1981 r. Nr 29, poz. 156.

[30] M. Zubik, *Kara śmierci…*, s. 91. Nawet po podjęciu decyzji o formalnym zawieszeniu obowiązywania stanu wojennego kara śmierci mogła zostać orzeczona w prawie 40 przypadkach; *ibidem.*

[31] J. Kochanowski, *Redukcja odpowiedzialności karnej (Analiza i ocena założeń kodeksu karnego z 1997 r. na tle innych polskich kodyfikacji karnych*, Warszawa 2000, s. 10.

[32] Dz. U. z 1995 r. Nr 95, poz. 475.

W dniu 20 czerwca 1997 r. uchwalony został w Polsce nowy kodeks karny, w którym kara śmierci nie została już przewidziana[33].

3. Kara śmierci w regulacjach międzynarodowych

Niekiedy w debacie publicznej pojawia się pogląd, w którym wiąże się rezygnację z kary śmierci w polskim porządku prawnym z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej. Nie jest to stanowisko prawdziwe, jednak regulacje prawnomiędzynarodowe odegrały bardzo istotną rolę w wyeliminowaniu kary głównej z polskiego katalogu kar.

3.1. System uniwersalny (ONZ)

W prawie międzynarodowym zauważalna tendencja do zniesienia kary śmierci pojawiła się w końcu lat 40. To właśnie wówczas nowo utworzone organizacje międzynarodowe (takie jak Organizacja Narodów Zjednoczonych, ale i Rada Europy), przygotowując pierwsze dokumenty regulujące prawa człowieka, podniosły znaczenie ludzkiej godności i prawa do życia, a także poczęły domagać się zniesienia kary śmierci. Jednak wówczas, w 1948 r., gdy tworzono Powszechną Deklarację Praw Człowieka, żądanie zniesienia kary śmierci okazało się zbyt radykalne[34].

Jednak kierunek działań został już wytyczony[35]. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, w swym art. 3, podkreśliła jedynie oczywisty przecież fakt, że każdy człowiek ma prawo do życia. Ale przyjęty w 1966 r. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych – w swym art. 6 − stwierdzał już nie tylko, że każda istota ludzka ma prawo do życia, ale także, że prawo to winno podlegać ochronie ustawowej. Postanowienia Paktu w istotny sposób ograniczały możliwość orzekania kary śmierci, przesądzając, za jakie czyny może być wymierzona (jedynie za najpoważniejsze przestępstwa), definiując organ i tryb, w którym kara może być orzeczona (może to uczynić wyłącznie niezawisły sąd, w prawomocnym wyroku) i jednocześnie wyraźnie zakazując stosowania kary głównej wobec kobiet w ciąży oraz osób poniżej 18 roku życia[36].

[33] Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

[34] O kwestii kary śmierci w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka zob. W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press 2002, s. 23 i n.

[35] Warto jednak przy tym pamiętać, że postulat rezygnacji lub istotnego ograniczenia możliwości stosowania kary śmierci nie jest nowy. Cesare Beccaria, w wydanej w 1764 roku pracy *Dei delitti e delle pene* (*O przestępstwach i karach*; pierwsze polskie wydanie 1772) dopuszczał możliwość stosowania kary śmierci tylko w dwóch przypadkach, określanych jako wypadki pozytywnej konieczności: w czasie pokoju jedynie wówczas, gdy nawet uwięzienie przestępcy ogranicza zagrożenie dla porządku państwowego i w okresach stanu wyjątkowego, kiedy państwo jest w stanie anarchii; C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, tł. E. S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 127.

[36] Zob. M. Błażewicz, *Prawo do życia*, [w:] *Prawa i wolności I i II generacji*, red. A. Florczak, B. Bolechów, Toruń 2009, s. 20.

Zasygnalizowane jednocześnie zostało oczekiwanie podejmowania działań przez państwa członkowskie w celu zniesienia kary śmierci – art. 6 § 6 Paktu stwierdził bowiem, że „nie można powoływać się na żadne postanowienia niniejszego artykułu w celu opóźnienia lub niedopuszczenia do zniesienia kary śmierci przez którekolwiek Państwo – Stronę niniejszego Paktu”[37].

Abolicyjne oczekiwania Narodów Zjednoczonych zostały jednak najpełniej wyrażone w Drugim Protokole Fakultatywnym do Paktu uchwalonym 15 grudnia 1989 r. Na mocy tego Protokołu państwa zobowiązały się do rezygnacji ze stosowania kary śmierci w okresie pokoju.

3.2. Europejski system regionalny (Rada Europy)

Również regulacje regionalnego europejskiego systemu praw człowieka (systemu Rady Europy) rozpoczęły się od jednoznacznej deklaracji poszanowania prawa do życia i gwarancjami jego prawnej ochrony, jednak z dopuszczeniem stosowania kary śmierci. Wraz z upływem lat, w gronie samych członków Rady Europy narastała tendencja do rezygnacji z możliwości jej stosowania[38]. Wyrazem ewolucji poglądów stał się Szósty protokół do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności − otwarty do podpisu w 1983 r. − w którym zakazano stosowania kary śmierci z wyjątkiem czasu wojny (lub okresu bezpośredniego zagrożenia wojną).

Podkreśleniem znaczenia, jakie Rada Europy przypisuje sprawie zniesienia kary śmierci, jest wymóg, stosowany od 1994 r., aby państwo przystępujące do Rady ogłosiło moratorium na jej wykonywanie i w terminie nie dłuższym niż 3 lata ratyfikowało protokół 6 do Konwencji[39].

Zwieńczeniem abolicyjnych działań Rady Europy stał się – przyjęty 3 maja 2002 r. w Wilnie − 13 protokół do Konwencji, w którym stosowanie kary śmierci zostało całkowicie zakazane. W ten sposób system prawny Rady Europy przesądził o oczekiwanym kształcie krajowej regulacji w tym zakresie.

3.3. System prawny Unii Europejskiej

Prawne regulacje Unii Europejskiej w zakresie możliwości stosowania kary śmierci są jednoznaczne – art. 2 Karty Praw Podstawowych[40] stwierdza nie tylko, że „Każdy

[37] R. Wieruszewski, *Międzynarodowe zobowiązania Polski dotyczące abolicji*, [w:] *Śmierć nie jest sprawiedliwością. Europa przeciw karze śmierci*, Biuro Informacji Rady Europy, Warszawa 2010, s. 31.

[38] Tendencja taka narastała od końca lat 60. dwudziestego wieku; *Śmierć nie jest sprawiedliwością. Rada Europy a kara śmierci*, Dyrekcja Generalna Praw Człowieka Rady Europy, Warszawa 2008, s. 9.

[39] H. Machińska, *Wkład Rady Europy w abolicję*, [w:] *Śmierć nie jest sprawiedliwością. Europa przeciw karze śmierci*, Biuro Informacji Rady Europy, Warszawa 2010, s. 28.

[40] Karta została pierwotnie podpisana 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei, a powtórnie, z niewielkimi poprawkami podczas szczytu w Lizbonie 12 grudnia 2007 r. Moc wiążącą Karta

ma prawo do życia", ale także przesądza w swym paragrafie drugim, że „Nikt nie może być skazany na karę śmierci ani poddany jej wykonaniu".

Jeżeli uwzględnimy także treść art. 52 § 3 Karty, w którym zostało zdefiniowane, że prawa zawarte w Karcie Praw Podstawowych mają takie same znaczenie i zakres jak odpowiadające im prawa zawarte w Konwencji (rozumianej łącznie z protokołami), to konstatacja o całkowitym zakazie stosowania kary śmierci w Unii Europejskiej stanie się oczywista[41].

4. Zakończenie

Polska przez długie lata unikała podjęcia ostatecznej decyzji przesądzającej o rezygnacji z możliwości stosowania kary śmierci. Co prawda, stając się członkiem Rady Europy, przyjęliśmy na siebie obowiązek podjęcia działań mających na celu rezygnację z kary głównej, i − w konsekwencji – nie tylko uchwalone zostało moratorium na jej stosowanie, ale także i sama kara śmierci została wyeliminowana z kodeksu.

W tym stanie faktycznym zwłoka w podjęciu decyzji o ratyfikacji Drugiego Protokołu Fakultatywnego do MPPOiP[42], jak i Protokołu nr 13 do Konwencji europejskiej była niewytłumaczalna, szczególnie przy uwzględnieniu, że zostały one podpisane przez Polskę – odpowiednio – 21 marca 2000 r. i 3 maja 2002 r.

Trudno oczywiście przesądzić, co było przyczyną tak długiego oczekiwania, aby – ugruntowany już przecież − krajowy stan prawny wzmocnić przez jednoznaczne związanie się normami prawnomiędzynarodowymi. Zapewne jednak wpływ na to miało wstrzemięźliwe (lub wręcz negatywne) nastawienie do rezygnacji z kary śmierci wyrażane przez polską opinię publiczną[43]. Jednak stanowisko takie było – niestety – wielokrotnie wzmacniane przez postulaty wysuwane przez polską klasę polityczną[44].

---

otrzymała wraz z wejściem w życie Traktatu z Lizbony; zob. A. Wyrozumska, *Znaczenie prawne zmiany statusu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej w Traktacie lizbońskim oraz Protokołu polsko-brytyjskiego*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2(85), s. 25–39.

41 R. Wieruszewski, *Międzynarodowe zobowiązania Polski dotyczące abolicji*, [w:] *Śmierć nie jest sprawiedliwością. Europa przeciw karze śmierci*, Biuro Informacji Rady Europy, Warszawa 2010, s. 33.

42 Polska była jedynym krajem członkowskim UE, który nie ratyfikował tego protokołu; *ibidem*, s. 31.

43 Procent zwolenników kary śmierci w Polsce ulega zmniejszeniu, jednak dokonuje się to w stosunkowo powolnym tempie, w 2004 r. było to 77 % http://wiadomosci.wp.pl/wiadomosc.html?wid=5079403&katn=Polska&widn=77%25+Polak%F3w+akceptuje+kar%EA+%B6mierci&kat=1342&ticaid=1133c9 (dostęp: 5.08.2014); w 2007 r. – 58 %, a w 2012 r., − 55 % (B. Fedyszak-Radziejowska, *Szacunek dla życia* versus *współczucie*, [w:] *Wartości Polaków a dziedzictwo Jana Pawła II 2007−2012*, Warszawa 2012, s. 21; http://www.centrumjp2.pl/wp-content/uploads/2013/09/Warto%C5%9Bci-Polak%C3%B3w-a-dziedzictwo-Jana-Paw%C5%82a-II-2012-10-22.pdf (dostęp: 5.08.2014).

44 Zob. np. stanowisko wyrażane przez Unię Polityki Realnej, a następnie Kongres Nowej Prawicy http://www.karasmierci.info.pl/ (dostęp: 6.08.2014), czy też propozycję zmian w kodeksie karnym zgłoszoną przez Prawo i Sprawiedliwość (druk sejmowy nr 3311 z 21 lipca 2004 r.). Zob. też http://www.tvp.info/9637860/informacje/polska/pis-podzielone-ws-kary-smierci/ (dostęp: 6.08.2014).

Tym bardziej należy więc docenić podjęte decyzje, zarówno poprzez wyrażoną przez Sejm i Senat zgodę na ratyfikację, jak i sam akt ratyfikacji dokonany przez Prezydenta RP, dzięki któremu również i Polska będzie związana oboma protokołami − Drugim Protokołem Fakultatywnym do MPPOiP od 25 lipca 2014 r., a protokołem nr 13 do Konwencji od dnia 1 września 2014 r.

Artur Ławniczak
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Kilka uwag na temat starego i nowego paradygmatu relacji człowieka z prawem

1. Wprowadzenie

Współcześnie zazwyczaj traktuje się zachodzące między prawem a ludźmi związki jako coś oczywistego, gdyż w dość rozpowszechnionym rozumieniu to pierwsze traktowane jest jako jurydyczna normatywność, która jest tworzona przez ludzkość przede wszystkim na jej własne potrzeby. Nie jest to wszakże bezalternatywny model, albowiem nie obowiązuje on od zawsze, z czego wynika, że kiedyś było inaczej i być może w nieodgadnionej dla nas przyszłości również nie będzie tak, jak dzisiaj.

Wynika to z tego, że genetycznie prawo i rodzaj ludzki są niezależnymi od siebie fenomenami, mogącymi wchodzić w koincydencje lub niekoniecznie. Wszak według tradycyjnych przekonań nomokracja przyjmuje pierwotnie postać *Ius Divinum*, co oznacza, że ma boskie pochodzenie i istniała, zanim mężczyźni i kobiety zaludnili Ziemię. Jeśli dowiadujemy się z Biblii, że „na początku było Słowo", to możemy z tego wyciągnąć wniosek, że deklaruje się w ten sposób prastary charakter Prawa, gdyż użyte przez św. Jana określenie *Λογος* niejednokrotnie bywa rozumiane, począwszy co najmniej od Heraklita z Efezu, jako Najwyższa Zasada czy też Nadrzędne Prawo Świata, obowiązujące od prawieków niezależnie od ludzkich ambicji i zamiarów, nie mających żadnego wpływu na Jurydyczność Najwyższego Rzędu, zadowalającą się w zupełności boskimi parantelami.

Według radykalnie nomokratycznego ujęcia nawet one są niepotrzebne, bowiem zgodnie z tym sposobem myślenia Prawo Naturalne powstało samo z siebie, czy też w takim lub innym kształcie jest odwieczne i karmi się swoją doskonałością, najbardziej widoczną na tle nieożywionej Przyrody, nie przeszkadzającej swoją aktywnością realizacji Naturalnoprawnego Paradygmatu, narażonego na pewne naruszenia wskutek nieprzemyślanych poczynań błądzącej ludzkości, z upodobaniem przekształcającej środowisko naturalne wskutek pogoni za dobrobytem, będącym wszak wyobrażeniem jak najbardziej sprzecznym z Odwiecznym Porządkiem, nie dopuszczającym przesadnego Szczęścia w żadnym wymiarze. Wynika z tego, że, zgodnie z regułą Globalnego Homeostatu, nie jest możliwe zasadnicze naruszenie Niezmiennych Zasad Kosmosu, które prędzej czy później dają o sobie znać, przypominając o swojej władzy, doskonale

obojętnej względem ogłaszanych przez antropiczne podmioty podniosłych w ich mniemaniu deklaracji, odmieniających Wolność w najróżniejszych jej hipostazach, co nie wywiera jednak wpływu na postać Wszechświata, niewzruszenie bytującego według boskich lub samoistnych prawideł i domniemana anihilacja ziemian w jakiejś mniej lub bardziej efektownej Apokalipsie nie spowoduje żadnych zmian w ogólnym stanie Kosmosu.

2. Utracony świat magicznej i religijnej odmiany normatywności

Gdy zastąpimy metafizyczne ujęcie narracją, próbującą oddać stan świadomości zorganizowanych grup społecznych na rozmaitych stadiach jej rozwoju, to niechybnie dojdziemy do wniosku, że nie musi ona być współkształtowana przez przekonanie o niezbędności prawa dla kolektywnego bytowania, choć równocześnie twierdzi się, że żadna społeczność nie może się bez niego obejść. Argumentem na rzecz słuszności tego ostatniego przekonania jest konstatacja konieczności istnienia jakichś zazwyczaj przestrzeganych reguł, pozwalających utrzymać w zbiorowym podmiocie elementarny porządek, bez jakiego nieuchronnie nastąpiłby rozkład pożycia społecznego, ale owe zasady postępowania wcale nie muszą być nasycone jurydycznością, jeśli będziemy przez nią rozumieć zespół tworzonych przez władzę przepisów, których nieprzestrzeganie jest zagrożone egzekwowaną przez aparat przymusu karą. Zdaje się, że zasadniczo schemat ten pojawia się po upowszechnieniu się pisma, gdyż umożliwia ono kodyfikację, będącą *conditio sine qua non* rozpowszechnienia zasady *dura lex, sed lex*, stanowiącej kamień węgielny pozytywizmu prawnego, bez którego, przynajmniej w typowej dla późnej Nowożytności optyce, trudno jest być pewnym co do tego, że mamy do czynienia z rozpowszechnioną jurydycznością w jej odseparowanym od pozapaństwowych konotacji znaczeniu.

Wynika z tego, że na wczesnym etapie historii ludzkości trudno jest mówić o trudnościach czy korzyściach, jakie przynosi ludziom prawo, bo samo jego istnienie nie jest potwierdzone w dokumentach, jakie nie mogły się pojawić z powodu wszechogarniającego analfabetyzmu. Pozbawieni możliwości czytania i pisania śmiertelnicy inaczej spoglądają na rzeczywistość niż „uczeni w Piśmie", mający możliwość porównywania najrozmaitszych zapisów i wyciągania z nich racjonalizujących sposób postrzegania świata wniosków. Natomiast pozbawieni takiej opcji bliźni są niezwykle skłonni do ulegania potędze magii.

W swej zindywidualizowanej, uprawianej gdzieś w domowym zaciszu lub na uroczysku postaci, wyraża ona dążenie do przekształcania rzeczywistości nadzwyczajnym wysiłkiem psychicznym, sprawiającym, że zrytualizowane gesty i tajemnicze formuły

werbalne doprowadzą do pożądanego efektu bez konieczności podejmowania jakichkolwiek działań w sferze społecznej, skłaniających innych *per fas et nefas* do spełnienia życzeń jednostki albo grupy. Wystarczy w odpowiednim miejscu i czasie zaczarować rzeczywistość, aby osiągnąć zamierzony efekt bez potrzeby odwoływania się do „prawoczłowieczej ideologii" i jej najrozmaitszych formalnoprawnych osiągnięć, nie będących w stanie zagwarantować takich możliwości, jakie oferuje wciąż istniejąca w życiu społecznym i zyskująca na popularności w atmosferze narastającej postnowoczesności prastara magia. Kusi ona trudnymi do ogarnięcia możliwościami, jakich nie może zagwarantować żaden legislator, a zatem wniknięcie w jej arkana oznacza nabycie czegoś w rodzaju „supraprawa realizowania wielu roszczeń", niezależnego od religijnych, moralnych czy państwowoprawnych ograniczeń. Konsekwentny czarownik ignoruje je, aby nie przeszkadzały mu w dążeniu do narzucania swojej woli światu.

Wyrazistym przejawem powodzenia w tym przedsięwzięciu jest przekonanie innych o skuteczności realizowanych praktyk, prowadzących do zdobycia nad nimi władzy, co oznacza, że współrodowcy, a następnie współplemieńcy i poddani uznają autorytet osoby, która może sprawić, że przyjdzie urodzaj i wrogowie zostaną pognębieni. Używając dzisiejszej terminologii, stwierdzimy, że postrzega się w Magu osobę, która gwarantuje dzięki wykorzystywaniu *pro publico bono* swojego nadprzyrodzonego potencjału, że członkowie jego społeczności będą realizować „przyrodzone prawo do Szczęścia".

Ich rola zazwyczaj sprowadzała się do cierpliwego oczekiwania na spodziewane skutki wypowiadanych przez Przywódcę cudownych zaklęć. Ich treść pozostawała dla postronnych niewiadomą, bo przecież profani mogliby je niewłaściwie wykorzystywać, co groziłoby ryzykiem spadających na nich i ogół straszliwych nieszczęść. Zauważamy w tym schemacie odwrócenie paremii *ignorantia iuris nocet*, jako że szczególna wiedza odnośnie do mających ogólnospołeczne znaczenie i brzemiennych w skutki tekstów jest zastrzeżona dla wąziutkiego kręgu wtajemniczonych, zobowiązanych do zachowania tajemnicy odnośnie do „szczególnie wrażliwych przesłań", będących odpowiednikami dzisiejszych „zastrzeżonych danych", dostępnych jedynie dla najważniejszych dygnitarzy państwowych. Współcześnie traktuje się takie rozwiązanie jako wyjątek od obowiązującej podobno w niezwykle szerokim zakresie przejrzystości, podczas gdy przed wiekami uważano ją za zgubną. Gdybyśmy koniecznie pragnęli to rozwiązanie opisać przy użyciu nowoczesnych pojęć, to wypadałoby uznać, że w systemie tym zapewniano zwykłym członkom społeczności „prawo do błogosławionej niewiedzy", dające przeciętnym ludziom szansę na pogodną akceptację darów Losu, na który większy wpływ mają jedynie ci, *которым виднее*, którzy budują Świetlaną Przyszłość dzięki znajomości kreatywnych arkanów Sztuki Tajemnej.

Jej refleksem w naszych czasach są przysięgi, składane przez osoby, zmieniające oficjalny status społeczny lub udzielające oficjalnie informacji instytucjom państwowym dążącym do ustalenia Prawdy. W takich sytuacjach wciąż wymaga się wypowiedzenia formułki, jaka zazwyczaj jest machinalnie, bez większego namysłu recytowana przez człowieka, wypełniającego obowiązek wynikający z sytuacji, w jakiej się znalazł. Sens składania przysięgi jest coraz mniej zrozumiały dla zatopionych we współczesności obserwatorów rzeczywistości, co sprawia, że pojawiają się postulaty zrezygnowania z tego wymogu, traktowanego jako zbędny w demoliberalnej państwowości z typowym dla niej poglądem o konieczności mnożenia praw obywatelskich i likwidowania obowiązków, szczególnie takich, które jawią się jako „uciążliwa pozostałość dawno minionej przeszłości", kiedy to w sferze publicznej padało mniej słów, co w znakomity sposób przyczyniało się do ich znaczenia, rozmytego dzisiaj w werbalnych potokach, lejących się z najrozmaitszych publikatorów. W Wiekach Średnich, kiedy przywiązywano większą wagę do słowa, wymagano od tych, którzy składali przysięgi, żeby brzmiały one dokładnie tak, jak brzmiał kanoniczny wzorzec, nie dopuszczający żadnych odstępstw, w związku z czym ich wystąpienie skutkowało nieważnością, w przeciwieństwie do epoki, w jakiej przyszło nam żyć, kiedy to przechodzi się do porządku dziennego nad pomyłkami (przypadek aktualnego Prezydenta RP) lub co najwyżej zarządza się powtórzenie procedury (*casus* urzędującego Prezydenta USA, przy czym znamienne jest to, że ponowna przysięga nie miała już publicznego charakteru, co z pewnością ułatwiło ukrycie domniemanych uchybień, jakich wystąpienia nie można przecież wykluczyć).

Zauważamy, że legitymizujące działania w sferze publicznej formułki, niegdyś traktowane jako magiczne zaklęcia, zostały pozbawione w powszechnym odczuciu swojej mistycznej aury, co wynika z tego, że ich zawartość jest powszechnie znana, uwalniając przez to profanów od pokusy snucia domysłów odnośnie do treści potężnych zaklęć, obdarzonych według niegdysiejszych przekonań twórczą siłą wyższego rzędu, jeśli były wypowiadane w nieskażonej, niczym nie odbiegającej od niezmiennego standardu, postaci. Jego powtarzanie przez wtajemniczonych nadaje się do tego, aby uznać je za prejurydyczność, będącą podstawą autorytetu, przypisywanemu tym, którzy wiedzą w jaki sposób dbać o dobro wspólne. Do takich jednostek zalicza się stojący na czele monarchii w jej magicznej odmianie przywódca, względnie czarownik, gdy mamy do czynienia z podziałem władzy. Czymś typowym dla takiej formy państwowości jest rytualne poświęcanie władcy w imię przekonania, że uroczysta śmierć szczególnej osoby przyniesie błogosławione skutki.

Z takim właśnie postępowaniem mieliśmy do czynienia u Azteków, gdzie wybrańców uśmiercano na szczytach piramid, aby Słońce mogło nakarmić się ich krwią i zapewniać Indianom życiodajne światło i ciepło. Ci, którzy byli pozbawiani życia w imię

tej idei, byli zdaje się traktowani jako szczególnie wyróżnieni, ponieważ przypadł im w udziale zaszczyt przepełnionego Wyższą Koniecznością rozstania z życiem, otrzymali oni „prawo do uszlachetniającego i szlachetnego zgonu", w którym nietrudno dostrzec zapowiedź zbanalizowanej w tej perspektywie kary śmierci, interpretowanej raczej jako napiętnowanie niż wywyższenie, choć często była wykonywana na górującym nad widzami podeście, potrzebnym do tego, aby zaprezentować tryumf przynajmniej intuicyjnie znanego przez wszystkich w podstawowym zakresie Prawa nad naruszającymi ziemski Porządek występkami.

Wraz z oficjalnym przezwyciężaniem dominacji Magii w coraz większym stopniu opierał się on na Religii, zakładającej w swojej dojrzałej postaci istnienie pozaziemskiej teistyczności, której podlega cały ród ludzki, oddający jej cześć podczas religijnych obrządków. Prowadzący je kapłani charakteryzują się tym, że znają *Scriptura Santa*, zasadniczo dostępne dla wszystkich wykształconych, czyli biegłych w piśmie, których było niewielu, choćby z tego powodu, że opanowanie skomplikowanych hieroglifów wymagało wieloletniego natężonego wysiłku. Ci, którzy zwieńczyli powodzeniem ten trud, podczas obrządków zwracali się publicznie do zgromadzonych wiernych z konfesyjnymi przesłaniami, co oznaczało, że Słowo przestało być ukrywane przed maluczkimi, wydostało się z magicznego zamknięcia i rozlegało donośnie w sanktuariach, rozbrzmiewających modlitwami wyznawców, przyrzekających skrupulatne przestrzeganie przykazań. Dokonywane na terenie świątyni obrządki przewidują zatem dialog laików z hierokratami, nie występujący bynajmniej w magicznym procedowaniu, nie przewidującym współudziału obserwatorów, mających z bezpiecznej odległości biernie podziwiać wyczyny szamana. W religijnym schemacie zostaje on zastąpiony przez duchownego, wypowiadającego kanoniczne teksty w stronę parafian, odpowiadających na nie wymaganymi przez niezmienny scenariusz formułkami, niezbędnymi do tego, aby uroczystość osiągnęła zamierzone skutki.

Przekształcenie to oznacza, że niegdysiejszy obowiązek pokornego milczenia zastąpiony zostaje prawem do wypowiadania brzemiennych w efekty tekstów, docierających w założeniu równolegle z kapłańskimi przesłaniami do bogów, którzy wysłuchają częściowo lub całkowicie próśb albo nie są skłonni tego uczynić. Sprawia to, że osoby mające zinstytucjonalizowany kontakt z ponadziemskimi bytami są pozbawione paranormalnej otoczki, znikającej wraz z wypchnięciem magiczności ze sfery publicznej, w jakiej coraz większego znaczenia nabierają zapowiadające pojawienie się kodeksów święte teksty, zawierające prawdy i wskazania, mające wiernym pomóc w prowadzeniu bogobojnego życia. Uczeni w Piśmie mają dawać przykład oraz czytać i interpretować Szczególne Księgi, które właśnie oni powinni szczególnie czcić i pedantycznie przestrzegać zawartych w nich wskazań, gorliwie przypominanych podczas świątynnych zgromadzeń.

Istotne jest to, że, przynajmniej w pozbawionych kastowości społeczeństwach, religijne nakazy mają walor *erga omnes*, są powszechnie obowiązujące, co stanowi ewidentny przejaw kształtowania się zasady wszechobejmującej jurydyczności, w najmniejszym stopniu odnoszącej się do monarchy z powodu ciągłego przypisywania mu boskich paranteli, skutkujących wzbudzającymi nieopisany respekt taumaturgicznymi zdolnościami, zachęcającymi do szczególnego traktowania tak obdarzonej osoby. Skutkowało to tym, że więcej jej wybaczano, jednakże, szczególnie w kręgu monoteistycznych religii, nie formułowano tezy o bezwzględnym konfesyjnym immunitecie, zwalniającym króla lub kogokolwiek innego od konieczności przestrzegania przykazań.

Ustanawiają one wzorzec moralnego, właściwego względem Boga i bliźnich postępowania poprzez sformułowanie szeregu nakazów i zakazów, ewidentnie ograniczających swobodę poczynań jednostki i zastępujących charakterystyczne dla opartych na rodowości i plemienności skupisk ludzkich niezwykle ciasne więzy, które uległy wskutek cywilizacyjnego rozwoju rozluźnieniu. Wchodząca w dojrzałe stadium religia przetwarza i zastępuje pierwotne normy uwznioślonymi regułami wyższego rzędu, których przestrzeganie ma ułatwić współżycie w wychodzących z trybalności społeczeństwach, gdzie oparta na związkach krwi, rudymentarna solidarność traci na znaczeniu, natomiast zyskuje na nim rodzina oraz pojedynczy człowiek, mający prawo zagubić się w odmienionej rzeczywistości. Powstaje więc potrzeba dostarczenia im punktów orientacyjnych czy też kamieni milowych albo latarni morskich, oświetlających szlak, jakim podążają w niejednokrotnie pociemniałej wskutek nagromadzenia zmywających stare wartości burzowych chmur okolicy. Taką właśnie rolę mają spełniać przykazania.

Najbardziej znaną w naszym kręgu cywilizacyjnym ich postać stanowi Dekalog, natomiast gdzie indziej jego odpowiednikami jest 5 islamskich nakazów lub powstałe w ramach buddyzmu Pięć Zasad (*Pańcza Sila*). Kryjąca się za tymi katalogami filozofia stanowi zaprzeczenie najprzeróżniejszych współczesnych deklaracji praw, albowiem na wyznawców nakłada się obowiązki, których spełnianie ma potwierdzić przynależność jednostki do konfesyjnej wspólnoty. Jej trwanie nadaje ludzkiemu życiu znamię współudziału w Wielkiej Sprawie, na tyle znaczącej, że warto dla niej podejmować codzienne wysiłki w celu zwalczania hedonistycznych pokus, jakim uleganie stanowi obrazę zbiorowej aksjologii, mającej nadać zarówno kolektywnemu, jak i zindywidualizowanemu bytowaniu wyższy sens. Jest on ściśle związany z moralnością, która co prawda nie jest obca również ateizmowi, lecz tenże *ex definitione* opiera się na typowo religijnych pojęciach, a zatem jego aksjomaty siłą rzeczy mają wtórny charakter, gdyż stanowią reakcję na konfesyjne dogmaty, za jakie wypada uznać również przykazania. Są one sformułowane w jednoznaczny, nie podlegający dyskusji sposób, dzięki czemu ich adresaci powinni wiedzieć w jaki sposób przyczyniać się do kształtowania Wspólnego Dobra,

konstytuowanego wysiłkami braci w wierze. Z założenia jest ona wymagająca, co powinno skłaniać wiernych do myślenia w kategorii: „Nie pytaj, co Bóg i bliźni mogliby zrobić dla ciebie, natomiast staraj się dać jak najwięcej z siebie dla Boga i innych". Ludzie są intensywnie nakłaniani do rozliczania samych siebie w myśl hasła „życie to wytrwałe spełnianie powinności".

Przy takim nastawieniu nie ma miejsca na wyciąganie z faktu pojawienia się spisanego Prawa wniosku o ewentualności powiązania go z prawami podmiotowymi poddanych mu jednostek. Powinny się one skupiać na pokornym spełnianiu obdarzonych teistyczną sankcją norm, tworzących *Ius Divinum*. Skoro jurydyczność ma boski charakter, nadający mu niebotyczną wzniosłość, to drobne ludzkie roszczenia ewidentnie zakłócałyby jego wzniosłą tożsamość, nakazującą podziwianie go, a nie wykorzystywanie dla partykularnych interesików. Na straży tego przekonania stoją teologowie, przypominający laikom o znikomości żywota na łez padole, gdzie najwłaściwszą postawą jest *ora et labora*, przy czym formuła ta bynajmniej nie obejmuje trudu zeświecczonych jurystów, żerujących na rozpalanych przez siebie ludzkich słabościach, które winny być zwalczane, a nie rozbudzane nadzieją na procesową wygraną, będącą pochodną przesłania *homo homini lupus*, akcentującego nieuchronność stałego ujawniania negatywnych cech ludzkiej natury, konsekwentnie zwalczanych przez bogobojne kazania, wzywające do nawrócenia, a nie zawziętego dochodzenia swoich racji, niknących w obliczu wygłaszanego z ambony nauczania o konieczności głębokiego wniknięcia w samego siebie i zwalczania we własnej duszy diabelskich pokus. Wytrwałe poszukiwanie belki we własnym oku nie skłania do wynoszenia na *forum publicum* doznanych uraz i domagania się za nie odszkodowania, co stanowi istotną przesłankę zasadniczo opartej na roszczeniowości doktryny praw człowieka w jej porewolucyjnej postaci.

3. Niektóre problemy porewolucyjnej nomokratyczności

Przesłanką wszechogarniającej popularności tego pysznego przejawu antropocentryzmu jest oderwanie legislacji od pozaziemskich konotacji. Onegdaj sprawiały one, że ludzie czuli się fundamentalnie uzależnieni od Stwórcy, ciesząc się z tego, że obdarzył ich istnieniem i martwiąc z powodu własnej niedoskonałości, wymagającej stałej pracy nad sobą z perspektywą otrzymania nagrody w życiu pozagrobowym, która to wizja deprecjonowała ziemski żywot, zniechęcając do jakichś szczególnych starań w kierunku zasadniczego polepszenia zarówno swojej doli, jak i zbiorowego losu ludzkości, pozbawionej nęcącej wizji Permanentnego Postępu, roztaczanej przez dzisiejsze autorytety. Opierają się one na przekonaniu o ontologicznej samodzielności wyewoluowanych hominidów, zasługujących na to, aby „wziąć sprawy w swoje ręce" bez oglądania się na

„przebrzmiałe, nietolerancyjne zawołania", w jakie wsłuchani byli niegdyś prorocy, pozbawieni wiary w Rozum, w przeciwieństwie do oświeceniowych encyklopedystów, skutecznie przekonujących siebie i innych o konieczności zaprowadzenia autarkicznej antropokracji w postaci dążącego do zapanowania nad całą planetą Doskonałego Państwa, w którym dojdzie do syntezy ludowładztwa z mającą czysto człowieczy rodowód nomokracją.

Aby to się dokonało, trzeba było zlikwidować międzystanowe bariery, rozbijające wykoncypowaną przez nowożytnych filozofów ogólnospołeczną jedność. Zrealizowanie tego zamierzenia sprawiło, że duchowieństwo straciło swój szczególny status, ułatwiający mu przypominanie o konieczności przestrzegania obdarzonych pozaziemską sankcją przykazań, zaakceptowanych według biblijnego opisu przez zawierający Przymierze z Adonajem bogobojny Naród Wybrany. Owo starotestamentowe wybrańtwo zostało przekształcone w autopromocję, polegającą na ogłaszaniu niepodległości Ludu od wszelkich zewnętrznych względem niego bytów. Jurydyczną zaporą przed ich uroszczeniami stały się dokumenty pozbawione innej niż społeczna legitymizacji, unikające odgórnego uprawomocniania, używanego w odniesieniu do starego prawnopolitycznego paradygmatu, przekreślonego wraz z „absurdalną niewolniczo-feudalną przeszłością", z rozmachem, przynajmniej w werbalnym wymiarze, rzucaną na „śmietnik Historii". Oskarżaną o przesycenie uciskiem czy też niesprawiedliwością minioną rzeczywistość społeczno-polityczną odcinano z emfazą Grubą Kreską po to, aby wkroczyć na Szeroki Gościniec Nowych Czasów, wiodący w kierunku wyznaczonym przez treści wyrażone w mającej zastąpić Dekalog Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela. Chrześcijańskie obowiązki zostały zapędzone do kruchty, aby nie przeszkadzać w upajaniu się Nową Prawdą, przedstawiającą odmienną od średniowiecznej wizję sensu ludzkich działań, mających zmierzać w stronę fatamorgany zwanej Szczęściem.

Prawo w znaczeniu przedmiotowym zostaje po obaleniu starych reżimów znacznie wyraźniej niż niegdyś powiązane ze świadomie ukierunkowanymi w stronę jego tworzenia działaniami, znajdującymi swoje ukoronowanie w konstytucjonalizmie, nie będącym wszak niczym innym niż ideologiczno-filozoficznym trendem, postulującym powstanie skoncentrowanego w jednym akcie prawnym Najwyższego Prawa, uchwalonego przez najlepszych przedstawicieli rozrastającego się zbiorowego podmiotu suwerenności. Realizacja tego scenariusza doprowadziła do daleko posuniętej jurydyzacji społeczno-politycznej rzeczywistości, ponieważ zawarte w Ustawie Zasadniczej ogólnikowe postulaty rozwijano w aktach wykonawczych, których normy były następnie uszczegóławiane w regulacjach jeszcze niższego rzędu, co niejednokrotnie w dalszym ciągu okazywało się być niewystarczające dla rosnących zastępów urzędników, zabierających się w poczuciu konieczności doskonalenia państwa prawa do konstruowania

kolejnego piętra normatywnej piramidy, konsekwentnie rozbudowywanej do niebotycznych rozmiarów i rosnącego stopnia wewnętrznej złożoności, uniemożliwiając komukolwiek podjęcie udanej próby całościowego jej ogarnięcia. Nie przeszkadza to bynajmniej w nieustannym powiększaniu jurydycznego gmaszyska, w sporym stopniu istniejącego dla samego siebie, gdyż alienacja niejedną ma postać.

Ten stan rzeczy wyraziście kontrastuje z sytuacją w tej dziedzinie, jaka była typowa dla przednowoczesnego państwa, kiedy to prawo pozytywne pozostawało w cieniu naturalnego i zwyczajowego. Działo się tak choćby z tego powodu, że pergamin był drogi, w związku z czym dbano o to, by nie wykorzystywać go nadmiernie dla spisywania jakichkolwiek treści. Na dodatek w przypadku prawa zwyczajowego jego graficzne utrwalanie było sprzeczne z ideą tej postaci normatywności. Jej siła polega wszak na tym, że w powszechnym przekonaniu istnieje ono od niepamiętnych czasów w niezmiennym kształcie, względnie podlega niewielkim przemianom wraz z następującymi po sobie pokoleniami, co sprawia, że ludność ma sporo czasu na zaznajomienie się z treścią jurydycznego legatu. Taki stan rzeczy skutkuje naturalnym domniemaniem powszechnej znajomości porządku prawnego bez potrzeby czynienia zapisów, które pozostałyby niezrozumiałymi dla składającej się w przeważającej części z analfabetów populacji. W czasach pozbawionych rewolucyjnych przyspieszeń ludzie rodzili się i umierali w zasadniczo tym samym ustroju, co nie zmuszało ich do poznawania nowych reguł. Jeśli nawet dochodziło do jakichś zawirowań w obrębie klasy politycznej, to w sytuacji niezmiennego deficytu demokracji nie miało to większego znaczenia dla plebejskich mas, żyjących dalej tak jak zawsze w poczuciu dobrego rozeznania w zakresie ciążących na poddanych nieskomplikowanych obowiązków i pozbawionych rozmachu praw. Wynikałoby z tego, że powszechna świadomość prawna przed wiekami była znacznie bardziej ugruntowana niż współcześnie.

Dzieje się tak pomimo to, że obowiązek niewolniczej czy pańszczyźnianej pracy dla lepiej urodzonych został zastąpiony obowiązkiem szkolnym, mającym w założeniu doprowadzić do uświadomienia ogółu obywateli co do podstawowych praw rządzących światem oraz skutków wynikających z tego dla obdarzonych jurydyczną podmiotowością jednostek. Mają one w państwowych placówkach edukacyjnych dowiadywać się o przysługujących im roszczeniach względem państwa i narzucanych przezeń zobowiązaniach. Według demoliberalnej dogmatyki ilość tych ostatnich ma ulegać zmniejszeniu, dzięki czemu powinna wzrastać sfera indywidualnej oraz zbiorowej wolności, gwarantowana przez konstytucyjnie potwierdzone prawa podmiotowe. Wraz z rozwojem konstytucjonalizmu zwiększa się ich ilość oraz znaczenie, co skutkuje tym, że coraz więcej czasu trzeba poświęcać na pouczanie dzieci i młodzieży, co ma sprawić, że z czasem powiększą szeregi dojrzałego i oświeconego społeczeństwa obywatelskiego.

To ambitne założenie sprawia, że dla znacznej części dziatwy konieczność wieloletniego przesiadywania w szkolnych ławach staje się mitręgą, niezwykle utrudniającą wczesne wkroczenie w dorosłość poprzez podjęcie pracy zarobkowej, umożliwiającej uzyskanie środków na korzystanie z ulubionych przez masy rozrywek. Zamiast nich trzeba się zajmować wkuwaniem nudnych formułek, których znajomość jest traktowana jako dowód intelektualnego rozwoju. Niegdyś oczekiwano go zasadniczo jedynie od monarchiczno-arystokratycznej progenitury, mającej odróżniać się wykształceniem od nie znających szkoły prostaków, którzy wskutek rewolucyjnych przemian zostali pozbawieni możliwości przynależności do ciemnego ludu. Nie odnajdziemy wszak w prawoczłowieczych katalogach prawa do bycia analfabetą, co przy odrobinie przekory nietrudno byłoby uznać za istotne uchybienie, wynikające z konieczności poddawania mieszkańców państwa indoktrynacji, likwidującej niegdysiejsze odrębności, niezwykle utrudniające budowanie egalitarnego ładu, utrzymywanego przez podobnie myślących demokratów, przygotowanych przez publiczne szkolnictwo do odgrywania zamierzonej przez władzę roli posłusznego obywatela, poznającego jej przesłania dzięki temu, że nauczyła go ona czytać, aby mógł „zapoznawać się z naukowym i filozoficznym dorobkiem postępowej ludzkości".

Ponieważ jednak „gorszy pieniądz wypiera lepszy", większe wzięcie mają teksty, obrazy czy filmy „żerujące na niskich uczuciach", gdyż ich percepcja wymaga znacznie mniejszego wysiłku niż w przypadku dzieł z wyższej półki. Niepowstrzymana inwazja gorszących maluczkich utworów niskiego lotu jest nieuchronna wówczas, gdy zakłada się, że każdy jest na tyle świadomy, że z pełną odpowiedzialnością sięgnie po taki wytwór kultury, jaki spełnia jego oczekiwania, również wówczas, gdy skutki takiego wyboru mogą być głęboko szkodliwe.

Niegdyś moralność jednostki była chroniona przez totalitarną gromadę, wnikliwie pilnującą, aby jej członkowie nie odstępowali od obowiązujących wzorców. Na wyższych szczeblach rozwoju na straży moralności stoją instytucje w postaci inkwizycji czy też cenzury, tworzone przez władzę po to, aby zwalczać zarówno demoralizację, jak i pluralizm, sprawiający, że ludzie gubią się w obliczu wielu ofiarowanych im prawd. Uważano, że daleko posunięte w dzisiejszych czasach prawo do różnorodności jest zgubne, w związku z czym uprawiano politykę służącą ochronie poddanych przed pokusami, grożącymi rozchwianiem tożsamości, co niejednokrotnie skutkuje wejściem na złą drogę i życiową katastrofą.

Wynikałoby z tego, że włodarze dawnych państwowości we własnym dobrze rozumianym interesie intensywnie dbali o zapewnienie przeciętnemu plebejuszowi realizacji prawa do zewnętrznego i wewnętrznego bezpieczeństwa pomimo to, a raczej właśnie dlatego, że takie uprawnienie nie istniało w oficjalnej propagandzie. Tym niemniej jego

istnienie, jeśli staniemy na gruncie dzisiejszych pojęć, nieuchronnie wynika z typowej dla zdecydowanej większości ludzkości podstawowej potrzeby zabezpieczenia przed standardowymi lub innymi niebezpieczeństwami, zapewnianej przez państwo, które nie powstanie, ewentualnie nie utrzyma się, jeśli nie uchroni ludności przed poważniejszymi nieszczęściami, do jakich zaliczają się obok naturalnych katastrof przede wszystkim rewolucje i wojny. Zdarzały się one zawsze, ale wiek XX przyniósł ich globalną eksplozję na niewyobrażalną niegdyś skalę, kompatybilną z rosnącą ilością międzynarodowych umów i wewnątrzpaństwowych konstytucji, deklarujących głębokie poszanowanie praw człowieka.

Okazuje się więc, że ilość nie przeszła w jakość. Demokratyzacja i nomokratyzacja społeczno-politycznej rzeczywistości poważnie ją rozchwiały. Trudno, żeby było inaczej, jeśli poprawna politycznie narracja umacnia ludzkie masy w przekonaniu, że „człowiek jest miarą wszechrzeczy", a zatem nie ma pozaludzkich, niemożliwych do zmiany poprzez głosowanie barier, jakie ograniczałyby wzrost aspiracji do coraz bardziej godziwej pensji, wydłużającego się życia, powiększającego się materialnego komfortu i rosnącej gamy rozrywek. Skoro „zabrania się zabraniać", to żadna instytucja nie jest władna autorytatywnie ogłosić, że nie będą przyznawane żadne nowe prawa, a tym bardziej zapowiedzieć ich redukcję. Wszak byłoby to niezgodne z rozpowszechnionym przekonaniem o słuszności praw nabytych, które mogą być jak najbardziej uzupełniane przez następne, ale w żadnym wypadku odbierane, gdyż stałoby to w sprzeczności z wiarą w Postęp, będący przecież jednym z ważniejszych idoli nowoczesności. Progresizm wymaga zatem, aby jurydyczność rozwijała się w kierunku zaspokajania rosnących potrzeb mężczyzn i kobiet, coraz rzadziej przekonanych o słuszności paremii *dura lex, sed lex*, kojarzącej się z niegdysiejszą opresywnością, niemodną w czasach znoszenia kary śmierci i walki o coraz lepsze warunki pobytu w więzieniach, których pensjonariuszy traktuje się raczej jako ofiary systemu niż grzeszników.

Takie podejście wynika z modnego wśród elit przekonania o wrodzonej dobroci człowieka, wykluczającego w takim razie możliwość istnienia osób, jakie reprezentowałyby wcielone zło. Zdaje się, że większość prostych obywateli wciąż stoi na stanowisku, że takie przypadki się zdarzają, z czego wynika potwierdzana przez sondaże nieustanna popularność kary śmierci wśród szerokich mas, nad czym przechodzi się w Unii Europejskiej do porządku dziennego, argumentując, że pozbawianie życia jest niehumanitarne, choć zdecydowana większość *homines sapientes* wciąż opowiada się za karą główną. *Vox populi* przegrywa więc z głosem wybrańców ludu, z czego wypada wyciągnąć wniosek, że, podobnie jak przed wiekami, są tacy, *которым виднее*, co upoważnia ich do układania katalogów praw człowieka, wyrażających demoliberalną ideologię, niekoniecznie odzwierciedlającą poglądy większości zwykłych ludzi, obdarzanych

przez ambitnych legislatorów jurydycznymi prezentami w postaci legalizacji aborcji, eutanazji lub jednopłciowych małżeństw, które to rozwiązania stanowią ewidentne przykłady zwycięstwa doprowadzanej do skrajności ideologii praw człowieka nad teraźniejszym i przyszłym interesem ogólnospołecznym, wymagającym myślenia w szerszej niż partykularna perspektywie.

Coraz częściej znajduje ona odzwierciedlenie w regulacjach odnoszących się do zwierząt i środowiska naturalnego, traktowanego jako ostoja niewinności zagrożonej przez zachłanny rodzaj ludzki. Trudno nie dostrzec w takim nastawieniu znużenia „prawoczłowieczym wyznaniem wiary", jakie wydało ze swego łona heretyków w postaci obrońców praw wszystkich istot żywych, w ich imieniu negujących ścisły związek między ludzkością a nomokracją.

4. Zakończenie

Jeśli przedstawiony w powyższym akapicie trend utrzyma się i nasili, to jurydyczność nabierze innego niż współcześnie charakteru. Jeśli nie dojdzie do powstania jakiejś zupełnie nowej jakości, to będziemy mieć do czynienia z ponowoczesnością, sięgającą do arsenału starych pojęć, które nigdy nie zostały zapomniane, choć odeszły na dalszy plan, zepchnięte przez modne nowinki. Można zatem oczekiwać np. renesansu idei boskiego charakteru prawa, jaka nabierałaby w ludzkich umysłach mocy wraz z prognozowanym przez Bierdiajewa i innych Nowym Średniowieczem. Inna opcja to generalny schyłek nomokracji, będącej zasadniczo zachodnioeuropejską koncepcją, która w poważniejszy sposób nie zakorzeniła się na prawosławnym Wschodzie, gdzie obserwowany wzrost religijności nie idzie specjalnie w parze z ofensywą idei państwa prawa, której postępy odciągałyby najpewniej uwagę wiernych od konfesyjnych dogmatów. W świecie islamu są one dla prawowiernych muzułmanów jurydycznymi nakazami, dlatego trudna do uniknięcia mahometańska ekspansja będzie skutkować ustanawianiem szariatu, w którym niezmiennie obowiązuje zasada boskiego charakteru prawa. Drugim, obok islamskiego, wielkim wyzwaniem dla Zachodu są Chiny, które zasadniczo nigdy nie wkroczyły na religijny etap rozwoju, dzięki czemu potężną rolę nieustannie odgrywa w nich moralność, kierująca się wskazówkami owiniętej w welon naukowości magii, co sprawia, że wygłaszane przez Przywódcę komunistyczne czy też kapitalistyczne formułki nabierają od razu rangi Najwyższego Objawienia na podobieństwo bezalternatywnych prawd ogłaszanych przez orwellowskiego Wielkiego Brata. Jeśli zatem duchowy kryzys Zachodu będzie się dalej pogłębiał, co przyda atrakcyjności innym ofertom cywilizacyjnym, to wypada się spodziewać globalnego odwrotu od zeświecczonej jurydycznej normatywności, jaka zostanie zastąpiona przez zbiory norm innego typu, znane

ludzkości z dawien dawna, co z pewnością wybitnie ułatwi ich akceptację przez szerokie masy, które bez specjalnego żalu porzucą Mądrość Nowoczesnego Etapu, aby powrócić w wydeptane przez liczne generacje przodków stare koleiny, które doskonale spełniały swoją rolę, zanim nie nadszedł czas „równościowo-wolnościowego odchylenia", lubującego się w nienaturalnych, świadczących o aberracji regulacjach, stanowiących ewidentne objawy „francuskiej choroby". Być może właśnie tak w przyszłości dworscy historycy będą opisywać „niemądre porewolucyjne czasy". W każdym razie byłoby dziwne, gdyby wyglądały one tak samo jak nasze, bowiem zgodnie z Fundamentalnym Prawem Dziejowym nic nie trwa wiecznie w ziemskim wymiarze, a to, co ludzie napiszą w swoich kodeksach i konstytucjach, w najmniejszym stopniu nie wpłynie na obowiązywanie owej Spiżowej Prawidłowości.

Agnieszka Malicka
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Eksperyment medyczny z udziałem człowieka w świetle niemieckiego prawa konstytucyjnego

1. Wprowadzenie

Niezwykle szybko postępujący w ostatnich latach rozwój nauk medycznych, opierający się w dużej mierze na nowatorskich metodach oraz zwiększające się oczekiwania pacjentów wobec lekarzy i ich nadzieje na wyleczenie często prowadzą do konfliktów nie tylko moralnych i etycznych, ale również prawnych. Skutkiem tego są liczne dyskusje dotyczące obecnie obowiązujących rozwiązań prawnych w zakresie prowadzenia eksperymentów i badań medycznych z udziałem człowieka i konieczności ich dostosowania do aktualnego stanu rozwoju medycyny. Problematyka prowadzenia badań naukowych na żywym organizmie ludzkim stała się przedmiotem rozważań nowej dyscypliny naukowej − bioetyki. Bioetyka stanowi dosyć „młodą" dziedzinę nauki – nazwa ta pojawiła się w latach 70. XX w. i odnosiła się przede wszystkim do zagadnień moralnych i etycznych związanych z dynamicznym rozwojem nauk medycznych[1]. Do dyskusji o moralności i etyce szybko włączone zostały dyskusje o regulacjach prawnych w tym zakresie. Te ostatnie jednakże wzbudzają wiele kontrowersji zarówno wśród lekarzy, etyków, jak i samych prawników. W licznych i burzliwych dyskusjach bioetycznych podjęto próbę przyjęcia pewnych uniwersalnych międzynarodowych rozwiązań w zakresie różnych działań, bezpośrednio związanych z rozwojem medycyny, w tym także w zakresie przeprowadzania eksperymentów medycznych z udziałem człowieka. Szczególną uwagę skierowano przy tym na obowiązujące zarówno w wymiarze uniwersalnym, jak i regionalnym prawa człowieka, a w szczególności na zasadę godności człowieka.

Analizując historię medycyny, można by pokusić się o stwierdzenie, że eksperyment medyczny nie jest przecież niczym nowym i w zasadzie cała współczesna medycyna czerpie obecnie wiedzę i doświadczenie z przeprowadzanych kiedyś eksperymentów. Eksperyment medyczny wydaje się stanowić stały element codziennej pracy badaczy i lekarzy. Należy w tym miejscu jednak podkreślić, że dzisiejsze eksperymenty

[1] Na temat rozwoju bioetyki jako nowej dziedziny nauki zob. T. Ślipko, *Bioetyka. Najważniejsze problemy*, Kraków 2009, s. 5 i n.; B. Gert, Ch.M. Culver, K. Danner Clouser, *Bioetyka. Ujęcie systematyczne*, przeł. M. Chojnacki, Gdańsk 2009, s. 11 i n.

praktycznie w niczym, poza swoim nowatorskim charakterem, nie przypominają eksperymentów przeprowadzanych jeszcze na początku ubiegłego wieku. Dziś są to planowane i często długo przygotowywane działania całych grup naukowców, reprezentujących często także pozamedyczne dziedziny nauki. W zasadzie nie ma w nich miejsca na przypadkowość, która charakteryzowała wcześniejsze eksperymenty medyczne. Sytuacja ta nie dotyczy tylko Niemiec, jest to ogólna tendencja. Jednocześnie zaobserwować można, że na naukowe badania medycyny coraz większy wpływ ma prawo. Można nawet odnieść wrażenie, że ustawodawca stara się swoimi działaniami ograniczyć rozwój badań naukowych w dziedzinie medycyny. Analiza odpowiednich przepisów w tym zakresie pozwala jednak na stwierdzenie, że jest to wrażenie mylne, co postaram się uzasadnić w dalszej części niniejszego opracowania.

2. Eksperyment medyczny – definicja i rodzaje

W dokumentach międzynarodowych i wewnętrznych regulacjach prawnych używane są różne pojęcia określające eksperyment medyczny przeprowadzany na człowieku. Obok pojęcia „eksperyment" występują takie określenia jak „badanie" i „doświadczenie". Niezależnie jednak od użytej nazwy w przypadku eksperymentu medycznego mamy do czynienia z działaniem, którego celem jest rozwój wiedzy z zakresu medycyny. Charakterystyczną cechą eksperymentu jest jego nowatorski charakter oraz fakt, że jego przeprowadzenie związane jest z ryzykiem i niemożliwością przewidzenia wyniku.

W przypadku eksperymentów medycznych wprowadzone zostało rozróżnienie dwóch rodzajów działania badaczy. Możemy zatem mieć do czynienia z eksperymentem leczniczym (nazywanym także terapeutycznym)[2] i eksperymentem badawczym[3].

Celem eksperymentu leczniczego jest takie działanie, przy zastosowaniu nowatorskich metod, które służy przede wszystkim poprawie stanu zdrowia pacjenta poddawanego eksperymentowi. Celem eksperymentu badawczego jest rozszerzenie wiedzy medycznej, weryfikacja dotychczasowych osiągnięć lub określonych założeń i hipotez, a nie bezpośrednio poprawa stanu zdrowia osoby poddawanej eksperymentowi, którą w przypadku eksperymentu badawczego może być także osoba zdrowa. W ramach eksperymentu badawczego często wyodrębniane jest dodatkowo tzw. badanie kliniczne produktów leczniczych i wyrobów medycznych jako szczególny rodzaj eksperymentu badawczego.

[2] W systemie prawa niemieckiego używane jest najczęściej pojęcie *Heilversuch* lub *Heilbehandlung.*

[3] W systemie prawa niemieckiego używane jest najczęściej pojęcie *Humanexperiment.*

Omawiane poniżej przepisy regulujące przeprowadzanie eksperymentów medycznych na ludziach odnoszą się do wszystkich wskazanych powyżej rodzajów eksperymentów. Na zróżnicowanie regulacji w odniesieniu do poszczególnych rodzajów badań ustawodawca zwykle wyraźnie wskazuje w ustawodawstwie zwykłym[4].

3. Eksperyment medyczny w regulacjach prawa międzynarodowego

Republika Federalna Niemiec w zakresie gwarancji podstawowych praw człowieka związana jest, podobnie jak inne państwa europejskie, postanowieniami z zakresu prawa międzynarodowego. Chodzi tu zarówno o postanowienia o wymiarze uniwersalnym, jak i regionalnym. W wymiarze regionalnym podstawowym aktem prawnym regulującym ochronę praw człowieka, a w szczególności ochronę godności ludzkiej w związku z eksperymentami medycznymi, jest przyjęta przez Radę Europy po długoletnich pracach Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny, która w skrócie nazywana jest także Konwencją o prawach człowieka i biomedycynie lub Konwencją bioetyczną. Konwencja otwarta została do podpisu 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo i weszła w życie 1 grudnia 1999 r. po ratyfikowaniu jej przez pięć państw[5]. Konwencja bioetyczna stanowi obecnie najważniejszy dokument kompleksowo regulujący zagadnienia ochrony praw człowieka w kontekście postępu nauk medycznych. Należy jednak pamiętać, że jej postanowienia mają charakter jedynie ramowy, zapewniający podstawowe standardy ochrony, natomiast szczegółowe rozwiązania prawne tej problematyki pozostawione zostały państwom – stronom Konwencji, które przy wprowadzaniu swoich regulacji prawnych uwzględniają obok stanu rozwoju nauk medycznych także konkretną sytuację prawną, społeczną i ekonomiczną oraz osiągnięcia wewnętrznych debat, oraz konsultacji politycznych, prawnych, społecznych i etycznych w tym zakresie.

W związku z faktem, że Republika Federalna Niemiec nie podpisała Konwencji bioetycznej analiza jej szczegółowych postanowień nie zostanie włączona do niniejszego opracowania.

---

[4] W przypadku prawa niemieckiego szczegółowe regulacje dotyczące przeprowadzania eksperymentów medycznych znajdują się m.in. w ustawie o lekach (*Arzneimittelgesetz*, BGBl. I S. 261/2014), w ustawie o produktach medycznych, która stanowi m.in. implementację odpowiednich w tym zakresie dyrektyw Unii Europejskiej (*Medizinproduktgesetz*, BGBl. I S. 3146/2002), ustawie o radzie etycznej (*Ethikratgesetz*. BGBl. I S. 1385 /2007).

[5] Tekst konwencji w języku polskim dostępny jest na stronie: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp: 20.07.2014). Problematyce prowadzenia badań naukowych poświęcone zostały w Konwencji bioetycznej 4 artykuły (art. 15 – 18) w rozdziale 5 oraz protokół dodatkowy dotyczący badań biomedycznych.

Istotne znaczenie dla treści postanowień Konwencji bioetycznej miały niewątpliwie obowiązujące już przepisy z zakresu ochrony praw człowieka, które problematykę eksperymentów medycznych regulują jedynie w sposób pośredni. Twórcy Konwencji bioetycznej powołali się na nie w preambule. Można tu wskazać m.in. na takie regulacje jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r.[6], Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r[7]., Konwencja Praw Dziecka z 1989 r.[8] oraz obowiązujące na gruncie europejskim dokumenty przyjęte przez Radę Europy – w tym fundamentalny w zakresie ochrony praw człowieka akt prawny – Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r[9]. oraz Europejska Karta Społeczna z 1961 r.[10], czy Konwencja o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych z 1981 r.[11] Z obowiązujących regulacji europejskich wymienić w tym miejscu należy także najistotniejszy w tym zakresie akt prawny Unii Europejskiej – Kartę Praw Podstawowych UE[12].

4. Eksperyment medyczny w prawie Republiki Federalnej Niemiec

Celem niniejszego opracowania jest analiza warunków legalności prowadzenia medycznych badań naukowych, w tym także eksperymentów naukowych z udziałem ludzi w Republice Federalnej Niemiec. Kwestie dopuszczalności i legalności przeprowadzania tego rodzaju badań stanowią przedmiot regulacji zarówno wewnętrznego

[6] Tekst w języku polskim dostępny jest na stronie: http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/onz/pdpc.pdf (dostęp: 20.07.2014).

[7] Tekst w języku polskim Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

[8] Republika Federalna Niemiec podpisała Konwencję Praw Dziecka w 1992 r., zgłaszając jednak zastrzeżenie do niej. Zastrzeżenie to zostało cofnięte dopiero w 2010 r. Tekst w języku polskim Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

[9] Konwencja podpisana została 4 listopada 1950 r. w Rzymie, a w życie weszła 3 września 1953 r. Od tego czasu jej postanowienia uzupełniane były protokołami dodatkowymi, ostatnio w 2010 r. Republika Federalna Niemiec ratyfikowała Konwencję 5 grudnia 1952 r. Tekst w języku polskim Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

[10] Dokument Rady Europy przyjęty w Turynie 18 października 1961 r., wszedł w życie w 1965 r., a w 1996 r. Karta została zrewidowana i w zrewidowanej wersji weszła w życie 1 lipca 1999 r. Europejska Karta Społeczna zapewnia szereg praw w sferze społecznej, a w odniesieniu do omawianych zagadnień gwarantuje m.in. dostęp do opieki medycznej. Republika Federalna Niemiec ratyfikowała Kartę w 1965 r., natomiast wersję zrewidowaną podpisała 29 czerwca 2007 r. i jeszcze jej nie ratyfikowała. Tekst w języku polskim Dz. U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67.

[11] Konwencja została podpisana w Strasburgu 28 stycznia 1981 r. i weszła w życie 1 października 1985 r. Republika Federalna Niemiec była jednym z pierwszych państw, które podpisały konwencję, jednak ratyfikowała ją dopiero 19 czerwca 1985 r. Tekst w języku polskim: Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25.

[12] Karta Praw Podstawowych podpisana została 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei, weszła w życie po ratyfikowaniu traktatu lizbońskiego przez wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej 1 grudnia 2009 r. Tekst Karty Praw opublikowany został w Dz. Urz. UE 2010/C 83/02.

prawa niemieckiego, jak również odpowiednich, wiążących Republikę Federalną Niemiec, aktów prawa międzynarodowego[13] i prawa Unii Europejskiej[14] odnoszącego się bądź ogólnie do szeroko pojmowanej problematyki gwarancji i ochrony praw człowieka, bądź też w sposób bezpośredni regulujących zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych z udziałem ludzi[15].

Powyżej wskazane zostały podstawowe regulacje prawa międzynarodowego i prawa UE gwarantujące ochronę praw człowieka. Republika Federalna Niemiec jednak nie przyjęła do tej pory najważniejszego z tych aktów prawnych, w którym bezpośrednio określone zostały gwarancje ochrony godności człowieka w związku z prowadzeniem eksperymentów medycznych. Nie oznacza to oczywiście, że w Niemczech tego rodzaju badania nie są prowadzone lub że są prowadzone bez przestrzegania tych podstawowych zasad.

Konwencja bioetyczna wywołała w Niemczech burzliwe dyskusje i wielokrotnie wskazywano na niedoskonałość jej postanowień, w szczególności w odniesieniu do regulacji dotyczących badań nad embrionami, badań genetycznych, udziału w eksperymentach osób, które nie są w stanie samodzielnie udzielić swojej zgody na udział w eksperymencie, czy zakresu gwarancji ochrony danych osobowych.

W związku z faktem, że do przystąpienia do Konwencji bioetycznej przez Niemcy konieczne jest uchwalenie odpowiedniej ustawy federalnej przez Bundestag w niemieckim parlamencie odbyły się jeszcze przed ostatecznym przyjęciem tekstu Konwencji bioetycznej przez Radę Europy debaty na jej temat. Pierwsza debata miała miejsce w styczniu 1995 r. Uznano wówczas, że Republika Federalna Niemiec nie jest gotowa do przyjęcia Konwencji i uzasadniono to jej sprzecznością z niemiecką Ustawą Zasadniczą. Podobna debata miała miejsce w maju tego samego roku w Bundesracie i zakończyła się takimi samymi konkluzjami. Uznano, że Konwencja zawiera zbyt wiele niedookreślonych postanowień, które mogą stanowić poważną przyczynę jej naruszeń. Bundesrat wskazał także na niewystarczającą w konwencji ochronę embrionów oraz przewidziane w niej zasady ochrony danych osobowych.

Po protestach Niemiec treść postanowień Konwencji bioetycznej została zmodyfikowana. Jednak kolejna, przeprowadzona w październiku 1996 r. w niemieckim Bundestagu

[13] Jako przykład można tu wskazać na art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty przez ONZ 18 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 1667), zgodnie z którym „nikt nie będzie poddawany torturom lub okrutnemu, nieludzkiemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W szczególności nikt nie będzie poddawany, bez swej zgody swobodnie wyrażonej, doświadczeniom lekarskim lub naukowym".

[14] Art. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, zgodnie z którym: „Godność człowieka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona". Dz. Urz. UE 2010/C 83/02; pełny tekst dostępny jest na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pl:PDF (dostęp: 20.07.2014).

[15] Elementem wspólnym dla tych regulacji jest wymóg świadomie wyrażonej zgody na udział w badaniu.

debata, pomimo pozytywnej opinii Federalnego Ministra Sprawiedliwości, zakończyła się decyzją o nieprzystąpieniu do Konwencji bioetycznej. Jako przyczynę podano nadal niewystarczający zakres ochrony gwarantowanej w konwencji, co stanowi naruszenie niemieckiego porządku konstytucyjnego[16]. Należy w tym miejscu podkreślić, że Republika Federalna Niemiec nie jest przeciwna samej idei wprowadzenia do systemu prawa aktu regulującego kwestie prowadzenia badań naukowych na żywym ludzkim organizmie. Nieprzystąpienie do konwencji dało wyraz niezadowoleniu Niemiec z przebiegu prac nad ostateczną jej treścią. Miało także na celu podkreślenie potrzeby zapewnienia szerszego niż przewiduje Konwencja zakresu ochrony praw osób poddawanych eksperymentom oraz innym zabiegom medycznym. Niemiecki parlament uznał, że gwarantowana w przepisach Ustawy Zasadniczej ochrona, w tym w szczególności podstawowa zasada ochrony ludzkiej godności, daje dużo silniejsze gwarancje niż zbyt słabo skonkretyzowane postanowienia Konwencji bioetycznej. Republika Federalna Niemiec nie skorzystała w tym przypadku z przewidzianej w Konwencji możliwości zgłaszania zastrzeżeń[17] i przynajmniej na razie całkowicie zrezygnowała z przyjęcia Konwencji bioetycznej.

W jaki zatem sposób niemiecki ustawodawca zagwarantował możliwość przeprowadzania eksperymentów medycznych na ludzkim organizmie? Republika Federalna Niemiec jest związana omówionymi powyżej przepisami prawa międzynarodowego, których celem jest ogólna ochrona praw człowieka. Dodatkowo w Ustawie Zasadniczej przewidziane zostały postanowienia, które w przypadku eksperymentu medycznego mają zapewnić jego legalność oraz w odpowiednim stopniu chronić zarówno prawa probanta, jak i badacza.

5. Ochrona godności człowieka

Tragiczne wydarzenia związane z działalnością lekarzy w czasach rządów narodowego socjalizmu i prowadzone przede wszystkim w obozach koncentracyjnych okrutne pseudonaukowe badania na ludziach w najgorszy z możliwych sposobów naruszyły

[16] E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 81 i n.

[17] Art. 36 Konwencji bioetycznej daje państwom przystępującym do niej możliwość zgłaszania zastrzeżeń w przypadku, gdy któreś z postanowień konwencyjnych nie da się pogodzić z wewnętrznym systemem prawa państwa-strony; zastrzeżenia te mogą w każdym czasie zostać wycofane. (Art. 36: 1. Każde Państwo i Wspólnota Europejska, w czasie podpisywania albo składania dokumentu ratyfikacyjnego mogą zgłosić zastrzeżenie do któregokolwiek artykułu Konwencji, w takim stopniu, w jakim ich prawo wewnętrzne nie jest zgodne z tym artykułem. Zgłaszanie zastrzeżeń o charakterze ogólnym nie jest dopuszczalne. 2. Zastrzeżenie składane w trybie niniejszego artykułu powinno zawierać krótkie przedstawienie odpowiednich przepisów prawa wewnętrznego").

zasadę poszanowania godności człowieka[18]. Zakończenie II wojny światowej zapoczątkowało współczesną formę ochrony godności ludzkiej zarówno w uniwersalnym, jak i w niemieckim systemie prawa. Pierwsze tego rodzaju gwarancje pojawiły się w konstytucjach poszczególnych landów[19], a następnie w 1949 r. twórcy niemieckiej Ustawy Zasadniczej umieścili godność człowieka na szczycie wszystkich praw podstawowych w jej pierwszym artykule[20], zgodnie z którego treścią „godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych"[21]. Taka pozycja w katalogu praw podstawowych wyraźnie wskazuje na szczególne znaczenie ochrony godności człowieka w całym niemieckim systemie prawa. Niemiecki ustawodawca dla dodatkowego podkreślenia znaczenia godności człowieka w art. 79 ust. 3 UZ[22] zagwarantował także niedopuszczalność zmiany art. 1 Ustawy Zasadniczej.

Zawarta w Ustawie Zasadniczej gwarancja szczególnej ochrony godności człowieka związana jest także z innym zasadami charakteryzującymi niemiecki system prawa, jak chociażby z zasadą socjalnego państwa prawnego, wyrażoną w art. 20 Ustawy Zasadniczej[23]. Socjalne państwo prawne zobowiązane jest m.in. do poszanowania i ochrony godności człowieka, co w praktyce oznacza stworzenie dla każdej jednostki odpowiednich warunków życia, a w odniesieniu do omawianej problematyki należy wskazać na zapewnienie dostępu do opieki medycznej na poziomie uwzględniającym aktualny stan nauki i wiedzy medycznej[24].

---

[18] Na temat eksperymentów prowadzonych w obozach koncentracyjnych więcej zob. M. R. Textor, *Experimente am Menschen – ethische und juristische Aspekte*, „MMG Medizin Mensch Gesellschaft" 1989, 14, s. 208 i n.; tekst udostępniony na stronie internetowej: http://homepage.ipzf.de/Experimente.html (dostęp: 8.12.2010) oraz H. Schott, *Geschichte der Medizin – Ansichten zur Ethik: Menschenversuch und Menschlichkeit*, „Deutsches Ärzteblatt" 2003, tekst opublikowany na stronie internetowej: http://www.aerzteblatt.de/archiv/36609/ (dostęp: 8.12.2010).

[19] Np. art. 1 Konstytucji Kraju Saary z 15 grudnia1947 r. (ABl. 1947, S. 1077), art. 3 Konstytucji Hesji z 1 grudnia1946 r. (GVBl. 1946, S. 229), preambuła Konstytucji Nadrenii Palatynatu z 18 maja 1947 r. (VOBl. 1947, S. 209).

[20] Art. 1 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec ma następujące brzmienie: „1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. 2. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. 3. Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht". Pełny tekst Ustawy Zasadniczej dostępny jest na stronie: https://www.bundestag.de/grundgesetz (dostęp: 20.07.2014)

[21] Przytaczane w tekście tłumaczenia postanowień Ustawy Zasadniczej pochodzą z publikacji B. Banaszak, A. Malicka, *Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec*, [w:] W. Staśkiewicz (red.), *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 519 i n.

[22] Art. 79. „3 Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig".

[23] Również ten przepis podlega wynikającej z art. 79 ust. 3 zasadzie niezmienności.

[24] G. Igl, F. Welti, *Gesundheitsrecht. Eine systematische Einführung*, München 2012, nr brz. 70

Szczególną cechą art. 1 UZ w porównaniu z innymi gwarantowanymi w Ustawie Zasadniczej prawami podstawowymi jest także fakt, że gwarancja godności człowieka nie może podlegać żadnym ograniczeniom ze strony państwa. Jest to gwarancja o absolutnym charakterze i każde jej naruszenie jest działaniem niezgodnym z konstytucją[25]. Godność człowieka przysługuje każdemu, niezależnie od tego jak dalece dana jednostka jest świadoma tego, że jej godność podlega ochronie.

6. Wolność nauki i badań naukowych a inne prawa podstawowe

Naukowe badania medyczne, w tym także eksperymenty medyczne prowadzone z udziałem ludzi, możliwe są między innymi dzięki zagwarantowanej w art. 5 ust. 3 zd. 1 Ustawy Zasadniczej[26] wolności prowadzenia badań naukowych. Zgodnie z tym postanowieniem zapewnia się wolność sztuki i nauki, badań naukowych i nauczania. Można by uznać zatem, że niemiecka konstytucja dopuszcza w nieograniczony sposób prowadzenie wszelkiego rodzaju badań naukowych. W praktyce jednak tak nie jest, stąd konieczne stało się ustalenie definicji nauki oraz uzasadnienie ograniczeń wolności nauki. Zdefiniowania pojęcia badań naukowych w rozumienia niemieckiej Ustawy Zasadniczej dokonał m.in. Federalny Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z którego orzeczeniem pod pojęciem nauki rozumie się treść i formę poważnych, planowych prób mających na celu ustalenie prawdy w ramach metodycznie uporządkowanego postępowania, z uwzględnieniem opartego na naukowym badaniu stanu wiedzy[27]. Użyte przez Federalny Trybunał Konstytucyjny określenia oznaczają w przypadku pojęcia „poważne", że nauka zawsze zakłada istnienie określonego stanu wiedzy; pojęcie „planowy" odnosi się do metodycznie uporządkowanego myślenia, natomiast „ustalenie prawdy" odnosi się do faktu, że dotychczas zdobyta wiedza w jakimś zakresie ciągle podawana jest krytycznie w wątpliwość[28]. Działania te obejmują także przygotowania do badań i publikację ich wyników. Zanim jednak Federalny Trybunał Konstytucyjny wydał swoje orzeczenie, w którym zdefiniował pojęcia badań naukowych, wyznaczeniem granic tego pojęcia zajęli się m.in. niemieccy konstytucjonaliści. Mając w pamięci działania nazistowskich lekarzy w obozach koncentracyjnych, które oni sami także określali pojęciem badań naukowych, uznali za konieczne wyraźnie ustalenie granic, jakiego rodzaju działania

[25] G. Manssen, *Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Auflage*, München 2011, s. 63 i n.; B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II, 20., neubearbeitete Auflage*, Heidelberg 2004, s. 81 i n.

[26] Art. 5 ust. 3 zd. 1 i 2 UZ: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung".

[27] Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego BVerfGE 35, 79/113; zob. także G. Manssen, *op. cit*., s. 118 oraz R. Keller, *Das Recht und die medizinische Forschung*, „Medizinrecht" 1991, Heft 1, s. 12.

[28] B. Pieroth, B. Schlink, *op. cit.*, s. 156 i n.

badaczy faktycznie mogą być traktowane jako poważne i odpowiedzialnie prowadzone badania naukowe. Domagali się oni wyznaczenia jasnych etycznych granic badań naukowych. W ten sposób wykluczono z pojęcia badań naukowych określone stany faktyczne, których problematyka, przedmiot lub metoda działania są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie wskazano, że Ustawa Zasadnicza nie zakłada zredukowania pojęcia badań naukowych do tego, co dozwolone, ale przyjmuje szerokie rozumienie tego pojęcia[29]. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że poszukiwanie prawdy i jej metoda i krytyka mogą ulegać zmianom, co powoduje, że w nauce i tym samym badaniach naukowych ciągle pojawiają się nowe, czasem zaskakujące treści i formy. Weryfikacja i krytyka tego, co już zostało ustalone przyczynia się do ciągłego rozwoju nauki. Tym samym pojęcie badań naukowych musi pozostawać pojęciem o charakterze otwartym.

W przeciwieństwie do wynikającej z art. 1 UZ zasady poszanowania godności człowieka wolność nauki i badań naukowych oraz nauczania nie stanowi nieograniczonego i absolutnego prawa podstawowego. Oznacza to m.in., że możliwe jest jej ograniczenie w przypadkach, kiedy dochodzi do kolizji z innymi prawami podstawowymi. Konieczne zatem są zawsze konkretyzacja i rozważanie, czy gwarancja wolności nauki nie powoduje naruszenia innych dóbr prawnych chronionych konstytucyjnie.

W przypadku przeprowadzania eksperymentów medycznych z udziałem człowieka może zatem mieć miejsce kolizja konstytucyjnie gwarantowanej wolności nauki z gwarantowaną w art. 1 Ustawy Zasadniczej godnością człowieka oraz z chronionym zgodnie z art. 2 ust. 1 Ustawy Zasadniczej prawem do nietykalności cielesnej oraz wolności osobistej. Zgodnie z postanowieniem art. 2 każdy ma prawo do życia i nietykalności cielesnej. Wolność osobista jest nienaruszalna. Ingerencja w te prawa dopuszczalna jest jedynie na podstawie ustawy[30]. Zakres ochrony wynikający z tego postanowienia obejmuje oprócz prawa do życia także prawo do zdrowia w znaczeniu biologiczno-fizycznym, jak i psychicznym.

Uwzględniając możliwość wystąpienie kolizji wolności nauki z innymi prawami podstawowymi gwarantowanymi w Ustawie Zasadniczej, nasuwa się konkluzja, że wolność badań naukowych kończy się tam, gdzie pojawia się ryzyko naruszenia praw i wolności innych osób. Przenosząc tą zasadę na grunt eksperymentu medycznego przeprowadzanego na człowieku, należałoby oczekiwać od badaczy, którzy korzystają z gwarantowanej w art. 5 ust. 3 Ustawy Zasadniczej wolności nauki, rozsądnego podejścia do swojej działalności i że nie będą oni prowadzić badań „za wszelką cenę".

[29] Więcej zob. R. Keller, *op. cit*., s. 12.

[30] „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden".

Zatem w przypadku kolizji wolności nauki z innymi konstytucyjnie chronionymi prawami mamy do czynienia z zasadą, że ochrona godności ludzkiej (Art. 1 UZ) oraz zasada nienaruszalności cielesnej (Art. 2 ust. 2 z d.1 UZ) korzysta z pierwszeństwa przed wolnością nauki.

Nie można w tym miejscu nie zauważyć, że gwarantowana w Ustawie Zasadniczej wolność nauki i badań naukowych jest nie tylko indywidualnym prawem przysługującym konkretnej jednostce – w tym przypadku osobie naukowca prowadzącego konkretne badania, ale stanowi także ważna podstawę dla instytucjonalnych gwarancji działalności ośrodków naukowych. Przysługuje zatem nie tylko osobom fizycznym, ale w szczególnych sytuacjach korzystają z niej także osoby prawne. W pierwszym rzędzie wskazać należy na szkoły wyższe i wydziały posiadające status instytucji publicznoprawnych, w mniejszym stopniu także wyższe szkoły zawodowe[31].

W tej sytuacji państwo jako instytucja zobowiązana do zapewnienia ochrony praw podstawowych powinno kształtować prawodawstwo dotyczące prowadzenia badań naukowych w taki sposób, aby w jak najszerszym zakresie zapewniona została wynikająca z Ustawy Zasadniczej wolność nauki i badań naukowych przy jednoczesnym poszanowaniu podstawowych praw jednostki. Zadania państwa w zakresie zapewnienia wolności nauki nie kończą się jednak jedynie na wprowadzeniu odpowiednich regulacji prawnych umożliwiających prowadzenie badań naukowych. Państwo powinno podejmować konkretne działania finansowe i organizacyjne, których celem jest realizacja konstytucyjnie gwarantowanych przedstawicielom nauki wolności.

Realizacja gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności odbywa się m.in. w drodze ustawodawczej. Niemiecki ustawodawca podjął oczywiście odpowiednie działania, których celem była prawna regulacja prowadzenia eksperymentów medycznych na ludziach. W niemieckim systemie prawa nie istnieje jednak jedna ustawa federalna poświęcona wyłącznie tej problematyce. Odpowiednie przepisy znalazły się w licznych ustawach regulujących np. wprowadzanie do obrotu środków medycznych i leków, przepisy w pewnym zakresie regulujące przeprowadzanie naukowych badań medycznych znajdują się także w ustawie transplantacyjnej, ustawie o radzie etycznej, czy w kodeksie karnym[32]. W zakresie eksperymentów medycznych odpowiednie zastosowanie znajdują również normy, które z formalnego punktu widzenia nie mają charakteru prawnie wiążącego. Przykładem takich powszechnie stosowanych przez lekarzy-badaczy norm są postanowienia Deklaracji Helsińskiej przyjętej przez Światowe

[31] G. Manssen, *op. cit*., s. 119.

[32] Przykłady ustaw zawierających przepisy, które można odnieść do przeprowadzania eksperymentów medycznych wskazane zostały w przypisie 4.

Stowarzyszenie Lekarzy[33]. Ponieważ jednak przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza odpowiednich regulacji niemieckiej Ustawy Zasadniczej umożliwiających legalne prowadzenie szczególnych badań naukowych, jakimi są eksperymenty medyczne na ludzkim organizmie, nie zostaną tu bliżej omówione ustawowe regulacje, które konkretyzują zarówno prawa podstawowe, jak również wynikające z międzynarodowych zobowiązań Republiki Federalnej Niemiec postanowienia w tym zakresie.

7. Zakończenie

Nie da się zaprzeczyć, że od pewnego czasu prawo wywiera coraz większy wpływ na rozwój nauk medycznych. Eksperymentów medycznych nie prowadzi się już tak łatwo i swobodnie jak w drugiej połowie XX w., kiedy nastąpił gwałtowny rozwój i postęp medycyny. Brak ograniczeń prawnych i zbyt słabe ograniczenia etyczne z jednej strony oraz ambicje i dążenia badaczy, wspierane często finansowo przez ogromne koncerny farmaceutyczne z drugiej − stawały się przyczyną licznych nadużyć. Obowiązujące wówczas przepisy regulujące sferę praw człowieka okazały się niewystarczające, a czasem wręcz przestarzałe, co w wielu przypadkach uniemożliwiało prowadzenie zgodnych z prawem badań naukowych i w konsekwencji często prowadziło do procesów sądowych przeciwko lekarzom. Podjęte wspólne działania na forum europejskim i światowym przyczyniły się obecnie do ujednolicenia zasad przeprowadzania eksperymentów medycznych na ludziach[34].

Aby w pełni zapewnić skuteczność nowego prawa w dziedzinie badań medycznych, zagwarantowana musi zostać z jednej strony potencjalnym pacjentom i probantom odpowiednia ochrona jednostki przed zbyt daleko idącymi ingerencjami badaczy, z drugiej zaś badaczom musi być umożliwione prowadzenie badań i eksperymentowanie zgodne z aktualnym stanem wiedzy i rozwoju nauk medycznych. Zapewnienie równowagi pomiędzy wolnością prowadzenia badań naukowych a gwarancjami praw jednostki, która w przypadku eksperymentów medycznych takim badaniom jest poddawana, stanowi obecnie jedno z istotniejszych zadań państwa.

---

[33] Pierwsza wersja Deklaracji Helsińskiej przyjęta została w 1964 r. i była uaktualniana 9 razy, ostatnio w czasie Zgromadzenia Ogólnego Światowego Stowarzyszenia Lekarzy w Fortalezie w październiku 2013 r. Deklaracja Helsińska stanowi najważniejszy międzynarodowy zbiór zasad dotyczących standardów regulujących przeprowadzanie badań biomedycznych. Dzięki licznym zmianom zbiór ten jest ciągle aktualizowany i uwzględnia także poglądy etyków i innych specjalistów. Tekst Deklaracji w języku polskim dostępny jest na stronie Naczelnej Izby Lekarskiej http://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0010/93097/Deklaracja-Helsinska-przyjeta-na-64-ZO-WMA_-pazdziernik-2013_pelny-tekst.pdf (dostęp: 20.07.2014).

[34] Więcej na temat wpływu prawa na rozwój medycyny zob. E. Deutsch, *Der Beitrag des Recht zur klinischen Forschung in der Medizin*, „Neue Juristische Wochenschrift", Heft 46, 1995, s. 3019 i n., beck-online, (dostęp: 23.11.2010).

Prawo, chociaż mogłoby się wydawać, że wprowadza coraz liczniejsze ograniczenia, faktycznie przyczynia się do bezpiecznego i pewnego rozwoju nauk medycznych. A tylko taki ich rozwój może we właściwy sposób służyć dobru jednostki. Jednocześnie ujednolicanie przepisów w zakresie naukowych badań medycznych ułatwia w znacznym stopniu międzynarodową współpracę naukową, bez której współcześnie rozwój i postęp medycyny wydaje się niemożliwy.

Artur Preisner
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Paternalizm a wolność

1. Wprowadzenie

Na początku lat dziewięćdziesiątych we francuskich klubach młodzieżowych[1] pojawiła się nowa i nieco dziwna forma rozrywki. Lokalne dyskoteki zaczęły organizować zawody w „rzucaniu karłem[2]", czyli działania, podczas których chętni mogli sobie porzucać nim na odległość lub użyć jako kuli do strącania kręgli. Oczywiście odbywało się to za jego zgodą, stosowany był odpowiedni ubiór ochronny, a miejscem do lądowania był nadmuchiwany materac. Francuskie władze dosyć szybko zakazały tych praktyk, uzasadniając swą decyzję łamaniem zasady godności człowieka. Odwołania zakończyły się przed Radą Stanu, która przyznała rację wcześniejszym decyzjom sądów administracyjnych[3]. Również Komitet Praw Człowieka ONZ nie dopatrzył się w wyroku Rady Stanu złamania Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[4]. Manuel Wackenheim, odwołujący się zarówno od wyroków sądowych, jak i skarżący Francję przed Komitetem, uważał – choć sam był karłem – że właśnie decyzje sądowe i wyrok Rady Stanu są nie tylko naruszeniem jego autonomii i zasady wolności pracy, lecz także stanowią naruszenie jego godności, gdyż pozbawiając go możliwości zarobkowania, skazują go na korzystanie z dobroczynności. Mimo że jego skargi zostały odrzucone przez obie instytucje, uzasadnienie Wackenheima zawiera kwestie interesujące z etycznego i prawnego punktu widzenia. Idzie przede wszystkim o granice dopuszczalnej ingerencji państwa w sferę wolności, ingerencję motywowaną chęcią (koniecznością)

[1] Przypadek francuski okazał się najgłośniejszy, lecz podobne zdarzenia były notowane już wcześniej w innych krajach, np. w Australii, w 1986 r., odbyły się mistrzostwa świata w rzucaniu karłem, które wygrała ekipa brytyjska. Zob. A. Massarenti, *Zwergenweitwurf und andere philosophische Übungen*, Frankfurt am Main 2009.

[2] Osoba o nienaturalnie niskim wzroście, inaczej: cierpiąca na karłowatość.

[3] Conseil d'Etat, 27 Octobre 1995, N° 136727, Commune de Morsang-sur-Orge, http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Public/La_police_administrative/RFDA_1995.1204.pdf., dostęp: 10.08.2014 r. Nie wynika z tego jednak, że podobne „zabawy" są generalnie zakazane – decyzja w podobnych sprawach została pozostawiona swobodnemu uznaniu władz administracyjnych. Regulacje zakazujące były też wprowadzane w innych krajach, np. w Niemczech, a także w Nowym Jorku i na Florydzie, choć tutaj niezbyt konsekwentnie – zakaz wprowadzony w 1989 r. został zniesiony w 2011.

[4] *Manuel Wackenheim v. France*, Communication No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html, dostęp: 15.08.2014 r.

ochrony jednostki przed nią samą, tj. przed jej świadomymi działaniami. A ujmując to bardziej bezpośrednio: jakie są zasady i granice interwencji paternalistycznych.

2. Kwestie pojęciowe

Pojęcie „paternalizmu" zazwyczaj ma raczej ujemne konotacje i jest łączone z krytyczną oceną określonych działań kierowanych pod adresem innych osób lub systemów instytucjonalnych. Same w sobie te działania nie powinny być uznawane za złe lub niemoralne – wspomniana negatywna ocena pojawiała się w określonym czasie i może być bezpośrednio wiązana z ideologią Oświecenia, a jeszcze bardziej z narodzinami współczesnego liberalizmu[5].

Paternalizm powszechnie jest wywodzony ze średniowiecznego pojęcia patriarchalizmu[6]. Termin ten oznaczał literalnie „władzę ojca" i pochodził ze zbitki dwóch greckich słów: πατήρ (ojciec) oraz ἄρχω (rządzę). Właściwie był to typ rodowej organizacji społecznej bazującej na dominującej roli mężczyzn, podkreślanej i wyrażającej się w patrylokalnym małżeństwie i patrylinearnych grupach krewniaczo-pochodzeniowych, w których dziedziczenie następuje po linii męskiej[7]. Ta „ojcowska" analogia została w okresie późniejszym wykorzystana, by usprawiedliwić przywileje feudalnej elity rządzącej wobec rządzonych[8]. Jeden z głównych „ideologów" tego kierunku myślenia, Sir Robert Filmer, utrzymywał, że monarcha ma władzę nad swoimi ludźmi właśnie tak, jak ojciec ma wpływ na swoje dzieci[9]. W dziele *Patriarcha* Filmer poczynił wielkie wysiłki,

---

[5] J. Kleinig, *Paternalism*, Manchester 1983, s. 4 i n.; J. Kultgen (*idem*, *Autonomy and Intervention – Parentalism in the Caring Life*, New York 1995, cz. II, szczególnie s. 47 i n., 60 i n.) używa terminu *parentalism*, a nie *paternalism*, odwołując się do skojarzeń władzy rodzicielskiej nad dziećmi, jednak faktycznie idzie tylko o zneutralizowanie charakteru tego wyrażenia i pozbawienie go negatywnych konotacji paternalizmu.

[6] Szerzej zob. E. Bornemann, *Das Patriarchat – Ursprung und Zukunft unseres Gesellschaftssystems*, Frankfurt am Main 1979; Z. Krzak, *Matriarchalna nieświadomość Europy*, [w:] Z. Krzak (red. nauk.), *Matriarchat – Patriarchat. Subkultura ojca – subkultura matki*, „ALBO albo. Problemy psychologii i kultury" 2003, nr 1, s. 9 i n.

[7] K. Olechnicki, *Słownik socjologiczny*, Toruń 1999.

[8] Zob. m.in. Kleinig, *op. cit*., s. 4; Kultgen, *op. cit.*, s. 132.

[9] Omówienie poglądów R. Filmera zob.: R. S. Downie, *Filmer, Robert*, [w:] T. Honderich (Ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 302; C. Watner, *"Oh, Ye Are For Anarchy!": Consent Theory in the Radical Libertarian Tradition*, „The Journal of Libertarian Studies" 1986, Vol. 8, No. 1, s. 111 i n.; J. Adams, *The Rule of the Father: Patriarchy and Patrimonialism in Early Modern Europe. Working paper*, Russell Sage Foundation, http://www.russellsage.org/sites/all/files/u4/Adams_Rule%20of%20the%20Father.pdf, szczególnie s. 6 i n. Koncepcja przeniesienia władzy rodzicielskiej na strukturę władzy państwowej pojawiła się również poza kręgiem europejskim, mianowicie w Chinach. Jednym z fundamentów konfucjańskiego społeczeństwa miała być określona sieć stosunków międzyludzkich, w ramach której akcentowano tradycyjną cześć dla rodziców, co zostało przeniesione na strukturę państwa, a w konsekwencji oznaczało, że naród miał być wielką rodziną oddającą cześć cesarzowi, postrzeganemu jako jednocześnie ojciec i matka – zob. T. Weinming, *Rodzina, naród i świat: etyka globalna jako współczesne wyzwanie kapitalizmu*, [w:] K. Tomala (red.), *Chiny. Przemiany*

by wywieść rodowód królów od Adama i biblijnych patriarchów, co miało udowodnić, że skoro władcy są potomkami Adama, praojca wszystkich ludzi, to są jednocześnie rodzicami dla swych poddanych i mają wobec nich wrodzone prawa rodzicielskie[10].

Z nadejściem Oświecenia koncepcja boskiego uprawomocnienia stopniowo została zastąpiona przez kontraktualne modele suwerenności[11]. J. Locke w swoim *Pierwszym Traktacie o Rządzie* zawarł szerokie opracowanie krytyczne *Patriarchy* Filmera, zdecydowanie odrzucając analogie między władzą rodzicielską i polityczną suwerennością[12]. O ile Filmer był zdania, że z natury lud nie posiada żadnej władzy, że wszelka władza należy do monarchy, przez co jedynie monarchia absolutna jest naturalną formą rządu, oraz że nie ma różnicy pomiędzy monarchią a tyranią, o tyle według Locke'a każdy rodzi się wolnym człowiekiem: „człowiek posiada niemożliwą do kontrolowania wolność dysponowania swą osobą i majątkiem"[13], nikt nie rodzi się poddanym żadnego rządu ani żadnego kraju i nie wyklucza tego fakt, że do pełnoletności pozostaje pod władzą i opieką ojca. Wolność polega na tym, że człowiek jest wolny od jakiegokolwiek zwierzchnika na ziemi, od woli ludzkiej oraz od ludzkiej władzy ustanawiającej prawa, ale jest równoznaczna z posłuszeństwem wobec praw natury, obowiązujących każdą rozumną istotę ludzką[14].

Locke dopuszczał, że początkowo termin paternalizm mógł być wykorzystywany do zwalczania posiłkowania się przez dawną elitę rządzącą analogiami do władzy rodzicielskiej[15], lecz w procesie konceptualizacji termin ten nabył wiele ujemnych konotacji[16]. Paternalizm nie mógł być dobrze przyjęty w czasie, w którym ceniono indywidualność i niezależność wyżej niż inne wartości, gdyż sugeruje nieuzasadnioną władzę,

---

państwa i społeczeństwa w okresie reform 1978−2000, Warszawa 2001, s. 98. Por. także K. Gawlikowski, *Konfucjański model państwa w Chinach*, Warszawa 2009, s. 52 i n.

[10] Szerzej zob. R. Filmer, *Patriarcha or the Natural Power of Kings*, 1680, http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm., dostęp: 15.08.2014 r.

[11] Szeroko C. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, cz. 1, Kraków 1999.

[12] J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Warszawa 1992, s. 7 i n. Patrz też S. Ziembicki, *Ze studiów nad myślą polityczną Johna Locke'a*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie" 2009, nr 2, s. 10 i n.; R. Woolhouse, *Locke, John*, [w:] *The Oxford Companion to Philosophy…*, s. 525 i n.

[13] J. Locke, *Rozważania dotyczące rozumu ludzkiego*, t. I, Kraków 1955, s. 166; zob. też jego uwagi odnoszące się do pojęcia osoby, *ibidem*, s. 471.

[14] Z. Ogonowski, *Locke*, Warszawa 1972, s. 197−198.

[15] Kultgen, *op. cit.*, s. 209.

[16] Locke z całą pewnością akceptuje paternalizm jako uzasadniony w relacji rodzic-dziecko. Jego negatywne postrzeganie tego pojęcia odnosi się przede wszystkim do łączenia paternalizmu ze sferą publiczną (patriarchalizm). Świadczyć o tym może chociażby krótki cytat odnoszący się do władzy ojcowskiej: „Przyznaję, iż dzieci nie rodzą się w stanie pełnej równości, chociaż są do niej przyrodzone. Kiedy przychodzą na świat, a także przez pewien czas potem, rodzice mają nad nimi pewną władzę i jurysdykcję. Jest ona czasowo ograniczona, gdyż jej więzy podległości są jak powijaki, które otulają i chronią w okresie bezradności dzieciństwa. Gdy zaś dzieci podrastają, wiek i rozum rozluźniają je, aż zupełnie znikną i człowiek będzie zależny od swych własnych, wolnych decyzji", *idem*, *Dwa traktaty…*, § 55, s. 200.

a także traktuje kompetentne osoby dorosłe tak, jakby były dziećmi[17] (czego konsekwencją mogą być tyrańskie reżimy polityczne).

Kant zgadza się z zaniepokojeniem wyrażanym przez Locke'a, kategorycznie stwierdzając, że: „nikt nie może zmusić mnie do bycia szczęśliwym na jego modłę (tak jak on sobie wyobraża pomyślność kogoś innego), lecz każdemu wolno poszukiwać swego szczęścia na tej drodze, która jemu samemu wydaje się najlepsza, jeśli tylko nie przynosi on przez to uszczerbku wolności innych, dążących do podobnego celu". Dlatego też „rząd ojcowski (*imperium paternale*)", traktujący obywateli tak, jak ojciec traktuje „niepełnoletnie dzieci", „jest największym dającym się pomyśleć despotyzmem (ustrojem, w którym zostaje unicestwiona wszelka wolność poddanych, nie posiadających w takim wypadku żadnych praw)"[18].

Współczesne nastawienie do zjawiska paternalizmu jest oczywiście pod wpływem podobnych do powyższych ustaleń. Trudno jednak zakładać, że to pojęcie może kojarzyć się tylko pejoratywnie. Już u Arystotelesa można było spotkać się z twierdzeniem, że państwo nie tylko ma prawo oddziaływać w sposób paternalistyczny na obywateli, lecz często ma nawet taki obowiązek: „państwo nie jest zespoleniem ludzi na pewnym miejscu dla zabezpieczenia się przed wzajemnymi krzywdami i dla ułatwienia wymiany towarów. Wszystko to co prawda być musi, jeśli państwo ma istnieć, jednakowoż jeśli nawet to wszystko jest, to i tak nie jest to jeszcze państwo, bo […] Celem państwa jest […] szczęśliwe życie, a reszta to środki do tego celu wiodące. Państwo zaś jest wspólnotą rodów i miejscowości dla doskonałego i samowystarczalnego bytowania. To znów polega […] na życiu szczęśliwym i pięknym. Trzeba tedy przyjąć, że wspólnota państwowa ma na celu nie współżycie, lecz piękne uczynki"[19]. Trudno jednak nie zauważyć, że te postulaty Arystotelesowskie – jeśli traktować je jako filozoficzną próbę

[17] J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 3 – *Harm to Self*, New York 1986, s. 22.

[18] I. Kant, *O porzekadle: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, [w:] *idem*, *Rozprawy z filozofii historii*, Kęty 2005, s. 130−131. Szerzej zob. P. Szymaniec, *Państwo i prawo w filozofii dziejów Immanuela Kanta*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie" 2009, nr 2, s. 26 i n.

[19] Arystoteles, *Polityka*, edycja komputerowa: www.zrodla.historyczne.prv.pl, 2004 (opracowane w oparciu o: Arystoteles, *Polityka*, tłum. L. Piotrowicz, [w:] *idem*, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003), s. 66. W polskim tłumaczeniu ten wydźwięk nieco ginie. Por. jednak M. Hamburger, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, Yale 1951, s. 178, a także A. Kronman, *Aristotle's Idea of Political Fraternity*, „American Journal of Jurisprudence" 1979, Vol. 24, No. 1, s. 126. Zob. też M. R. Konvitz, *Torah and Constitution. Essays in American Jewish Thought*, Syracuse−New York 1998, s. 91; J. Laws, *The Rule of Reason – An International Heritage*, [w:] M. Tønnesson Andenæs, D. Fairgrieve (red.), *Judicial Review in International Perspective*, Vol. 2, Hague 2000, s. 247 i n. Podobne tezy stawia się także w odniesieniu do koncepcji platońskich – zob. M. Filipczuk, *Koncepcja państwa zawarta w Państwie Platona oraz ustroju idealnego opisanego w Prawach. Próba porównania*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Bochni" 2010, nr 8, s. 93. Moim zdaniem takie wnioski nie są do końca uzasadnione, gdyż ideały Platona zdecydowanie bardziej zatrącają o autorytaryzm czy nawet totalitaryzm i określanie ich mianem paternalizmu jest wyraźnym ich złagodzeniem, zob. R. Legutko, *Krytyka demokracji w filozofii politycznej Platona*, Kraków 1990, s. 91 i n.

zidentyfikowania bardziej szlachetnych aspektów ludzkiej egzystencji lub cech charakteru, aby uczynić z nich cele wspólnoty politycznej – przypominają obecne we współczesnym dyskursie liberalnym pojęcie perfekcjonizmu. A w tym kontekście przyjmuje się, iż tak rozumiany perfekcjonizm musi nieuniknienie prowadzić do paternalizmu[20].

Paternalizm jest trudny do zdefiniowania. W piśmiennictwie naukowym, szczególnie filozoficznym i socjologicznym, istnieje olbrzymia rozmaitość definicji[21]. W największym uproszczeniu można określić to zjawisko jako uprawnienie do interwencji (zabezpieczonej przymusem państwowym) w sferę świadomych zachowań osób obdarzonych pełnią praw w celu zapobieżenia działaniom (tychże osób), które mogą im samym wyrządzić szkodę (krzywdę, zło). Inaczej mówiąc, niektóre jednostki lub grupy społeczne winny być kontrolowane, ochraniane i kierowane przez inne osoby lub grupy, ponieważ nie są wystarczająco kompetentne do kierowania własnym postępowaniem. Ta próba definicji opiera się na dwu zasadniczych komponentach, mianowicie (1) represji (2) nakierowanej na zapobieżenie „samoskrzywdzeniu"[22].

Ad (1) Oczywiście, że można mieć zastrzeżenia do tak skonstruowanego pojęcia. Takich uwag da się znaleźć dużo, np. zachowania o charakterze paternalistycznym nie zawsze muszą łączyć się z przymusem, a także kolidować z ujawnianą (choćby domyślnie) wolą określonego podmiotu[23]. Nie jest trudne znalezienie argumentów, że pojęcie paternalizmu nie zakłada represji albo bezpośredniej ingerencji w wolność danej osoby.

---

[20] Z. Rau, *Perfekcjonizm, paternalizm i neutralność państwa w liberalizmie klasycznym i współczesnym*, [w:] L. Dubel (red.), *Idee jako źródło instytucji politycznych i prawnych*, Lublin 2003, s. 79.

[21] G. Dworkin, *Paternalism*, [w:] *idem* (red.), *Mill's "On Liberty". Critical Essays*, Lanham 1997, s. 62; T. M. Wilkinson, *Dworkin on Paternalism and Well-being*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1996, Vol. 16, s. 433 i n.; J. Feinberg, *Legal Paternalism*, [w:] *idem*, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton 1980, s. 110; R. L. Goldberg, *No Such Thing as a Free Lunch: Paternalism, Poverty, and Food Justice*, „Stanford Law & Policy Review" 2013, Vol. 26, No. 1, s. 36 i n.; L. Nelson, *Normative Dimensions of Paternalism and Security*, „I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society" 2006, Vol. 2, No. 1, s. 27 i n.; J. G. Murphy, *Incompetence and Paternalism*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 1974, Vol. 60, s. 465; K. Grill, *The Normative Core of Paternalism*, „Res Publica" 2007, Vol. 13, s. 441−442; D. Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, „Law and Philosophy" 2008, Vol. 27, s. 351−353; B. Gert, C. M. Culver, *Paternalistic Behavior*, „Philosophy and Public Affairs" 1976, Vol. 6, s. 45−49; J. Hospers, *Libertarianism and Legal Paternalism*, „Journal of Libertarian Studies" 1980; Vol. 4, s. 255; D. Archard, *Paternalism Defined*, „Analysis" 1990, Vol. 50, s. 36; E. Garzón Valdés, *On Justifying Legal Paternalism*, „Ratio Juris" 1990, Vol. 3, s. 173; S. Clarke, *A Definition of Paternalism*, „Critical Review of International Social and Political Philosophy" 2002, Vol. 5, s. 81; M. Smiley, *Gender, Democratic Citizenship v. Patriarchy: A Feminist Perspective on Rawls*, „Fordham Law Review" 2004, Vol. 72, No. 5, s. 1599 i n.; T. Gutmann, *Paternalismus und Konsequentialismus*, „Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics", Münster 2011, nr 17, *passim*.

[22] Bardzo podobne sformułowania znajdujemy u Geralda Dworkina (*Theory and practice of autonomy*, Cambridge 1988, s. 20): „naruszenie czyjejś wolności postępowania, które uzasadnia się racjami odnoszącymi się wyłącznie do dobra, powodzenia, szczęścia, potrzeb, interesów bądź wartości osoby poddawanej przymusowi", a także u Jeffriego Murphy (*op. cit.*, s. 465): „paternalizm jest użyciem przymusu wobec określonych [grup] osób, głównie z uwagi na to, co uważa się ich dobro".

[23] Gert, Culver, *op. cit.*, s. 49.

Jako przykład można podać przypadki dezinformacji (zatajania informacji, oszukiwania) w dobrej wierze: lekarz okłamujący ciężko chorą kobietę w sprawie jej bliskich – jest dobrze, choć wiadomo, że akurat była katastrofa z ich udziałem – z całą pewnością zachowuje się w sposób paternalistyczny, lecz tutaj ciężko jest doszukać się intencji kierowania zachowaniem tej kobiety. Podobnie, zastosowanie transfuzji krwi wobec nieprzytomnej ofiary wypadku, mimo posiadania informacji o braku jej zgody (powodowaną np. względami religijnymi) na taką terapię[24].

Być może więc bardziej właściwe byłoby uznanie, że elementem konstytutywnym paternalizmu jest nie tyle przymus, lecz naruszenie autonomii osoby objętej ochroną, gdzie ta autonomia obejmuje zarówno czynniki wewnętrzne (poczytalność, racjonalność, umiejętność formułowania preferencji itp.), jak i zewnętrzne (odpowiedni zbiór opcji).

Ad (2) Cel paternalizmu nie zawsze jest tożsamy z zapobieganiem samookaleczeniu (działaniu na własną szkodę), często związany jest działaniem na rzecz dobrobytu czy interesów określonych podmiotów. Przykładowo, obowiązkowe szkolnictwo podstawowe lub przymusowa składka ubezpieczenia społecznego nie są bezpośrednio nakierowane na zapobieganie „samokrzywdzeniu", lecz przede wszystkim na osiągnięcie długoterminowych korzyści przez zainteresowane jednostki. W konsekwencji można dokonać rozróżnienia między formami paternalizmu ukierunkowanymi na promowanie korzyści i formami nacelowanymi na zapobieganie szkodzie.

Podsumowując, należy zmodyfikować elementy kształtujące pojęcie paternalizmu. Za podstawowe wypada uznać: (1) ingerencję w autonomię jednostki (2) w celu powstrzymania jej przed zachowaniami, których skutków – jak się wydaje – nie umie ona przewidzieć albo w celu zapewnienia jej określonych korzyści[25].

[24] *Ibidem*, s. 46; Archard, *op. cit.*, s. 36. Zob. też M. Sidor-Rządkowska, *Paternalizm w rehabilitacji*, „Etyka" 1994, nr 27, s. 127 i n.

[25] W piśmiennictwie dotyczącym zjawiska paternalizmu najczęściej zakłada się, że działania o charakterze paternalistycznym powinny być „umiejętne" (J. Hołówka, *Etyka w działaniu*, Warszawa 2002, s. 240 i n.), „nacechowane życzliwością" (A. Szerletics, *Paternalism*, The Essex Autonomy Project. Green Paper Technical Report, 26.05.2011, http://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2011/09/Essex-Autonomy-Project-Paternalism-May-2011-draft.pdf, s. 4) i „niewoluntarystyczne" (A. E. Galeotti, *Citizenship and Equality: The Place for Toleration*, „Political Theory" 1993, Vol. 21, No. 4, s. 587 i n.; S. Mendus, *Toleration and the Limits of Liberalism*, Basingstoke−London 1989, s. 7). Szczytowym chyba przykładem uzasadnienia typu woluntarystycznego była wypowiedź francuskiego biskupa Jacques-Bénigne Bossueta z 1685 r., w czasie prześladowań protestantów: „ja mam rację, a wy jesteście w błędzie" (J. Margolis, *Moral Optimism*, [w:] G. B. Madison, M. Fairbairn (red.), *The Ethics of Postmodernity. Current Trends in Continental Thought*, Evanston 1999, s. 49).

3. Rodzaje i uzasadnienia paternalizmów

Jest oczywiste, że liczne przykłady paternalizmu napotkać można zarówno w prawodawstwie historycznym, jak i współczesnym. Regulacjami o takim charakterze są np. przepisy nakazujące korzystanie w czasie jazdy samochodem z pasów bezpieczeństwa, używanie kasków przez kierowców motocykli, zakazy kąpieli na obszarach wodnych, na których kąpiel jest niebezpieczna. Podobne cechy mają zakazy używania określonych substancji (palenia tytoniu, używania narkotyków, wymóg recept w odniesieniu do niektórych leków itd.), zakazy uprawiania niektórych sportów ekstremalnych, pojedynkowania się, oddawania się w niewolę czy dobrowolnej sprzedaży własnych organów[26].

Te same zachowania prawodawcy mogą być motywowane zarówno względami moralistycznymi, jak i paternalistycznymi. Prawny zakaz używania narkotyków może być forsowany bądź to z pobudek moralistycznych (dezaprobaty dla tego rodzaju zachowań), bądź też paternalistycznych (troski o to, aby potencjalni ich konsumenci nie wyrządzili sobie w ten sposób sami szkody). Obydwa uzasadnienia mogą także występować łącznie, zwłaszcza wówczas, gdy legislator kieruje się wolą ochrony obywateli przed ich własnymi zachowaniami, którymi mogliby wyrządzić sobie samym szkody moralne (może tak być np. w przypadku zakazów prostytucji, rozpowszechniania pornografii itd.)[27].

Paternalizm nie jest więc zjawiskiem jednolitym i można wyróżnić różne jego rodzaje[28].

---

[26] Zob. szerzej D. VanDeVeer, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton 2014, s. 12 i n.

[27] Tak T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2011, s. 86. Heta Häyry (*Legal Paternalism and Legal Moralism*, „Ratio Juris" 1991, nr 4, s. 202 i n.) nazywa je „paternalistycznym moralizmem". Zob. też J. Feinberg, *Moral Limits…*, s. 12−13.

[28] Niejednolita jest też stosowana w tej mierze terminologia – w literaturze można spotkać się z określeniem „paternalizm liberalny – paternalizm autorytarny" (Hołówka, *op. cit.*, s. 225 i n.), „słaby – mocny" (M. Budyn-Kulik, *Prawnokarna problematyka kazirodztwa w ujęciu paternalistycznym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2012, nr 1−2, s. 60), „miękki – twardy" (Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 86). Także zakres przedmiotowy działań przyporządkowywanych do poszczególnych rodzajów paternalizmów kształtowany jest w sposób bardzo różnorodny w zależności od przekonań czy upodobań zajmujących się tą tematyką. Np. Budyn-Kulik (*op. cit.*, s. 60) wprost stwierdza (w opozycji do przeważającej większości poglądów występujących w piśmiennictwie), że istnieje „pewna grupa zjawisk, które pozornie są paternalistyczne, ale w istocie takimi nie są, np. system pomocy – opieka medyczna. Organizacja tego typu przedsięwzięć przez państwo nie napotyka zazwyczaj sprzeciwu społecznego, gdyż zapewnia większą efektywność działania i nie ogranicza swobody obywateli do samostanowienia". T. Pietrzykowski (*op. cit.*, s. 86) uważa, że „paternalizm «miękki»' polega […] na wprowadzaniu regulacji mających odwieść czy zniechęcić potencjalnych sprawców od działań, którymi mogą wyrządzić sobie sami szkodę. Przykładami instrumentów paternalizmu «miękkiego» mogą być np. przepisy wymuszające zapoznanie się z określonymi, powszechnie znanymi informacjami, mającymi przypominać o szkodliwości danego postępowania (np. obowiązek umieszczania na paczkach papierosów napisów nachalnie przypominających palaczom o szkodliwości palenia)", co z kolei Hołówka (*op. cit.*, s. 240) traktuje jako „silną postawę paternalistyczną".

W paternalizmie umiarkowanym uznaje się za słuszne przeciwstawienie się czyjemuś, skierowanemu przeciw sobie, szkodliwemu działaniu, wtedy gdy jest ono wyraźnie niedobrowolne (ew. gdy ktoś nie umie przewidzieć skutków takiego działania czy nawet sobie go wyobrazić) lub kiedy konieczna jest chwilowa interwencja, dla ustalenia, czy jest ono dobrowolne czy nie[29].

Paternalizm radykalny posuwa się dalej, twierdząc, że wolno przeciwdziałać szkodliwemu działaniu jednostki również wtedy, gdy przypuszczamy, że jest ono podjęte przez nią autonomicznie, dobrowolnie i w sposób kompetentny[30].

Umiarkowana postawa paternalistyczna jest zazwyczaj dopuszczalna – „paternalista" działa w imię dobra osoby, która z jakichś przyczyn sama nie jest zdolna do efektywnego działania we własnym interesie (czasem używa się tu terminu „pomoc w potrzebie").

Radykalna najczęściej budzi zastrzeżenia i uznawana jest za godną zaufania tylko w przypadku jednoczesnego spełnienia dwóch warunków: (1) interweniujący zamierza umiejętnie troszczyć się o podmioty będące celem interwencji, a (2) podmioty te są niezdolne do kompetentnego kierowania samymi sobą.

Istnieją trzy grupy osób, które zwykle uważa się za niezdolne do podjęcia racjonalnej decyzji – wyróżniane ze względu na zbyt młody wiek, zaburzenia lub chorobę psychiczną oraz deficyt intelektualny[31]. W odniesieniu do podmiotów organicznie niezdolnych do zajmowania się swoimi sprawami, odróżnienie między umiarkowanym i radykalnym paternalizmem traci rację bytu. Przenoszenie tej postawy na osoby, które mają wszelkie kwalifikacje ku temu, by samodzielnie decydować o sobie, jest rozwiązaniem, które należy stosować w sposób bardzo wstrzemięźliwy. Dodatkowo wspomniany warunek pierwszy jest praktycznie niemożliwy do spełnienia, gdy interweniującym jest jakaś zbiorowość, np. parlament, a także, gdy ta zbiorowość nie ma wspólnego zdania na temat tego, co jest dla niej dobre (właściwe). Połączenie tych dwóch przesłanek pozwala na stwierdzenie, że radykalne działania paternalistyczne stosowane wobec społeczeństwa, mogą prowadzić do zachowań o charakterze autorytarnym (czy nawet totalitarnym), gdy np. jakaś „elita" narzuca reszcie swoje wyobrażenia ustrojowe, koncepcje konfesyjne, światopoglądowe lub wychowawcze. Przedsięwzięcia takie muszą

[29] J. Feinberg (*idem*, *Legal paternalism*, „Canadian Journal of Philosophy" 1971, No. 1, s. 113) uznaje za dopuszczalne, np. ograniczenie autonomii pacjenta po wypadku lub pacjenta psychicznie chorego, którego działania nie są dobrowolne, skierowane są przeciw własnemu życiu, a są wynikiem szoku czy depresji.

[30] Tak np. D. C. Thomasma, *Beyond Medical Paternalism and Patient Autonomy: A Model of Physician Conscience for the Physician-Patient Relationship*, „Annals of Internal Medicine" 1983; Vol. 98, No. 2, s. 244.

[31] P. Hobson, *Another Look at Paternalism*, „Journal of Applied Philosophy" 1984, Vol. l, No. 2, s. 298.

być podejmowane w sposób bardzo wyważony, a także być w sposób wiarygodny uzasadnione.

Paternalizm prawa bywa usprawiedliwiany na kilka sposobów. Po pierwsze, twierdzi się, że obywatele (podobnie jak dzieci podlegające paternalistycznemu oddziaływaniu ze strony rodziców, opiekunów czy wychowawców) często nie są w stanie rozpoznać swego rzeczywistego dobra. Wiele osób wykazuje skłonność do podejmowania decyzji pod wpływem chwilowych emocji, impulsów, doraźnej korzyści – kosztem swoich długofalowych interesów, wobec tego prawodawca powinien ustanawiać regulacje, które uchronią takie osoby przed skutkami ich braku rozeznania, słabości woli czy charakteru[32]. Ten argument opiera się na obiektywistycznym założeniu istnienia rzeczywistego dobra danej osoby, niezależnego od jej własnych przekonań – prawodawca po prostu wie lepiej od samego zainteresowanego, co leży w jego rzeczywistym interesie[33].

Argumentacja wspierająca moralną dopuszczalność paternalistycznych środków prawnych odwołuje się nieraz także do tak czy inaczej rozumianej zgody osób będących ich przedmiotem. Niektórzy jako wyrażenie takiej zgody traktują już demokratyczny wybór prawodawcy, który następnie wprowadza paternalistyczne instrumenty prawne. Miałaby ona więc w istocie charakter „blankietowy" – wybór parlamentu byłby traktowany jako wyrażona *in blanco* zgoda na wszelkie jego późniejsze decyzje[34]. Jest to jednak rozumowanie o tyle wadliwe, o ile wiele osób wyraźnie i wprost kontestuje treść poszczególnych decyzji podejmowanych przez wybranych przez siebie decydentów. Siłą rzeczy argument rzeczywistej zgody nie może dotyczyć także tych, którzy podlegają takim regulacjom, nie mając żadnego udziału w wyłonieniu prawodawcy, który je ustanawia. Zgoda zainteresowanych bywa więc także rozumiana nie tyle jako zgoda rzeczywiście wyrażona, ile raczej hipotetyczna; uzasadnienie zaś w takiej sytuacji polega więc na tym, że gdyby dana osoba racjonalnie rozważyła sprawę, uwzględniając wszelkie istotne okoliczności, dysponując pełną wiedzą o konsekwencjach, a także nie działając pod wpływem emocji, indywidualnych słabości, braku czasu do namysłu itp., wybrałaby właśnie taki sposób zachowania, jaki nakazuje jej legislatura[35].

Paternalizm bywa też uzasadniany tezą, że w istocie zmierza on do ochrony, a nie ograniczania wolności. Jeżeli więc niektóre przypadki interwencji prawodawcy służyłyby powiększeniu, a nie pomniejszeniu zakresu wolności jednostek i jej prawa do podejmowania samodzielnie decyzji dotyczących własnego losu, odpadałby zasadniczy

[32] T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 86−87.

[33] C. Tomas, V. Lanuza, *The Justification of Paternalism*, „Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik und juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts" 1999, Vol. 30, No. 4, s. 437 i n.

[34] E. Garzón Valdés, *op. cit.*, s. 178 i n.

[35] T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 87−88.

powód ich kwestionowania. Przykładem idealnym takiej argumentacji jest zakaz dobrowolnego oddawania się przez obywateli w niewolę. Tego rodzaju działanie nie może być akceptowane, nawet gdyby miało miejsce między dorosłymi i w pełni świadomymi jej znaczenia osobami. Wolność – w imię której można by uznać jej dopuszczalność – służyłaby tu przecież unicestwieniu samego siebie. Podobne względy podawane bywają jednak również w obronie regulacji dotyczących korzystania z używek (tytoniu, alkoholu, narkotyków, leków itp.). Zakłada się bowiem, że również te obowiązki mogą być postrzegane jako chroniące jednostki przed dysproporcjonalnym ograniczeniem ich sfer rzeczywistej wolności, do jakiego mogłoby dojść np. w wyniku wypadku, okaleczenia czy śmierci – nieznaczne ograniczenie wolności jednostki jest zatem „opłacalne", ponieważ pomaga uchronić ją przez jej utratą w daleko większym zakresie[36]. Zauważyć trzeba, że ta argumentacja opiera się na porównaniu wolności rozumianej na dwa różne sposoby: w jednym z nich wolność utożsamiana jest z wolnością prawną (tzn. na ile prawo zmusza adresata do określonych zachowań), w drugim – z faktyczną zdolnością do realizacji czyichś zamierzeń (tzn. na ile ktoś potrafi zrealizować to, co chce)[37]. Ograniczanie wolności prawnej troską o ochronę przed ograniczeniem sobie przez samą jednostkę jej sfery faktycznej wolności może zaś okazać się niezwykle niebezpieczne, gdyż tym sposobem uzasadnić można niemal wszelkie ograniczenia zachowań pociągających za sobą jakiekolwiek istotniejsze zagrożenie – od nieodpowiednich nawyków żywieniowych po określone zachowania „modowe" (szpilki)[38].

Wskazywanie m.in. na koszty leczenia w publicznej służbie zdrowia czy utrzymywania osób niebędących w stanie samodzielnie egzystować jest jeszcze inną metodą argumentacji. Jej zwolennicy postrzegają sens zakazów różnych szkodliwych lub ryzykownych dla samego sprawcy zachowań (w tym palenia papierosów, picia alkoholu, uprawiania hazardu itd.) jako sposób uchronienia innych (rodzin, społeczeństwa) przed ponoszeniem kosztów lekkomyślnych zachowań jednostek. Z uwagi na niesporność moralnej legitymizacji działań chroniących obywateli przed krzywdą ze strony innych, argumenty tego rodzaju zdają się odgrywać coraz istotniejszą rolę w dyskusjach nad dopuszczalnością kolejnych rodzajów interwencji paternalistycznej[39]. Trudno jednak nie odnieść wrażenia, że argumenty takie stanowią faktycznie jedynie pretekst, za którym

[36] J. Feinberg, *Moral Limits…*

[37] S. V. Shiffrin, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, „Philosophy and Public Affairs" 2000, Vol. 29, No. 3, s. 205 i n., 214.

[38] T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 88−89. Trzeba też zauważyć, że akceptacja poglądu, iż mogą istnieć ryzyka, które jednostka ma prawo podejmować, implikuje pytanie, czy to właśnie do prawodawcy powinny należeć decyzje, jakiego rodzaju przeżycia warte są dla takiej czy innej osoby związanego z nimi ryzyka pogorszenia jej własnej przyszłej sytuacji – VanDeVeer, *op. cit.*, 302 i n.; G. Dworkin, *Paternalism*, „The Monist" 1972, Vol. 56: Contemporary Moral Issues, No. 1, s. 78−79.

[39] Zob. Tomas, Lanuza, *op. cit.*, s. 432.

w istocie kryje się szlachetna wola ustrzeżenia mniej roztropnych bliźnich przed wyrządzeniem szkody sobie samym[40]. Rosnące znaczenie tego sposobu obrony paternalizmu (czyli wprowadzania do życia społecznego solidarystycznych instytucji mających rozkładać odpowiedzialność za losy poszczególnych jednostek na wszystkich) może skłaniać do coraz dalej posuniętego ograniczania swobody poszczególnych jednostek w imię tego, że ryzyko ich działań pośrednio obciąża także wszystkich innych[41].

4. Podsumowanie

Paternalizm jest zawsze dobrowolnym zobowiązaniem podjęcia opieki nad innymi. Działanie jednak w czyimś imieniu i dla jego dobra wbrew woli i przekonaniom osób objętych opieką może na dłuższą metę prowadzić do nadużyć. Stąd niezbędne jest przyjęcie jakichś kryteriów oceny funkcji paternalistycznych. Moim zdaniem takim kryterium może być użyteczność podejmowanych działań. Oczywiste, że kryterium takie jest zupełnie (albo prawie) nieoperatywne w odniesieniu do teraźniejszości. Możliwe jest jego stosowanie w perspektywie historycznej (czyli *ex post*), kiedy łatwiejsze jest stwierdzenie relacji między celami władzy państwowej a dobrem czy interesami danej zbiorowości.

Praktyczna kwestia wyznaczenia granicy, tj. dopasowania do siebie niezależności jednostki i kontroli społecznej, jest sprawą podstawową. Nie ulega wątpliwości, że pewne reguły postępowania muszą być narzucone, albo przez prawo, a w wielu materiach, które nie nadają się do prawnego traktowania, przez opinię. Fundamentalne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, jakie powinny być te reguły? W myśli liberalnej przesłanką określającą możliwość i zakres ingerencji państwa w sferę autonomii jednostki jest Millowska zasada krzywdy: „jedynym celem usprawiedliwiającym ograniczenie przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jest samoobrona […] jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innych. Jego własne dobro, fizyczne i moralne, nie jest wystarczającym usprawiedliwieniem. Nie można go zmusić do uczynienia lub zaniechania czegoś, ponieważ tak będzie dla niego lepiej, ponieważ to go uszczęśliwi, ponieważ zdaniem innych osób będzie to mądrym lub nawet słusznym postępkiem. Są to poważne powody, by go napominać, przemawiać

[40] Przykładem takiej sytuacji może być spór o zakaz niedzielnego handlu w hipermarketach. Choć pomocniczo odwoływano się do przeciwdziałania zmuszaniu pracowników do pracy w dni wolne (co zresztą samo w sobie również stanowi przynajmniej w pewnym stopniu przejaw paternalizmu), to jednak główną motywacją, wielokrotnie mniej lub bardziej otwarcie artykułowaną, była niechęć do faktu, że ludzie spędzają niedziele na zakupach w hipermarketach, zamiast poświęcać je np. życiu rodzinnemu – Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 89.

[41] *Ibidem*, s. 89−90. Zob. też F. A. Hayek, *Droga do zniewolenia*, Kraków 1996, s. 27 i n.

mu do rozumu lub prosić, lecz nie by go zmuszać lub karać w razie, gdyby nas nie słuchał. Aby to ostatnie było usprawiedliwione, postępowanie, od którego chcemy go odwieść, musi zmierzać do wyrządzenia krzywdy komuś innemu. Każdy jest odpowiedzialny przed społeczeństwem jedynie za tę część swego postępowania, która dotyczy innych. W tej części, która dotyczy wyłącznie jego samego, jest absolutnie niezależny; ma suwerenną władzę nad sobą, nad swoim ciałem i umysłem"[42].

Samodoskonalenie jednostki, które ma miejsce w każdej formie społecznego współżycia, może zostać zagrożone przez politykę państwa. Jest to bowiem proces naturalny, w którym państwo najczęściej przeszkadza, jeśli go w ogóle nie wyklucza. Im bardziej człowiek przyzwyczai się żyć rozsądnie i refleksyjnie, im bardziej wyrafinowane stają się jego władze moralne i intelektualne, tym bardziej dąży do takich wyborów w swym życiu zewnętrznym, które zapewnią mu więcej przestrzeni i środków do wewnętrznego rozwoju lub przynajmniej do przezwyciężenia przeciwności losu. Jeśli zaś jakieś jego działania nie są rezultatem jego wolnego wyboru, a tylko wynikiem instrukcji, nie stosuje się do nich z przekonaniem, a tylko z mechaniczną dokładnością. Tak właśnie dzieje się wtedy, gdy państwo stosuje wobec swych obywateli praktyki paternalistyczne – instytucje państwowe przyzwyczajają społeczeństwo do instrukcji, wskazówek i wsparcia z zewnątrz, a nie do polegania na samych sobie. A zatem państwo, aby umożliwić swoim obywatelom samodoskonalenie, powinno odgrywać raczej ograniczoną rolę – musi pogodzić się z faktem, iż gdy obywatel nie narusza uprawnień innych, wszyscy są wolni w poszukiwaniach ich własnych, niepowtarzalnych kierunków i dróg samodoskonalenia[43]. Inaczej mówiąc, każdy człowiek jest najlepszym sędzią własnych interesów. Mill w tym kontekście zauważył, że „jeśli ktoś posiada pewną ilość zdrowego rozsądku i doświadczenia, jego własny sposób urządzenia sobie życia jest najlepszy, nie dlatego, że jest najlepszy sam przez się, lecz dlatego, że jest własny"[44]. Twierdzenia można uznać z reguły trafne, mimo że na co dzień znajdziemy bardzo wiele wyjątków im zaprzeczających. Problem jednak w tym, że „paternaliści" są zazwyczaj jeszcze gorszymi obrońcami naszych interesów niż my sami. Poza tym, lepiej chyba płacić za błędy, które się samemu popełniło – bo jest nadzieja, że można się na nich czegoś nauczyć – niż za pomyłki, które ktoś popełnił w naszym imieniu, będąc przeświadczonym, że wie lepiej, co jest dla nas dobre.

Zasadność paternalistycznych środków prawodawczych pozostaje więc sporna. Istnieje zarazem szereg pośrednich, mających jedynie elementy paternalistyczne ingerencji

[42] Szerzej patrz: D. Bunikowski, *Porządek prawny a neutralność moralna prawa*, usfiles.us.szc.pl/pliki/plik_1160575750.doc, s. 11 i n.; opublikowane też [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, „Rozprawy i Studia Uniwersytetu Szczecińskiego" 2008, t. 692, s. 187−202.

[43] Z. Rau, *op. cit.*, s. 84−85.

[44] J. S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 214.

legislacyjnych, których przesłanki uznać można za znacznie mniej dyskusyjne. Należą do nich np. rozwiązania zapewniające np. możliwość odwołania wyrażonej wcześniej woli w czasie pozwalającym na „ochłonięcie" („wystudzenie" emocji, pod wpływem których dana decyzja została podjęta), ograniczenie skuteczności decyzji podejmowanych w sytuacji przymusu ekonomicznego, w wyniku wprowadzenia w błąd, niedoświadczenia itp.[45]

[45] T. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 90. Zob. też Feinberg, *Moral Limits*..., s. 117 i n.; VanDeVeer, *op. cit.*, s. 424.

Rozdział II

Status informacyjny jednostki

Michał Bernaczyk
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Urszula Muszalska
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Ewolucja prawa do informacji w Japonii. Od *shiru kenri* do *Joho Kokai Ho*

1. Wprowadzenie

Japonia (oficjalna nazwa: Państwo Japonia) zajmuje obszar 377 835 km² zamieszkiwany przez 127 295 000 ludzi (według stanu na 1 listopada 2013 r.)[1] o dużej jednorodności etnicznej (rdzenni Japończycy stanowią 98% populacji, niemalże w całości posługującej się największym na świcie językiem izolowanym, tzn. niepodobnym do struktur jakiegokolwiek innego języka na świecie)[2]. Mimo skromnych zasobów surowców naturalnych i wzrostu znaczenia sąsiedniej chińskiej gospodarki Japonia pozostaje trzecią (po USA i Chinach) potęgą gospodarczą świata (produkt krajowy brutto na głowę mieszkańca w 2013 r. wyniósł 38 491 dolarów amerykańskich[3]), o istotnych sukcesach m.in. w przemyśle elektronicznym, elektrotechnicznym, motoryzacyjnym.

Procesy globalizacyjne i ogromny przepływ informacji sprawiają, że Japonia przestaje budzić w Polsce − przynajmniej z perspektywy przedstawicieli nauki prawa − egzotyczne skojarzenia, o czym świadczy m.in. wzrost liczby polskojęzycznych publikacji poświęconych zagadnieniom ustrojowym, a coraz częściej również kwestiom szczegółowym[4]. Niniejszy artykuł lokuje się swą tematyką na pograniczu zagadnień ustrojowych i dziedziny − wydawać by się mogło − dość hermetycznej i wyspecjalizowanej, jaką stanowi prawny reżim dostępu do informacji o działalności władz publicznych. Spoglądamy tutaj na wycinek prawa i ustroju politycznego Japonii, niemniej jednak będzie to obszar dość znajomy badaczom prawa konstytucyjnego i administracyjnego

[1] Podajemy wg informacji Biura Statystycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Komunikacji Japonii pod adresem http://www.stat.go.jp/english/data/jinsui/tsuki/index.htm (dostęp: 8.05. 2014).

[2] Te oraz inne interesujące informacje statystyczne podaje G. Kryszeń, *Japonia* [w:] S. Bożyk, M. Grzybowski (red.), *Systemy ustrojowe państw współczesnych*, Białystok 2012, s. 441−442.

[3] Podajemy wg obliczeń Międzynarodowego Funduszu Walutowego dostępnych pod adresem http://www.imf.org/external/country/JPN/index.htm (dostęp: 8.05.2014).

[4] Zob. monografię J. Izydorczyka, *Hanzai znaczy przestępstwo. Ściganie przestępstw pospolitych oraz white-collar crimes w Japonii*, Warszawa 2008.

państw demokratycznych, których interesują próby odnalezienia prawnego kompromisu pomiędzy prawem człowieka do informacji a tajnością urzędowania państwa.

Aby uniknąć zamętu pojęciowego na wstępie zaznaczamy, że pod pojęciem prawa do informacji rozumiemy prawnie zagwarantowaną możliwość uzyskania przez jednostkę informacji znajdujących się w posiadaniu państwa[5]. Prawo do informacji nie jest synonimem nośnego pojęcia „otwarty rząd" (ang. *open government*) lub − nieco już zapomnianej koncepcji − „społeczeństwa informacyjnego" (jap. *johoka shakai*, ang. *information society*). Wprawdzie Japonia jest uznawana za ojczyznę koncepcji „społeczeństwa informacyjnego"[6], ale to sformułowanie istotnie różni się od „prawa do informacji". Koncepcja społeczeństwa informacyjnego zmierza do stworzenia optymalnych warunków przepływu informacji, głównie za sprawą rozwiązań technologicznych. Z kolei koncepcja otwartego rządu może zawierać pewne wspólne płaszczyzny z ideą społeczeństwa informacyjnego, lecz zależy to w dużej mierze od wyboru jednego z dwóch istniejących współcześnie wariantów rozumienia owej „otwartości" władz publicznych. Otóż otwarte rządy mogą oznaczać, że władze państwowe urzędują nie tylko jawnie, ale przede wszystkim w sposób responsywny, przejrzysty, promują odpowiedzialność funkcjonariuszy państwa przed społeczeństwem. Istnieje również drugi desygnat otwartego rządu, który oznacza „stwarzanie możliwości ekonomicznych", a nie „zwiększenie świadomości opinii publicznej o działalności państwa i jego instytucji"[7]. Deindustrializacja społeczeństw Zachodu oraz rewolucja cyfrowa wywołała oczekiwanie, że państwo dostarczy społeczeństwu, usługodawcom „surowiec" w postaci danych nadających się do automatycznego przetwarzania i niezliczonych zastosowań. Wprawdzie w ostatnim

[5] W literaturze anglojęzycznej prawo do informacji w opisywanym znaczeniu nazywa się *freedom of information* lub *access to information*. W polskim języku prawnym prawo do informacji jest kojarzone przede wszystkim z tzw. prawem do informacji (publicznej) opisanym w art. 61 Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) oraz ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

[6] Pojęcie społeczeństwa informacyjnego ma swoje korzenie w Japonii lat 60. i 70. XX w. i najogólniej rzecz ujmując, oznacza odgórny plan przeobrażenia tradycyjnego społeczeństwa. Posłużenie się tym sformułowaniem po raz pierwszy przypisuje się dziennikarzowi Tadao Umesamo w artykule z 1963 r. poświęconemu ewolucyjnej teorii społeczeństwa opartego na „przemyśle informacyjnym". Nazwa społeczeństwo informacyjne stała się zbiorczym pojęciem dla pewnego programu społecznego forsowanego przez władze. Jego fundamentem − oprócz wolności poszukiwania i urzeczywistniania wartości czasu, wolności decyzji i równości możliwości jednostki, rozwoju zróżnicowań dobrowolnych wspólnot, wolności od sił przymusu − miał być system technologii telekomunikacyjnych, szerzej na ten temat zob. M. Kuliński, *Regulacje komunikacji elektronicznej w rozwoju społeczeństwa informacyjnego Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 8−9. W literaturze można się zetknąć ze sporem o palmę pierwszeństwa w ukuwaniu tego terminu, ponieważ w latach 60. XX wieku w amerykańskim piśmiennictwie pojawiło się sformułowanie „przemysł informacyjny". Wprawdzie przemysł informacyjny to zdecydowanie nie to samo, co społeczeństwo informacyjne, ale nie ma żadnych wątpliwości, że to drugie jest konsekwencją pierwszego (Alistair S. Duff, *Information Society Studies*, Wyd. Routledge, New York 2000, s. 3.

[7] J. Morozow, *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, Wyd. PublicAffairs, New York 2013, s. 94.

czasie dochodzi do synergii obu wariantów otwartego rządu[8], ale wydaje się, że w oficjalnych programach politycznych nadal dominuje utożsamianie otwartego rządu ze stymulacją gospodarki i wybranych płaszczyzn życia społecznego. Może prowadzić to do nieporozumień i nadmiernych oczekiwań ze strony społeczeństwa, któremu − oprócz rozwoju gospodarczego − może zależeć na zmianie stylu rządzenia w kierunku jawności i przejrzystości[9].

Prawo do informacji zakłada odwrócenie ról człowieka i państwa w sferze kontroli nad informacją. Państwo nie ma monopolu ani nawet swobody dysponowania zgromadzonymi informacjami. Państwo musi (a nie „może") udostępnić informacje na żądanie swoich obywateli. Technologie informacyjne mogą odgrywać istotne znaczenie w obu przypadkach, ale twardym rdzeniem prawa do informacji jest możliwość uzyskania od państwa źródeł wiedzy, nie zaś prawo do korzystania z określonej technologii.

Aby można było mówić, że w danym państwie występuje prawo do informacji należałoby wpierw ustalić, czy konstytucja lub ustawa przewidziała następujące reguły:

1) żądanie dostępu do informacji (szeroko rozumianych dokumentów zawierających informację) nie jest uzależnione od konieczności wykazania jakiegokolwiek interesu;
2) organy państwa, inne podmioty działające na zlecenie państwa lub zarządzających mieniem publicznym, a wyjątkowo także podmioty prywatne[10] mają obowiązek udzielić informacji w określonym czasie, a także w sposób i w formie określonej przez prawo;
3) odmowa udostępnienia informacji może nastąpić wyłącznie w przypadkach określonych prawem, które powinny być powiązane z wysokim prawdopodobieństwem szkody dla innych osób (np. prywatności, zdrowia, życia), bezpieczeństwa narodowego, stosunków międzynarodowych, skutecznego wykrywania i zwalczania przestępczości, poufności w obrocie gospodarczym; powołanie się na ochronę

[8] Przykładem służą tzw. *Articles of Governence* stanowiące fundament założycielski międzynarodowego ruchu *Open Government Partnership,* zob. http://www.opengovpartnership.org/node/1329 (dostęp: 1.01.2014).

[9] H. Yu i D. G. Robinson podają przykłady amerykańskich programów federalnych *Open Government Initiative* oraz *Data.gov*. Znamienne, że funkcjonariusze kierujący ich wykonaniem z perspektywy czasu komentowali ich nazwy jako „zły wybór", ponieważ otwarty rząd nie był i nie jest synonimem rządu transparentnego, H. Yu i D. G. Robinson, *The New Ambiguity of "Open Government"*, 59 „UCLA Law Review Discourse" 178 (2012), s. 203−204.

[10] Chodzi o sytuację, w której podmiot prywatny współdziała z państwem przy realizacji zadań tradycyjnie przypisywanych państwu lub też wykonuje samodzielne zadania powierzone przez państwo. Ewenementem na skalę światową jest Republika Południowej Afryki, która dokonała konstytucjonalizacji horyzontalnego prawa do informacji. Art. 32 Konstytucji Republiki Południowej Afryki z 8 maja 1996 r. − oprócz „klasycznego" prawa do informacji o działalności państwa − przyznaje każdemu „prawo do dostępu do [...] każdej informacji posiadanej przez inną osobę, koniecznej do korzystania z praw lub do ich ochrony".

określonych wartości i dóbr nie może mieć charakteru czysto nominalnego i następuje z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności sprawy;

4) procedura odwoławcza obejmuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez podmiot posiadający sporne informacje albo dewolucję (odwołanie do wyższej instancji). Prawo przewiduje możliwość wniesienia dalszego środka odwoławczego do niezależnego i niezawisłego sądu.

Na mocy Konstytucji Japonii (zwanej Konstytucją *Shōwa*) z 3 listopada 1946 r.[11] (weszła w życie 3 maja 1947 r.), ustrój państwowy przybrał formę cesarstwa (monarchii

[11] Obecnie obowiązująca Konstytucja Japonii promulgowana 3 maja 1947 r., często nazywana jest „konstytucją amerykańską" lub też „macarthurowską" (od nazwiska Douglasa MacArthura − Naczelnego Dowódcy Sił Sprzymierzonych stojącego na czele władz okupacyjnych zdominowanych przez Amerykanów), ze względu na fakt, że Japończycy, którzy byli zaproszeni przez Naczelne Dowództwo do prac nad jej projektem, nie proponowali wielu zmian z racji przywiązania do konstytucji Meiji. Nie oznaczało to jednak, że japońska konstytucja jest kopią amerykańskiego systemu konstytucyjnego. Przyjmuje się, że znacznie silniejszą inspiracją (po raz kolejny − por. uwagi w przypisie 19) były ustroje państw europejskich. Nowa konstytucja zgodnie z demokratycznymi standardami głosi, iż suwerenem jest naród. Konstytucja stworzyła demokratyczny system polityczny, który będąc oparty na podziale władz, jednocześnie akcentuje rolę parlamentu jako jedynego ustawodawczego organu w państwie. Wyrazem zasady suwerenności narodu jest fakt, że wszyscy członkowie dwuizbowego parlamentu są wybierani w wyborach powszechnych. Kolejną fundamentalną dla japońskiego konstytucjonalizmu zasadą, wprowadzoną przez Konstytucję Japonii z 1946 r., jest poszanowanie podstawowych praw człowieka. Ustawa zasadnicza gwarantuje wszystkie najważniejsze w dzisiejszych czasach prawa obywatelskie: równości, wolności osobistej, własności, wolności wyznania. Zgodnie z art. 14 „wszyscy obywatele są równi wobec prawa, a wszelkie tytuły szlacheckie zostają zniesione i nie będą uznawane". Artykuł ten raz na zawsze zniósł podział klasowy społeczeństwa. W kolejnym artykule przyznane zostało wszystkim pełnoletnim obywatelom Japonii prawo wyborcze. W kolejnych artykułach obywatelom przyznaje się: prawo do składania petycji (art. 16), nienaruszalność wolności myśli i przekonań (art. 19), wolność wyznania (art. 20), wolność zgromadzeń i zrzeszania się, jak również omawianą przez nas wolność słowa (art. 21), swobodę przemieszczania się (art. 22), swobody akademickie (art. 23), prawo własności (art. 29), prawo do życia (art. 31) oraz prawo do sądu (art. 32) i szybkiego, sprawiedliwego procesu sądowego (art. 37−39). Trzecią fundamentalną zasadą, na której zbudowany został współczesny konstytucjonalizm Japonii jest zasada pacyfizmu unormowana przepisami art. 9 konstytucji. Zgodnie z ustępem pierwszym tegoż artykułu Japonia na zawsze wyrzeka się wojny jako suwerennego prawa narodu oraz groźby lub użycia siły jako sposobu do rozwiązywania sporów międzynarodowych. W celu realizacji postulatów zawartych w ustępie pierwszym Japonia nigdy nie będzie utrzymywała sił zbrojnych: lądowych, morskich i powietrznych, jak również wszelkich innych środków, które mogłyby służyć wojnie. Państwo to nie uznaje prawa do prowadzenia wojny. Zasada ta została sformułowana w celu utrzymania opartego na porządku i sprawiedliwości międzynarodowego pokoju. Uchwalając nową Konstytucję w Japonii, zapoczątkowano transformację ustrojową, w wyniku której Japonia stała się monarchią konstytucyjną. Nie zniesiono instytucji cesarza, ale pozostawiono go na tronie jako „symbol jedności narodu" ze względu na silne przywiązanie japońskiego narodu do tradycji monarszej. Sam cesarz pozbawiony jednak pozostał realnej władzy. Na mocy nowo obowiązującej ustawy zasadniczej powołano Parlament składający się z dwóch izb, których członkowie wybierani są w drodze powszechnych wyborów: Izbę Wyższą zwaną Izbą Radców (*Sangiin*) oraz Izbę Niższą zwaną Izbą Reprezentantów (*Shogiin*). Parlament stał się jedynym ustawodawczym organem państwa i najwyższym organem władzy państwowej. Ustanowiony został również odpowiedzialny przed wyborcami Gabinet, w którego skład zgodnie z konstytucją wchodzą ministrowie reprezentujący partię mającą większość w Parlamencie. Ponadto rozdział szósty konstytucji poświęcony został japońskiemu wymiarowi sprawiedliwości. Władza w Japonii podzielona więc została zgodnie z demokratyczną zasadą trójpodziału władzy na władzę: ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą.

konstytucyjnej) opartego na parlamentarno-gabinetowym systemie rządów. Powojenna okupacja przyniosła Japonii nowoczesną konstytucję, opisywaną nie bez racji jako „narzuconą" przez Amerykanów[12], co nie przeszkodziło społeczeństwu zbudować do niej bardzo silny afekt[13]. Na marginesie warto podkreślić, że wojenna klęska Japonii, trauma ataków nuklearnych na Hiroszimę i Nagasaki oraz inne drażliwe kwestie w relacjach ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki dzielące japońskie społeczeństwo[14], stanowiły pośrednie lub bezpośrednie czynniki kształtujące stosunek Japończyków do kwestii jawności działania władz publicznych czy też remilitaryzacji państwa spowitej nieodłączną aurą tajności[15].

---

[12] Japonia odzyskała pełną niepodległość w 1952 r. Jednocześnie w tym samym okresie rozpoczyna się tzw. japoński cud gospodarczy wywołany popytem na pojazdy samochodowe, tekstylia i urządzenia komunikacyjne. Produkty były niezbędne na froncie wojny koreańskiej, która wybuchła w czerwcu 1950 r. Japonia produkowała w ramach amerykańskich tzw. zakupów specjalnych (*tokuju*). Wkrótce okazały się one kołem zamachowym dla rozwoju innych gałęzi przemysłu (samochodowego, włókienniczego i elektronicznego) i technik masowej produkcji, C. Andressen, *Krótka historia Japonii. Od samurajów do Sony*, Warszawa 2009, s. 108. „Japoński premier Yoshida [Shigeru − przyp. M.B., U.M.] nazwał wojnę koreańską «darem od bogów», a urzędnicy z Banku Japonii określali amerykańskie zamówienia wojenne jako «boską pomoc»", *op. cit*., s. 108.

[13] Najbardziej wyrazistym przykładem były protesty na ulicach Tokyo (wraz z próbą samospalenia) w lipcu 2014 r., kiedy rząd premiera Shinzo Abe przedstawił swoje stanowisko (reinterpretację) konstytucyjnej klauzuli wyrzeczenia się wojny (art. 9 Konstytucji Japonii), zastępując obronny charakter sił Japońskich Sił Samoobrony doktryną ofensywną. Stanowisko rządu japońskiego uzasadniane jest koniecznością wsparcia sił sojuszniczych i rosnącą aktywnością militarną Chin (szerzej na ten temat zob. M. Fackler, D. E. Sanger, *Japan Announces a Military Shift to Thwart China*, 1 lipca 2014 r. http://www.nytimes.com/2014/07/02/world/asia/japan-moves-to-permit-greater-use-of-its-military.html (dostęp: 1.08.2014).

[14] C. Totman następująco opisuje sytuację społeczną w latach 50. XX w., kiedy Japonia powróciła do poziomu produkcji z połowy lat 30. XX w.: „Zyski i korzyści płynące z odnowy gospodarki rozkładały się nierównomiernie, wiele z nich skierowano na odbudowę przemysłu i infrastruktury, a sytuacja życiowa szarych obywateli w dalszym ciągu była ciężka. Co więcej, nietracące na ostrości napięcie między Stanami Zjednoczonymi a «blokiem wschodnim», w szczególności Chińską Republiką Ludową, utrzymywało w społeczeństwie wysoki poziom zaniepokojenia zajmowaną przez Japonię pozycją państwa objętego patronatem Stanów Zjednoczonych. Dla jednych oznaczało to, że Japonia zwrócona jest przeciwko «bratnim Azjatom», dla innych zaś Japonia była sprzymierzeńcem wrogów «postępowych sił historycznych». Obawę tę wzmagały polityczne reperkusje ataków nuklearnych na Hiroszimę i Nagasaki. [...] W 1954 r. amerykański program prób jądrowych na Pacyfiku zaognił sytuację, kiedy grupa japońskich rybaków zapadła na chorobę popromienną w wyniku skażenia radioaktywnego powstałego podczas wybuchu na Atolu Bikini na Wyspach Marshalla. Wydarzenia te uzmysłowiły Japończykom, że niezależenie od straszliwych skutków bombardowania z 1945 r. obecne zagrożenie jest poważniejsze i dlatego należy przeciwstawić się polityce Stanów Zjednoczonych", C. Totman, *Historia Japonii*, Kraków 2009, s. 594−595.

[15] Pod koniec 2013 r. międzynarodowe media relacjonujące wydarzenia w Azji i na Pacyfiku poświęcały część relacji protestom przeciwko nowej japońskiej ustawie o ochronie tajemnic państwowych forsowanej (z powodzeniem) przez rząd premiera Shinzo Abe i partię Liberalno-Demokratyczną. Prasę obiegły zdjęcia z Izby Reprezentantów, w której dochodziło do rękoczynów, krzyków, obrzucania się dokumentami z członkami opozycji chcących zablokować uchwalenie ustawy (M. Fackler, *Secrecy Bill Could Distance Japan From Its Postwar Pacifism*, http://www.nytimes.com/2013/11/29/world/asia/secrecy-bill-could-distance-japan-from-its-postwar-pacifism.html, dostęp: 28.11.2011). Mimo dość powszechnego sondażowego spadku popularności premiera Shinzo Abe, parlament przeforsował rządowe propozycje, podnosząc do 10 lat pozbawienia wolności karę za ujawnienie tajemnicy, tworząc

Konstytucja Japonii nie ma bezpośredniego, dosłownego odniesienia do prawa do informacji. „Odkrycie" prawa do informacji w Japonii jest interesującym przykładem współistnienia trzech zjawisk:

1) recepcji demokratycznej konstytucji (ukształtowanej pod przemożnym wpływem USA) o rozbudowanym katalogu praw człowieka;
2) aktywistycznej interpretacji art. 21 Konstytucji Japonii dokonanej przez Sąd Najwyższy Japonii;
3) rosnącej presji społeczeństwa na upodobnienie mechanizmów dostępu do informacji posiadanej przez państwo na wzór demokracji w stylu zachodnim.

Powyższe okoliczności można uznać za czynniki prowadzące do przyjęcia w 1999 r. ustawowych gwarancji dostępu do informacji gromadzonych przez państwo oraz prawa do prywatności, dlatego w dalszej części przyjrzymy im się szczegółowo.

2. *Shiru kenri* − prawo do wiedzy

Zgodnie z artykułem 21 Konstytucji Japonii „Gwarantuje się wolność zgromadzeń i stowarzyszania się, a także wolność słowa, prasy oraz wszystkich innych form wypowiadania się" (ustęp 1) „Cenzura jest niedopuszczalna, a tajemnica wszelkich środków przekazu jest nienaruszalna" (ustęp 2)[16]. Przepis znajduje się w rozdziale III

Narodową Radę Bezpieczeństwa i wzmacniając pozycję Ministra Obrony jako podmiot uprawniony do utajniania informacji. Nowa ustawa pozwala ministrowi zachować w tajemnicy informacje „o szczególnej wadze dla obronności Japonii", a ponadto uzupełnia tę kompetencję dodatkowymi, lakonicznymi przesłankami, takimi jak informacje dotyczące „obrony", „dyplomacji", „zamierzonych niebezpiecznych działań" i „zapobiegania terroryzmowi". Dotychczasowe kompetencje ministra obrony w zakresie klauzulowania tajemnic zostały przyznane również pozostałym członkom rządu, ale i niektórym centralnym urzędom państwowym. Ustawa jest dość powszechnie komentowana w społeczności międzynarodowej i japońskim środowisku ekspertów akademickich jako zagrożenie dla wolności słowa i środek nieproporcjonalny do celu (L. Craft, *Japan's State Secrets Law: Hailed By U.S., Denounced By Japanese*, http://www.npr.org/blogs/parallels/2013/12/31/258655342/japans-state-secrets-law-hailed-by-u-s-denounced-by-japanese, dostęp: 31.12.2013). Podkreśla się, że − poza oficjalnymi (z oczywistych względów aprobującymi) stanowiskami japońskiego rządu − publiczne zadowolenie z nowej ustawy wyraziły Stany Zjednoczone Ameryki (L. Craft, *op. cit*.). Ambasador USA w Japonii Carolyn Kennedy nie ukrywała, że inicjatywa rządu japońskiego wpisuje się w dwustronne relacje USA i Japonii w zakresie polityki obronnej: „Wspieramy ewolucję japońskich polityk bezpieczeństwa, ponieważ tworzą nową, narodową strategię bezpieczeństwa, ustanawiają Narodową Radę Bezpieczeństwa oraz stanowią krok w kierunku ochrony tajemnic dotyczących bezpieczeństwa narodowego" (zob. wystąpienie na stronie ambasady USA w Tokio, *Ambassador Caroline Kennedy Addresses ACCJ and the America-Japan Society*, Tokio, 27 listopada 2013 r., http://japan.usembassy.gov/e/p/tp-20131127-01.html, dostęp: 27.11.2013). Negatywny odbiór społeczny nowej ustawy powinien być postrzegany z uwzględnieniem pewnego kontekstu historycznego: pomijając w tym miejscu złożoność związków Japonii i USA, należy mieć świadomość, że Japończycy mają krytyczny stosunek do tajności i militaryzmu, wynikający z konotacji z przedwojenną sytuacją wewnętrzną kraju. Uznaje się, że te dwa czynniki przyczyniły się do wkroczenia na ścieżkę wiodącą do przegranej wojny.

[16] Podstawą niniejszego artykułu był najnowszy, zweryfikowany przekład Konstytucji Japonii Prof. Teruji Suzuki z obszernym wstępem, zawarty w publikacji Wydawnictwa Sejmowego z serii Konstytucje

pt. *Prawo i obowiązki obywatelskie*, przy czym przymiotnik „obywatelski" w polskim przekładzie nie powinien być tutaj postrzegany przez pryzmat polskiej dyskusji o zróżnicowanym zakresie podmiotowym poszczególnych praw konstytucyjnych. Japońska nauka prawa konstytucyjnego uznaje wszystkie konstytucyjne prawa jednostki, w tym art. 21 Konstytucji Japonii, za prawa człowieka przyrodzone każdej istocie ludzkiej, a godność – mimo braku zwerbalizowanej zasady ogólnej (por. art. 30 Konstytucji RP) – za źródło tych praw[17]. Poglądy oparte na tezie, że podstawowe prawa człowieka zapisane w japońskiej konstytucji powinny być postrzegane jako prawa zagwarantowane obywatelom na potrzeby partycypacji w demokratycznych procedurach należą do mniejszościowych[18]. Japońskie prawo konstytucyjne podkreśla pewną odmienność Konstytucji z 1947 r. od poprzedniczki z 1889 r. – Konstytucji Meiji (Konstytucji Okresu Światłych Rządów ustanowionej w okresie panowania Cesarza Matsuhito)[19], która

Świata: T. Suzuki (wstęp i tłumaczenie z języka japońskiego), *Konstytucja Japonii*, Warszawa 2014 r. Nieco starszy przekład T. Suzuki jest dostępny na stronie Ambasady Japonii w Polsce pod adresem http://www.pl.emb-japan.go.jp/relations/konstytucja.htm (dostęp: 8.05.2014).

[17] O godności wspomniano mimochodem w art. 24 ustęp 2 Konstytucji Japonii dotyczącym regulacji w zakresie prawa rodzinnego, która ma mieć na względzie „godność jednostki ludzkiej oraz zasadniczą równość płci", *ibidem*.

[18] S. Matsui, *The Constitution of Japan. A contextual Analysis*, Oxford, Portaland, Oregon 2011, s. 154 i powołane tam przykłady w przyp. 2.

[19] Wzorem dla japońskiej Konstytucji Meiji z 1889 r. była Konstytucja Królestwa Pruskiego z 31 stycznia 1850 r. Wybrano ją ze względu na idee silnej władzy cesarskiej. Głównym autorem projektu pierwszej japońskiej konstytucji był premier cesarskiego rządu, Ito Hirobumi. Wraz z nim pracowali nad nią jego dwaj doradcy – Hermann Rosler i Albert Mosse. Projekt Konstytucji Wielkiego Cesarstwa Japonii ukończony został w 1888 r., a rok później w symbolicznym dla narodu japońskiego dniu 11 lutego została promulgowana i podarowana przez cesarza poddanym pierwsza japońska konstytucja, która 29 listopada 1890 r. weszła w życie. Konstytucja Wielkiego Cesarstwa Japonii była niejako kompromisem między nowoczesnym konstytucjonalizmem a teokratycznym absolutyzmem: po jednej stronie był cesarz – absolutny monarcha, po drugiej zaś zwolennicy liberalnych idei demokratycznych, których celem było ograniczenie absolutnej władzy cesarza do minimum. Przewodnią zasadą Konstytucji Meiji było połączenie zasady monarchii konstytucyjnej i teorii prawa boskiego. Zasadą, na której zbudowana została konstytucja okresu Meiji, było to, że suwerenność państwa spoczywała w rękach cesarza. Wyprowadzona ona została z filozofii i religii japońskiej, z której wywodzi się przekonanie, iż pełnię władzy posiada Amaterasu Oomikami - matka japońskiego narodu, bogini słońca - dlatego też suwerenność spoczywa w linii cesarzy, którzy są bezpośrednimi jej przodkami. Cesarz był więc łącznikiem pomiędzy niebem a ziemią.
Oprócz kwestii dotyczących pozycji cesarza oraz nowo utworzonego parlamentu i rządu, Konstytucja Meiji odnosiła się do kwestii wojskowych oraz praw i obowiązków człowieka. Zaznaczała, że cesarz jest najwyższym dowódcą armii i marynarki wojennej (art. 11) oraz decyduje o liczebności sił zbrojnych (art. 12). Wojsko pozostawało więc poza kontrolą cywilnych ministrów, a decyzje dowódców konsultowane były tylko i bezpośrednio z cesarzem. Uważano bowiem, że tylko ogólnonarodowa armia, podlegająca tylko cesarzowi, jest w stanie zapewnić suwerenność oraz bezpieczeństwo kraju. Co do kwestii deklaracji praw jednostki, to oznaczała ona tylko gwarancję praw i obowiązków poddanych, takich jak: wolność wyznania, zgromadzeń, słowa, ochrona majątku, prawo do sprawiedliwego sądu czy petycji do cesarza. Konstytucja Wielkiego Cesarstwa Japonii była nie tylko pierwszą nowoczesną konstytucją w Azji, ale również pierwszą, we współczesnym tego słowa znaczeniu, ustawą zasadniczą w Japonii. Jej promulgowanie było niezmiernie ważnym ostatnim etapem modernizacji kraju. Japonia stawała się powoli monarchią konstytucyjną. Konstytucja Meiji miała również ogromny wpływ na politykę zagranicz-

zawierała wprawdzie katalog praw, niemniej jednak traktowano je jako „łaskawy dar" cesarza dla jego poddanych. Konstytucja z 1949 r. odwróciła kompletnie koncepcję statusu człowieka i obywatela, przyjmując prymat jednostki wobec państwa (zob. art. 13 Konstytucji Japonii[20]).

Podkreślmy, że „wolność słowa" zapisana na kartach konstytucji i aktów prawa międzynarodowego potrzebuje niekiedy dziesięcioleci, aby uzyskać w praktyce nowe, szersze znaczenie[21]. Podobne tendencje obserwujemy w orzecznictwie organów sądowniczych działających w ramach regionalnych systemów ochrony praw człowieka (np. w orzecznictwie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka[22] lub Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[23]). Analogiczne zjawisko nie ominęło japońskiego konstytucjonalizmu, osiągając − jak się wydaje − pewną synergię z oczekiwaniami japońskiego społeczeństwa lat 60. i 70. XX w. To właśnie w tym okresie zaczęła narastać oddolna presja na zwiększenie jawności działania władz publicznych, a także wydano znany w japońskim prawie konstytucyjnym wyrok, uznający art. 21 Konstytucji Japonii za źródło „prawa do wiedzy".

W 1960 r. konsumenckie organizacje Japonii zażądały od Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej ujawnienia informacji o środkach i pestycydach dodawanych do żywności. Wówczas w Japonii nie było środków prawnych, które zmusiłyby Ministerstwo do ujawnienia takich informacji, w związku z czym wszelkie wnioski zostały odrzucone. Ta sprawa zbiegła się ze skandalem w dziedzinie zdrowia publicznego. Otóż japońskie ministerstwo zdrowia otrzymało informacje (podobnie jak Kanada, USA, Australia i kraje Europy) o ryzyku ciężkiego uszkodzenia płodu, będącego skutkiem ubocznym stosowania leku o nazwie talidomid[24]. W wyniku tego ostrzeżenia w 1961 r. w Europie zaprzestano dystrybucji tego leku, zaś w USA nie wyszedł poza fazę testów

ną kraju. Umożliwiła rewizję traktatów zawartych z zachodnimi mocarstwami na początku drugiej połowy XIX w., które były nierównoprawne. Co więcej, wpłynęła na umacnianie pozycji Japonii nie tylko w Azji, ale i na całej arenie międzynarodowej.

[20] „Wszystkich obywateli szanuje się jako jednostki ludzkie. Ich prawa do życia, wolności i dążenia do szczęścia, o ile nie pozostają w sprzeczności z dobrem publicznym, brane są w najwyższym stopniu pod uwagę w działalności ustawodawczej i innych poczynaniach państwa".

[21] Np. w Polsce wciąż utrzymuje się pogląd, że z wolności wymienionej w art. 54 Konstytucji nie wynika jeszcze prawo człowieka do informacji o działalności państwa.

[22] 19 września 2006 r. Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka wydał wyrok w sprawie *Claude Reyes i inni przeciwko Chile*. Trybunał uznał, że art. 13 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. chroni prawo dostępu do informacji posiadanych przez państwo.

[23] Sprawa *Sdružení Jihočeské Matky przeciwko Republice Czeskiej* (skarga nr 19101/03) rozstrzygnięta 10 lipca 2006 r., sprawa *Társaság a Szabadságjogokért przeciwko Węgrom* (skarga nr 37374/05) rozstrzygnięta wyrokiem z 14 kwietnia 2009 r.

[24] Szacuje się, że w skali światowej liczba ofiar leku waha się pomiędzy 10 tys. a 20 tys., co obejmuje dzieci donoszone i urodzone z głębokimi wadami rozwojowymi oraz dzieci zmarłe w 1. roku życia. Większość z ocalałych osób posiada ciężkie deformacje ciała (np. brak kończyn lub nienaturalne proporcje ciała), zob. hasło „Thalidomide" http://en.wikipedia.org/wiki/Thalidomide.

klinicznych wymaganych przed dopuszczeniem do obrotu. Niestety, Japonia zachowała go w sprzedaży przez kolejne dziesięć miesięcy, co zaowocowało wystąpieniem setek przypadków urodzeń z ciężkimi wadami wrodzonymi. Japońscy prawnicy i rzecznicy praw konsumenta twierdzą, że gdyby wówczas w Japonii istniały środki prawne zmuszające rząd do ujawnienia informacji o zagrożeniu, można by było uniknąć lub zmniejszyć rozmiary tragedii.

Koniec lat 60. to narodziny koncepcji *shiru kenri.* Wynika ona z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego Japonii z dnia 26 listopada 1969 r., które przeszło do historii japońskiego prawa konstytucyjnego pod nazwą filmu z Dworca Kolejowego Hakata[25]. W 1968 r. grupa studentów protestujących przeciwko wizycie atomowego lotniskowca USS Enterprise starła się z policyjnymi służbami szybkiego reagowania na dworcu kolejowym Hakata, w prefekturze Fukuoka. Protestujący domagali się pociągnięcia ok. 870 funkcjonariuszy do odpowiedzialności za zbyt brutalne stosowanie siły, ale oskarżyciele publiczni nie wnieśli jakichkolwiek zarzutów. Protestujący zwrócili się w wnioskiem do sądu dystryktowego w Fukuoka o wydanie nakazu zobowiązującego do wniesienia zarzutów. W toku postępowania sąd zobowiązał cztery lokalne stacje telewizyjne do przekazania materiału filmowego na potrzeby postępowania sądowego. Mimo że materiał z protestów wyemitowano w telewizji, stacje telewizyjne wniosły środki odwoławcze, twierdząc, że materiał nie powinien być wykorzystywany do innych celów niż nadania telewizyjne, a jego sporządzenie na rzecz sądu może wywoływać w przyszłości tzw. efekt chłodzący w stosunku do środków masowego przekazu. Sprawa trafiła do Sądu Najwyższego Japonii, który uzasadniając dopuszczalność takiego nakazu (i utrzymując go w mocy[26]), stwierdził, że treścią wolności określonej w art. 21 Konstytucji Japonii jest m.in. prawo społeczeństwa do otrzymywania informacji, „prawo do wiedzy" − *shiru kenri* (知る権利). W literaturze anglojęzycznej tłumaczy się jako *right to know*, a nie − co stanowczo podkreślamy − *freedom of information* lub *right to information*. Unikając pułapek podwójnego przekładu, należy odesłać do analizy oryginalnych znaków, których użyto do zapisu tych słów. Sformułowanie składa się z dwóch słów: *shiru* (知る) oraz *kenri* (権利). Podana pisownia słowa *shiru* stosuje znak *kanji* na „mądrość" (知), a końcówka *-ru* (る) wskazuje, że słowo jest czasownikiem. Nie można

[25] 23 *Keishu* 1940.

[26] Sąd podzielił częściowo argumentację mediów dot. efektu chłodzącego, ale stwierdził, że w tej konkretnej sprawie takie zagrożenie musi uchylić się przed prawem do sprawiedliwego postępowania sądowego, w którym inne dowody okazały się niewystarczające. Uczestnicy procesów odnieśli w perspektywie czasu pyrrusowe zwycięstwo: w sierpniu 1970 r. sąd dystryktowy umorzył postępowanie przeciwko policjantom interweniującym na Dworcu Kolejowym Hakata. Wprawdzie materiał filmowy udostępniono, stwierdzono nadużycie siły, ale jakość nagrań nie pozwoliła na identyfikację poszczególnych funkcjonariuszy, zob. L. W. Beer, *Law and Liberty* [w:] T. Ishida, E. S. Krauss, *Democracy in Japan*, Pittsburgh 1989, s. 84.

więc przetłumaczyć słowa *shiru* jako „mądrość" bądź „wiedza". Należy więc przetłumaczyć je jako czasownik „wiedzieć", ewentualnie „być zaznajomionym (z czymś)". Z kolei słowo *kenri* składa się ze znaków *kanji* na „władzę" 権 czytaną jako *ken* i „korzyść" 利 czytaną jako *ri*. Połączenie tych dwóch znaków *kanji* daje rzeczownik czytany jako *kenri,* co tłumaczy się jako „prawo" lub „uprawnienie". Odnosząc te wszystkie skomplikowane niuanse do desygnatów polskiego języka prawniczego, sformułowanie *shiru kenri* należałoby tłumaczyć na język polski jako „prawo, by wiedzieć", ewentualnie „prawo do bycia poinformowanym". Japoński przykład pokazuje pewną zaletę kazuistyki przepisów konstytucji, ponieważ owa wiedza jest rozumiana jako pewna wartość, stan umysłu, pozostawiony w dużej mierze dookreśleniu przez parlament. *Shiru kenri* jest więc − mówiąc językiem polskiego Trybunału Konstytucyjnego − pewną wartością konstytucyjną, natomiast drogi prowadzące do niej są w dużej mierze uzależnione od rozwiązań kreowanych przez parlament w drodze ustawy. Orzeczenie w sprawie zajść na dworcu Hakata jest uznawane jako jeden z nielicznych przypadków, w których japoński Sąd Najwyższy odszedł od generalnej przychylności dla niepisanego prymatu rozwiązań legislatury w tej mierze, a zamiast tego zastosował doraźny test ważenia kolidujących ze sobą interesów[27].

W latach 70. XX w. rosło zainteresowanie rządowymi tajemnicami i dostępem do informacji. Przyczyniały się do tego kontrowersyjne lub nielegalne działania funkcjonariuszy publicznych, które ujawniano i komentowano w japońskiej prasie. Ciekawym przypadkiem była sprawa tzw. depeszy Nishiyamy. W 1972 r. dziennikarz Takichi Nishiyama ujawnił treść rządowej depeszy[28]. Informacje objęte tajemnicą dotyczyły zwrotu Japonii wyspy Okinawa przez Stany Zjednoczone Ameryki[29]. Ówczesny premier rządu Japonii Eisaku Sato publicznie deklarował, że nie istnieje żadne tajne porozumienie w tej sprawie, jednakże rząd Japonii potajemnie zgodził się wypłacić mieszkańcom wyspy odszkodowania za nieruchomości sięgające kwoty 5 milionów dolarów. Nishiyama uzyskał informację od swej partnerki (ówczesnej pracownicy japońskiego ministerstwa spraw zagranicznych) i wbrew przyrzeczeniu jej poufności, ujawnił swą wiedzę o poczynaniach rządu członkowi japońskiego parlamentu. Po wykryciu źródła przecieku Nishiyama został oskarżony i skazany za „podżeganie" pracownika administracji publicznej (źródła jego informacji) do ujawniania tajemnic[30]. Z kolei partnerka

[27] S. Matsui, *The Constitution of Japan…*, s. 168. Autor dodaje, że do 2011 r. w powojennej historii Japonii Sąd Najwyższy tylko osiem razy (*sic!*) uznał ustawę za niezgodną z konstytucją, *ibidem*, s. 169.

[28] Uczynił to indywidualnie, ponieważ macierzysta gazeta „Mainichi Shinbun" („Wiadomości Codzienne" − dziennik ukazujący się w Japonii od 1872 r.) wybrała milczenie w tej sprawie.

[29] Okinawa znalazła się pod okupacją amerykańską, ale trwała ona dłużej niż na pozostałym obszarze Japonii. Wyspa znalazła się pod administracją japońskiego państwa dopiero w 1972 r.

[30] N. Kadomatsu, *The right to be informed – the obligation for providing information. The case of Japanese Information Disclosure Law* [w:] „Journal of Law and Politics" 2002, nr 69 (2), s. 286.

Nishiyamy została skazana za naruszenie obowiązków pracowniczych na podstawie ustawy regulującej zatrudnienie pracowników sektora publicznego[31], co pokazało głębszy kontekst prawny sprawy: ówczesny system prawny Japonii nie zawierał żadnego prawa „antyszpiegowskiego", ani szczególnych przepisów penalizujących lub depenalizujących ujawnianie tajemnic służbowych przez przedstawicieli środków masowego przekazu (wystarczy dodać, że stanowisko japońskiego Sądu Najwyższego uznające możliwość zachowania w poufności dziennikarskich źródeł informacji − o ile nie narusza ono prawa do sprawiedliwego procesu − ugruntowało się dopiero w 1980 r.). W 1978 r. Sąd Najwyższy Japonii, oceniając skazanie Nishiyamy, uznał, że:

1) w sferze dopuszczalnej oceny sądu pozostaje ocena, co stanowi tajemnicę państwową, a co „zaledwie tajemnicę polityczną";
2) zachowanie przez rząd w tajemnicy [przed opinią publiczną i parlamentem − M.B., U.M.] negocjacji było poprawne;
3) brak informacji przeznaczonej dla parlamentu nie stanowił naruszenia porządku konstytucyjnego oraz nie odebrał tajemnicy przymiotu legalności;
4) pozyskiwanie informacji i relacjonowanie wydarzeń mają kluczowe znaczenie dla „prawa ludzi do wiedzy" oraz wolności wypowiedzi, ale działania Nishiyamy były „wątpliwe etycznie" wskutek nakłaniania do naruszenia prawa osoby pozostającej we wspólnym pożyciu[32].

Zainteresowanie ustanowieniem kontroli nad tajemnicami rządu rosło, a eksperci z zakresu prawa konstytucyjnego i administracyjnego zaczęli szukać prawnych rozwiązań umożliwiających dostęp do informacji. Inspirację stanowiła m.in. amerykańska federalna ustawa o swobodnym dostępie do informacji (*Freedom of Information Act* z 1966 r.) oraz inne zagraniczne systemy prawne regulujących dostęp do informacji publicznej[33].

Wspomniany skandal dotyczący obrotu szkodliwym talidomidem sprawił, że japońskie sądy zostały „zalane" sprawami, w których skarżący stanęli bez praktycznych narzędzi dostępu do wiedzy, lecz z obowiązkiem udowodnienia winy rządu. Bez jakiegokolwiek ustawowego prawa dostępu do informacji potrzeba było nie lada wysiłku, aby znaleźć udokumentowane dowody zaniechania władz państwowych. Sytuacja

[31] L. W. Beer przypomina, że ówczesny art. 100 ust. 1 ustawy o zatrudnieniu pracowników publicznych zawierał zakaz ujawniania informacji objętych tajemnicą poznaną w trakcie czynności służbowych. Zakaz był zagrożony maksymalną karą jednego roku pozbawienia wolności oraz niewielką grzywną i w żaden sposób nie dostrzegał gradacji szkód lub wagi ujawnionych informacji, L. W. Beer, *Law and Liberty...*, s. 84.

[32] *Ibidem*, s. 85. Autor odnotowuje, że akademiccy komentatorzy wyrażali pogląd o konieczności uniewinnienia dziennikarza ze względu na wykonywanie wolności słowa, ale podkreślali etyczne kontrowersje wynikające z wykorzystania osobistych relacji w celu dostępu do informacji.

[33] L. Repeta, *Local government disclosure systems in Japan*, Seattle 1999, s. 3.

wzbudziła szczególne zainteresowanie prawników należących do *Jiyū Jinken Kyōkai* (自由人権協会) – Japońskiej Unii Swobód Obywatelskich (JUSO)[34]. We wrześniu 1979 r. opublikowała ona „Wytyczne ujawniania informacji" − propozycję konkretnych rozwiązań prawnych ubranych w formę projektu ustawy[35]. W marcu 1980 r. utworzono Ruch Obywatelski na Rzecz Prawa Ujawniania Informacji, organizację, która zrzeszała JUSO, grupy konsumentów oraz inne grupy interesu publicznego. W styczniu 1981 r. Ruch Obywatelski opublikował „Deklarację Praw do Ujawniania Informacji", które to prawa miały bezpośrednio wynikać z zasady suwerenności narodu znajdującej się w preambule Konstytucji Japonii z 1946 r.[36] W roku 1979 w japońskim dzienniku Asahi Shimbun (朝日新聞)[37], opublikowany został artykuł wstępny wyrażający żądanie ustanowienia krajowego prawa. Wkrótce potem na pierwszej stronie dziennika rozpoczęto długi okres cyklicznych publikacji artykułów o dostępie do informacji rządowych[38].

W latach 80. i 90. XX w. koncepcja krajowego prawa do ujawniania informacji była omawiana i badana przez należycie do tego powołane komisje rządowe, które zalecały w tym kierunku konkretne działania. Niestety, wszelkie propozycje odnośnie do stworzenia takiej regulacji zostały pogrzebane. Skoro rząd nie robił nic w kierunku ustanowienia prawa do ujawniania informacji, samorządy lokalne postanowiły wziąć sprawy we własne ręce. W 1980 r. w Kangawie odbyło się sympozjum dotyczące kwestii ujawniania informacji rządowych. W sympozjum uczestniczyli reprezentanci przynajmniej siedemdziesięciu ośmiu samorządów lokalnych, a około osiemdziesięciu procent z nich rozpoczęło już prace nad ustanowieniem lokalnych przepisów bądź planowało to wkrótce uczynić[39]. Niepowodzenia japońskiego parlamentu w ustanowieniu ogólnokrajowego

[34] *Ibidem*; http://jclu.org/ippan_jouhou/about_jclu_e.shtml – Japońska Unia Swobód Obywatelskich (JUSO) jest niezależną organizacją non-profit, która ma na celu ochronę i promowanie praw człowieka wszystkich osób, bez względu na religię lub przekonania czy poglądy polityczne. JUSO działa zgodnie z międzynarodowymi zasadami praw człowieka, a mianowicie z poszanowaniem Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. JUSO została założona w 1947 r., w tym samym, w którym ogłoszona została Konstytucja Japonii.

[35] L. Repeta, *Local government disclosure...*, s. 3.

[36] *Ibidem*.

[37] Japońska gazeta wydawana między innymi w Tokio, Osace, Nagoi i kilku innych głównych miastach Japonii. „Asahi Shimbun" założona została 25 stycznia1879 r. i obecnie jest największym dziennikiem w Japonii zaraz po „Yomiuri Shimbun". Nakład porannego wydania gazety wynosi ok. 8 042 000 egzemplarzy (wg danych z roku 2008). Gazeta jest drukowana dwa razy dziennie w odrębnych wydaniach lokalnych.

[38] L. Repeta, *Local government disclosure*..., s. 4.

[39] Artykuł 92 Konstytucji Japonii ustanawia zasadę autonomii lokalnej. Zgodnie z art. 94 Konstytucji Japonii terytorialne jednostki publiczne mają „prawo zarządzać swoim majątkiem, swoimi sprawami i kierować administracją oraz w ramach ustawowych uchwalać własne przepisy". Realizując to uprawnienie, japońskie prefektury (i podprefektury) mogą wydawać rozporządzenia (jap. 条例 *jōrei*, w jęz. angielskim tłumaczy się je jako *ordinances*, zaś w polskim przekładzie można zaproponować „rozporządzenie", ew. „rozporządzenie lokalne". Kompetencje prawotwórcze prefektury muszą pozostawać w zgodzie z prawem krajowym i Konstytucją (zob. art. 98 Konstytucji Japonii). Proces tworzenia prawa dostępu do in-

prawa ujawniania informacji nie przeszkodziły lokalnym samorządom, aby rozpocząć oddolne działania w kierunku zwiększenia jawności.

W maju 1979 r. gubernator prefektury Kangawa oznajmił, iż rozpoczęte zostały prace nad prefekturalnym, niezależnym systemem ujawniania informacji[40]. Idąc śladami Kangawy, pozostałe samorządy ogłosiły prace i badania nad systemem ujawniania informacji. W maju 1981 r. Japońska Unia Wolności Obywatelskich opublikowała modelowe rozporządzenie o ujawnianiu informacji, obmyślone jako wzorzec do wdrożenia przez lokalne samorządy[41]. Pierwszym lokalnym samorządem, który formalnie przyjął rozporządzenie o ujawnianiu informacji była wioska Kanayama w prefekturze Yamagata w 1982 r.[42] Na kształt tego i pozostałych rozporządzeń silny wpływ miał projekt JUSO. Natomiast pierwszą prefekturą, która przyjęła rozporządzenie o ujawnianiu informacji była właśnie Kangawa (1982 r.). Jej drogą podążyły główne skupiska ludności w Japonii, takie jak: Tokio, Osaka czy Saitama. Do końca 1988 r. dwadzieścia pięć prefektur przyjęło rozporządzenia o ujawnianiu informacji, a ostatnią prefekturą była Nara, która w 1996 r. przyjęła rozporządzenie o ujawnianiu informacji[43]. Ciekawostką jest fakt, że liczba samych rozporządzeń o ujawnianiu informacji, które wówczas weszły w życie osiągnęła pięćset (wliczając w to rozporządzenia samorządów lokalnych i gminnych).

Momentem przełomowym dla powstania ogólnokrajowej ustawy o prawie ujawniania informacji był 1994 r., kiedy to ówczesny premier Japonii Murayama powołał Komisję Reform Administracyjnych. Jednym z głównych obowiązków komisji było przygotowanie dla premiera raportu o potrzebie stworzenia rządowego systemu ujawniania informacji. Zadanie to zostało ukończone przez komisję w 1996 r. Wówczas Japonia była pogrążona w recesji i głębokim przekonaniu, że nie dorównuje Stanom Zjednoczonym Ameryki w przygotowaniach do wejścia w nową epokę informacji[44].

---

formacji rozpoczął się na poziomie samorządów lokalnych, ponieważ nie istniała ogólnokrajowa regulacja prawna, a Konstytucja z 1946 r. nie tworzy bezwzględnej zasady wyłączności ustawy w tej mierze. Prawo nie mówiło nic o sytuacji, gdy nie istniała krajowa ustawa o dostępie do informacji posiadanych przez podmioty publiczne. Skoro nie istniał zakaz tworzenia aktów obejmujących sprawy nieuregulowane na poziomie ogólnopaństwowym (aczkolwiek mogące przybrać postać ustawy), prefektury zaczęły wypełniać tę próżnię w drodze rozporządzeń (lokalnych) na podstawie zasady autonomii lokalnej.

40 N. Kadomatsu, *The right to be informed…*, s. 286.

41 L. Repeta, *Local government disclosure…*, s. 6.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 Lata 90. ubiegłego stulecia to także okres kryzysu japońskiej administracji publicznej, której reformę rozpoczęto m.in. od zmian w postępowaniu administracyjnym (ustawa o procedurze administracyjnej z 1993 r., jap. *Gyōsei tetsuzuki-hō*) i wprowadzenia tzw. jawności administracyjnej (zwanej w polskim języku jawnością wewnętrzną postępowania). Michał Specjalski następująco opisuje ten okres: „Po załamaniu się systemu finansowego w latach ’90 oraz serii skandali natury korupcyjnej dotychczasowe metody podejmowania decyzji zostały podważone w japońskim dyskursie publicznym, tym samym zakwestionowano tradycyjną kulturę polityczną [...]. Podważono moralne przewodnictwo administracyjne, uważając iż zdeformowało ono swój pierwotny charakter ideału elity biurokratycznej,

W związku z tym, japoński rząd gotów był przyjąć szereg reform w tym takich, które dotyczyły dostępu do informacji rządowych. Rząd Premiera Hashimoto podjął więc prace nad uchwałą stanowiącą o zamierzeniach przyjęcia nowych przepisów sporządzonych na podstawie raportu Komisji Reform Administracyjnych. 7 maja 1999 r., po trzydziestu miesiącach sporów rządu z biurokracją (tradycyjnie niechętną tego rodzaju legislacji bez względu na długość i szerokość geograficzną), parlament uchwalił nowe prawo.

3. *(Gyosei) Joho Kokai Ho*

W dniu 7 maja 1999 r. uchwalono ustawę nr 42 gwarantującą dostęp do informacji o działalności organów administracyjnych. Uchwalenie tej ustawy oraz pięciu ustaw dotyczących ochrony prywatności jest nazywane jednym z „najnowszych osiągnięć polityczno-prawnych Japonii" mającym wskazywać na „dalsze upodabnianie się do demokracji w stylu zachodnim, która szanuje jednostkę i przysługujące jej prawa"[45]. Ustawa została ogłoszona 14 maja 1999 r. i weszła w życie 1 kwietnia 2001 r.[46] Prawo jest nazywane zwyczajowo *(Gyosei) Joho Kokai Ho*, tzn. Prawem Ujawniania Informacji (Administracyjnych), ale pełna nazwa dokumentu brzmi *Gyosei Kikan No Hoyu Suru Joho No Kokai Ni Kansuru Horitsu (*行政機関の保有する情報の公開に関する法律), czyli Prawo Dotyczące Dostępu do Informacji Posiadanych Przez Organy Administracyjne[47]. Warto zwrócić uwagę, iż w tytule ustawy występuje słowo *Kokai*, gdzie *Ko* znaczy „publiczny" (w znaczeniu „dostępny", „otwarty dla społeczeństwa")[48].

Rozdzial I ustawy określa ogólne cele, dla których stworzono dokument (art. 1 ustawy) oraz definicje legalne budujące zakres podmiotowy i przedmiotowy (art. 2). Wśród celów ustawy wskazano wynikające z „zasady suwerenności narodu" zwiększenie dostępności dokumentów administracyjnych. Dostępność nie jest celem samym w sobie, lecz przyczynia się do odpowiedzialności władzy publicznej przed społeczeństwem oraz promocji uczciwego i demokratycznego administrowania, które powinno być przedmiotem właściwego zrozumienia i krytyki ze strony obywateli.

kierującej społeczeństwem w kierunku cnót konfucjańskich. Praktyki korupcyjne, których celem była dbałość o interes własny uznano za niemoralne i niezgodne z japońskim charakterem narodowym [...]", M. Specjalski, *Administracja w Japonii – fuzja konfucjanizmu z zachodnią biurokracją*, http://www.polska-azja.pl/2010/02/26/administracja-w-japonii-fuzja-konfucjanizmu-z-zachodnia-biurokracja/ (dostęp: 8.08.2014) i literatura tam powołana.

45 K. G. Henshall, *Historia Japonii*, Warszawa 2011, s. 216.

46 N. Kadomatsu, *The right to be informed*..., s. 288. Nieoficjalny przekład ustawy na język angielski znajduje się na stronach japońskiego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych pod adresem http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/translation4.htm (podajemy wg stanu na 1 stycznia 2014 r.).

47 *Ibidem*, s. 288.

48 *Ibidem*, s. 287.

Ustawa zawiera tylko dwie definicje legalne, aczkolwiek o kluczowym znaczeniu dla oceny skuteczności i zakresu prawa do informacji w świetle postawianych mu celów: pierwsza definicja określa podmioty rozumiane pod pojęciem „organów administracyjnych", zaś druga definiuje „dokumenty administracyjne".

Zakresem ustawy objęto niemal każdy organ japońskiej administracji państwowej, aczkolwiek kwestią sporną pozostaje związanie ustawą sądów (na płaszczyźnie ich „administracyjnej" działalności). Zagadnienie było częściowo rozważane podczas bezprecedensowej − z perspektywy japońskiej i międzynarodowej − sprawy dostępu do informacji o działalności Sądu Najwyższego Japonii. Przypomnijmy, że w 1976 r. wybuchł międzynarodowy skandal dotyczący fali przekupstw dokonywanych przez amerykańską Lockheed Aircraft Corporation. W 2001 r. Hisashi Muto, członek JUSO, złożył wniosek o udostępnienie informacji o przebiegu posiedzenia Sądu Najwyższego z lipca 1976 r., na którym sędziowie wyrazili zgodę na udzielenie immunitetu Amerykanom udzielającym łapówek. Sąd Najwyższy odmówił udzielenia protokołu z posiedzenia dokumentu, ograniczając się jedynie do dokumentu zawierającego ostateczne stanowisko Sądu. Muto pozwał władze państwowe o odszkodowanie, twierdząc, że doszło do naruszenia jego konstytucyjnego prawa do informacji. W czerwcu 2004 r. tokijski sąd uznał, że doszło do naruszenia prawa, zasadził 60 tys. jenów odszkodowania i zobowiązał Sąd Najwyższy do załatwienia wniosku Hisashi Muto. Sąd odwoławczy uchylił wyrok całości i oddalił powództwo, stwierdzając, że Sąd Najwyższy był uprawniony do odmowy dostępu do informacji, powołując przy tym przesłanki analogiczne do przesłanek wymienionych w art. 5 (iii) ustawy (zob. dalsze uwagi). Natomiast sprawa związania Sądu ustawą nie była bezpośrednio kwestionowana w toku procesu.

Ustawa nie tworzy żadnej definicji legalnej jej tytułowego rzeczownika („informacja"). Ustawa w sposób dorozumiany traktuje informacje jako treść wynikającą z dokumentów o różnym przeznaczeniu i postaci utrwalenia. Dokumenty te wymieniono w art. 2 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem dokumenty administracyjne to „dokumenty, zdjęcia i elektromagnetyczne nagrania (sporządzone metodą elektroniczną, magnetyczną bądź inną metodą nierozpoznawalną przez ludzkie zmysły), które zostały sporządzone bądź uzyskane przez pracownika (lub pracownicę) organu administracyjnego w ramach pełnionych obowiązków i znajdują się w posiadaniu organu administracyjnego dla użytku organizacyjnego jego pracowników". Z tej grupy wyłączono jednak dokumenty o określonym przeznaczeniu. Zalicza się do nich:

1) przedmioty publikowane w celu ich sprzedaży dla większej i nieokreślonej liczby podmiotów, takie jak dzienniki urzędowe, gazety, czasopisma i książki;
2) przedmioty, które na podstawie rozporządzeń Rady Ministrów zostaną uznane za materiały historyczne bądź kulturowe, lub też jako materiały przeznaczone do

badań naukowych w Archiwach Państwowych lub w innych organach wyznaczonych przez Radę Ministrów.

Zgodnie z art. 3 ustawy, prawo do zwrócenia się do naczelnika organu administracyjnego o ujawnienie informacji będących w posiadaniu tego organu, posiada każda osoba. Ustawa nie przewiduje tutaj żadnych wyłączeń podmiotowych. Wniosek o udostępnienie dokumentów będących w posiadaniu organów administracyjnych mogą złożyć w Japonii również cudzoziemcy. W piśmiennictwie podkreśla się, że sformułowanie, „każda osoba" ma na celu zamanifestowanie uniwersalnego charakteru prawa dostępu do informacji Japonii[49].

W art. 4 ustawy uregulowano wymogi dotyczące treści wniosku z żądaniem ujawnienia informacji. Wniosek powinien zawierać takie informacje jak: imię i nazwisko oraz miejsce zameldowania bądź zamieszkania wnioskodawcy, a w przypadku osób prawnych bądź innych podmiotów – dane przedstawiciela występującego w ich imieniu. Wniosek powinien również zawierać nazwę poszukiwanych dokumentów administracyjnych lub inne informacje niezbędne do sprecyzowania i określenia dokumentów administracyjnych, do których wniosek się odnosi. W przypadku gdy naczelnik organu administracyjnego stwierdza, że wniosek nie odpowiada tym wymogom, może on poprosić osobę składającą wniosek o dokonanie w nim zmian bądź uzupełnień w określonym przez naczelnika terminie. W tym wypadku naczelnik powinien dołożyć wszelkich starań, aby dostarczyć wnioskodawcy informacji niezbędnych do naniesienia poprawek na wniosku.

Art. 5 ustawy nakłada na organy administracyjne obowiązek ujawnienia informacji, chyba że informacje posiadają status dokumentów niepodlegających ujawnieniu. Zgodnie z powołanym artykułem istnieje sześć głównych wyłączeń jawności.

Art. 5 (i) ustawy stanowi odpowiednik powszechnie spotykanej na świecie przesłanki negatywnej w postaci ochrony prawa do prywatności. Przepis wyłącza ujawnienie informacji, dzięki którym konkretne osoby mogą zostać zidentyfikowane bezpośrednio w oparciu o treść dokumentu (imię, nazwisko, data urodzin lub inne cechy szczególne; nie dotyczy to jednak osób przedsiębiorców w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej) lub pośrednio poprzez zgromadzenie innych danych jej dotyczących (spoza treści dokumentu), lub gdy konkretna osoba nie może zostać zidentyfikowana, ale dokonując ujawnienia informacji, tworzy ryzyko, że prawa i interesy tej jednostki zostaną naruszone. Istnieją jednak trzy wyjątki, które pozwalają na ujawnienie informacji w wyżej opisanej sytuacji:

1) gdy informacje, zgodnie z prawem lub zwyczajem, zostały opublikowane bądź mają zostać opublikowane;

[49] *Ibidem*, s. 279.

2) gdy ujawnienie informacji uznaje są za niezbędne dla ochrony życia osoby, zdrowia, środków do życia lub mienia jednostki;
3) gdy informacje dotyczą wykonywania obowiązków funkcjonariusza publicznego (wyjątki dot. pewnych kategorii urzędników zostały precyzyjnie wskazane w przepisach odsyłających art. 5 (i) (c) ustawy).

Art. 5 (ii) wyłącza z zasady ujawniania informacje dotyczące osób prawnych lub innych jednostek organizacyjnych (z wyjątkiem podmiotów państwowych), ich funkcjonariuszy bądź pracowników, których ujawnienie:

1) może naruszyć prawa, pozycję konkurencyjną lub inne uzasadnione interesy osoby prawnej lub jednostki;
2) informacje nie są zwyczajowo ujawnianie przez jednostki lub osoby prawne i zostały dobrowolnie udzielone na wniosek agencji rządowej pod warunkiem ich nieujawniania lub treść informacji racjonalnie ustanawia taki warunek, ze względu na okoliczności, w których została przekazana.

Jedynym odstępstwem od tego wyłączenia jest sytuacja, w której ujawnienie informacji zostanie uznane za niezbędne do ochrony życia, zdrowia, środków do życia bądź mienia.

Art. 5 (iii) wyłącza od zasady ujawniania informacje, których ujawnienie naczelnik organu administracyjnego uzna za zagrażające bezpieczeństwu narodowemu bądź stosunkom zagranicznym z państwami lub innymi podmiotami prawa międzynarodowego, a także jeśli ujawnienie informacji wywoła niedogodności w negocjacjach z takimi podmiotami.

Art. 5 (iv) wyłącza dostęp do informacji, których ujawnienie spowoduje przeszkody w zapobieganiu, zwalczaniu bądź ściganiu przestępstw, wykonaniu wyroków, oraz innych czynności niezbędnych do zachowania bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Art. 5 (v) wyłącza ujawnianie informacji dotyczących obrad, badań bądź konsultacji wewnętrznych pomiędzy krajowymi i lokalnymi podmiotami publicznymi, jeśli ujawnienie groziłoby:

– spowodowaniem niesprawiedliwej szkody dla szczerej wymiany poglądów lub zagroziłoby neutralności (bezstronności) podejmowanych decyzji,
– wywołaniem nieporozumień (dezorientacji) wśród ludzi,
– przysporzeniem niesprawiedliwych korzyści lub niedogodności konkretnym osobom.

Art. 5 (6) wyłącza możliwość udostępnienia informacji, których ujawnienie stanowiłoby „przeszkodę do właściwego wykonywania spraw i biznesu" państwowych podmiotów krajowych lub lokalnych. Należą do nich:

a) informacje dotyczące „audytów, kontroli, nadzoru i badania", ilekroć ujawnienie informacji groziłoby utrudnieniem w „uchwyceniu dokładnych faktów" lub ułatwiłoby dokonywanie „nielegalnych lub nieuczciwych czynów";
b) informacje dotyczące „umów, negocjacji, lub odwołań administracyjnych i spraw sądowych";
c) informacje dotyczące badań naukowych, których ujawnienie stwarzałoby ryzyko utrudniania „ich bezstronnej i skutecznej realizacji";
d) informacje dotyczące zarządzania personelem, których ujawnienie spowodowałoby utrudnienia w „bezstronnym i sprawnym utrzymaniu spraw personelu";
e) informacje dotyczące „działalności przedsiębiorstwa zarządzanego przez państwo", których ujawnienie grozi spowodowaniem szkody dla „uzasadnionych interesów wynikających z zarządzania przedsiębiorstwem".

Warto zwrócić uwagę na obszerną regulację mającą na celu ochronę praw osób trzecich (art. 13 ustawy). Naczelnik organu administracyjnego może powiadomić osobę trzecią o zamiarze udostępniania dokumentów z informacjami jej dotyczącymi. Osoba trzecia ma prawo złożenia pisemnej opinii w sprawie, w tym wyrażenia negatywnej opinii odnośnie do udostępnienia.

Art. 6 ustawy zawiera wyraźną zasadę separacji informacji jawnych od informacji niepodlegających udostępnieniu. Jeżeli naczelnik organu administracyjnego, do którego został złożony wniosek o ujawnienie informacji stwierdzi, że część dokumentów zawiera informacje nie podlegające ujawnieniu, powinien on udostępnić wnioskodawcy tę część dokumentów, która zawiera tylko takie informacje, które mogą zostać ujawnione.

Art. 7 ustawy otwiera możliwość zastosowania uznaniowego testu interesu publicznego. Polega on na wyłączeniu każdej przesłanki wymienionej w art. 5, jeżeli naczelnik organu administracyjnego stwierdza, że ujawnienie informacji jest szczególnie koniecznie dla interesu publicznego.

Ustawa przyjmuje zasadę, że wszelkie decyzje naczelnika, zarówno te o ujawnieniu, jak i te o odmowie ujawnienia dokumentów, muszą być sporządzone na piśmie (art. 9 ustawy). Naczelnik organu administracyjnego musi podjąć decyzję o ujawnieniu bądź odmowie dostępu do dokumentów w ciągu 30 dni od dnia wpływu wniosku do organu administracyjnego (art. 10 ustawy). Termin ten może ulec przedłużeniu do 60 dni, jeżeli istnieją ku temu „uzasadnione powody" (niesprecyzowane w żaden sposób w ustawie). Jeżeli naczelnik decyduje się na przedłużenie terminu, musi on poinformować wnioskodawcę na piśmie o przedłużeniu terminu oraz o powodach, dla których zostaje on przedłużony. Ustawa zawiera oryginalne rozwiązanie polegające na możliwości przekazania wniosku przez organ administracyjny do innego podmiotu (art. 12 i art. 12-2 ustawy), jeżeli np. okaże się on bardziej kompetentny do oceny statusu wnioskowanych

dokumentów. W szczególności chodzi tu o sytuacje, w których jest np. wytwórcą dokumentu i posiada lepsze możliwości weryfikacji ewentualnych przesłanek negatywnych. Obowiązkiem przekazującego jest powiadomić pisemnie wnioskodawcę o przekazaniu wniosku.

Ujawnienie dokumentów następuje na mocy decyzji wydanej przez naczelnika organu administracyjnego, a wnioskującemu dostarcza się kopie dokumentów, zdjęć bądź nagrań, bądź też umożliwia się inspekcję wnioskowanego materiału (art. 14 ustawy). Osoba, która wnosi o udostępnienie dokumentów powinna uiścić odpowiednią opłatę. To samo tyczy się osoby uzyskującej kopie dokumentacji. Japońska ustawa przewiduje dość oryginalne rozwiązanie przeciwdziałające wykluczeniu społecznemu, jakim jest „możliwość obniżenia lub zwolnienia z opłat ze względu na ciężką sytuację życiową lub inne szczególne przesłanki" (art. 16 ustawy). Decyzję o obniżeniu opłat podejmuje naczelnik organu administracyjnego.

Ustawa umożliwia wniesienie sprzeciwu na decyzję o odmowie dostępu do informacji, co rodzi obowiązek skonsultowania stanowiska z Radą ds. Udostępniania Dokumentów Administracyjnych i Ochrony Informacji Osobowych, chyba że podmiot rozpoznający sprzeciw uznaje sprzeciw lub sprzeciw jest oczywiście bezzasadny (art. 18 ustawy). W dalszym etapie prawo do informacji podlega ochronie sądowej (art. 21 ustawy).

4. Zakończenie

Z niniejszego zarysu historycznego prawa do informacji w Japonii wynika, iż unormowanie prawa dostępu do informacji nie było czymś nagłym, nieprzemyślanym, a w szczególności nie stanowiło prostej kalki rozwiązań legislacyjnych państw obcych, oderwanych od potrzeb społecznych Japończyków. Niewątpliwie, proces prowadzący do przyjęcia ogólnokrajowej ustawy był bardzo długi i powolny, ale uzyskał pewną oddolną, społeczną podbudowę, a to stanowi istotny kapitał społeczny działający na korzyść prawa do informacji. Pod tym względem zaskakująco może wypadać porównanie z polskim porządkiem prawnym. Zawiera on kazuistyczny opis prawa do informacji w konstytucji (art. 61 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.), ale w chwili jej uchwalenia, a także w momencie uchwalenia ustawy (6 września 2001 r.) nie udało się wytworzyć zrozumienia dla niej wśród urzędników. Trudno też mówić o istnieniu ogólnospołecznego przekonania o potrzebie jawności, przejrzystości życia publicznego po 12 latach obowiązywania polskiej ustawy. Często zaś słychać głosy o potrzebie ograniczenia prawa do informacji, przeciwdziałaniu rzekomemu nadużywaniu prawa do informacji.

Prawo do informacji uznaje się współcześnie za prawo człowieka, jednak umieszczone na płaszczyźnie ustrojowej sprawia duży kłopot konstytucjonalistom, politologom, a także filozofom, etykom[50] i zwykłym obywatelom. Skoro zaś mowa o tych ostatnich, to należy podkreślić, że skuteczne prawo o dostępie do informacji jest zależne od potrzeby, odwagi i umiejętności obywateli do zadawania trudnych, kontrowersyjnych pytań[51]. Bez tego najlepsze prawo zamienia się w ornament. Przeciwdziałanie temu zjawisku jest szczególnie trudne w kraju, w którym istotną wartością jest „zachowanie twarzy", a środkiem ku temu „zabijanie czegoś milczeniem"[52]. Pozostawiamy czytelnikom ocenę, na ile te postawy społeczne wydają się znajome, mimo tysięcy kilometrów i odmienności dzielących Polskę i Japonię.

[50] O moralnych i psychicznych napięciach wynikających z konfliktu pomiędzy jawnością a tajnością pisze obszernie S. Bok, *Secrets: on the Ethics of Concealment and Revelation*, Wyd. Pantheon Books, 1982; Vintage paperback editions, 1984, 1989.

[51] Podobną myśl przytoczył Robert J. Freeman pełniący funkcję Dyrektora Wykonawczego Nowojorskiej Komisji ds. Otwartego Rządu (od 1974 r. do obecnej chwili), posługując się przykładem japońskiej z 1999 r. Robert J. Freeman wspomina, że po uchwaleniu ustawy wymieniał z japońskimi specjalistami spostrzeżenia na temat jej wdrażania. Japończycy ubolewali, że ustawa nie przełożyła się na zainteresowanie opinii publicznej w egzekwowaniu swego prawa do informacji. Na pytanie amerykańskiego rozmówcy, co może być przyczyną tego stanu rzeczy, Japończyk odpowiedział przysłowiem: „wystający gwóźdź obrywa młotkiem". Źródło: wywiad Michała Bernaczyka z Robertem J. Freemanem w siedzibie New York State Committee on Open Government w dniu 24 października 2012 r.

[52] Interesująco opisuje to J. Izydorczyk: „[...] milczenie w Japonii oznacza dezaprobatę. Problem, o którym się nie mówi − przestaje istnieć. Jest to powiązane z innym japońskim powiedzeniem: «zabić coś milczeniem» [...], co oznacza, że bez odpowiedzi kontrowersja czy też skandal umrze śmiercią naturalną", [w:] J. Izydorczyk, *Hanzai znaczy przestępstwo...*, s. 28.

Mariusz Jabłoński
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

„Dokument wewnętrzny" i jego udostępnienie na podstawie Konstytucji RP oraz ustawy o dostępie do informacji publicznej

1. Wprowadzenie

Uchwalenie konkretnego aktu prawnego jest dopiero początkiem skomplikowanego procesu jego obowiązywania, którego fundamentalnym elementem składowym jest kształtowanie się określonej praktyki interpretacji i wykładni jego postanowień. W wielu też przypadkach musi upłynąć dużo czasu, aby udało się ostatecznie doprowadzić do wypracowania w miarę jednolitego rozumienia regulacji ustawowych, które, szczególnie zaraz po wejściu w życie − w zależności od tego, kto je stosuje − rozumiane mogą być w zupełnie odmienny sposób.

Nie budzi przy tym wątpliwości, że organem, który pełni niepoślednią rolę w procesie wykładni obowiązujących przepisów Konstytucji RP i wydanych na jej podstawie ustaw jest Trybunał Konstytucyjny. Mimo, że pozbawiony został kompetencji wydawania powszechnie obwiązujących wykładni ustaw, to w zasadzie każde z jego orzeczeń wpływa na rozumienie, a w konsekwencji na odpowiednie stosowanie konkretnych przepisów, które stają się przedmiotem jego wyrokowania[1]. Ta kompetencja Trybunału Konstytucyjnego ma szczególne znaczenie w sytuacji, w której do systemu prawa konstytucyjnego wprowadzona zostaje nowa norma, rozwijana szczegółowo przez przepisy ustawowe. Z takim przypadkiem mieliśmy do czynienia w związku z zamieszczeniem w treści Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.[2] nowego prawa podmiotowego[3], jakim jest prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne (art. 61)[4].

---

1 Ma to swoje zalety i wady zob. szerzej: B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, s. 261 i n. z odwołaniem się do poglądów S. Wronkowskiej tam cytowanych.

2 Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

3 Na temat klasyfikacji wolności i prac zob. B. Banaszak, *Prawa jednostki i systemy ich ochrony*, Wrocław 1995, s. 6–15.

4 Zob. szerzej: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 306 i n.

Treścią tego prawa jest roszczenie, którego „wykorzystanie" ma prowadzić do uzyskania świadczenia, przyjmującego postać otrzymania informacji nie przez każdą jednostkę, ale wyłącznie przez obywatela[5] (ust. 1), przy czym korzyść ta jest następstwem wywiązania się przez podmiot zobowiązany (w tym przypadku organy władzy, osoby pełniące funkcje publiczne i inne zobowiązane podmioty − ust. 1), w granicach wyznaczonych przez przepisy ustaw (ust. 3 i 4), z obowiązku indywidualizowanego każdorazowo przez treść przedstawionego żądania (ust. 2). Na zobowiązanym spoczywa obowiązek merytorycznego rozpatrzenia takiego żądania, jak również stworzenia takich rozwiązań systemowych, które w najpełniejszym stopniu będą służyły udostępnianiu informacji[6]. Podmiot realizujący prawo decyduje natomiast o: zainicjowaniu procedury udostępnienia informacji i skonkretyzowaniu przedmiotu (zakresu) informacji, którą chce uzyskać od zobowiązanego.

Analiza treści art. 61 pozwala na stwierdzenie, że celem ustrojodawcy było dążenie do zdefiniowania wszystkich podstawowych elementów treści podmiotowego prawa do informacji. Z drugiej jednak strony zauważyć trzeba, że regulacja ta nie wskazuje gwarancji, które umożliwiałyby skuteczną egzekucję potwierdzonych uprawnień (w tym pełnego zakresu identyfikacji źródeł informacji i form realizacji prawa), jak również trybu udostępniania informacji[7].

Nie zostało również rozwinięte pojęcie „uzyskiwania informacji", choć można przyjąć, że celem ustrojodawcy było logiczne zestawienie „uzyskania" informacji o działalności konkretnego zobowiązanego z dotarciem do dokumentu (jego treści) oraz ze wstępem (obecnością) na posiedzenia organów wskazanych w treści art. 61 ust. 2 Konstytucji. Mając to na względzie, nie dziwi, że w treści art. 61 ust. 4 ustrojodawca posłużył się terminem udzielania informacji. Biorąc pod uwagę, że uprawniony będzie skutecznie realizował roszczenie w postaci uzyskania od zobowiązanego określonej informacji, to zobowiązany będzie ją udzielał. Oznacza to zarazem, że celem realizacji tego prawa jest dotarcie przez uprawnionego do konkretnego źródła informacji w celu jej uzyskania, zapoznania się, czy jeszcze w szerszym ujęciu skonfrontowania z posiadanym zasobem

[5] K. Wojtyczek, *Konstytucyjny status jednostki w państwie polskim*, [w:] *Prawo konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2008, s. 93.

[6] Trybunał stwierdził, że „Obowiązek ten polega zatem nie tyle na dostępności określonych informacji dla odbiorcy, ile przynajmniej co do zasady oznacza konieczność aktywnego działania ze strony organu udzielającego informacji, które polega na dostarczeniu osobie zainteresowanej na jej żądanie pewnego zakresu informacji", zob.: wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 20 marca 2006 r., K 17/05; z 15 października 2009 r., K 26/08.

[7] Naczelny Sąd Administracyjny podkreślał jednak w swym orzecznictwie, iż przepis art. 61 ust. 2 Konstytucji może być stosowany samodzielnie, tworząc wystarczającą podstawę udostępniania informacji publicznej. Sprawy te dotyczyły udostępniania informacji o działalności organów gminy, np. wyrok NSA z 30 stycznia 2002 r., II SA 717/01. Sąd działał w oparciu o normę Konstytucji oraz ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, Dz. U. Nr 74, poz. 368 ze zm.

informacji. Zobowiązany ma więc umożliwić uprawnionemu, w granicach wynikających z treści prawa powszechnie obowiązującego, udostępnienie dokumentów i(lub) stworzenie odpowiednich warunków uczestniczenia i rejestrowania (dźwięk i obraz) obrad organów kolegialnych.

Mimo, jak mogłoby się wydawać, dość konkretnego sposobu zdefiniowania poszczególnych elementów treści tego prawa wątpliwości dotyczących praktyki jego stosowania pojawiło się bardzo wiele. Dotyczyły one tego, czy skutecznie może powoływać się na nie tylko obywatel polski, czy też należy zapewnić możliwość realizacji prawa dostępu każdej osobie fizycznej (a więc cudzoziemcom i bezpaństwowcom), osobie prawnej prawa prywatnego, jednostce organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej, a może również jeszcze szerzej osobom pełniącym funkcje publiczne i samym organom, które zainteresowane byłyby pozyskaniem informacji publicznej od innych organów. Kolejne problemy dotyczyły sprecyzowania zakresu i przedmiotu udostępnienia, trybu udostępniania informacji, a co najważniejsze istoty i charakteru ograniczeń tego prawa.

Wydawałoby się, że wszystkie wskazane wyżej zagadnienia zostaną ostatecznie wyjaśnione w ustawie, która w kompleksowy sposób odnosiłaby się do sprecyzowania trybu udostępniania informacji. Ustawa taka (ustawa o dostępie do informacji publicznej – dalej u.d.i.p.) uchwalona została dopiero 6 września 2001 r.[8], weszła w życie z dniem 1 stycznia 2002 r.[9] i niestety – i to do dnia dzisiejszego – nie spełniła pokładanych w niej oczekiwań. W praktyce ustawodawca posłużył się jedną konkretną formułą definicyjną (dokument urzędowy) w pozostałym zakresie oparł się na konstrukcji zwrotów niedookreślonych.

Przede wszystkim w u.d.i.p. odwołano się do specyficznej formuły definicyjnej, stwierdzając że każda informacja dotycząca sprawy publicznej jest informacją publiczną. Jednocześnie nie zdecydowano się na enumeratywne sprecyzowanie katalogu informacji publicznej, a jedynie przykładowo wskazano jej źródła (art. 6 ust. 1 u.d.i.p.). Warto też pamiętać, że określenie zobowiązanego (art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.) ma również charakter przykładowy. Jednocześnie trzeba podkreślić, że przesłanką decydującą o zakwalifikowaniu określonego podmiotu do kategorii zobowiązanych może być albo wykonywanie zadania publicznego, albo gospodarowanie majątkiem Skarbu Państwa lub mieniem komunalnym. Tego typu rozwiązanie w znaczny sposób różni się od konstytucyjnego sposobu zdefiniowania zobowiązanego (art. 61 ust. 1 zd. 2), zgodnie z którym, aby można było uznać podmiot za zobowiązany, muszą zostać spełnione łącznie dwie

[8] Szerzej na temat dyskusji związanej z procesem ustawodawczym zob.: T. R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2002, s. 43 i n.

[9] Ustawa z dnia 6 września 2001 r., tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 782.

przesłanki, tzn. musi on wykonywać zadanie publiczne i jednocześnie gospodarować mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

Ustawodawca zdecydował się również inaczej niż ma to miejsce w Konstytucji RP skonkretyzować uprawnionego do uzyskania informacji publicznej. Nie jest to wyłącznie obywatel polski, ale każdy, a więc uprawnionym jest cudzoziemiec, osoba prawna, jak również inne jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej. W praktyce stosowania tego prawa okazało się również, że uprawnionym jest funkcjonariusz publiczny, jak również organy publiczne, czy publiczne podmioty prawa[10].

W u.d.i.p. nie doszło do choćby przykładowego dookreślenia pojęć: informacji prostej, informacji przetworzonej, informacji przekształconej, aktualnej wiedzy o sprawach publicznych, osoby pełniącej funkcję publiczną, kosztów stałych i dodatkowych. Jedynie fragmentarycznie dookreślona została procedura postępowania (por. art. 13 do 16 u.d.i.p.). Kolejne nowelizacje ustawy, szczególnie zaś ta dotycząca ponownego wykorzystania informacji publicznej, wprowadziły jeszcze większe zamieszanie i trudności w racjonalnym stosowaniu jej przepisów[11].

Brak czytelnych rozwiązań ustawowych musiał doprowadzić w konsekwencji do powstawania wielu problemów interpretacyjnych, dotyczących nie tylko samego zdefiniowania charakteru i zakresu prawa do pozyskiwania informacji o działalności podmiotów zobowiązanych, ale również tych, które dotyczyły procedury udostępniania takich informacji. W tym też obszarze warto przyjrzeć się orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego, który na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat kilkakrotnie wypowiadał się odnośnie do art. 61 Konstytucji RP i samej ustawy o dostępie do informacji publicznej. Mając na względzie charakter opracowania, skupię się jedynie na jednym z wielu rozstrzygnięć Trybunału, tzn. tym, w którym podniesiona została kwestia znaczenia i roli tzw. „dokumentu wewnętrznego" w procesie identyfikacji informacji publicznej.

2. „Dokument wewnętrzny" jako dokument nie zawierający informacji publicznej

Trybunał, odnosząc się do pojęcia informacji publicznej, potwierdził, że konieczne jest szerokie definiowanie zakresu i przedmiotu udostępnienia. Podstawą, która powinna determinować sposób rozumienia informacji publicznej, jest treść art. 61 Konstytucji

[10] Zob. szerzej: M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Wrocław 2013, s. 71–73.

[11] M. Jaśkowska, *Jakość i spójność rozwiązań prawnych w świetle nowelizacji ustawy o dostępie do informacji publicznej*, [w:] *Kryzys prawa administracyjnego?* T. 1, red. D. R. Kijowski, P. J. Suwaj, Warszawa 2012, s. 369–386; M. Jabłoński, *Prawo do ponownego wykorzystania informacji publicznej − nowy etap rozwoju prawa do informacji*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Trzcińskiemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012, s. 197 i n.

oraz ustawy o dostępie do informacji publicznej. Jednocześnie stwierdził, potwierdzając swoje wcześniejsze orzecznictwo, że wyjątki od reguły, zgodnie z którą należy kierować się zasadą jawności i transparentności w zakresie informowania o działalności struktur państwa i jego funkcjonariuszy, a ewentualne odstępstwa od tej zasady (wyjątki), muszą być rozumiane wąsko. W takim też ujęciu informację publiczną stanowić będzie „każda wiadomość wytworzona przez szeroko rozumiane władze publiczne i osoby pełniące funkcje publiczne lub odnosząca się do władz publicznych, a także wytworzona lub odnosząca się do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Informacją publiczną jest zatem treść dokumentów odnoszących się do organu władzy publicznej, związanych z nim bądź go dotyczących"[12].

Stanowisko takie w zasadzie jest potwierdzeniem ukształtowanej linii orzeczniczej sądów administracyjnych, które wielokrotnie opowiadały się za jak najszerszym rozumieniem przedmiotu udostępnienia w ramach dostępu do informacji publicznej[13].

Z drugiej jednak strony Trybunał zauważył, iż konieczne staje się oddzielenie od siebie pewnych sfer informacyjnych związanych z działalnością zobowiązanych, w szczególności organów państwa. Uznał bowiem, że przedmiotem konstytucyjnego prawa nie są „treści zawarte w dokumentach wewnętrznych, rozumiane jako informacje o charakterze roboczym (zapiski, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, przyjęcia ostatecznego stanowiska przez pojedynczego pracownika lub zespół. W ich przypadku można bowiem mówić o pewnym stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej. Od „dokumentów urzędowych" w rozumieniu art. 6 ust. 2 u.d.i.p. odróżnia się zatem „dokumenty wewnętrzne" służące wprawdzie realizacji jakiegoś zadania publicznego, ale nieprzesądzające o kierunkach działania organu. Dokumenty takie służą wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk"[14].

Trybunał w zasadzie powtórzył wprost podstawowe elementy treści wcześniejszych rozstrzygnięć sądów administracyjnych, w których wskazano, że „[...] od «dokumentów urzędowych» w rozumieniu art. 6 ust. 2 u.d.i.p. odróżnia się «dokumenty wewnętrzne» służące wprawdzie realizacji jakiegoś zadania publicznego, ale nie przesądzające o kierunkach działania organu. Dokumenty takie służą wymianie informacji, zgromadzeniu

[12] Wyrok TK z 13 listopada 2013 r., P 25/12.

[13] M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2005, s. 49 i n.; M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 113 i n.

[14] Wyrok TK z 13 listopada 2013 r., P 25/12. Trybunał podkreślił, że tego rodzaju informacje nie są wyrazem stanowiska organu, wobec czego nie mogą stanowić informacji publicznej.

niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk. Mogą mieć dowolną formę, nie są wiążące, co do sposobu załatwienia sprawy, nie są w związku z tym wyrazem stanowiska organu, nie stanowią więc informacji publicznej”[15].

Konsekwencje tego stanowiska – choć trzeba podkreślić, że wyrażonego niejako na marginesie rozważań dotyczących nieco innego zagadnienia[16] − są złożone i trudne do jednoznacznego określenia. Wskazać można jednak kilka możliwych wariantów, które mogą mieć wpływ na ocenę obowiązującej regulacji i na kształt przyszłej praktyki udostępniania informacji publicznej.

W pierwszym wariancie zdecydowanie należy optować za odróżnieniem prawa wglądu do dokumentów urzędowych od prawa wglądu do sumy wszystkich dokumentów, a w zasadzie dostępu do każdej utrwalonej informacji związanej z działalnością zobowiązanego. Gdyby przyjąć odmienną koncepcję, to wszystkie istniejące dokumenty niezależnie od tego, czy są to dokumenty prywatne, urzędowe, czy wreszcie tzw. dokumenty wewnętrzne[17], podlegałyby − co do zasady – przepisom u.d.i.p. Każdy z nich

[15] Wyrok NSA z 25 października 2012 r., I OSK 1813/12; wyrok NSA z 27 stycznia 2012 r., I OSK 2130/11; wyrok NSA z 15 lipca 2010 r., I OSK 707/10, czy wyrok WSA we Wrocławiu z 26 maja 2010 r., IV SAB/Wr 19/10. Rozstrzygnięcia te pozostają w sprzeczności z innymi np.: „Naczelny Sąd Administracyjny w obecnym składzie podziela stanowisko, że informację publiczną stanowi całość akt postępowania prowadzonego przez organ administracji publicznej – w tym zarówno dokumenty wytworzone, jak i posiadane przez organ w związku z konkretną sprawą. Wbrew twierdzeniu Sądu pierwszej instancji, ustawa nie ogranicza «prawa do informacji» wyłącznie do dokumentów urzędowych. Co do zasady zatem, udostępnieniu podlegać będzie wszystko, co znajduje się w aktach postępowania, niezależnie od tego, czy będzie to dokument urzędowy, czy prywatny. Bez znaczenia pozostaje również to, czy dokument znajdujący się w aktach ma charakter «wewnętrzny», czy «roboczy»”, wyrok NSA z 1 grudnia 2011 r., I OSK 1550/11.

[16] Chodziło o pytanie prawne, w którym sąd zwrócił się do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy art. 1 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 1−3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, rozumiane w ten sposób, że kwalifikują dane, które stanowiły jeden z elementów procesu związanego ze skorzystaniem z prerogatyw prezydenckich dotyczących podpisania ustawy, odmowy jej podpisania lub skierowania ustawy w trybie kontroli uprzedniej do Trybunału Konstytucyjnego, jako informacje publiczne podlegające udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, są zgodne z art. 144 ust. 3 pkt 6 i 9 w związku z art. 122 ust. 1−5 Konstytucji. Trybunał stwierdził, że art. 1 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 3 lit. c ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, rozumiane w ten sposób, że kwalifikują dane, które stanowią element procesu wykonywania kompetencji Prezydenta Rzeczypospolitej określonej w art. 144 ust. 3 pkt 6 Konstytucji, jako informacje publiczne podlegające udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej „nie są niezgodne z art. 144 ust. 3 pkt 6 w związku z art. 122 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”.

[17] W zasadzie można zgodzić się ze stanowiskiem prezydenta RP, który wskazał, że „wartością przemawiającą za ochroną dokumentów wewnętrznych jest przede wszystkim prawidłowy przebieg procesu podejmowania rozstrzygnięć lub zajmowanego stanowiska, który może zostać naruszony właśnie przez dostęp do takich dokumentów. Można wskazać następujące zagrożenia interesu publicznego spowodowane publicznym dostępem do dokumentów wewnętrznych:
1) dokumenty wewnętrzne (np. opinie, analizy, rady itp.) mają przedstawiać rzeczywiste stanowiska osób je sporządzających. Jeżeli osoby takie będą świadome ich upublicznienia, mogą formułować treść dokumentu pod kątem ich późniejszego ujawnienia, a nie oddania swojego rzeczywistego stanowiska;
2) dyskusja wewnętrzna powinna mieć swobodny charakter, który m.in. charakteryzuje się zajmowaniem wstępnych stanowisk, podlegających ewolucji podczas procesu wypracowywania końcowego

bowiem, znajdując się w posiadaniu zobowiązanego, wiązać musiałby się z działalnością zobowiązanego i w takim ujęciu trudno byłoby uzasadnić, że jego treść nie dotyczy sprawy publicznej, a w konsekwencji nie zawiera informacji publicznej[18]. Takie założenie doprowadziłoby najprawdopodobniej do praktyki nieutrwalania czynności o charakterze roboczym, analitycznym, wstępnie opiniującym, wariantowym, technicznym czy nawet organizacyjnym. W wielu bowiem przypadkach tego typu materiały, mające postać nieoficjalnego utrwalenia (np. w postaci pliku tekstowego, brudnopisu, wydruku itd.), należy traktować wyłącznie jako wstępne (kierunkowe, poglądowe), nie są one ostatecznie dopracowanie, ich treść formułowana jest niekiedy dość swobodnie, często przy zastosowaniu mniej oficjalnego języka, zwierają też różne, czasami zupełnie sprzeczne ze sobą warianty rozwiązań, ocen (także subiektywnych) czy też potencjalnych kierunków dalszego postępowania. Mając na względzie konieczność zapewnienia sprawnego funkcjonowania szerokiej kategorii zobowiązanych, trzeba jednocześnie wziąć pod uwagę, że każdy z piastunów takiego organu (podmiotu) musi dysponować pewną sferą wolną od permanentnie sprawowanej kontroli, która w przypadku u.d.i.p. przybiera postać kontroli społecznej. Kontrola taka może przecież zostać zainicjowana na podstawie odrębnych przepisów i polegać na weryfikacji prawidłowości działań podejmowanych przez każdego funkcjonariusza w zakresie działań (bądź ich braku) związanych z realizacją ciążących na nim obowiązków (realizacji zadań i kompetencji).

W drugim wariancie, przyjęcie konstrukcji tzw. „dokumentu wewnętrznego" pozwalającego na zakwalifikowanie określonego zbioru informacji jako niepublicznych w rozumieniu u.d.i.p. stwarza pewne wątpliwości interpretacyjne. Oczywiście, gdyby przyjęty w Polsce model dostępu do informacji publicznej opierał się wyłącznie na wglądzie do dokumentu, jego uzasadnienie byłoby prostsze. Jednak, co warto podkreślić, w naszym kraju przyjęliśmy na gruncie u.d.i.p. – z postanowień Konstytucji to nie wynika (por. art. 61 ust. 1 w zw. z ust. 2) − model informacyjno-dokumentowy, a więc model mieszany, który ze swej istoty pozwala nie tylko na wgląd do dokumentu, ale przede wszystkim na uzyskanie informacji publicznej. W takim też ujęciu żądanie kierowane do

stanowiska. Gdyby biorący udział w takiej dyskusji wiedzieli, że później ich stanowiska zostaną upublicznione, to od początku mogą zajmować stanowiska niepodlegające zmianie, obawiając się krytycznej oceny zmienności własnych poglądów;

3) przyjęte na podstawie dokumentów wewnętrznych stanowisko uległoby «osłabieniu», gdyby do powszechnej wiadomości podane zostały wiadomości, że rozważano w ramach prac wewnętrznych różne warianty rozstrzygnięcia i analizowano różne przesłanki rozstrzygnięcia, z których niektóre później uznano za nietrafne" – stanowisko prezydenta RP ujęte w wyroku TK z 13 listopada 2013 r., P 25/12.

[18] Warto jednocześnie podkreślić, że wszystkie te organy i podmioty, które obowiązuje ustawa o ochronie danych osobowych (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, dalej: u.o.d.o., tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.), nie mogą przetwarzać danych, jeżeli brak jest do tego podstawy wskazanej przez jej przepisy. W związku z tym trudno sobie wyobrazić praktykę gromadzenia dokumentów, które nie będąc dokumentami urzędowymi, będą mogły znajdować się w posiadaniu określonego organu (podmiotu) wbrew u.o.d.o.

zobowiązanego nie musi sprowadzać się do uzyskania wglądu do dokumentu (lub sporządzenia skanu, ksera itd.), ale do udzielenia informacji o dokumencie lub z dokumentu. Zainteresowany może więc zadać zobowiązanemu pytania, np.: czy w ramach postępowania zostały przygotowane wewnętrzne opinie lub ekspertyzy?, czy i jakie osoby (funkcjonariusze publiczni) zajmowały stanowisko w związku z rozstrzygnięciem sprawy? itd. Przyjęcie konstrukcji „dokumentu wewnętrznego" w ujęciu zaproponowanym przez Trybunał Konstytucyjny prowadzi do sytuacji, w której zobowiązany do udostępnienia informacji publicznej może obecnie wskazać, że informacje takie nie są informacjami publicznymi, a więc skutecznie wyłączyć możliwość realizacji konstytucyjnego prawa nie tylko w zakresie wglądu do tego rodzaju dokumentów, ale w ogóle dostępu do informacji z takiego dokumentu lub informacji o takim dokumencie. W praktyce może więc dojść do tego, że prawo dostępu do informacji publicznej zawężone zostanie do tzw. finalnego efektu działania organów władzy publicznej (i innych zobowiązanych), a nie informacji o ich działalności, o której mowa w Konstytucji RP. Jeżeli uznamy, że istnieje pewien obszar „wewnętrzny", który nie może być identyfikowany z informacją publiczną, to w takim zakresie wyłączamy możliwość przeprowadzenia weryfikacji prawidłowości działań zobowiązanego, a więc bardzo istotnego elementu towarzyszącego procesowi formułowania ostatecznych rozstrzygnięć. Warto przy tym zauważyć, że ustawodawca przy uchwalaniu u.d.i.p. zwrócił na to uwagę, wskazując, że uzasadnienie decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej ma zawierać informację o imionach, nazwiskach i funkcjach osób, które zajęły stanowisko w toku postępowania o udostępnienie informacji (art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p.). Obowiązek ten należy identyfikować z dążeniem do uzyskania przez adresata decyzji pełnej informacji o przyczynach jej wydania, także wtedy, gdy mają one charakter wewnętrznych ustaleń dokonanych przez funkcjonariuszy publicznych.

W trzecim wariancie konieczne staje się rozpatrzenie zasadności pozaustawowego wyodrębnienia konstrukcji tzw. „dokumentu wewnętrznego".

Zakładając prokonstytucyjną wykładnię prawa dostępu do informacji publicznej, nie można wykluczyć, że z treści art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji wynika prawo wglądu do wszystkich dokumentów znajdujących się w posiadaniu zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej. W Konstytucji (art. 61 ust. 2) stwierdza się bowiem, że prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów bez sprecyzowania, o jakie dokumenty chodzi. Z tego też powodu prokonstytucyjna wykładnia może w pełni uzasadniać respektowanie szerokiego dostępu do takiej informacji[19]. Dostęp ten mógłby

[19] Por. M. Bernaczyk, *Funkcja prawa do informacji w polskim porządku prawnym*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 388–389.

zostać ograniczony w oparciu o ustawowo dookreślone przesłanki wskazane w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, które konkretyzowałyby ich zakres i charakter. W takim ujęciu zakładamy, że każdy dokument, który dotyczy działalności zobowiązanego, niezależnie od tego czy został przez niego wytworzony, czy też został mu dostarczony przez inny organ (podmiot publiczny) bądź nawet osobę fizyczną (podmiot prywatny), a wiąże się z szeroko rozumianą działalnością, musi być traktowany jako źródło informacji. Informacja taka z istoty swej będzie identyfikowana ze sprawą publiczną, a więc elementem uznanym przez ustawodawcę za fundament identyfikacji informacji publicznej. Nie można w zasadzie racjonalnie uzasadnić poglądu, zgodnie z którym w posiadaniu organu (innego podmiotu publicznego) znajdować się będą informacje, które nie dotyczą jego działalności (załatwiania spraw, realizacji zadań itd.)[20].

Warto jeszcze raz zauważyć, że ustawodawca zastosował szerokie spektrum identyfikacji treści prawa do uzyskania informacji o działalności zobowiązanego. Stwierdził bowiem wprost, że uprawniony ma prawo do uzyskania informacji publicznej art. 3 ust. 1 pkt 1, jak i prawo wglądu do dokumentu urzędowego (art. 3 ust. 1 pkt 2), wstępu na posiedzenia organów kolegialnych pochodzących z wyborów powszechnych (art. 3 ust. 1 pkt 3), a ponadto prawo do niezwłocznego uzyskania informacji publicznej zawierającej aktualną wiedzę o sprawach publicznych (art. 3 ust. 2). Trudno sobie też wyobrazić, że realizując prawo dostępu do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów (art. 3 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 18 i 19 u.d.i.p.), nie będzie stykał się z szeregiem dokumentów wewnętrznych powoływanych i omawianych w trakcie dyskusji prowadzonych przez członków takiego ciała (np. radnych).

U.d.i.p. poza wyartykułowaniem wskazanych wyżej uprawnień nie posługuje się pojęciem dokumentu „wewnętrznego". Odwołuje się tylko do definicji „dokumentu urzędowego" (art. 6 ust. 2)[21]. Gdybyśmy trzymali się rozwiązań ustawowych, to rzeczywiście u.d.i.p. gwarantuje wnioskodawcy wyłącznie wgląd realizowany − również

[20] Warto jednocześnie zwrócić uwagę na formułowany pogląd, zgodnie z którym: „Nie zasługuje także na aprobatę obecne w dotychczasowej definicji wyodrębnienie z informacji konstytucyjnie określonych jako informacje «o działalności organów władzy publicznej i innych podmiotów pełniących funkcje publiczne w zakresie wykonywania zadań władzy publicznej lub gospodarowania mieniem publicznym» tych tylko, które dotyczą «spraw publicznych». Pojęcie to jest konstytucji nieznane i może prowadzić do ustawowego zawężenia gwarancji dostępu do informacji zawartej w art. 61 Konstytucji. W oparciu o wykładnię *a contrario* możliwe jest jednak wyodrębnianie spraw niepublicznych, nie stanowiących informacji publicznej, do których nie znajdzie zastosowania ustawa o dostępie do informacji publicznej" − Ekspertyza prawna z 19 lipca 2013 r. nt. *Rozwiązania mogące stanowić podstawę do zmian przepisów regulujących zasady dostępu do informacji publicznej i jej ponownego wykorzystywania*, autorstwa prof. PAN dr hab. A. Młynarskiej-Sobaczewskiej, prof. KUL dra hab. P. Fajgielskiego, dr A. Piskorz-Ryń oraz dra Grzegorza Sibigi, na zlecenie Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji dostępna (dostęp: 20.07.2014) na stronie: https://mac.gov.pl/files/wp-content/uploads/2013/09/INP_ekspertyza.pdf, s. 6.

[21] Zgodnie z treścią art. 6 ust. 2 u.d.i.p. dokumentem urzędowym jest: treść oświadczenia woli lub wiedzy, utrwalona i podpisana w dowolnej formie przez funkcjonariusza publicznego w rozumieniu Kodeksu karnego, w ramach jego kompetencji, skierowana do innego podmiotu lub złożona do akt sprawy.

w drodze żądania udostępnienia skanu, ksera itd. − tylko do takiego dokumentu, który spełnia przesłanki wskazane w treści art. 6 ust. 2 u.d.i.p. Tego rodzaju założenie nie wyłącza jednak w żadnym razie możliwości realizacji prawa do uzyskania informacji o dokumencie lub z dokumentu na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. w sytuacji, w której w treść takiego dokumentu ma związek ze sprawą publiczną. Co więcej, warto sobie uświadomić, że wnioskodawca może zadawać pytania tylko w zakresie uzyskania potwierdzenia (lub negacji) istnienia takiego dokumentu, a nie – jak wskazywałem wyżej – o jego treść. Trzeba też zauważyć, że na tle istniejących rozwiązań uprawniony do realizacji konstytucyjnego prawa do uzyskania informacji o działalności organów i innych podmiotów nie ma możliwości przeprowadzenia weryfikacji określonego stanu faktycznego na innej podstawie (nie jest bowiem stroną postępowania, w zasadzie też nie legitymuje się żadnym interesem prawnym lub faktycznym).

Odnosząc się do kwestii udostępnienia dokumentów wewnętrznych jako informacji publicznej, warto przypomnieć, że gdyby rzeczywiście nie zawierały one w swej treści informacji publicznej, to nie byłaby podejmowana próba wprowadzenia nowych podstaw ograniczeń dostępu do informacji, określonych w pierwotnie zgłoszonym projekcie ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (druk nr 4434)[22]. W wersji, która została przedłożona Sejmowi, wskazywano na przedmiotowo określone dokumenty tzn. „stanowiska, opinie, instrukcje lub analizy", „instrukcje negocjacyjne oraz uzgodnione projekty umów", „instrukcje negocjacyjne" (art. 5 ust. 1a u.d.i.p.)[23]. Każdy z nich *de facto* miał postać dokumentu roboczego i (lub) wewnętrznego. Pomimo że ostateczna treść art. 5 ust. 1 a u.d.i.p. uchwalona 16 września 2011 r. nie odwoływała się już do tak sprecyzowanego katalogu dokumentów[24], to nie

[22] Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 lipca 2011 r., dostępny (dostęp: 20.07.2014) na stronie: http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/4434.htm

[23] Chodziło dokładnie o: stanowiska, opinie, instrukcje lub analizy sporządzone przez lub na zlecenie Rzeczypospolitej Polskiej, Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, na potrzeby:
a) dokonania rozstrzygnięcia lub złożenia oświadczenia woli w procesie gospodarowania mieniem Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, w tym komercjalizacji i prywatyzacji tego mienia;
b) postępowań przed sądami, trybunałami i innymi organami orzekającymi, z udziałem Rzeczypospolitej Polskiej, Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, instrukcji negocjacyjnych oraz uzgodnionych projektów umów międzynarodowych w rozumieniu ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych; instrukcji negocjacyjnych dla przedstawicieli organów administracji rządowej uczestniczących w pracach Rady Europejskiej oraz Rady Unii Europejskiej i jej organów przygotowawczych.

[24] Przyjęła ostatecznie formułę bardziej ogólną. Ograniczenie mogło nastąpić ze względu na ochronę ważnego interesu gospodarczego państwa w zakresie i w czasie, w jakim udostępnienie informacji albo osłabiłoby zdolność negocjacyjną Skarbu Państwa w procesie gospodarowania jego mieniem albo zdolność negocjacyjną Rzeczypospolitej Polskiej w procesie zawierania umowy międzynarodowej lub podejmowania decyzji przez Radę Europejską lub Radę Unii Europejskiej, albo utrudniłoby w sposób istotny ochronę interesów majątkowych Rzeczypospolitej Polskiej lub Skarbu Państwa w postępowaniu przed sądem, trybunałem lub innym organem orzekającym.

może budzić wątpliwości, że były one uznawane za źródło informacji publicznej, których ochrona wymagała podjęcia próby wprowadzenia odpowiedniej regulacji ustawowej, pozwalającej na ograniczenie dostępu (w tym wglądu) do treści takiego dokumentu[25].

Podejmowane próby ustawowego zdefiniowania „dokumentu wewnętrznego" stanowią dowód tego, że sam ustawodawca dostrzegał konieczność wprowadzenia nowej formuły definicyjnej, która pozwalałaby na podejmowanie działań przez zobowiązanego znajdujących bezpośrednie oparcie w przepisach rangi ustawy.

Trzeba też pamiętać, że przecież od kilku lat utrwaliła się praktyka ustawowego precyzowania wyłączeń z zakresu przedmiotowego informacji publicznej. Tego rodzaju konkretyzacje zawarte są w aktach:

- art. 28 ust. 8 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju[26];
- art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych[27];
- art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o systemie monitorowania i kontrolowania jakości paliw[28];
- art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[29];
- art. 14a ust. 11 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[30].

Prawidłowość tego typu rozwiązań została zakwestionowana przez znawców problematyki dostępu do informacji publicznej[31], jak również spotkała się z reakcją Rzecznika

[25] W uzasadnieniu do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw, druk nr 4434, s. 5, dostępny na stronie http://orka.sejm.gov.pl podkreślano, że „Udostępnienie stanowisk, opinii, analiz na zbyt wczesnym etapie danego procesu gospodarczego negatywnie odbija się w sferze interesu Skarbu Państwa przez pogorszenie jego pozycji negocjacyjnej. Należy zaznaczyć, iż po zakończeniu tego procesu takie informacje będą mogły być udostępniane i ponownie wykorzystywane na zasadach określonych w przepisach zmienianej ustawy. […] Przy podejmowaniu decyzji w sprawach spornych – w szczególności w związku z toczącymi się postępowaniami sądowymi lub arbitrażowymi – organy reprezentujące Skarb Państwa często posługiwać się muszą zewnętrznymi opiniami prawnymi (lub wewnętrznymi stanowiskami). Opinia taka przedstawiać musi ryzyka procesowe, istniejące po stronie Skarbu Państwa lub Rzeczypospolitej Polskiej. Często zdarza się, że po zapoznaniu się z ryzykami procesowymi właściwy organ podejmuje decyzje o kontynuowaniu postępowania". „[...] proces przygotowania wniosku o zgodę Prezesa Rady Ministrów na rozpoczęcie negocjacji, instrukcja negocjacyjna, a następnie tekst parafowanej umowy międzynarodowej nie podlega szczególnej ochronie na podstawie u.d.i.p.". Brak regulacji oznacza więc, że w dalszym ciągu dokumenty te nie podlegają ustawowo zdefiniowanej ochronie.

[26] Tekst jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.

[27] Dz. U. Nr 227, poz. 1367 ze zm.

[28] Dz.U. z 2006 r. Nr 169, poz. 1200 ze zm.

[29] Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.

[30] Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.

[31] Ekspertyza prawna z 19 lipca 2013 r.…

Praw Obywatelskich, który podjął stosowane działania mające na celu ochronę konstytucyjnego prawa dostępu do informacji[32].

Należy z dużym zainteresowaniem oczekiwać przyszłych rozstrzygnięć Trybunału w tym zakresie. Jeżeli bowiem uzna on, że tzw. sektorowe, ale zarazem ustawowe wyłączenie określonych dokumentów i ich treści z zakresu informacji publicznej jest niekonstytucyjne, to z dużą pewnością należy też spodziewać się modyfikacji poglądu dotyczącego wyodrębnienia tzw. dokumentów wewnętrznych, tzn. takich, które nie zawierają informacji publicznej.

Trybunał może bowiem przyjąć, że praktyka ustawowego wyłączenia określonej sfery informacyjnej (i dokumentacyjnej) jako informacji publicznej (informacji o działalności organów władzy publicznej i innych konstytucyjnie zobowiązanych organów oraz podmiotów) nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, w której informacja bezpośrednio dotyczy działalności takich organów i podmiotów. Z punktu widzenia postanowień art. 61 Konstytucji RP ta sfera może zostać wyłącznie ograniczona (a nie wyłączona) na podstawie przepisów odpowiednich ustaw ze względu na ochronę przesłanek wskazanych w treści art. 61 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[33].

Ograniczenie dostępu do informacji publicznej możliwe staje się w drodze wydania decyzji o odmowie udostępnienia takich informacji (obecnie art. 16 u.d.i.p.). Procedura taka zapewnia zainteresowanemu możliwość pozyskania informacji, że określone dokumenty istnieją, co w dalszej kolejności uzasadnia podejmowanie kolejnych kroków, których celem byłoby ewentualne wzruszenie podstawy ograniczenia dostępu.

Konkretne rozwiązania prawne dotyczące ograniczenia dostępu do informacji publicznej znane są innym ustawodawstwom, zarówno na poziomie Unii Europejskiej[34], jak i poszczególnych państw europejskich[35]. Polski ustawodawca ani w 2001, ani

[32] Zob. *Synteza informacji o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w roku 2013 z uwagami o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela*, opracowanie dostępne na stronie: http://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Synteza_RPO_2013%20r.pdf, s. 17.

[33] Zgodnie z art. 7 Konstytucji organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Potwierdzona tym samym została znana już wcześniej zasada praworządności formalnej identyfikowana właśnie z nakazem przestrzegania prawa przez organy państwa. Organ władzy publicznej z jednej strony zobowiązany jest do bezwzględnego przestrzegania prawa, z drugiej zaś może podejmować działania tylko wtedy, gdy jest w stanie wskazać na istniejącą normę prawną pozwalającą mu na takie działanie, por. orzeczenie TK z 7 czerwca 1989 r., V. 15/88, czy z 15 marca 1995 r., K 1/95. Podkreślić tu trzeba, że w polskim systemie prawa istnieje zakaz domniemywania kompetencji przez organy państwa, co jest równoznaczne z możliwością podejmowania jakichkolwiek działań wyłącznie w razie istnienia odpowiedniej normy prawa, por. np. orzeczenie TK z 29 styczna 1992 r., K 15/91.

[34] D. Adamski, *Prawo do informacji o działaniach władz publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 199–298 i szerokie omówienie fakultatywnych wyjątków od zasady jawności.

[35] A. Piskorz-Ryń, *Nadużywanie prawa do informacji publicznej – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Kontrola Państwowa" 2008 nr 6, s. 41 i n.; M. Bernaczyk, M. Jabłoński, *Wnioskowy tryb udostępniania informacji*, Tygodnik „Wspólnota" – Wydanie Monografie, nr 12/810 z 24 marca 2007 r., s. 16 i n. i wskazana tam literatura oraz orzecznictwo.

w 2011roku nie wprowadził odpowiedniego umocowania legalizującego odwoływanie się do pojęcia „dokumentu wewnętrznego" jako podstawy ograniczenia, a tym bardziej wyłączenia możliwości realizacji prawa do informacji publicznej[36]. Brak jest więc ustawowo sprecyzowanego katalogu przesłanek, które można byłoby identyfikować z ochroną: normalnego toku pracy, procesu decyzyjnego obejmującego dokumenty użytku wewnętrznego; porady prawnej; celu kontroli, śledztwa, audytu (w Polsce jedynie w przypadku dokumentacji audytowej mamy do czynienia z istnieniem jasno sprecyzowanych wyłączeń)[37], które umożliwiałyby ustawowe ograniczenie dostępu do informacji publicznej.

Przyjęcie rozstrzygnięcia, w którym Trybunał potwierdza konstytucyjność wskazanych wyżej rozwiązań ustawowych, będzie dowodem na to, że dopuszczalne jest zawężenie pojęcia informacji o działalności organów władzy publicznej realizowane przez ustawowe definiowanie przedmiotu spełniającego kryteria informacji publicznej, co będzie wymagało ponadto uzasadnienia, że pewna sfera działania organów władzy publicznej i innych konstytucyjnie zobowiązanych nie jest informacją publiczną.

Potwierdzenie konstytucyjności będzie jednak równoznaczne z koniecznością podjęcia działań przez ustawodawcę, którego skutkiem musi być wprowadzenie do u.d.i.p. dookreślonego pojęcia „dokument wewnętrzny". Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której kolejne i to istotne wyłączenie możliwości realizacji konstytucyjnego prawa uzyskania informacji o działalności organów władzy publicznej będzie opierało się na odwołaniu do zwrotu niezdefiniowanego, przy jednoczesnym pozostawieniu ogólnego pojęcia „sprawa publiczna", które to ma definiować informację publiczną.

3. Podsumowanie

Oczywiście łatwo jest dopatrywać się niedoskonałości istniejących rozwiązań ustawowych i „podpowiadać", jakie rozwiązanie byłoby potencjalnie najlepsze. Osobiście zgadzam się z koniecznością ustawowego sprecyzowania pojęcia „dokument wewnętrzny". Co więcej, nie uważam, aby inne znane w świecie rozwiązania z zakresu ograniczenia dostępu do informacji publicznej byłyby niekonstytucyjne. Trybunał Konstytucyjny nie wypowiadał się w tej kwestii. Jego orzeczenie dotyczące treści art. 5 ust. 1 a u.d.i.p.

[36] Pomimo to, że propozycję taką przygotowało Centrum Monitoringu Wolności Prasy. Zawarte było w przygotowanej przez to Centrum projekcie ustawy regulującej dostęp do informacji publicznej. Odwoływała się ona do konstrukcji wniosku w sposób oczywisty nieuzasadnionego lub stanowiącego nadużycie Prawa do informacji – zob. A. Piskorz-Ryń, *Nadużywanie*…, s. 43, przyp. 32.

[37] Każda z nich jest podstawą ograniczenia dostępu do informacji na płaszczyźnie ustawodawstwa unijnego zob. D. Adamski, *Prawo do informacji*..., s. 207–298.

w wersji uchwalonej 16 września 2011 r. nie dotyczyło bowiem konstytucyjności wprowadzonych ograniczeń, lecz naruszenia zasad prawidłowej legislacji[38].

Jeżeli jednak – tak jak w chwili obecnej – brak jest w ogóle odwołania się do ustawowo wyodrębnionej formuły „dokumentu wewnętrznego", to pomimo przekonania o racjonalności wyłączenia pewnej sfery informacyjnej dotyczącej działalności organów państwowych (szerzej publicznych) i innych podmiotów zobowiązanych, wątpliwości dotyczące legalności wyłączania zakresu realizacji prawa dostępu do informacji publicznej są uzasadnione. Praktyka taka wydaje się nie tylko sprzeczna z treścią art. 61 Konstytucji RP, ale jest również nielogiczna ze względu na ukształtowaną zasadę ustawowego definiowania wyjątków od reguły, według której domniemywa się, że każda informacja dotycząca działalności zobowiązanego i znajdująca się w jego posiadaniu jest informacją publiczną. Dostęp do takiej informacji może zostać ograniczony, ale nie powinien być wyłączony. Paradoks wskazanego wyżej rozwiązania jest tym większy, że nawet w sytuacji, w której informacja publiczna zostaje opatrzona jedną z klauzul zdefiniowanych w ustawie o ochronie informacji niejawnych, mamy do czynienia z ograniczeniem dostępu do informacji publicznej. Konieczne w związku z tym jest wydanie decyzji o odmowie dostępu, co pozwala na przeprowadzenie odpowiedniego procesu jej weryfikacji[39].

Należy przypuszczać, że praktyka odwoływania się do pojęcia „dokument wewnętrzny" w celu wyłączenia pewnych sfer informacyjnych związanych z działalnością konstytucyjnie i ustawowo zdefiniowanego zobowiązanego do udostępniania informacji publicznej będzie na pewno często wykorzystywana. Przykładem są nie tylko wskazane wcześniej orzeczenia sądów administracyjnych[40], ale i nowe, jak choćby rozstrzygnięcie, w którym NSA uznał, że „jedną z przesłanek uzasadniających ograniczenie prawa do informacji publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.; dalej u.d.i.p.) jest konieczność ochrony «porządku publicznego» (art. 61 ust. 3 Konstytucji). W pojęciu tym mieści się m. in. postulat zapewnienia organom władzy publicznej prawidłowego funkcjonowania w celu wykonywania ich kompetencji"[41].

W uzasadnieniu sąd wskazał, że „Przepis art. 61 ust. 3 Konstytucji jest adresowany nie tylko do ustawodawcy, umożliwiając wprowadzanie ustawami generalnych i abstrakcyjnych ograniczeń prawa do informacji, lecz również do sądów, które – na podstawie analizy okoliczności konkretnej sprawy – są upoważnione do uznania, że z uwagi na

[38] Wyrok TK z 18 kwietnia 2012 r., K 33/11.

[39] Zob. szerzej: M. Jabłoński, T. Radziszewski, *Bezpieczeństwo fizyczne i teleinformatyczne informacji niejawnych*, Wrocław 2012, s. 47–67.

[40] Szerzej zob. M. Jabłoński, *Udostępnienie*…, s. 209 i n.

[41] Wyrok NSA z 27 lutego 2014 r., I OSK 1769/13.

potrzebę ochrony wolności i praw, porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa istnieje w określonym przypadku konieczność odmówienia udostępnienia informacji"[42].

Można mieć pewne wątpliwości, czy konstytucyjne stwierdzenie, że ograniczenie prawa dostępu do informacji publicznej może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach… (art. 61 ust. 3 Konstytucji RP), nie jest równoznaczne z koniecznością istnienia ustawowo dookreślonych przesłanek, a nie samodzielnie konkretyzowanych przez organy stosujące prawo. Sąd nie wziął też pod uwagę treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[43], zgodnie z którym ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie, jak wreszcie tego, że wskazana przez sąd przesłanka znalazła się w treści już istniejących i obowiązujących przepisów ustawowych.

Ustawodawca przyjął generalną zasadę, w myśl której informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne", jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

1) utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej;
2) utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej;
3) zakłóci porządek publiczny lub zagrozi bezpieczeństwu obywateli;
4) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej;
5) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości;
6) zagrozi stabilności systemu finansowego Rzeczypospolitej Polskiej;
7) wpłynie niekorzystnie na funkcjonowanie gospodarki narodowej.

Mając na względzie, że oprócz wskazanej są jeszcze trzy klauzule tajności, których przesłanki zastosowania są ustawowo sprecyzowane (por. art. 5 u.o.i.n.), a w szczególności bardzo szeroko określony jest przedmiot ochrony w ramach klauzuli zastrzeżone − zgodnie z definicją ustawową informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „zastrzeżone", jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli,

[42] *Ibidem*.

[43] Zob. szerzej: L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, T. III, Warszawa 2003, i cytowane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej − trudno zrozumieć sens „tworzenia" odrębnych podstaw dla wyłączenia możliwości realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do informacji publicznej. Dochodzimy do sytuacji, w której okazuje się, że oprócz regulacji ustawowej, która ma na celu zapewnienie ochrony pewnym informacjom, i której przesłanką ochrony jest m.in. porządek publiczny, mogą istnieć inne i jak się okazuje − pozaustawowe podstawy ochrony informacji znajdującej się w posiadaniu organów publicznych. Jest to niewątpliwie bardzo ciekawy przyczynek do prowadzenia dalszej dyskusji nie tylko na temat dostępu do informacji publicznej, ale w szerszym ujęciu prawnych przesłanek ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki w ramach tzw. aktywizmu sędziowskiego.

Justyna Węgrzyn
Uniwersytet Zielonogórski
Wydział Prawa i Administracji

Prawo konsumenta/pacjenta do informacji zawartych w dokumentacji medycznej

1. Konstytucyjne aspekty prawa konsumenta/pacjenta do informacji

Konsument może występować w różnych rolach społecznych, a jedną z nich jest rola pacjenta. Korzystając z usług medycznych[1], staje się on podmiotem, który dąży do zaspokojenia swojej potrzeby związanej z zaistniałym problemem zdrowotnym. Nie dziwi więc, że zagadnienie związane z ochroną konsumentów zostało uregulowane w najwyższym akcie prawnym, a więc w Konstytucji RP (dalej: Konstytucja lub ustawa zasadnicza)[2], która w art. 76 stanowi: „Władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Zakres tej ochrony określa ustawa".

Jak wynika z treści zacytowanego wyżej przepisu, nie może on być „źródłem bezpośrednio zeń wynikającego prawa podmiotowego po stronie konsumentów"[3] – w tym przypadku występujących w roli pacjentów. Przyjęcie takiego rozwiązania nie jest jednak równoznaczne z tym, że konsumentowi nie przysługują żadne prawa. Podmiot ten może powołać się na inne przepisy ustawy zasadniczej, które statuują prawo

[1] Mając na uwadze termin „usługa", można przyjąć, że w szerokim znaczeniu jest to „dowolne działanie, jakie jedna strona może zaoferować innej. Jest ono nienamacalne i nie prowadzi do jakiejkolwiek własności. Jej produkcja może być związana lub nie z produktem fizycznym. Jednak w przypadku świadczeń zdrowotnych o unikalności usługi decydują jej cechy odróżniające ją od „zwyczajnych" produktów (za wyjątkiem usług stomatologicznych, gdzie produktem staje się konkretny produkt, np. proteza zębowa). Usługa medyczna ma charakter procesualny, np.: psychoterapia, czasem doraźny, np.: usunięcie wyrostka robaczkowego i rozgrywa się w konkretnym czasie. Usługi medyczne cechuje znaczny poziom pracochłonności i wymagają one wysokich kwalifikacji", A. Maciąg, I. Sakowska, *Rola i prawa pacjenta w obszarze jakości usług zdrowotnych*, „Studia i Materiały – Wydział Zarządzania UW" 2006, nr 1,http://www.sim.wz.uw.edu.pl/sites/default/files/artykuly/sim_2006_1_maciag_sakowska.pdf (dostęp: 27.07.2014).

[2] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

[3] Wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., K 33/03.

podmiotowe[4]. Z uwagi na przedmiot niniejszych rozważań, nie budzi wątpliwości, że do takich przepisów zalicza się art. 51[5] i art. 54 ust. 1[6] Konstytucji.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych wyżej przepisów, tj. art. 51 dostrzeżemy, że ustrojodawca zagwarantował w nim każdemu, a więc także i pacjentowi, prawo do informacji o charakterze osobowym. Dzięki takiemu rozwiązaniu podmiot ten ma zapewnioną możliwość do samodzielnego decydowania o ujawnieniu innym informacji na swój temat, a także możliwość weryfikowania takich informacji, które są w posiadaniu innych podmiotów. Co istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań, art. 51 ma zastosowanie nie tylko w płaszczyźnie wertykalnej (podmiot publiczny − pacjent), ale także i horyzontalnej (podmiot prywatny − pacjent). Do wniosku takiego doszedł Trybunał Konstytucyjny (dalej: Trybunał lub TK) który uznał, że „art. 51 ust. 1 Konstytucji nie określa w sposób jednoznaczny podmiotu zobowiązanego do realizacji prawa zagwarantowanego w tym przepisie. Oznacza to, że wymieniony przepis konstytucyjny dotyczy wszelkich przypadków, w których jednostka zobowiązana zostaje do ujawnienia informacji o sobie innym podmiotom, a więc także i podmiotom prywatnym"[7]. Poza tym nie budzi wątpliwości, że ust. 4 i 5 tego przepisu również odnosi się do relacji horyzontalnych. Trudno uznać, aby było inaczej, bowiem „[…] nie ma uzasadnienia dla wyłączenia spod ochrony konstytucyjnej jakiegokolwiek podmiotu, którego dotyczyć może niebezpieczeństwo związane z niewłaściwym zbieraniem, gromadzeniem lub udostępnianiem danych. Nie ma też żadnego uzasadnienia wyłączenie prawa żądania sprostowania oraz usunięcia nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą informacji dotyczących jakiegokolwiek podmiotu, który może mieć uzasadniony interes prawny w realizacji gwarancji konstytucyjnych"[8]. Podobnie jest i z ust. 5, w którym ustrojodawca w kwestii zasad i trybu gromadzenia oraz udostępniania danych odsyła do

[4] Zob. szerzej na ten temat J. Węgrzyn, *Prawo konsumenta do informacji w Konstytucji RP i w prawie unijnym,* Wrocław 2013, s. 101 i n.

[5] Art. 51 Konstytucji stanowi:
Ust. 1. „Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawnienia informacji dotyczącej jego osoby.
Ust. 2. Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym.
Ust. 3. Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Ograniczenie tego prawa może określić ustawa.
Ust. 4. Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.
Ust. 5. Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa".

[6] Art. 54 Konstytucji stanowi:
Ust. 1. „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji".

[7] Wyrok TK z 19 lutego 2002 r., U 3/01.

[8] M. Wyrzykowski, *Status informacyjny obywatela*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, s. 250.

ustawy, nie dookreślając przy tym, czy zbieranie i przekazywanie informacji dotyczy tylko płaszczyzny wertykalnej, czy także horyzontalnej. Pomimo tego przyjmuje się, że przepis ten ma szeroki obszar oddziaływania. Zdaniem Trybunału „[…] przepis ten należy odnieść również do gromadzenia i udostępniania informacji przez podmioty prywatne. […] termin „gromadzenie informacji" użyty w wymienionym przepisie obejmuje nie tylko wąsko rozumiane czynności zbierania informacji dotyczących jednostki, ale różnego rodzaju operacje przetwarzania tych informacji"[9].

Jak wynika z powyższych ustaleń, pacjent – bo o nim mowa – obowiązany jest do ujawnienia informacji o sobie tylko, gdy przepisy ustaw tak stanowią. W pozostałych przypadkach to on decyduje, komu udostępni jakiekolwiek dane na swój temat. Oczywiście w zależności od sytuacji, z jaką mamy do czynienia, np. gdy lekarz w celu ustalenia diagnozy potrzebuje od pacjenta różnego rodzaju informacji, pacjent będzie musiał dokonać wyboru między konkurującymi ze sobą interesami, tzn. czy poświęcić interes, jaki ma w nieujawnieniu informacji na temat swojej osoby, która może być informacją o charakterze intymnym, aby mieć możliwość ratowania interesu − w tym przypadku wydaje się, że dla większości osób nadrzędnego − jakim jest życie lub zdrowie, czy odmówić lekarzowi ich udostępnienia[10].

Informacja od zawsze była pożądanym dobrem. Nie dziwi więc, że jeśli idzie o informację ze sfery prywatnej, jej pozyskiwanie, gromadzenie i udostępnianie jest większym stopniu ograniczone, aniżeli w przypadku informacji ze sfery publicznej. Do tej pierwszej bez wątpienia zalicza się informacje o charakterze osobowym, które – co wynika z art. 51 ust. 2 Konstytucji – mogą być przez władze publiczne pozyskiwane, gromadzone i udostępniane, gdy są one niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Wobec tego, na co zwrócił uwagę TK, m.in. „informacjami, których osoby fizyczne (w tym przypadku pacjenci – przyp. J.W.) nie muszą ujawniać, a (wobec tego) innym podmiotom mającym do nich dostęp nie wolno ich ujawniać i z kolei władzom publicznym nie wolno zbierać, są informacje dotyczące przebytych chorób"[11].

Biorąc pod uwagę art. 51 ust. 2, dostrzeżemy, że odnosi się on wyłącznie do relacji, jakie zachodzą na płaszczyźnie wertykalnej. Z sytuacją taką mamy także do czynienia w przypadku ust. 3, w którym ustrojodawca zagwarantował każdemu, a więc także i pacjentowi, prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Przy czym ograniczenie tego prawa może określić ustawa. Wobec tego, adekwatnym przepisem statuującym konstytucyjne prawo pacjenta do informacji w relacji

[9] Wyrok TK z 19 lutego 2002 r., U 3/01.

[10] M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Lex.

[11] Wyrok TK z 19 maja 1998 r., K 3/97. Podaję za: P. Sarnecki, *Komentarz do art. 51*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, s. 3.

wertykalnej, tj. takiej, która zachodzi pomiędzy podmiotem publicznym (np. samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej) a pacjentem jest art. 51 ust. 3.

Jeśli idzie o drugi wymieniony już wcześniej przepis, a więc art. 54 ust. 1 Konstytucji to należy wskazać, że w świetle orzecznictwa TK jest on uznany za zwornik konstytucyjny prawa konsumenta do „bycia poinformowanym"[12]. Przepis ten zapewnia każdemu, a więc także i konsumentowi (pacjentowi) wolność pozyskiwania informacji. Wobec tego, „za nietrafne uznać trzeba redukowanie tego przepisu (zwłaszcza w zakresie «pozyskiwania informacji») tylko do tradycyjnie pojętego uczestnictwa w dyskursie politycznym. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jednostka występuje w społeczeństwie w wielu rolach społecznych"[13], do których można zaliczyć rolę konsumenta, jak i pacjenta. Na tle tych spostrzeżeń widzimy więc, że art. 54 ust. 1 Konstytucji w zakresie prawa pacjenta do informacji ma zastosowanie w płaszczyźnie horyzontalnej, tj. takiej, która odnosi się do relacji podmiot prywatny (lekarz świadczący usługi medyczne w ramach prowadzonej działalności gospodarczej) – pacjent.

Z przedstawionych powyżej ustaleń wynika, że konstytucyjne prawo do informacji ma szeroki zakres zastosowania, bowiem obejmuje ono nie tylko relacje wertykalne, ale także i horyzontalne. Odzwierciedlenie tego prawa widoczne jest w różnych sytuacjach, np. w procesie dokonywanych transakcji handlowych pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem, w procesie świadczenia przez podmiot publiczny, jak i prywatny usług medycznych, a także w dostępie do informacji zawartych w dokumentacji medycznej. Bez względu jednak na rodzaj sytuacji, dla konsumenta występującego czy to w roli pacjenta, czy pasażera ważne jest, aby przekazywane mu informacje były zrozumiałe, ponieważ warunkiem *sine qua non* realizacji kluczowego dla tych rozważań prawa jest transparentność przekazywanych informacji.

2. Definicja dokumentacji medycznej

Rozwinięcie konstytucyjnego prawa pacjenta do informacji zawartej w dokumentacji medycznej ma swoje odzwierciedlenie w ustawodawstwie zwykłym. Kluczowym w tym zakresie aktem prawnym, który posługuje się definicją dokumentacji medycznej jest ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[14] (dalej: u.p.p.). Zgodnie z jej art. 25, dokumentacja medyczna zawiera co najmniej:

1) oznaczenie pacjenta, pozwalające na ustalenie jego tożsamości:
   a) nazwisko i imię (imiona);
   b) datę urodzenia;

[12] Wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., K 33/03.
[13] *Ibidem.*
[14] Dz. U. z 2012 r. poz. 159 ze zm.

c) oznaczenie płci;
d) adres miejsca zamieszkania;
e) numer PESEL, jeżeli został nadany, w przypadku noworodka – numer PESEL matki, a w przypadku osób, które nie mają nadanego numeru PESEL – rodzaj i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość;
f) w przypadku gdy pacjentem jest osoba małoletnia, całkowicie ubezwłasnowolniona lub niezdolna do świadomego wyrażenia zgody – nazwisko i imię (imiona) przedstawiciela ustawowego oraz adres jego miejsca zamieszkania;

2) oznaczenie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych ze wskazaniem komórki organizacyjnej, w której udzielono świadczeń zdrowotnych;
3) opis stanu zdrowia pacjenta lub udzielonych mu świadczeń zdrowotnych;
4) datę sporządzenia.

Jak wynika z treści wskazanego wyżej przepisu, ustawodawca określił w nim podstawowe dane, które składają się na dokumentację medyczną prowadzoną przez podmiot wykonujący działalność leczniczą[15]. Należy jednak zauważyć, że w akcie wykonawczym do u.p.p., tj. w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania[16] (dalej: rozporządzenie), a dokładnie w § 2 wskazano, że dokumentacja medyczna dzieli się na:

– dokumentację indywidualną – odnoszącą się do poszczególnych pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych oraz
– dokumentację zbiorczą − odnoszącą się do ogółu pacjentów lub określonych grup pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych (np. księga główna przyjęć i wypisów, księgi chorych oddziału, księgi bloku operacyjnego, księgi pracowni diagnostycznej).

Dokumentacja indywidualna dzieli się z kolei na dokumentację indywidualną wewnętrzną – przeznaczoną na potrzeby podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych (np. historia zdrowia i choroby, karta noworodka, karta indywidualnej opieki pielęgniarskiej) oraz dokumentację indywidualną zewnętrzną – przeznaczoną na potrzeby pacjenta korzystającego ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot (np. skierowanie

[15] Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5 u.p.p., podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych jest podmiot wykonujący działalność leczniczą, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, Dz. U. z 2013 r. poz. 217 ze zm. (dalej: u.d.l.). Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 5 u.d.l., podmiot wykonujący działalność leczniczą to podmiot leczniczy, o którym mowa w art. 4, oraz lekarz lub pielęgniarka wykonujący zawód w ramach działalności leczniczej jako praktykę zawodową, o której mowa w art. 5. Wobec tego, podmiotem leczniczym jest np. samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, fundacja lub stowarzyszenie, której/którego celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i której/którego statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej, lekarz prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą.

[16] Dz. U. z 2010 r. Nr 252, poz. 1697 ze zm.

do szpitala, skierowanie na badania diagnostyczne, zaświadczenie, opinia lekarska, karta informacyjna z leczenia szpitalnego).

3. Podmioty uprawnione do dostępu do dokumentacji medycznej

Dostęp do dokumentacji medycznej dotyczącej stanu zdrowia pacjenta oraz udzielonych mu świadczeń zdrowotnych regulują przepisy u.p.p. Przyjęte w tym akcie prawnym rozwiązania gwarantują każdemu pacjentowi pełny dostęp do informacji znajdujących się w dokumentacji medycznej. Jak się okazuje na tle art. 26 ust. 1 u.p.p., dostęp do wskazanego rodzaju dokumentacji z wyjątkiem pacjenta ma także jego przedstawiciel ustawowy bądź osoba upoważniona przez pacjenta.

Nie budzi wątpliwości, że pacjentem jest lub może być każdy z nas, a więc zarówno dzieci, jak i osoby dorosłe. Z uwagi, że w grupie tej znajdują się dzieci, ale także mogą w niej być osoby ubezwłasnowolnione całkowicie, ustawodawca nie bez znaczenia − we wskazanym wyżej art. 26 ust. 1 u.p.p. − przyznał prawo dostępu do dokumentacji medycznej przedstawicielowi ustawowemu pacjenta. W doktrynie przyjmuje się, że „prawo upoważnienia konkretnej osoby do dostępu do dokumentacji medycznej przysługuje także i przedstawicielowi ustawowemu pacjenta. Prawo tego ostatniego wynika wprost z art. 26 u.p.p., który jednocześnie nie ogranicza przecież przedstawiciela ustawowego co do dokonywania dalszej «substytucji». Powyższe jednak uzupełnić należy zastrzeżeniem, iż w sytuacji gdy pacjent ukończył lat 16, upoważnienie uczynione na rzecz osoby trzeciej przez przedstawiciela ustawowego wymaga również zgody samego pacjenta. Wniosek taki wywodzić należy pośrednio z treści przepisów art. 9[17] i 17[18] u.p.p. […]. Przepisy te wprowadzają zatem regułę co do szczególnej pozycji małoletniego pacjenta, który ukończył lat 16. Jak się wydaje zasadnym jest rozszerzanie zakresu tejże reguły, w drodze wykładni celowościowej i systemowej, również i na czynności upoważniające osoby trzecie do dostępu do dokumentacji medycznej pacjenta”[19].

Biorąc pod uwagę treść art. 26 ust. 1 u.p.p., dostrzeżemy, że to od decyzji pacjenta zależy kogo upoważni on do dostępu do dokumentacji medycznej. Oczywiście nie musi

[17] Zgodnie z rozwiązaniem przyjętym na tle art. 9 u.p.p., pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego 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. Ponadto pacjent lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do wyrażenia zgody na udzielenie wskazanych powyżej informacji innym osobom.

[18] Zgodnie z rozwiązaniem przyjętym na tle art. 17 u.p.p., pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza.

[19] G. Ladrowska, *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, „Prawo i Medycyna” 1/2012 (46, vol. 14), s. 17 i n.

to być osoba z rodziny. Ważne jednak jest, aby pacjent dający takie upoważnienie nie znajdował się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych (np. spowodowane zażyciem środków odurzających)[20]. W świetle art. 82 Kodeksu cywilnego[21] (dalej: k.c.) mielibyśmy wówczas do czynienia z nieważnym oświadczeniem woli.

Upoważnienie przez pacjenta konkretnej osoby do dostępu do dokumentacji medycznej jest skuteczne także po śmierci pacjenta – art. 26 ust. 2 u.p.p. W kwestii tej wypowiedział się WSA w Rzeszowie który uznał, że „upoważnienie", o którym mowa we wskazanym przepisie „stanowi odrębną instytucję stworzoną na potrzeby tej ustawy. Nie jest to rodzaj pełnomocnictwa w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Zasadniczą odrębnością jest to, że «upoważnienie» nie wygasa wraz ze śmiercią pacjenta, ale po jego śmierci nadal wywołuje skutki prawne, podczas gdy klasyczne pełnomocnictwo wygasa wraz ze śmiercią mocodawcy"[22].

Problem pojawia się jednak w przypadku, gdy pacjent umiera, a za życia nie udzielił żadnej osobie upoważnienia do dostępu do dokumentacji medycznej. W doktrynie w razie zaistnienia takiej sytuacji wskazuje się na dwa rozwiązania. Pierwszym jest możliwość wytoczenia przez osobę bliską powództwa o ustalenie dostępu do dokumentacji medycznej zmarłego pacjenta z uwagi na jej interes prawny – art. 189[23] Kodeksu postępowania cywilnego[24] (dalej: k.p.c.)[25]. Drugim, „wytoczenie powództwa odszkodowawczego i w procesie złożenie wniosku o dopuszczenie dowodu z dokumentacji medycznej"[26]. Brak w u.p.p. jakichkolwiek rozwiązań w tym zakresie powoduje spore problemy w praktyce. Wobec tego ważne jest, aby ustawodawca w sposób jednoznaczny i zrozumiały określił zasady postępowania we wskazanym wyżej przypadku.

Odwołując się do orzecznictwa w zakresie dostępu do dokumentacji medycznej, które mogłoby stanowić pewien wyznacznik w rozstrzyganiu pojawiających się na tle tego zagadnienia problemów, dostrzeżemy, że sądy sporadycznie spotykają się z tego

[20] *Ibidem.*

[21] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

[22] Wyrok WSA w Rzeszowie z 13 lipca 2010 r., II SAB/Rz 29/10. Wyrok dostępny na stronie: http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sab-rz-29-10,sprawy_nieobjete_symbolami_podstawowymi_oraz_od_dostep_do_informacji_publicznej_inne,86a3f1.html (dostęp: 31.07.2014).

[23] Art. 189 k.p.c. stanowi: „Powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny".

[24] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.

[25] M. Nesterowicz, *Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany*, „Prawo i Medycyna" 1/2012 (46, vol. 14), s. 8.

[26] *Ibidem.*

typu sprawami. Pomimo to warto odnieść się do wyroku NSA z dnia 17 września 2013 r., II OSK 1539/13, w którym organ ten uznał, że upoważnienie do wglądu w dokumentację medyczną jest skuteczne również w innym podmiocie leczniczym, niż zostało złożone. Sprawa dotyczyła odmowy udostępnienia dokumentacji medycznej zmarłego męża. Pacjent trafił do placówki medycznej w stanie uniemożliwiającym złożenie oświadczenia o zgodzie na udostępnienie dokumentacji medycznej na wypadek śmierci, zaś w momentach odzyskania świadomości pracownicy szpitala nie dopełnili obowiązku odebrania stosowanego oświadczenia. Żona zmarłego pacjenta złożyła kopię upoważnienia do pozyskania wskazanego rodzaju dokumentacji na wypadek śmierci, udzielonego przez jej męża w poradni lekarza rodzinnego POZ. Pomimo to, Dyrektor Szpitala odmówił żonie zmarłego pacjenta dostępu do jego dokumentacji medycznej, wskazując, że upoważnienie składane jest każdorazowo w formie oświadczenia do historii choroby. NSA, rozstrzygając tę sprawę, wskazał, że zajęte przez niego stanowisko dotyczy tej konkretnej sprawy i uzasadnione jest specyficznym jej stanem faktycznym.

W ocenie NSA z art. 26 u.p.p. nie można wyprowadzić wniosku o potrzebie posiadania szczególnego upoważnienia na wypadek śmierci pacjenta. „Nie można zgodzić się w szczególności z twierdzeniem szpitala, iż w analizowanym przypadku, w sytuacji gdy mąż uczestniczki świadomie wyraził zgodę na udostępnienie jej swojej dokumentacji medycznej po śmierci, to zasadnicze znaczenie – jak wskazuje Szpital – ma fakt, iż to oświadczenie dotyczy jedynie dokumentacji wytworzonej w placówce, w której zmarły złożył stosowne oświadczenie. Takie rozumienie wskazanych przepisów prowadziłoby do nieakceptowalnej − z punktu widzenia logiki, ale i zasad wykładni systemowej i funkcjonalnej – sytuacji, że aby wskazane oświadczenie miało moc wiążącą i uczestniczka mogła skutecznie domagać się wydania spornej dokumentacji, to do zgonu jej męża musiałoby dojść w przychodni w której złożył on oświadczenie […]. Co więcej należy zwrócić uwagę na to, że w przepisach regulujących zasady udostępnienia dokumentacji medycznej przewidziano możliwość zawarcia stosownych upoważnień w indywidualnej wewnętrznej dokumentacji lub też dołączenia do tej dokumentacji takiego oświadczenia. Z przepisów wynika zatem, że pacjent może obecnie sporządzić takie oświadczenie zarówno w ramach, jak i poza dokumentacją medyczną i tylko od jego woli zależało będzie jaką treść i jaki zakres upoważnienia obejmie to oświadczenie. Jeśli oświadczenie to przybiera najszerszą możliwą formę o upoważnieniu określonej osoby do uzyskiwania dokumentacji medycznej pacjenta po jego śmierci, i zostanie załączone do dokumentacji medycznej określonej jednostki chorobowej, w konkretnej jednostce służby zdrowia, to niezależnie od tego który podmiot medyczny będzie później świadczeniodawcą wytwarzającym dokumentację medyczną, ma obowiązek respektowania oświadczenia wskazującego upoważnioną osobę do uzyskiwania dokumentacji po

śmierci pacjenta […]. Ustawodawca w art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta użył co prawda terminu «prawo wglądu w dokumentację medyczną», w przypadku osoby upoważnionej przez zmarłego pacjenta, jednak zakładając racjonalność ustawodawcy nie sposób uznać, jak wywodzi Szpital, że jego celem było zawężenie uprawnień do udostępnienia dokumentacji jedynie do sytuacji śmierci pacjenta w tej konkretnej placówce medycznej, w której złożył stosowne oświadczenie. Takie ograniczenie uprawnień nie wynika bowiem wprost z żadnych przepisów prawa regulujących prawo dostępu do dokumentacji medycznej"[27].

Dostęp do dokumentacji medycznej to jedno z zagadnień, które od pewnego czasu budzi liczne wątpliwości w praktyce. Spowodowane one są brakiem odpowiednich rozwiązań prawnych w tym zakresie oraz deficytem informacyjnym pacjentów. Przypuszczać można, że praktyka orzecznicza dopiero pokaże, jakie problemy mogą powstać na tle dostępu do dokumentacji medycznej, zwłaszcza w sytuacji, gdy pacjent za życia nie upoważni konkretnej osoby do dostępu do jego dokumentacji medycznej. Z sytuacją taką możemy mieć np. do czynienia, gdy pacjent tafia do szpitala nieprzytomny w wyniku wypadku, a następnie umiera. Problem ten jest o tyle istotny, że brak w tym zakresie regulacji prawnych sprawia dla najbliższych członków rodziny trudności w uzyskaniu dostępu do dokumentacji medycznej. Kolejnym problemem jest brak wiedzy pacjentów na temat przysługujących im praw. Deficyt informacji jaki występuje po stronie pacjenta w tym zakresie sprawia, że jego prawa są odzwierciedlone jedynie na papierze. Aby pacjent był świadomy przysługujących mu praw, niezbędne w tym celu jest przedsięwzięcie działań o charakterze informacyjno-edukacyjnym. Wydaje się, że dzięki odpowiednim staraniom podejmowanym w tym kierunku pacjenci zdawaliby sobie sprawę z konsekwencji braku – w tym przypadku – upoważnienia wybranej przez siebie osoby do dostępu do dokumentacji medycznej. Nie trzeba od razu wychodzić z takiego założenia, że jest to potrzebne tylko na wypadek śmierci. Upoważnienie danej osoby może być czasami ułatwieniem dla nas samych, kiedy potrzebujemy pewnych informacji z dokumentacji medycznej celem przedłożenia np. firmie ubezpieczeniowej lub innemu lekarzowi, z którego usług chcemy skorzystać, a nie mamy możliwości osobiście udać się do podmiotu leczniczego, w którym znajduje się nasza dokumentacja.

[27] Wyrok NSA z 17 września 2013 r., II OSK 1539/13. Wyrok dostępny na stronie: http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C335BC0419 (dostęp: 31.07.2014).

4. Forma upoważnienia przez pacjenta osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej

Odnosząc się do kwestii związanej z formą upoważnienia osoby trzeciej do dostępu do informacji znajdujących się w dokumentacji medycznej, dostrzeżemy, że nie została ona wprost uregulowana w przepisach u.p.p. Jedynym przepisem, który wskazuje pośrednio na formę pisemną upoważnienia, jest § 8 ust. 2 rozporządzenia[28]. W myśl tego przepisu, w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej zamieszcza się lub dołącza do niej oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej[29] do uzyskania dokumentacji, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej, albo oświadczenia o braku takiego upoważnienia. Należy jednak pamiętać, na co zwraca uwagę Grażyna Ladrowska, że rozporządzenie to ,,ma jedynie charakter wykonawczy do przepisów u.p.p. i reguluje przede wszystkim kwestie organizacyjno-techniczne, a nie tworzy praw i obowiązków pacjenta w sposób odmienny od przepisów rangi ustawy"[30]. Zdaniem Doroty Karkowskiej, upoważnienie pacjenta może być wyrażone zarówno w formie pisemnej, elektronicznej, jak i ustnej. Może ono zostać złożone ,,na prywatnym dokumencie sporządzonym przez pacjenta, lub poprzez ustne złożenie oświadczenia woli, które zostaje wpisane w dokumentacji medycznej pacjenta i potwierdzone jego podpisem. Złożeniem upoważnienia może być także wypełnienie przez pacjenta specjalnego formularza i podpisanie go. Uczynienie tego z wyprzedzeniem pozwala uniknąć sytuacji, kiedy pacjent trafia do szpitala w stanie uniemożliwiającym złożenie stosownych oświadczeń z chwilą przyjęcia"[31].

Z dokonanych ustaleń wynika, że w doktrynie – z uwagi na brak dookreślenia przez ustawodawcę formy upoważnienia osoby trzeciej do dostępu do dokumentacji medycznej – forma ta może być zarówno pisemna, jak i ustna, ,,np. z adnotacją w dokumentacji medycznej czy w innym piśmie"[32], jest to bowiem wyłącznie kwestia dowodowa. Wobec tego należy przyznać rację Grażynie Ladrowskiej, która uważa, że w takiej sytuacji należy stosować art. 60[33] k.c.

---

[28] G. Ladrowska, *op. cit.*, s. 22.

[29] Przez osobę bliską należy rozumieć małżonka, krewnego lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta – art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p.

[30] *Ibidem.*

[31] D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 370.

[32] M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 5.

[33] Art. 60 k.c. stanowi: ,,Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)".

Hipotetycznie może zdarzyć się taka sytuacja, że pacjent przebywający w szpitalu nie upoważnił wcześniej żadnej osoby do dostępu do dokumentacji medycznej. W wyniku pogarszającego się stanu zdrowia i konieczności przeprowadzenia zabiegu, informuje on lekarza, że wyraża zgodę na udostępnienie wskazanego rodzaju dokumentacji konkretnej osobie. W takim przypadku – o ile lekarz zapamięta dane wskazanej osoby – upoważniona osoba będzie miała dostęp do dokumentacji medycznej pacjenta. Patrząc na to zagadnienie z punktu widzenia praktyki, nie budzi wątpliwości, że pożądaną formą upoważnienia byłaby forma pisemna. Podmiot zobowiązany (np. szpital) miałby wówczas solidny dowód potwierdzający wyrażenie przez pacjenta zgody na udostępnienie dokumentacji medycznej konkretnej osobie. Pomimo bezpieczniejszej dla podmiotu zobowiązanego formy pisemnej, nie można jednak wykluczyć formy ustnej.

W praktyce zauważyć można, że dominującą formą upoważnienia jest jednak forma pisemna. Z taką najczęściej mamy do czynienia w razie przyjęcia pacjenta do szpitala. Wówczas pacjentowi przekazuje się wniosek, w którym upoważnia on wybraną przez siebie osobę do dostępu do dokumentacji medycznej, bądź odmawia udzielenia takiego upoważnienia. Spory problem pojawia się, gdy pacjent w czasie przyjęcia do szpitala nie jest w stanie udzielić upoważnienia, np. jest nieprzytomny, pod wpływem środków odurzających, a następnie pomimo wykonanych jemu badań i postawienia diagnozy umiera. Z uwagi na brak m.in. w takich przypadkach regulacji prawnych, widzimy jak bardzo przepisy prawa medycznego są niedoskonałe. Oczywiście można zasugerować pewne rozwiązanie, ale wymaga ono wiedzy ze strony pacjenta. Polegałoby ono na tym, że pacjent mógłby upoważnić konkretną osobę do dostępu do sporządzonej zarówno przed udzieleniem upoważnienia, jak i sporządzonej w przyszłości dokumentacji medycznej każdego podmiotu leczniczego, z podpisem notarialnie poświadczonym. Takie upoważnienie wyeliminowałoby trudności, z jakimi borykają się osoby najbliższe w razie jego braku. Podpis notarialny stanowiłby w takiej sytuacji „barierę ochronną" zarówno dla pacjenta, osoby przez niego upoważnionej, jak i dla podmiotu leczniczego, który miałby wówczas pewność, że podpis pacjenta nie został sfałszowany. Aby stało się to możliwe, konieczne byłoby upowszechnienie wiedzy na ten temat. Mając na względzie dobro pacjenta, przeprowadzenie kampanii informacyjno-edukacyjnej (np. w środkach masowego przekazu, jak i w postaci broszur) byłoby pożądane. W parze z tymi działaniami powinny iść jednak zmiany w obecnie obowiązującym prawie, które np. przewidywałyby rozwiązania w razie śmierci pacjenta i braku udzielonego przez niego upoważnienia do dostępu do dokumentacji medycznej. Rozwiązanie w tym zakresie sugeruje Mirosław Nestorowicz. Polegałoby ono na uzupełnieniu art. 26 ust. 2 u.p.p. o zdanie: „W braku upoważnienia, w razie śmierci pacjenta prawo dostępu do dokumentacji medycznej

przysługuje małżonkowi, zstępnym, rodzicom, rodzeństwu oraz osobie pozostającej w wspólnym pożyciu, chyba że pacjent dokonał odpowiedniego zastrzeżenia”[34].

5. Sposoby udostępnienia dokumentacji medycznej

W myśl art. 27 u.p.p., dokumentacja medyczna jest udostępniana:

1) do wglądu, w tym także do baz danych w zakresie ochrony zdrowia, w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych;
2) poprzez sporządzenie jej wyciągów, odpisów lub kopii[35];
3) poprzez wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, jeżeli uprawniony organ lub podmiot żąda udostępnienia oryginałów tej dokumentacji.

Jak wynika z treści powyższego przepisu, pacjent ma możliwość wyboru jednej z form udostępnienia dokumentacji medycznej. Ważne jednak jest, aby żądając dostępu do informacji znajdujących się we wskazanego rodzaju dokumentacji, określił jaką postacią dostępu jest zainteresowany[36]. Pewne wątpliwości co do formy udostępnienia pojawiają się na tle art. 26 ust. 2 u.p.p., w którym ustawodawca przewidział, że osoba upoważniona za życia pacjenta po jego śmierci ma jedynie prawo wglądu w dokumentację medyczną. To z kolei oznacza, że w razie śmierci pacjenta pozostałe formy, o których mowa w art. 27 pkt 2 i 3, nie będą miały zastosowania. Jak się okazuje rozwiązanie przyjęte w art. 26 ust. 2 u.p.p. nie spotkało się z aprobatą zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. W kwestii tej wypowiedziała się m.in. Dorota Karkowska: „Przyjęcie takiego rozwiązania budzi poważne zastrzeżenia. Za życia pacjenta osobie przez niego upoważnionej dokumentacja medyczna jest udostępniania na trzy sposoby przewidziane w art. 27 u.p.p., a po śmierci pacjenta ustawodawca ogranicza to upoważnienie do jednego sposobu wglądu. Jest to zachowanie całkowicie nieracjonalne i niechroniące należycie dóbr osobistych zmarłego pacjenta oraz naruszające uprawnienia procesowe osób bliskich pacjentowi. W szczególności utrudnia to osobom bliskim zebranie materiału dowodowego w przypadku istnienia okoliczności uzasadniających podejrzenie o niestaranne udzielanie świadczeń zdrowotnych, naruszenie prawa pacjenta do godnej śmierci czy popełnienie przestępstwa”[37].

[34] M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 8.

[35] W tym miejscu warto wspomnieć, że za udostępnienie dokumentacji medycznej we wskazany sposób podmiot leczniczy może pobierać opłatę. Opłaty nie pobiera się w przypadku udostępnienia dokumentacji medycznej w związku z postępowaniem przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, o której mowa w art. 67e ust. 1 u.p.p.

[36] G. Ladrowska, *op. cit.*, s. 19.

[37] D. Karkowska, *op. cit.*, s. 371. Zob. także G. Ladrowska, *op. cit.*, s. 20 i n.

W praktyce orzeczniczej stanowisko zajął WSA w Rzeszowie, uznając, że udostępnienie dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta upoważnionej przez niego osobie „obejmuje wszystkie formy określone w art. 27 ustawy o prawach pacjenta, a więc − wgląd, sporządzenie kopii, wydanie oryginału za pokwitowaniem odbioru z zastrzeżeniem zwrotu. Na takie szerokie rozumienie tego pojęcia wskazuje wykładnia systemowa i funkcjonalna, do których należy sięgnąć w niniejszej sprawie, bowiem wykładnia językowa nasuwa wątpliwości. Ustawodawca w art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta użył co prawda terminu «prawo wglądu w dokumentację medyczną», w przypadku osoby upoważnionej przez zmarłego pacjenta, jednak zakładając racjonalność ustawodawcy nie sposób uznać, jak wywodzi organ, że jego celem było zawężenie uprawnień do udostępnienia dokumentacji jedynie do zapoznania się z nią przez osobę upoważnioną przez zmarłego pacjenta. Takie ograniczenie uprawnień nie wynika bowiem z żadnych innych przepisów”[38].

Biorąc pod uwagę treść art. 26 ust. 2 u.p.p., dostrzeżemy, że ustawodawca dokonał budzącego wątpliwości zróżnicowania w dostępie do dokumentacji medycznej po śmierci pacjenta, osoby upoważnionej przez niego za życia. Trudno powiedzieć, jaki ustawodawca miał w tym cel. Z założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw wynika, że intencją ustawodawcy nie było wprowadzenie we wskazanym zakresie takich ograniczeń. Świadczy o tym następująca treść: „Ze względu na wątpliwości interpretacyjne proponuje się doprecyzowanie brzmienia ustawy, polegające na jednoznacznym wskazaniu, że w razie śmierci pacjenta dokumentacja medyczna jest udostępniania we wszystkich przewidzianych w ustawie formach. Obecne brzmienie przepisu jest odczytywane jako prawo wyłącznie do wglądu, bez możliwości sporządzenia kopii dokumentacji medycznej, co nie jest zgodne z intencją ustawodawcy w tym zakresie”[39].

Odnosząc się do zagadnienia związanego z formą udostępniania dokumentacji medycznej, należy mieć na uwadze, że kwestię tę reguluje także § 78 rozporządzenia. W przepisie tym postanowiono, że podmiot leczniczy udostępnia dokumentację medyczną podmiotom uprawnionym bez zbędnej zwłoki. W przypadku zaś udostępnienia dokumentacji w sposób określony w art. 27 ust. 3 u.p.p. podmiot leczniczy powinien pozostawić sobie kopię lub pełny odpis dokumentacji.

[38] Wyrok WSA w Rzeszowie z 13 lipca 2010 r., II SAB/Rz 29/10. Wyrok dostępny na stronie: http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sab-rz-29-10,sprawy_nieobjete_symbolami_podstawowymi_oraz_od_dostep_do_informacji_publicznej_inne,86a3f1.html (dostęp: 01.08.2014).

[39] Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz niektórych innych ustaw (Warszawa, październik 2013), http://www2.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/projekt_zalozprojektustaw_20131104.pdf (dostęp: 01.08.2014).

Z wyjątkiem wskazanej wyżej formy, tj. papierowej, dokumentację medyczną prowadzi się także w formie elektronicznej[40]. W wyniku nowelizacji ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia[41], do dnia 31 lipca 2017 r. dokumentację medyczną można prowadzić w postaci papierowej lub elektronicznej. Zmiana tego aktu była potrzebna do wydłużenia okresu przejściowego, tj. z 31 lipca 2014 r. do 31 lipca 2017 r., ponieważ pozwoli ona ,,wszystkim podmiotom udzielającym świadczeń zdrowotnych na kompleksowe przygotowanie procesu wdrożenia, w tym przeprowadzenie niezbędnych zmian w systemach informatycznych i szkoleń dla pracowników, oraz optymalne,

[40] Zgodnie z § 80 rozporządzenia, dokumentacja elektroniczna może być prowadzona pod warunkiem prowadzenia jej w systemie teleinformatycznym zapewniającym:
1) zabezpieczenie dokumentacji przed uszkodzeniem lub utratą;
2) zachowanie integralności i wiarygodności dokumentacji;
3) stały dostęp do dokumentacji dla osób uprawnionych oraz zabezpieczenie przed dostępem osób nieuprawnionych;
4) identyfikację osoby dokonującej wpisu oraz osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych i dokonywanych przez te osoby zmian, w szczególności dla odpowiednich rodzajów dokumentacji przyporządkowanie cech informacyjnych, zgodnie z § 10 ust. 2;
5) udostępnienie, w tym przez eksport w postaci elektronicznej dokumentacji albo części dokumentacji będącej formą dokumentacji określonej w rozporządzeniu, w formacie XML i PDF;
6) eksport całości danych w formacie XML, w sposób zapewniający możliwość odtworzenia tej dokumentacji w innym systemie teleinformatycznym;
7) wydrukowanie dokumentacji w formach określonych w rozporządzeniu.

W tym miejscu warto dodać, że w przypadku gdy do dokumentacji prowadzonej w postaci elektronicznej ma być dołączona dokumentacja utworzona w innej postaci, w tym zdjęcia radiologiczne lub dokumentacja utworzona w postaci papierowej, osoba upoważniona przez podmiot wykonuje odwzorowanie cyfrowe tej dokumentacji i umieszcza je w systemie informatycznym w sposób zapewniający czytelność, dostęp i spójność dokumentacji. W przypadku takiego odwzorowania cyfrowego, dokumentacja jest wydawana na życzenie pacjenta albo niszczona w sposób uniemożliwiający identyfikację pacjenta − § 81.

Ponadto, co wynika z § 86 rozporządzenia, dokumentację medyczną prowadzoną w postaci elektronicznej uważa się za zabezpieczoną, jeżeli w sposób ciągły są spełnione łącznie następujące warunki:
1) jest zapewniona jej dostępność wyłącznie dla osób uprawnionych;
2) jest chroniona przed przypadkowym lub nieuprawnionym zniszczeniem;
3) są zastosowane metody i środki ochrony dokumentacji, których skuteczność w czasie ich zastosowania jest powszechnie uznawana.

Zabezpieczenie, o którym mowa wymaga w szczególności:
1) systematycznego dokonywania analizy zagrożeń,
2) opracowania i stosowania procedur zabezpieczania dokumentacji i systemów ich przetwarzania, w tym procedur dostępu oraz przechowywania,
3) stosowania środków bezpieczeństwa adekwatnych do zagrożeń,
4) bieżącego kontrolowania funkcjonowania wszystkich organizacyjnych i techniczno-informatycznych sposobów zabezpieczenia, a także okresowego dokonywania oceny tych sposobów,
5) przygotowania i realizacji planów przechowywania dokumentacji w długim czasie, w tym jej przenoszenia na nowe informatyczne nośniki danych i do nowych formatów danych, jeżeli tego wymaga zapewnienie ciągłości dostępu do dokumentacji.

[41] Ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia, Dz. U. z 2014 r., poz. 998.

z punktu widzenia sytuacji ekonomicznej, rozłożenie kosztów zmian, w tym możliwość pozyskania środków finansowych na ich wprowadzenie […]"[42].

Zgodnie z § 83 rozporządzenia, udostępnianie dokumentacji medycznej w postaci elektronicznej następuje przez:

1) przekazanie informatycznego nośnika danych z zapisaną dokumentacją;
2) dokonanie elektronicznej transmisji dokumentacji;
3) przekazanie papierowych wydruków − na żądanie uprawnionych podmiotów lub organów;

z zachowaniem jej integralności oraz ochrony danych osobowych. W przypadku gdy dokumentacja medyczna prowadzona w postaci elektronicznej jest udostępniana w postaci papierowych wydruków, osoba upoważniona przez podmiot potwierdza ich zgodność z dokumentacją elektroniczną i opatruje swoim oznaczeniem, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia. Dokumentacja wydrukowana powinna umożliwić identyfikację osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych, zgodnie z ust. 2 wskazanej jednostki redakcyjnej.

6. Środki ochrony prawnej przysługujące osobom uprawnionym do dostępu do dokumentacji medycznej w razie odmowy jej udostępnienia

Biorąc pod uwagę kwestie dotyczące odmowy dostępu do dokumentacji medycznej, dostrzeżemy, że zagadnienie to nie zostało uregulowane w u.p.p. Skoro więc ustawodawca przyjął, że udostępnienie wskazanego rodzaju dokumentacji jest prawem pacjenta, to odmowa jej udostępnienia powinna nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy o dostęp będzie ubiegała się osoba nieuprawniona, tj. nieupoważniona przez pacjenta. W takim przypadku – co wprost wynika z § 79 rozporządzenia − odmowa wymaga zachowania formy pisemnej oraz podania przyczyny.

Niewykluczone jednak jest, że podmiot zobowiązany do udostępnienia dokumentacji medycznej odmówi dostępu osobie upoważnionej. Wówczas osoba taka może skorzystać z pomocy Rzecznika Praw Pacjenta[43], do którego zakresu działania należy m.in. prowadzenie postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów. Przez praktykę taką rozumie się m.in. bezprawne zorganizowane działania lub zaniechania podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych – art. 59 u.p.p. Wobec tego,

[42] Druk nr 2477, http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/C14D2A506368AB0BC1257CF30031B0BA/%24File/2477.pdf (dostęp: 04.08.2014).

[43] Rzecznik Praw Pacjenta to centralny organ administracji rządowej ustanowiony w celu ochrony praw pacjenta określonych w u.p.p. oraz w przepisach odrębnych. Zob. art. 41−58 u.p.p.

nie budzi wątpliwości, że praktyką naruszającą zbiorowe prawa pacjentów jest w tym przypadku odmowa udostępnienia dokumentacji medycznej osobie uprawnionej.

Inną alternatywą w razie naruszenia prawa dostępu do dokumentacji medycznej jest złożenie przez osobę uprawnioną skargi na bezczynność organu – art. 3^{44} § 2 pkt 8 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[45]. Aby stało się to możliwe konieczne jest ziszczenie się pewnych przesłanek z art. 52 przywołanej ustawy. Należy jednak mieć na uwadze, że w praktyce orzeczniczej przyjęto, iż „podobnie jak w przypadku stosowania ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.), udostępnienie dokumentacji medycznej na podstawie ustawy o prawach pacjenta, następuje w formie czynności materialnotechnicznej. W tym zakresie nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, bowiem w ustawie o prawach pacjenta brak jest stosownego odesłania (ustawa ta odsyła do k.p.a. jedynie w zakresie postępowania prowadzonego przez Rzecznika Praw Pacjenta). W tej sytuacji art. 37 § 1 k.p.a., przewidujący możliwość wniesienia zażalenia na niezałatwienie sprawy w terminie do organu administracji publicznej wyższego stopnia, nie ma zastosowania. Pogląd taki został zaprezentowany i szeroko omówiony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24.05.2006 r., I OSK 601/05, System orzecznictwa LEX Nr 236545, a Sąd pogląd ten w pełni podziela. Należy także zgodzić się z dokonaną w tym wyroku wykładnią art. 52 § 3 i § 4 P.p.s.a., uzależniającego możliwość wniesienia skargi od uprzedniego wezwania właściwego organu do usunięcia naruszenia prawa. Wykładnia ta upoważnia do stwierdzenia, że wskazany przepis odnosi się do skarg na akty i czynności, a nie na bezczynność w zakresie wydawania aktów. W przypadku, gdy ustawodawca uzależnia zaskarżenie bezczynności od wniesienia środka zaskarżenia, czyni to w sposób wyraźny, np. art. 37 k.p.a., art. 101 a ust. 1 w zw. z art. 101 ust. 3 ustawy o samorządzie

[44] Art. 3 § 2. „Kontrola działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na:
1) decyzje administracyjne;
2) postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę co do istoty;
3) postanowienia wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, na które służy zażalenie;
4) inne niż określone w pkt 1−3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa;
4a) pisemne interpretacje przepisów prawa podatkowego wydane w indywidualnych sprawach;
5) akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej;
6) akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, inne niż określone w pkt 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej;
7) akty nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego;
8) bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w przypadkach określonych w pkt 1−4a”.

[45] Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.

gminnym. Jeśli zatem przepisy nie stawiają dodatkowych warunków do wniesienia skargi na bezczynność w zakresie udostępnienia dokumentacji medycznej pacjenta, skarga taka może być wniesiona do sądu administracyjnego bez żadnych dodatkowych warunków"[46].

Wobec powyższego, nie budzi wątpliwości, że w razie odmowy dostępu do dokumentacji medycznej osobom uprawnionym, mogą one od razu skorzystać z drogi sądowo-administracyjnej. Niemniej wydaje się, że w pierwszej kolejności warto zwrócić się o pomoc do Rzecznika Praw Pacjenta, bowiem postępowanie przed sądem może okazać się bardziej długotrwałe.

7. Zakończenie

Od pewnego czasu możemy zauważyć, że dostęp do informacji zawartych w dokumentacji medycznej stał się przedmiotem szczególnego zainteresowania doktryny. Spowodowane to jest w głównej mierze pojawiającymi się na tle tego zagadnienia problemami, które wynikają z braku jasnych, zrozumiałych i dostosowanych do rzeczywistości przepisów. Za przykład może nam posłużyć sytuacja, gdy pacjent umiera, a za życia nie upoważnia żadnej osoby do dostępu do dokumentacji medycznej lub jest nieprzytomny, a po odzyskaniu przytomności znajduje się w stanie wyłączającym świadome powzięcie decyzji (np. na skutek wypadku pacjent stał się niepełnosprawny umysłowo), albo nie jest możliwe w ogóle odzyskanie przez pacjenta przytomności (np. z powodu wypadku nastąpił uraz mózgu).

Inaczej jest w przypadku, gdy pacjent jest nieprzytomny lub pod wpływem środków odurzających, bowiem kiedy odzyska on przytomność lub ustaną zaburzenia czynności psychicznych, może on upoważnić wybraną przez siebie osobę do dostępu do wskazanego rodzaju dokumentacji. Aby stało się to jednak możliwe, pacjent musi dysponować wiedzą na temat przysługujących mu praw i zdawać sobie sprawę ze skutków, jakie mogą mieć miejsce w przypadku braku takiego upoważnienia. Wobec tego warto zastanowić się nad przeprowadzeniem działań informacyjno-edukacyjnych dla pacjentów, które dążyłyby do wyeliminowania ich deficytu informacyjnego.

Z wyjątkiem wskazanego rodzaju działań, konieczne jest dostosowanie przepisów prawa medycznego do potrzeb wynikających z praktyki. Chodzi tu nie tylko o rozwiązania we wskazanych wyżej sytuacjach, ale także o doprecyzowanie kwestii „formy udzielonego upoważnienia, skutków jej niedochowania oraz zakresu udzielonego upoważnienia (za

[46] Wyrok NSA z 13 lipca 2010 r., II SAB/Rz 29/10. Wyrok dostępny na stronie: http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-sab-rz-29-10,sprawy_nieobjete_symbolami_podstawowymi_oraz_od_dostep_do_informacji_publicznej_inne,86a3f1.html (dostęp: 08.08.2014).

życia pacjenta i po śmierci pacjenta)”[47]. Zmiany o których mowa, są warunkiem koniecznym do zapobieżenia licznym problemom, jakie pojawiają się w obszarze zagadnienia związanego z dostępem do dokumentacji medycznej.

[47] G. Ladrowska, *op. cit.*, s. 29.

Agnieszka Wojtatowicz-Lasek

Krzysztof Wygoda
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Prawo dostępu do własnych danych ubezpieczonego − zakres i tryb

1. Wprowadzenie

Nie budzi wątpliwości, iż dane osobowe gromadzone przez różnego rodzaju zakłady ubezpieczeń, w trakcie prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i podejmowania czynności ubezpieczeniowych na gruncie art. 3 ustawy o działalności ubezpieczeniowej[1], są jedną z podstawowych grup informacji znajdujących się w ich posiadaniu. Zakres ich bywa oczywiście różny w zależności od rodzaju ubezpieczenia, z którym mamy do czynienia − od zupełnie podstawowych, niezbędnych jedynie do zidentyfikowania ubezpieczonego lub uposażonego (w przypadku zawierania większości ubezpieczeń majątkowych), do niezwykle rozbudowanych, obejmujących dane sensytywne konieczne do identyfikacji i oceny ryzyka ubezpieczeniowego, czy ustalenia zasadności wypłaty i wysokości świadczenia (np. w ubezpieczeniach na życie, wypadkowych itp.).

Bez wątpienia od samego początku dane te gromadzone są w formie zbiorów (rozbudowanych elektronicznych baz danych i papierowych teczek zawierających z góry określone rodzaje dokumentów przechowywanych w uporządkowanych strukturach pozwalających na ich wyszukiwanie) i właściwie każda informacja pozyskiwana jest z założeniem umieszczenia jej w określonym zbiorze. Taki stan rzeczy rodzić może podejrzenie, iż ustawa o ochronie danych osobowych[2] znajduje zastosowanie do całości procesów przetwarzania danych odbywających się przy okazji wykonywania działalności ubezpieczeniowej. Skromna objętość naszego opracowania wymaga jednak, by odstąpić od zamiaru przeanalizowania całości relacji istniejących pomiędzy u.o.d.o. a u.d.u. i skupieniu się, na zasygnalizowanym w tytule, problemie mającym, naszym zdaniem, fundamentalne znaczenie dla gwarantowanej prawnie sfery autonomii informacyjnej jednostki. Bez wchodzenia w szczegóły[3] można przyjąć, że obejmuje ona generalnie

[1] Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 950 ze zm. − dalej u.d.u.

[2] Tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm. − dalej u.o.d.o.

[3] Szerzej na temat koncepcji prawa do prywatności i autonomii informacyjnej jednostki zob. np.: J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004, s. 28−111; J. D. Sieńczyło-Chabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Gdynia 2006, s. 74−215; Z. Zawadzka, *Wol-*

możliwość kontroli treści danych jednostki objętych procesami przetwarzania przez podmioty zewnętrzne i związane z tym prawo do poprawiania, uaktualnienia lub nawet usunięcia danych będących przedmiotem przetwarzania.

Jak łatwo zauważyć, korzystanie z prawa do kształtowania własnego wizerunku informacyjnego, czy ujmując rzecz szerzej, ochrony swej prywatności, uzależnione jest funkcjonalnie od jakiejkolwiek możliwości dostępu do danych dotyczących danej jednostki poddanych procesom przetwarzania. Najbardziej typowe jej formy to zapoznanie się z treścią danych osobowych lub bezpośredni dostęp do dokumentów zawierających ów typ informacji. Właśnie ten etap działań, niezbędny dla rzeczywistej i skutecznej ochrony praw jednostki, w kontekście praw wynikających z przepisów u.o.d.o., będzie płaszczyzną analizy rozwiązań przyjętych w u.d.u.

2. Dostęp do danych realizowany przez ich podmiot na gruncie art. 32 i 33 u.o.d.o.

Zanim przejdziemy do analizy przepisów u.d.u. należy, choćby w zarysie[4], przedstawić modelowe ujęcie dostępu do własnych danych realizowane przez ich podmiot na gruncie u.o.d.o. Pamiętając, iż również akty normatywne wyższej rangi, czyli Konstytucja RP w art. 51, Konwencja 108 RE[5] w art. 8 i dyrektywa 95/46 WE[6] w art. 12 zawierają postanowienia dotyczące tej kwestii, skupienie się na art. 32 i 33 u.o.d.o. wydaje się być uzasadnione z racji jej najbardziej szczegółowego, a zarazem uniwersalnego na gruncie krajowego systemu prawa, charakteru. Ustawa ta stanowi bowiem niewątpliwie *lex generali* w zakresie zasad ochrony danych osobowych, którym kierować się powinni wszyscy administratorzy danych osobowych w Polsce. Jak wygląda zatem ów modelowy wzorzec dostępu do własnych danych wyłaniający się z przepisów u.o.d.o.?

Po pierwsze, wskazać należy, iż sam dostęp dotyczy jedynie treści danych, a zatem nie musi (choć, jeśli ich administrator uzna to za łatwiejsze, może) obejmować prawo wglądu w oryginały, czy kopie dokumentów zawierających dane osobowe. W samym art. 32 u.o.d.o. nic jednak nie ogranicza zakresu udostępnianych w ten sposób informacji

ność prasy a ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną. Problem rozstrzygania konfliktu zasad, Warszawa 2013, s. 96−142; i podana tam literatura.

4 Szerzej na ten temat np.: J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz 4. wydanie*, Kraków 2007, s. 570−596; P. Barta i P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz 2. wydanie*, Warszawa 2013, s. 313−335; A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, Warszawa 2005, s. 205−232 i podana tam literatura.

5 Konwencja 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25.

6 Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. UE L 281 z 23.11.1995, s. 31, ze zm.

− co prowadzi do wniosku, iż wszystkie dane, mieszczące się w kręgu opisanym przez definicję z art. 6 u.o.d.o. należy potraktować jako możliwe do udostępnienia w trybie wnioskowym. Na marginesie dodajmy, że w przypadku przetwarzania danych metodami elektronicznymi, pociąga to za sobą dodatkowe obowiązki wynikające z konieczności stosowania oprogramowania pozwalającego generować zindywidualizowane raporty, ujawniające w zrozumiałej formie treść przetwarzanych informacji, bądź jeśli sposób ich zapisu nie budzi wątpliwości znaczeniowych, dających możliwość wyodrębnienia danych jednego podmiotu spośród innych figurujących w zbiorze.

Po drugie, sam dostęp do treści danych został wskazany jako jeden z elementów prawa do informacji o procesach przetwarzania, w ramach którego podmiot danych zyskuje również możliwość (jeśli zgłosi takie żądanie na w oparciu art. 32 u.o.d.o. lub w przypadku spełnienia pierwotnych obowiązków informacyjnych z art. 24 i 25 u.o.d.o. z inicjatywy i w formie określonej przez administratora danych) zapoznania się z różnymi „metadanymi" dotyczącymi m.in. podmiotu będącego ich administratorem, celu przetwarzania, źródle, z którego pozyskano dane, dobrowolności lub obowiązku ich podania itd.

Po trzecie, ustawodawca postrzega udostępnienie treści danych jako element działań podejmowanych w celu kontroli procesów przetwarzania − co do zasady mającej służyć sprawdzeniu poprawności realizacji prawnych standardów przetwarzania informacji wynikających z u.o.d.o. Nie należy go naszym zdaniem postrzegać jako wartości autonomicznej − zwłaszcza wobec potencjalnej odpłatności korzystania z tego uprawnienia (o czym dalej). Osiągnięcie dzięki temu efektu wzmocnienia ochrony prawa do prywatności, czy autonomii informacyjnej podmiotu danych, jest skutkiem „ubocznym", dającym się generalnie zauważyć, jeśli w procesie przetwarzania naruszono jednocześnie zasady u.o.d.o lub rozwiązań szczególnych wynikających z innych ustaw. Przetwarzanie jakichkolwiek danych w zgodzie ze standardami obowiązującego prawa nie daje *de facto*[7] możliwości zakwestionowania uprawnień administratora do prowadzenia tych działań przez podmiot danych.

Po czwarte, w art. 32 ust. 4 zawarto rozwiązanie pozwalające na odstąpienie od realizacji obowiązków informacyjnych wobec podmiotów danych, w tym również niezrealizowanie prawa do poinformowania o treści przetwarzanych danych na wniosek

[7] Istnieją wprawdzie prawne możliwości wynikające z art. 32. ust. 1 pkt 7 i 8 u.o.d.o. (żądanie zaprzestania przetwarzania z uwagi na szczególną sytuację podmiotu danych i sprzeciw marketingowy), dotyczą one jednak bardzo wąskiej, na tle ogółu podejmowanych w tym obszarze działań, grupy procesów przetwarzania, nie mają więc wymiaru generalnej zasady, ale raczej można je postrzegać jako wyjątki wynikające z przyznania priorytetu ochronie prywatności ponad „błahy" cel marketingowy. Zaistnienie szczególnej sytuacji po stronie podmiotu danych nie musi prowadzić do zaprzestania przetwarzania danych, jeśli ich administrator nie uzna wskazanych we wniosku przyczyn za wystarczająco istotne, a GIODO podzieli jego punkt widzenia.

takich osób, jeśli ich przetwarzanie odbywa się w celach „[...] naukowych, dydaktycznych, historycznych, statystycznych lub archiwalnych [...]", o ile nakłady poniesione na spełnienie obowiązków informacyjnych pozostawałyby niewspółmierne do celu przetwarzania[8].

Po piąte, tryb udzielania informacji o treści danych obejmuje 30-dniowy okres, w którym administrator powinien spełnić żądanie wysunięte przez podmiot danych w formie ustalonej przez samego siebie (choć może oczywiście ustalić ją wspólnie z wnioskodawcą, nie pozostając jednak związany jego wskazówkami), chyba że wnioskodawca zażądał jego realizacji na piśmie − w tym przypadku administrator danych jest związany wnioskiem. Zarówno zdaniem doktryny, GIODO, jak i judykatury[9] realizacja tego obowiązku nie może zakładać odpłatności, jeśli żądania kierowane są do jednego administratora nie częściej niż raz na 6 miesięcy. Ponowienie wniosku przed tym terminem skutkuje możliwością nałożenia opłaty, u.o.d.o. nie precyzuje jednak przesłanek, jakie miałby spełniać mechanizm jej naliczania, niemniej posługując się wykładnią prawa spełniającą postulat interpretacji w zgodzie z prawem UE, możemy przyjąć, iż koszty owe nie mogą być nadmierne. Wnioskując *a contrario* w kontekście przesłanek prowadzących do odmowy realizacji wniosku, wymienionych w art. 34 u.o.d.o., należy przyjąć, że administrator pozostaje jednak związany obowiązkiem udzielenia żądanych informacji w terminie 30 dniowym od wpłynięcia wniosku ponowionego, nie może też uzależnić jego spełnienia od wcześniejszej wpłaty kwoty wskazanej jako należnej za ich udostępnienie.

3. Relacja przepisów u.d.u. do u.o.d.o.

Opisany powyżej model dostępu do treści danych, realizowany przez osoby, których te informacje dotyczą pozostaje właściwy zawsze, jeśli nic innego nie wynika z przepisów odrębnych. W u.d.u. możemy znaleźć co najmniej kilkanaście[10] przepisów bezpośrednio lub pośrednio (funkcjonalnie) odnoszących się do procesów przetwarzania, w tym udostępniania informacji zgromadzonych w toku wykonywania działalności ubezpieczeniowej. Wśród nich aż trzy (art. 16 ust. 4, art. 21 ust. 3, art. 25 ust. 3) dotyczą bezpośrednio reguł, które w świetle omawianego w pkt 2 modelu, można uznać za odmienne rozwiązania prawne poświęcone udostępnianiu danych ich podmiotom.

[8] W doktrynie przepis ten bywa interpretowany różnie, niemniej nawet najwęższa ze wskazywanych interpretacji zakłada możliwość odstąpienia od informowania na wniosek w ramach art. 32 ust. 1 pkt 3 − zob. szerzej P. Barta i P. Litwiński, *op. cit*., s. 330.

[9] Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z 13 maja 2008 r., IISA/Wa 336/08.

[10] Chodzi w szczególności o: art. 3 ust. 4−5, art. 12, art. 15−16, art. 19−26, art. 323 u.d.u.

Od czasów rzymskich znane są dwa mechanizmy derogujące mogące w tym kontekście znaleźć zastosowanie − chodzi mianowicie o zasady: *lex posterior derogat legi priori* oraz *lex specialis derogat legi generali*. Z uwagi na fakt, iż u.d.u. przyjęto 22 maja 2003 r., a więc już w okresie obowiązywania u.o.d.o., należy domniemywać, iż racjonalny prawodawca nie ustanawiałby norm odmiennie regulujących zasady dostępu do danych, gdyby nie nosił się z zamiarem wyłączenia stosowania u.o.d.o. w zakresie opisanym przez u.d.u. Zważywszy, że u.o.d.o. stanowi *lex generali* w odniesieniu do wszelkich procesów przetwarzania danych osobowych, a u.d.u. poświęcona jest m.in. regulacji tych właśnie zagadnień jedynie w odniesieniu do działalności ubezpieczeniowej (można ją więc nazwać ustawą sektorową), również druga zasada może zostać powołana wprost dla uzasadnienia odmiennego niż w u.o.d.o. podejścia do udostępniania danych osobowych.

Dodatkowym, a może nawet ostatecznym, argumentem, jest to, że sama u.o.d.o. nakazuje (w art. 5) stosowanie przepisów innych ustaw w odniesieniu do przetwarzania, jeśli przepisy ustaw je zawierających przewidują dalej idącą ochronę niż wynika to z samej u.o.d.o. Już poprzez sam fakt ustanowienia tajemnicy ubezpieczeniowej (którą wyartykułowano w art. 19 u.d.u.[11] i powiązanym z nim art. 232 u.d.u.) znacząco ograniczającej krąg podmiotów (i to nawet uwzględniając liczne wyłączenia), mogących mieć dostęp do informacji (w tym oczywiście danych osobowych) zgromadzonych w trakcie zawierania i realizacji umów ubezpieczeniowych taka dalej idąca ochrona ma niewątpliwie miejsce. Art. 22 u.d.u. rezerwujący możliwości pozyskiwania danych medycznych „[...] od podmiotów wykonujących działalność leczniczą [...]" wyłącznie za pośrednictwem lekarza upoważnionego przez zakład ubezpieczeń, również świadczy o chęci ustanowienia standardu wyższego niż wynika to z u.o.d.o. Tego typu rozwiązań jest w omawianej ustawie jeszcze kilka − dotyczą one m.in. wymogu uzyskiwania i formy zgody na dokonywanie różnych działań w ramach czynności ubezpieczeniowych (np. art. 22 ust. 3 u.d.u.).

Biorąc pod uwagę, że sama u.o.d.o. nie ogranicza kręgu podmiotów mogących przetwarzać dane (o ile zachowują one standardy wynikające z jej postanowień), nie wskazuje też jakichś restrykcyjnych granic w procesie przekazywania i powierzania danych osobowych, a uwzględniając obowiązujący do niedawna (przestał obowiązywać 7 marca 2011 r.) art. 29 u.o.d.o., pozwalający udostępnić dane każdemu legitymującemu się interesem prawym lub uzasadnioną potrzebą posiadania danych, należy jednoznacznie stwierdzić, że w u.d.u. ustanowiono dalej idące standardy ochrony niż wynika to z minimum opisanego w u.o.d.o.

[11] „Art. 19.1. Zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione lub osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, są obowiązane do zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia".

Przyjmując powyższe założenia, nie należy zapominać, że nawet w tym wypadku u.d.u. nie wyłącza całkowicie stosowania u.o.d.o. w zakresie przetwarzania danych na potrzeby działalności ubezpieczeniowej. Dzieje się tak wyłącznie w odniesieniu do zagadnień, które zostały w niej bezpośrednio uregulowane − pozostałe kwestie, nie uwzględnione przez ustawę sektora ubezpieczeń, dalej regulowane są bezpośrednio przez u.o.d.o. − dotyczy to choćby norm opisujących: legalność przetwarzania, proces rejestracji zbiorów, zabezpieczenie formalnego i materialnego bezpieczeństwa przetwarzania, czy ustanawiania procedur i tworzenia dokumentacji przetwarzania danych.

4. Dostęp do danych na podstawie art. 16 ust. 4. u.d.u.

Przechodząc do analizy pierwszego przepisu dającego podmiotowi danych, na gruncie u.d.u., możliwość zapoznania się, w trybie wnioskowym, z danymi, jakie na jego temat zgromadzono w trakcie czynności ubezpieczeniowych, należy wskazać, iż dotyczy on relatywnie szerokiej grupy danych pozyskiwanych w „[...] celu ustalenia odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń lub wysokości świadczenia [...]”[12], czyli ujmując rzecz funkcjonalnie w trakcie tzw. „postępowania likwidacyjnego” dotyczącego ustalenia stanu faktycznego zdarzenia, zasadności zgłoszonych roszczeń i wysokości świadczenia.

W odróżnieniu od u.o.d.o. w tym wypadku mamy do czynienia nie tylko z prawem dostępu do informacji (co można by porównać − jeśli informacje owe oddawałyby bezpośrednio treść danych osobowych podmiotu danych − do art. 32 ust. 1 pkt 3 u.o.d.o.), ale i dostępem do dokumentów jako takich − przy czym na uwagę zasługuje fakt, że

[12] Pełne, obowiązujące brzmienie omawianej regulacji u.d.u. jest następujące: „Art. 16.1. Po otrzymaniu zawiadomienia o zajściu zdarzenia losowego objętego ochroną ubezpieczeniową, [...] zakład ubezpieczeń informuje o tym ubezpieczającego lub ubezpieczonego, jeżeli nie są oni osobami występującymi z tym zawiadomieniem, oraz podejmuje postępowanie dotyczące ustalenia stanu faktycznego zdarzenia, zasadności zgłoszonych roszczeń i wysokości świadczenia, a także informuje osobę występującą z roszczeniem [...], jakie dokumenty są potrzebne do ustalenia odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń lub wysokości świadczenia, jeżeli jest to niezbędne do dalszego prowadzenia postępowania [...]”.
4. Zakład ubezpieczeń ma obowiązek udostępniać osobom, o których mowa w ust. 1, oraz poszkodowanemu lub uprawnionemu, informacje i dokumenty gromadzone w celu ustalenia odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń lub wysokości świadczenia. Osoby te mogą żądać pisemnego potwierdzenia przez zakład ubezpieczeń udostępnionych informacji, a także sporządzenia na swój koszt kserokopii dokumentów i potwierdzenia ich zgodności z oryginałem przez zakład ubezpieczeń. Informacje i dokumenty zakład ubezpieczeń ma obowiązek udostępniać osobom, o których mowa w ust. 1, oraz poszkodowanemu lub uprawnionemu, na ich żądanie, w postaci elektronicznej. Sposób udostępniania informacji i dokumentów, zapewniania możliwości pisemnego potwierdzania udostępnianych informacji, a także zapewniania możliwości sporządzania kserokopii dokumentów i potwierdzania ich zgodności z oryginałem nie może wiązać się z wykraczającymi ponad uzasadnioną potrzebę utrudnieniami dla tych osób, zaś koszty sporządzenia kserokopii oraz udostępniania informacji i dokumentów w postaci elektronicznej ponoszone przez te osoby nie mogą odbiegać od przyjętych w obrocie zwykłych kosztów wykonywania tego rodzaju usług”.

wiąże się to z prawem bezpośredniego wglądu w dokumenty oraz możliwością sporządzania ich kopi (w tym kserokopii) i odpisów. Co więcej, ustawodawca przewidział również możliwość realizacji tych wszystkich uprawnień (udostępniania zarówno informacji, jak i dokumentów), na żądanie uprawnionych, w postaci elektronicznej − nie jest zatem dopuszczalne zawężenie opcji realizacji obowiązków zakładu ubezpieczeń do sytuacji osobistego stawiennictwa wnioskodawcy w lokalu administratora danych.

Zarówno sporządzanie kserokopii, jak i udostępnianie informacji i dokumentów w postaci elektronicznej może wiązać się z koniecznością poniesienia kosztów, które są wprawdzie określane arbitralnie przez administratora, jednakże „[...] nie mogą odbiegać od przyjętych w obrocie zwykłych kosztów wykonywania tego rodzaju usług [...]". Zasadny wydaje się być wniosek, iż tylko sporządzanie kserokopii bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń − na żądanie uprawnionego − lub podjęcie działań przy wykorzystaniu sprzętu udostępnionego przez taki podmiot wiąże się z możliwością nałożenia opłat. Podobnie przedstawia się sprawa udostępnienia elektronicznego − tylko te działania ubezpieczyciela, zmieniające formę prowadzonych dokumentów, które są podejmowane na bezpośrednie żądanie uprawnionego, powinny wiązać się z możliwością nałożenia opłat. Jeśli zakład ubezpieczeń dobrowolnie, np. z przyczyn organizacyjnych, samodzielnie dokonał działań polegających na digitalizacji posiadanych dokumentów, a następnie wpłynął do niego wniosek o ich udostępnienie w takiej właśnie formie, to nie powinien on „wtórnie" obciążać wnioskodawcy kosztami czynności już dokonanych i to niezależnie od zaistnienia takiej konieczności na gruncie art. 16 ust. 4 u.d.u. Podejście takie wydaje się być szczególnie uzasadnione, jeśli po dokonaniu digitalizacji zakład ubezpieczeń usunął oryginały dokumentów (co wydaje się być możliwe w odniesieniu do dokumentów sporządzanych bezpośrednio przez ten podmiot, jak i działania na jego zlecenie). Jeśli dokumenty posiadają pierwotnie wyłącznie formę elektroniczną, to nałożenie opłaty związanej z ich udostępnieniem może mieć miejsce w przypadkach szczególnie uzasadnionych − np. wnioskodawca żąda ich formy papierowej. Przeprowadzona analiza opiera się na założeniu funkcjonalnej interpretacji zalecenia, wyrażonego przez ustawodawcę, niewiązania procesów udostępniania informacji i dokumentów z „[...] wykraczającymi ponad uzasadnioną potrzebę utrudnieniami dla [...]" podmiotów chcących korzystać z przysługujących im praw. Jeśli bowiem koszty dotyczyć mają „sporządzania" kserokopii (lub wydruków) czy, wskazanych wyżej, zwykłych kosztów wykonywania usług związanych z elektroniczną formą udostępniania informacji (mogących z pewnością obejmować np. koszt nośników czy czasu pracownika poświęconego na wyszukanie informacji), to mniej korzystne rozwiązania można uznawać właśnie za sprzeczne z intencją ustawodawcy utrudnienia wykraczające „[...] ponad uzasadnioną potrzebę [...]".

Wobec braku konkretnych informacji o terminie realizacji wniosku, przyjąć można, iż powinien on urzeczywistniać wytyczne zmierzające do uwolnienia procesu poznawczego (czy też kontrolnego − jak można by powiedzieć, używając analogii art. 32 u.o.d.o.) od działań stanowiących utrudnienie wykraczające ponad uzasadnioną potrzebę. Być może dałoby się tu zastosować znane, m.in. w doktrynie prawa administracyjnego, pojęcie działania podejmowanego „[...] bez zbędnej zwłoki [...]", zwłaszcza że norma wynikająca z zasad generalnych sformułowanych w u.o.d.o. odwołuje się do okresu 30 dni związanych z procesem realizacji wniosku opartego na art. 32 tej ustawy. Sztywne stosowanie tego terminu, wydaje się być jednak nieuzasadnione, o ile więc zaistnieją przyczyny uzasadniające takie działanie (np.: konieczność odtworzenia dokumentacji, awaria sprzętu digitalizującego dokumenty itp.) nie powinno się postrzegać nawet dłuższego oczekiwania na informacje czy dokumenty jako nadmiernego utrudnienia realizacji praw gwarantowanych przez art. 16 u.d.u.

Analizowane normy mają za zadanie zagwarantowanie rzeczywistego dostępu do danych i dokumentów i jak wskazuje doktryna „[...] obecne brzmienie przepisu podkreśla jego funkcję ochronną i wynika z nagannej nieraz praktyki zakładów ubezpieczeń, utrudniających pod względem technicznym i finansowym dokonywanie takiego korzystania z akt szkodowych i w istocie ograniczanie takiego dostępu [...] obecnie zakład ubezpieczeń ma obowiązek udostępnić nie tylko dokumenty mające wpływ na ustalenie jego odpowiedzialności lub wysokości świadczenia, ale wszystkie gromadzone w tym celu, a sposób ich udostępniania nie może wiązać się z wykraczającymi poza uzasadnioną potrzebę utrudnieniami dla tych osób ani też z kosztami wyższymi niż stosowane na rynku przeciętne koszty sporządzania odpisów (w istocie wykonywania kserokopii). Prawo wglądu do akt szkodowych uregulowane tak precyzyjnie jest niewątpliwie zmianą korzystną, a osoba uprawniona, spotykając się z trudnościami w tym zakresie może doprowadzić do uruchomienia mechanizmów kontrolnych wobec zakładu ubezpieczeń [...]"[13].

[13] Z. Brodecki (red.) [*et al.*], *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz. Tom I. Komentarz do przepisów prawnych o funkcjonowaniu rynku ubezpieczeń*, wyd. II, Warszawa 2010, s. 63.

5. Dostęp do danych na podstawie art. 21 ust. 3 u.d.u.

Całość regulacji, której ustęp trzeci jest przedmiotem naszego szczególnego zainteresowania[14], dotyczy generalnie jednoznacznego rozstrzygnięcia problemu warunków dopuszczalności, zakresu i skutków badań diagnostycznych, jakim dobrowolnie poddać się może, choć na żądanie zakładu ubezpieczeń, osoba mająca zostać ubezpieczona lub osoba, na rzecz której ma zostać zawarta umowa ubezpieczenia. Podobnie jak poprzednio omawiany, również ten fragment u.d.u. pełni rolę gwarancyjną mającą zabezpieczyć interesy jednostki w starciu z mającym większe możliwości działania towarzystwem ubezpieczeniowym. W tym przypadku ustawodawca stara się ograniczyć możliwość jego ingerencji w sferę życia prywatnego jednostki, a biorąc pod uwagę rodzaj gromadzonych danych, chodzi tu nawet o tę jej część, którą zwykło się określać mianem sfery intymnej. Sama ingerencja nie powinna wykraczać poza niezbędne minimum, dające się ustalić ma podstawie przesłanek wskazanych przez ustawodawcę.

Po pierwsze, ustawodawca zakłada, iż badaniom tym jednostka może się poddać jedynie dobrowolnie. Dodatkowo, w sposób wiążący, przesądza o zakazie jakichkolwiek badań genetycznych, które nie mogą być prowadzone nawet w przypadku uzyskania pisemnej zgody poddającego się im − co byłoby dopuszczalne, gdyby posługiwać się w tym zakresie wyłącznie u.o.d.o.

Po drugie, zakazuje wysuwania żądań dotyczących przeprowadzania badań diagnostycznych, ale i akceptowania inicjatywy osoby pragnącej poddać się takim badaniom, jeśli ich podjęcie wiązałoby się z ryzykiem większym niż minimalne. Przy czym oczywiste jest, iż nie chodzi tu o ryzyko związane z powodzeniem negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami umowy ubezpieczenia, ale o ryzyko wywołania negatywnych następstw dla zdrowia poddającej się im osoby. Wiele dopuszczalnych obecnie badań diagnostycznych ma bowiem charakter, mniej lub bardziej, inwazyjny, wiążący się, w przypadku specyficznych schorzeń, nawet z ryzykiem utraty życia pacjenta. Pomimo konieczności prowadzenia ich w sytuacjach bezpośredniego zagrożenia życia pacjenta, należy dążyć do ich ograniczenia czy wręcz eliminacji w przypadku, kiedy nie są one uzasadnione tak poważnymi względami medycznymi.

[14] „Art. 21. 1. Zakład ubezpieczeń może zażądać, aby ubezpieczony lub osoba na rzecz której ma zostać zawarta umowa ubezpieczenia poddała się badaniom lekarskim lub badaniom diagnostycznym z minimalnym ryzykiem, z wyłączeniem badań genetycznych, w celu oceny ryzyka ubezpieczeniowego, ustalenia prawa do świadczenia i wysokości tego świadczenia. [...] 3. Na żądanie ubezpieczonego lub osoby, z którą lub na rzecz której nie została zawarta umowa ubezpieczenia na skutek odmowy zawarcia tej umowy przez zakład ubezpieczeń lub rezygnacji tej osoby z zawarcia umowy, zakład ubezpieczeń jest obowiązany udostępnić wyniki badań, o których mowa w ust. 1. W przypadku śmierci ubezpieczonego zakład ubezpieczeń jest obowiązany udostępnić wyniki badań ubezpieczonego także na żądanie uposażonego lub uprawnionego z umowy ubezpieczenia, jeżeli wyniki badań ubezpieczonego miały wpływ na całkowitą lub częściową odmowę wypłaty świadczenia".

Po trzecie, same badania, a zatem i zakres gromadzonych w ich wyniku danych osobowych (realizując fundamentalną na gruncie u.o.d.o. zasadę niezbędności) muszą mieścić się w celu wskazanym przez ustawodawcę jako alternatywne połączenie trzech przesłanek: konieczności określenia ceny ryzyka ubezpieczeniowego, ustalenie prawa do świadczenia lub ustalenie wysokości świadczenia. Wystąpienie nawet jednej z nich pozwala oczekiwać, iż potencjalny klient zakładu ubezpieczeń zgodzi się na przeprowadzenie badania diagnostycznego. Wprawdzie, wymieniając dopuszczalne cele takiego badania, ustawodawca używa spójnika „i w przypadku dwu końcowych, to jednak wykładnia funkcjonalna nie pozwala przyjąć założenia o konieczności łącznego realizowania tych dwu przesłanek. Istnieją bowiem ubezpieczenia ze stałą, z góry określoną sumą odszkodowania, w przypadku których zasadne jest oczywiście prowadzenie badań diagnostycznych w celu określenia wyjściowego stanu zdrowia podmiotu danych, jeśli od jego pogorszenia uzależniona jest możliwość spełnienia świadczenia − niemniej nie zachodzi tu druga okoliczność, wysokość świadczenia nie jest bowiem w ich wypadku elastyczna. Jak wskazuje doktryna, należy też zauważyć, że „[...] żądanie zakładu ubezpieczeń poddania się badaniom dotyczy jedynie stadium przed zawarciem umowy ubezpieczenia. Żądanie takie więc nie może być skutecznie sformułowane i nie może stanowić podstawy odmowy wypłaty świadczenia, po zawarciu umowy ubezpieczenia, jeżeli uprawniony będzie w stanie udowodnić w inny sposób zasadność swojego roszczenia [...]”[15].

Po czwarte, ustawodawca z góry przesądza o tym, ze koszty badań diagnostycznych ponosić ma wyłącznie zakład ubezpieczeń, co samo w sobie stanowić może przesłankę ograniczającą skalę żądań wysuwanych przez ubezpieczycieli. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, fakt przerzucenia ciężaru kosztów na zakłady ubezpieczeń w sposób bezwzględnie obowiązujący „[...] oznacza, że wszelkie inne ustalenia stron w tym przedmiocie będą uznane za nieważne. Koszty badań, jeżeli byłyby poniesione przez ubezpieczonego, będą przez zakład ubezpieczeń zwrócone [...]”[16]. Co ciekawe, przyjęte w szczególnie nas interesującym ust. 3 omawianego artykułu rozwiązanie prawne niesie ze sobą również określoną korzyść dla samego zakładu ubezpieczeń. W sytuacji prowadzenia działalności komercyjnej nie do pogardzenia jest bowiem możliwość ograniczenia czy wręcz uniknięcia „[...] pewnej patologii wśród osób rzekomo poszukujących ochrony ubezpieczeniowej, [...] (którą osiągnięto poprzez − przyp. autorów) możliwość żądania przez ubezpieczyciela pokrycia kosztów badań w sytuacji

[15] Z. Brodecki (red.) [*et al*.], *op. cit*., s. 70.
[16] *Ibidem.*

zwrócenia się o ich udostępnienie przez osobę, z którą, lub na rzecz której nie została zawarta umowa ubezpieczenia [...]"[17].

Dochodząc ostatecznie do właściwego pola badawczego dotyczącego zasad udostępniania informacji o podmiocie danych, należy podkreślić, iż w tym przypadku mamy do czynienia z jeszcze węższym niż poprzednio zakresem udostępnienia. Ustawodawca zakłada bowiem, iż zakład ubezpieczeń jest obowiązany udostępnić wyniki badań diagnostycznych poprzedzających zawarcie umowy ubezpieczenia. Inne badania i ich wyniki zgromadzone np. w ramach postępowania likwidacyjnego nie są zatem objęte tym trybem udostępnienia. Dodatkowo nie dysponujemy tym razem jednoznaczną odpowiedzią, czy chodzi o treść tych informacji, czy o dostęp do dokumentów zawierających te dane. Z uwagi na charakter dokumentacji medycznej, skłonni jesteśmy przyjąć, że pojęcie wyników może obejmować również oryginały dokumentów − np. obowiązek ujawnienia dotyczyć będzie nie tylko części informacji zawartych w epikryzie dołączonej do badań TK, EKG, EEG itp., ale również udostępnienie samego nośnika zawierającego jego zarejestrowany przebieg.

Warto podkreślić, że dostęp do takich wyników jest gwarantowany w sposób pełny, a „[...] zakład ubezpieczeń nie może odmówić udostępnienia wyników badań osobom wskazanym w ust. 3, choćby umowa ubezpieczenia nie została zawarta lub choćby nastąpiła odmowa wypłaty świadczenia. Jest to spowodowane m.in. faktem, że niektóre z badań lekarskich/diagnostycznych są tego rodzaju, iż nie powinny być często powtarzane, a więc nieudostępnienie ich osobie badanej mogłoby narazić ją na uszczerbek na zdrowiu (spowodowany koniecznością ponownego badania). Nieuniknione jest również wykorzystanie przez niektóre badane osoby faktu zawarcia umowy ubezpieczenia do przeprowadzenia badań na koszt zakładu ubezpieczeń (bez zamiaru utrzymania ochrony ubezpieczeniowej) [...]"[18], sam fakt zawarcia umowy wyklucza bowiem, w świetle literalnego brzmienia art. 21 ust. 4 u.d.u., możliwość obciążenia kosztami badań osoby uprawnionej do dostępu do ich wyników. Ustawodawca nie daje również możliwości częściowego rozłożenia tych ciężarów na obie strony stosunku ubezpieczeniowego, nawet w przypadku gdyby sam stosunek był krótkotrwały i ustał z winy podmiotu występującego z żądaniem (np. wskutek nieopłacania składek).

W omawianej regulacji zbliżamy się możliwie blisko standardu wynikającego z u.o.d.o. również, z punktu widzenia podmiotowej strony przyznanych uprawnień. Jak się wydaje, w ust. 3 mamy bowiem do czynienia z ustanowieniem reguły pozwalającej na realizację dostępu do treści danych jedynie na rzecz, osoby której dane dotyczą. Wniosek taki uzasadnić można tym, że „[...] wyniki badań medycznych mogą

[17] *Ibidem.*
[18] *Ibidem*, s. 70−71.

być udostępnione wyłącznie ubezpieczonemu lub osobie, na której rzecz umowa została zawarta. Wyników takich nie można więc już udostępniać ubezpieczającemu (jeżeli nie jest jednocześnie ubezpieczonym) ani osobie uprawnionej do świadczenia (beneficjentowi), ale tylko osobom, które były poddane takim badaniom [...]"[19]. Wprawdzie w przypadku śmierci takiej osoby (co opisuje zdanie drugie analizowanego przepisu) ograniczone możliwości dostępu uzyskują również uposażony lub uprawniony z umowy ubezpieczenia, ale z punktu widzenia u.o.d.o. dane te tracą cechy danych osobowych nie dotyczą bowiem żyjącej osoby fizycznej − co w świetle definicji z art. 6 u.o.d.o. stawia je poza sferą regulowaną przez ten akt[20].

Ustawodawca ponownie nie odnosi się do terminu, w którym należy zadośćuczynić żądaniom uprawnionych podmiotów, z uwagi na charakter udzielanych informacji sądzimy jednak, że powinien być on możliwie szybki, co służyć będzie zachowaniu maksymalnej przydatności przeprowadzonych badan diagnostycznych dla celów związanych z leczeniem potencjalnego pacjenta. W przypadku udostępniania informacji o zmarłym, potrzeba pilności podejmowanych działań nie znajduje jednak uzasadnienia i można je udostępniać przy zastosowaniu zwykłych procedur informacyjnych.

Istotnym problemem, jaki napotykamy przy próbie rozdzielenia zakresu regulacji dwu omawianych dotychczas norm u.d.u. wynikających z art. 16 ust. 4 i 21 ust. 3, jest konieczność udzielenia odpowiedzi co do tego, czy gromadzone w postępowaniu likwidacyjnym informacje i dokumenty mogą obejmować wyniki badań, do udostępniania których upoważnia druga norma. Jeśli taka możliwość występowałaby w rzeczywistości mogłoby to skutkować obciążeniem wnioskodawców kosztami wytworzenia kserokopii dokumentacji zawierającej wyniki badań diagnostycznych lub udostępnienia ich w formie elektronicznej na zasadach opisanych w art. 16 u.d.u.

Naszym zdaniem, interpretacja taka nie powinna być jednak brana pod uwagę, ze względu na odrębność stadiów postępowania zmierzającego do zawarcia, a następnie do prawidłowej realizacji umowy ubezpieczenia, w których dochodzi do zgromadzenia i wykorzystania dokumentacji medycznej dotyczącej stanu zdrowia określonego podmiotu danych (w oparciu o art. 21 i 16 u.d.u.), a co za tym idzie rozdzielności czasowej momentów, w których towarzystwa ubezpieczeniowe wykorzystują wyniki badan diagnostycznych i adekwatne do nich informacje (nierzadko można nawet mówić o tożsamości przedmiotowej informacji gromadzonych w oparciu o art. 21 i 22 u.d.u.[21]) z innych

[19] *Ibidem.*

[20] Na marginesie dodajmy, że przyjęcie szerszego kręgu podmiotów mających dostęp do danych medycznych dotyczących zmarłych może budzić pewne wątpliwości w świetle obowiązujących przepisów dotyczących praw pacjentów − wątek ten, choć ciekawy, nie mieści się z zakresie prowadzonych rozważań.

[21] „Art. 22.1. **Zakład ubezpieczeń może uzyskać** odpłatnie od podmiotów wykonujących działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, które udzielały świadczeń zdrowotnych ubezpieczonemu lub osobie, na rachunek której ma zostać zawarta umowa ubezpieczenia, **informacje**

źródeł zbieranych nie tylko na potrzeby postępowania zmierzającego do zawarcia umowy, ale również na potrzeby postępowania likwidacyjnego. Wykorzystanie informacji zgromadzonych w ramach badań diagnostycznych, wskazanych w art. 21 u.d.u., kończy się zasadniczo[22] w momencie zawarcia umowy ubezpieczenia.

Użycie wyników badań diagnostycznych na tym etapie wiąże się z kilkoma znaczącymi dla zakładu ubezpieczeń konsekwencjami. W oparciu o te informacje może on całkowicie odmówić zawarcia umowy, może też jednak, licząc się z potencjalnymi zagrożeniami (poznanymi dzięki przeprowadzeniu badań diagnostycznych), przyjąć na siebie ryzyko ubezpieczeniowe, dokonując jednocześnie jego kompensacji poprzez modyfikację kilku możliwych zmiennych, np.: podwyższy grupę ryzyka ubezpieczonego – co najczęściej prowadzi do wzrostu składki, obniży sumę ubezpieczenia, skróci okres obowiązywania umowy, wprowadzi okresy karencyjne itd. Przyjąwszy ryzyko, poprzez zawarcie umowy ubezpieczyciel potwierdza jednocześnie zdolność podmiotu danych poddanego badaniom diagnostycznym do nawiązania takiego stosunku, traci zatem główny cel przetwarzania danych diagnostycznych – niemniej ich przechowywanie mieści się w zakresie jego obowiązków z uwagi na powiązane z celem podstawowym cele poboczne wynikające z przepisów prawa, a ściśle rzecz ujmując, z art. 21 ust. 3 u.d.u.

Na marginesie dodajmy, iż jeśli pozyskanie analogicznych danych diagnostycznych opiera się na art. 22 u.d.u., to dopuszczalny ustawowo zakres celowościowy ich wykorzystania jest dużo szerszy i różne jego składowe elementy obecne są przez cały okres ubezpieczenia, w szczególności obejmując stadium likwidacji roszczeń (tzw. szkód i świadczeń), a wygasają ostatecznie dopiero po upływie okresów przedawnienia roszczeń z tytułu zawieranych umów.

---

o okolicznościach związanych z oceną ryzyka ubezpieczeniowego i weryfikacją podanych przez tę osobę danych o jej stanie zdrowia, ustaleniem prawa tej osoby do świadczenia z zawartej umowy ubezpieczenia i wysokością tego świadczenia, a także informacje o przyczynie śmierci ubezpieczonego, z wyłączeniem wyników badań genetycznych. 2. Z żądaniem przekazania informacji, o których mowa w ust. 1, występuje lekarz upoważniony przez zakład ubezpieczeń. 3. Wystąpienie zakładu ubezpieczeń o informację, o której mowa w ust. 1, wymaga pisemnej zgody ubezpieczonego lub osoby na rzecz której ma zostać zawarta umowa ubezpieczenia albo jej przedstawiciela ustawowego" − podkreślenie autorów.

[22] Oznaczać to będzie, w zasadzie, zakończenie etapu aktywnego wykorzystywania tych informacji i konieczność ich archiwizowania − z zastrzeżeniem wykorzystania w celu określonym w art. 21 ust. 3 u.d.u. Nie można wprawdzie wykluczyć ich użycia przez zakład ubezpieczeń również w innym celu np. związanym z postępowaniem zmierzającym do wykazania fałszowania tej dokumentacji, niemniej będzie to raczej wyjątek od reguły i z pewnością nie powinno utożsamiać się takiego działania z postępowaniem likwidacyjnym.

6. Dostęp do danych na podstawie art. 25 ust. 3 u.d.u.

Ostatnim przepisem poddanym analizie jest art. 25 u.d.u., który na gruncie u.o.d.o. można by określić jako podstawę prawną pozyskiwania danych osobowych od podmiotów innych niż osoba, której dane dotyczą, bez konieczności realizacji zindywidualizowanego obowiązku informacyjnego z art. 25 u.o.d.o. (po każdorazowym utrwaleniu pozyskanych danych) z uwagi na fakt ustanowienia innego trybu dostępu do informacji pozyskiwanych w ten sposób.

Możliwość pozyskiwania informacji od sądów, prokuratury, policji i innych organów i instytucji wymaga odpowiedzi, czy chodzi wyłącznie o organy i instytucje państwowe lub publiczne, czy też w grę wchodzi szerszy krąg podmiotów posiadających jakieś organy wewnętrzne (np: spółki) − w tym zakresie doktryna zajmuje dość jednoznaczne stanowisko[23], wskazując, że chodzi o organy państwowe. Naszym zdaniem otwarta formuła przepisu nie przesądza o tym jednoznacznie i można ewentualnie rozważać rozszerzenie kręgu podmiotów będących źródłem informacji dla zakładów ubezpieczeniowych na podmioty samorządowe − np. straże miejskie i wiejskie, co można uzasadniać tym, że zakres pozyskiwanych w tym trybie informacji musi mieć związek z zaistniałym „[...] wypadkiem lub zdarzeniem będącym podstawą ustalania odpowiedzialności [...]". Dodatkową okolicznością niezbędną do udzielenia informacji o stanie sprawy znajdującej się w gestii podmiotu przekazującego informacje lub udostępniającego zebrane w sprawie materiały jest wystąpienie przesłanki niezbędności w związku z koniecznością ustalenia okoliczności tych wypadków i zdarzeń losowych mogących mieć wpływ na zobowiązania ubezpieczyciela, a w szczególności na wysokość odszkodowania lub świadczenia. Ocena, czy stosunek taki występuje, zależy, jak się wydaje, od podmiotu udostępniającego − co bywa krytykowane w doktrynie[24].

Samo udostępnienie podmiotowi danych zebranych w tym trybie informacji oparte jest o niepełne przesłanki, bowiem ustanawiający taki obowiązek ust. 3 analizowanego art. 25[25] u.d.u. nie obejmuje kilku zagadnień niezbędnych do wyjaśnienia wszystkich jego okoliczności. Podobnie jak to miało miejsce w przypadku art. 16 u.d.u., również jej

[23] Zob. np. K. Przewalska, M. Orlicki, *Nowe prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz−Warszawa −Poznań 2004, s. 31; Z. Brodecki (red.), M. Glicz (red.), M. Serwach (red.), M. Adamowicz, A. Brodecka-Chamera, D. Fuchs, B. Janyga, S. Koroluk, J. Kruczalak-Jankowska, K. Malinowska, D. Maśniak, J. Nawracała, E. Spigarska, E. Wieczorek, A. Wowerka, *op. cit*., s. 73.

[24] Zob. np. E. Kowalewski, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz−Toruń 2002, s. 64.

[25] „Art. 25. 1. Sądy, prokuratura, Policja oraz inne organy i instytucje, na wniosek zakładu ubezpieczeń, w zakresie zadań przez ten zakład ubezpieczeń wykonywanych i w celu ich wykonania, w związku z wypadkiem lub zdarzeniem będącym podstawą ustalania odpowiedzialności, udzielają informacji o stanie sprawy oraz udostępniają zebrane materiały, jeżeli są one niezbędne do ustalenia okoliczności tych wypadków i zdarzeń losowych oraz wysokości odszkodowania lub świadczenia. [...] 3. Zakład ubezpieczeń ma obowiązek, na żądanie ubezpieczonego, uposażonego lub uprawnionego z umowy ubezpieczenia lub poszkodowanego, udostępnić posiadane przez siebie informacje związane z wypadkiem lub zdarzeniem

art. 25 ustanawia szeroki krąg potencjalnych odbiorców, pozyskanych w wyniku zastosowania tego przepisu informacji. Odmiennie jednak niż we wspomnianym art. 16 rozwiązanie przyjęte w art. 25 ust. 3 u.d.u. zdaje się zawężać ich uprawnienia do samej treści informacji (co odpowiadałoby modelowi wynikającemu z u.o.d.o.) − niekoniecznie obejmując zakresem swej regulacji dostęp do materiałów uzyskanych przez zakłady ubezpieczeń w wyniku składania stosownych wniosków do sądów, prokuratury czy policji. Jeśli w ust. 1 tego artykułu doszło do wyraźnego odróżnienia udzielania informacji od udostępnienia materiałów, czego zabrakło w ust. 3, nie ma, naszym zdaniem, znaczących przesłanek przemawiających za objęciem uprawnieniami informacyjnymi tej kategorii nośników informacji.

Podobnie jak to miało miejsce we wcześniej analizowanych przepisach, również tutaj brakuje informacji o terminach, w których informacje mają zostać udzielone. Z uwagi na przedmiot i charakter tych informacji nie wydaje się być uzasadnione postulowanie wprowadzenia jakichś terminów szczególnych, a zasady zwykłego procedowania, przyjęte przez zakłady ubezpieczeń w kontaktach z klientami, powinny dawać wystarczającą gwarancję realizacji omawianego uprawnienia.

Jeśli przyjmiemy założenie, że w omawianym wypadku nie chodzi o dostęp do dokumentacji („materiałów") zgromadzonych w związku z wypadkiem lub zdarzeniem i wykonywania ich kopii, a jedynie o udzielenie informacji na temat zawartych tam danych, uzasadnione jest pominięcie przez ustawodawcę kwestii kosztów udzielania tego typu informacji. Działania te nie są na tyle uciążliwe, by generować jakieś znaczące, nadzwyczajne w kontekście utrzymywania „normalnych" relacji z klientami, koszty, a zatem udzielanie tego typu informacji powinno pozostawać (zgodnie z modelowym rozwiązaniem przyjętym w u.o.d.o.) bezpłatne.

7. Konsekwencje u.d.u. w zakresie dostępu do informacji o podmiocie danych w relacji z uprawnieniami wynikającymi z u.o.d.o.

Zdajemy sobie sprawę z dokonania pewnego uproszczenia przy utożsamieniu podmiotu danych, o którym mowa w u.o.d.o., z osobami uprawnionymi do korzystania z norm wynikających z analizowanych przepisów u.d.u. Niemniej z pewnością jedną z grup ich adresatów są właśnie osoby, których dane dotyczą w rozumieniu przepisów u.o.d.o. Dla uniknięcia dodatkowego komplikowania i tak dość zawiłych wywodów,

będącym podstawą ustalenia jego odpowiedzialności oraz ustalenia okoliczności wypadków i zdarzeń losowych, jak również wysokości odszkodowania lub świadczenia".

celowo staraliśmy się pominąć ten aspekt gwarancji prawa dostępu do informacji i dokumentów, zawartych w ustawie ubezpieczeniowej.

Żaden z jej omawianych przepisów nie obejmuje przedmiotem swej regulacji całości dokumentacji i informacji gromadzonych w toku dokonywania czynności ubezpieczeniowych. Zważywszy na ich charakter (są wyjątkami od standardu wynikającego z *lex generali*), należy traktować je jako reguły pozwalające na odstępstwo od zasad u.o.d.o. tylko w ścisłym zakresie ich regulacji, a próby przeprowadzania wykładni rozszerzającej pole ich oddziaływania powinny być, naszym zdaniem, uznawane za sprzeczne z obowiązującymi regułami wykładni prawa. Wniosek taki pozostawia zatem otwarty problem możliwości bezpośredniego stosowania zasad generalnych, w związku z żądaniami formułowanymi przez podmiot danych w oparciu o art. 32 u.o.d.o.

Nie należy zapominać o art. 20 u.d.u.[26], który dodatkowo rozszerza krąg podmiotów niedopuszczonych do wiedzy na temat pełnego spektrum procesów udostępniania danych. Wyklucza się w nim udzielanie tego typu informacji nie tylko osobom, których dotyczyły udostępniane dane, ale i osobom trzecim. Wprowadzenie tej regulacji dodatkowo świadczy o tym, że reguły u.d.u. w odniesieniu do procesów przetwarzania posiadają charakter wyjątku (tu rozszerzającego krąg niedopuszczanych do wiedzy o podmiotach, które zapoznawały się m.in. z informacjami o charakterze osobowym), na gruncie u.o.d.o. informacje te i tak nie zostałyby udostępnione podmiotowi danych, policja nie posiadała bowiem w opisanej sytuacji statusu „odbiorcy danych" − a tylko o takich podmiotach administrator ma obowiązek poinformować korzystającego z praw gwarantowanych w art. 32 u.o.d.o.

Naszym zdaniem wyjątki ustanowione w u.d.u., nie obejmując całości procesów przetwarzania danych w obszarze obowiązku udostępniania danych ich podmiotowi, pozwalają towarzystwom ubezpieczeniowym stosować bezpośrednio u.o.d.o. zawsze tam, gdzie nie mamy do czynienia z sytuacjami, do których bezpośrednio odnoszą się art. 16 ust. 4, art. 21 ust. 3 i art. 25. ust 3. u.d.u. Pozwalają zatem zawęzić obowiązki informacyjne towarzystw do reguł wynikających z modelowego rozwiązania opisanego w u.o.d.o., nie przewidują możliwości bezpośredniego wglądu w dokumenty znajdujące się w zbiorze (teczce ubezpieczonego), a jedynie gwarantują prawo do poznania treści danych osobowych w nich ujętych. Z drugiej strony należy pamiętać o bardzo szerokiej definicji danych osobowych przyjętej w polskim i europejskim systemie prawnym. Ma ona charakter otwarty i zgodnie z jej zasadami za dane osobowe należy

[26] „Art. 20. 1. Zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za pośrednictwem których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, są obowiązane zachować w tajemnicy informację o przekazaniu Policji danych na zasadach określonych w art. 20 ust. 4−10 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. 2. Zachowanie tajemnicy, o której mowa w ust. 1, obowiązuje wobec strony umowy ubezpieczenia oraz osób trzecich".

uznawać „[...] wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej osoby fizycznej [...]", a co do tego, że dokumenty gromadzone w związku z realizacją konkretnej umowy z założenia powinny dotyczyć osób zidentyfikowanych lub możliwych do zidentyfikowania, wątpliwości być nie powinno. Obecne brzmienie art. 6 u.o.d.o.[27] różni się wprawdzie od pierwotnego, ale w chwili uchwalania u.d.u. miało ono już obecny kształt, można zatem przyjąć, że treść dokumentów zgromadzonych przez cały okres obowiązywania i realizacji umowy ubezpieczenia – jeśli dotyczy w jakimkolwiek kontekście osób ubezpieczonych − stanowi ich dane osobowe i może być przez nie poznana, w trybie i zakresie wynikającym z art. 32 i 33 u.o.d.o., jeśli nie stoją temu na przeszkodzie przesłanki wskazane w art. 34 u.o.d.o.

Sądzimy ponadto, że można generalnie podzielić stanowisko odnoszące się do wzajemnej relacji omawianych wyżej przepisów u.d.u., w myśl którego z „[...] art. 16 i 25 wynika jednoznacznie, że dokumenty i informacje (w znaczeniu ogólnym bez zakresu rzeczowego powyższych), powinny być udostępniane ubezpieczającym, ubezpieczonym, uprawnionym, uposażonym itp. Natomiast w art. 21 ust. 3 mowa jest tylko i wyłącznie o dokumentacji medycznej będącej wynikiem badań lekarskich lub diagnostycznych przeprowadzanych na zlecenie ubezpieczyciela. W odniesieniu do tych danych prawo wglądu mają ubezpieczeni lub osoby, na których rzecz (wydaje się, że w rozumieniu art. 808 k.c.) umowa została zawarta. Zatem przepisy art. 21 ust. 3 należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do art. 16 ust. 4 i art. 25 ust. 3 zgodnie z zasadą derogacyjną *lex specialis derogat legi generali* i dane medyczne ujawniać tylko osobom wymienionym w art. 21 ust. 3, natomiast pozostałe dokumenty i informacje − wszystkim osobom, o których mowa w art. 16 i 25"[28].

Reasumując przyjęte postulaty i wyciągnięte na ich podstawie wnioski, można stwierdzić, że zakłady ubezpieczeń gromadzą dane osobowe, które, stosując kryteria przedmiotowo-źródłowe, można, w celu wskazania zasad ich udostępniania podmiotom, których one dotyczą, podzielić co najmniej na pięć grup:

a) dane gromadzone na etapie negocjacji przed zawarciem umowy ubezpieczenia, obejmujące informacje ujawnione w toku badań diagnostycznych przeprowadzanych na żądanie zakładu ubezpieczeń;

[27] „Art. 6. 1. W rozumieniu ustawy za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. 2. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. 3. Informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań".

[28] Z. Brodecki (red.), M. Glicz (red.), M. Serwach (red.), M. Adamowicz, A. Brodecka-Chamera, D. Fuchs, B. Janyga, S. Koroluk, J. Kruczalak-Jankowska, K. Malinowska, D. Maśniak, J. Nawracała, E. Spigarska, E. Wieczorek, A. Wowerka, *op. cit.*, s. 74.

b) dane gromadzone w toku postępowania likwidacyjnego zawarte w informacjach i dokumentach pochodzących z różnych źródeł (w szczególności od podmiotu danych wynikających z ustaleń pracowników i współpracowników zakładu ubezpieczeń: lekarzy orzeczników, rzeczoznawców, ekspertów, likwidatorów itd., oraz podmiotów wykonujących działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej) z wyłączeniem źródeł wskazanych w art. 25 u.d.u.;
c) dane gromadzone w toku postępowania likwidacyjnego, uzyskane w oparciu o art. 25 u.u.d., pochodzące z sądów, prokuratury, policji oraz innych organów i instytucji, zawierające informacje o stanie sprawy oraz zebrane w niej materiały, jeżeli są one niezbędne do ustalenia okoliczności wypadków i zdarzeń losowych oraz wysokości odszkodowania lub świadczenia, za które odpowiedzialność ponosi zakład ubezpieczeń;
d) dane gromadzone na etapie negocjacji umowy niezbędne do jej zawarcia, obejmujące informacje udostępnione przez podmiot danych lub uzyskane za jego zgodą (głównie w postaci oświadczeń i innych dokumentów), nie obejmujące wyników badań diagnostycznych przeprowadzanych na żądanie zakładu ubezpieczeń;
e) dane gromadzone w wyniku podejmowania czynności ubezpieczeniowych nie przynależące do żadnej ze wskazanych wcześniej kategorii (np.: informacje dotyczące opłacania składek, wysokości zgromadzonych kapitałów itd.).

Udostępnienie danych osobowych objętych kategorią a) następuje zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 21 ust. 3 u.d.u.

Dane wskazane w pkt b) udostępnia się na podstawie reguł zawartych w art. 16 ust. 4 u.d.u., zaś te, które należą do grupy informacji opisanych w pkt c), należy (po ich formalnym wyodrębnieniu spośród pozostałych danych likwidacyjnych) udostępniać w zgodzie z art. 25 ust. 3 u.d.u.

Wobec braku, na gruncie u.d.u., odrębnych regulacji mówiących o udostępnieniu danych ich podmiotowi[29] dotyczących informacji z grupy d) i e) uzasadniony zdaje się być postulat udostępniania ich na podstawie ogólnych zasad wynikających z u.o.d.o. Przyjęcie takiego rozwiązania uzasadnione jest choćby tym, że wyjątki zawarte w u.d.u. nie powinny być interpretowane rozszerzająco − co jest standardowym podejściem

[29] W rozumieniu u.o.d.o. − a więc osoby, której dane dotyczą. Tajemnica ubezpieczeniowa obejmująca poszczególne umowy chroni m.in. informacje zebrane w związku z czynnościami ubezpieczeniowymi podejmowanymi dla ich realizacji. Może i powinna być zatem postrzegana jako gwarancja ochrony tych informacji przed udostępnianiem ich podmiotom zewnętrznym − rozbudowany katalog takich właśnie podmiotów, wskazany w art. 19 ust. 2 u.d.u., wobec których reguły tajemnicy nie są w pełni skuteczne, dobitnie o tym świadczy. Wśród wymienionych nie wskazano jednak stron poszczególnych umów czy osób uprawnionych do świadczeń, co przy jednoczesnych, licznych nakazach informacyjnych wynikających z u.d.u., wyraźnie świadczy, iż nie jest intencją ustawodawcy posługiwanie się w kontaktach z tymi osobami nakazami wynikającymi z tajemnicy ubezpieczeniowej.

wynikającym z reguł wykładni prawa. Przyjęcie innego rozwiązania mogłoby też prowadzić do nieuzasadnionego obejmowania procesów związanych z udostępnianiem informacji opłatami − a modelowo czynności te powinny pozostawać wolne od kosztów. Objęcie danych osobowych przetwarzanych w ramach grupy d) i e) ogólnymi regułami u.o.d.o. daje jednak asumpt do stwierdzenia, iż nie wszystkie dane osób, których one dotyczą, mogą być udostępniane wszystkim podmiotom wskazanym w umowie (np. jeśli nie wynika to z reguł u.d.u., uposażony w umowie nie zyskuje automatycznego dostępu do danych ubezpieczonego).

Zdaniem autorów, dane osobowe znajdujące się w dyspozycji zakładów ubezpieczeniowych, w związku z podejmowanymi czynnościami ubezpieczeniowymi, należy udostępniać podmiotom danych w oparciu o cztery odrębne zespoły reguł prawnych, które staraliśmy się wskazać.

Joanna Żak
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Koncepcja „prawa do bycia zapomnianym”

1. Wprowadzenie

Sieć stała się dla współczesnych takim samym „miejscem” spędzania czasu, rozwijania zainteresowań i budowania relacji jak domy i mieszkania. Coraz częściej mówi się jednak o zagrożeniach Internetu, urastającego w pewnym sensie do rangi przestrzeni o nieokreślonej kubaturze, bezpowrotnie pochłaniającej wszelkie umieszczone w niej dane[1]. Potencjał administratorów informacji rośnie wraz ze wzrostem ilości udostępnień, a konieczność zaprojektowania kompleksowych ram prawnych, zabezpieczających społeczeństwo, a jednocześnie niehamujących w sposób nieuzasadniony urzeczywistniania fundamentalnych praw i wolności jest dla współczesnych prawodawców wyzwaniem, któremu dotychczas nie sprostali. Znamienne wydają się w tym świetle słowa G. Orwella: „Kto kontroluje przeszłość, kontroluje przyszłość. Kto kontroluje teraźniejszość, kontroluje przeszłość”[2].

Koncepcja „prawa do bycia zapomnianym” ewoluowała w warunkach rewolucyjnych przemian technologicznych, a konsekwencją jej urzeczywistniania stały się pierwsze propozycje zmian regulacji dotyczących szeroko pojmowanej sfery ochrony danych w sieci. Najszerszym kontekstem, w którym należałoby ją umieścić, jest ochrona prywatności[3], stanowiąca obszar niebywale wrażliwy na skutki zachowań podmiotów w związku z przetwarzaniem, przechowywaniem i udostępnianiem informacji (pojmowanych bardzo szeroko jako rozmaite kategorie danych). Mimo że dążenie do wysokiej jakości jego ochrony wydaje się być dziś swoistym międzynarodowym standardem[4],

---

1 Niektórzy autorzy wypowiadają się krytycznie odnośnie do takiego pojmowania sieci i Internetu. Zob. I. Szekely, *The Right to Forget, The Right to be Forgotten*, [w:] *European Data Protection: In Good Health?*, red. S. Gutwirth, R. Leenes, P. De Hert, Y. Poullet, wyd. Springer, 2012, s. 347.

2 G. Orwell, *Rok 1984*, tłum. T. Mirkowicz, wyd. MUZA S.A., Warszawa, 2013, s. 48.

3 Zob. J. von Hoboken, *The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember. Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment*, opinia przygotowana dla Komisji Europejskiej, dostępna na stronie internetowej http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf (dostęp: 20.07.2014).

4 Warto w tym miejscu wskazać, że zagrożenia związane z wykorzystywaniem nowych technologii postrzegano jako swoiste wyzwanie już na początku lat 90. Komitet ekspertów ochrony danych przy Radzie Europy przygotował dwa istotne dla ewolucji prawa do bycia zapomnianym opracowania, były to: w roku 1989 *New Technologies: a challenge to privacy protection?* (w nim pojawiła się już bezpośrednia

pewne elementy w zderzeniu z rozwojem nowych technologii (w szczególności zachowania będące przedmiotem regulacji prawnokarnych) budzą wciąż kontrowersje i wątpliwości[5]. W niniejszych rozważaniach, poświęconych jedynie wąskiej problematyce zderzenia sfery prywatności i Internetu, jaka wiąże się bezpośrednio z prawem do bycia zapomnianym, dokonam krótkiej analizy genezy tej niezupełnie nowej koncepcji, uwzględniając determinujące jej współczesny kształt aspekty praktyczne. Podejmę również próbę odpowiedzi na pytanie, czy projekt regulacji unijnej w całości poświęconej prawu do bycia zapomnianym można zakwalifikować jako kompleksowy i przystawalny do warunków technologicznych i społecznych, w które zostanie prędzej czy później wpisany.

2. Geneza koncepcji i definicja „prawa do bycia zapomnianym"

Analizę koncepcji prawa do bycia zapomnianym często poprzedza się w literaturze identyfikacją determinujących jej kształt skutków oddziaływania kultur prawnych, w których dojrzewała[6]. Nie zdumiewa fakt, że inaczej postrzega się sferę prywatności w USA, a inaczej w krajach europejskich[7] (w szczególności w Niemczech i Francji[8]). Niektórzy autorzy są zdania, że prawo do bycia zapomnianym nie mogłoby w Stanach Zjednoczonych w ogóle funkcjonować. S.C. Bennett w pewnej części podziela tę opinię, przywołując jednocześnie dość długą historię roszczeń powiązanych z naruszeniem prywatności w następstwie wykorzystania nieaktualnych informacji, w przedmiocie których orzekały amerykańskie sądy[9]. Wskazuje on przede wszystkim na linię orzeczniczą Sądu Najwyższego USA, który konsekwentnie potwierdzał konieczność ochrony

wzmianka o prawie do bycia zapomnianym), a rok później *Data protection and media*; dostępne na stronie internetowej (dostęp: 22.07.2014) http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/reports_and_studies_en.asp?toPrint=yes&.

[5] Mowa tu o problematyce objęcia regulacją prawnokarną zachowań powiązanych z wykorzystywaniem nowoczesnych technologii takich jak np. tzw. sexting, rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby bez jej zgody. Zob. R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, „Prokuratura i Prawo", nr 5, 2012, s. 20–26; J. Joyce, T. W. Burke, S. S. Owen, *„Canyousee me now?" The legal implications of "sexting"*, „Campbell Law Observer"2009, vol. 30, nr 3, s. 1, 4−6; B. Filek, *Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo" 2012, z. 7−8, s. 61.

[6] Dlatego też opinie uczestników dyskusji, osadzonych w różnych rzeczywistościach prawnych powinny podlegać uważnej analizie; zob. J. von Hoboken, *The Proposed Right…*, s. 5.

[7] Rozwój koncepcji prawa do bycia zapomnianym w krajach Unii Europejskiej zostanie uwzględniony w dalszej części niniejszych rozważań.

[8] Zob. E. Shoor, *Narrowing the right to be forgotten: why the European Union needs to amend the proposed data protection regulation*, „Brooklyn Journal of International Law" 2014, nr 38, s. 489−493; S. C. Bennet, *Right to be forgotten*, „Berkeley Journal of International Law" 2012, nr 30, s. 168.

[9] S. C. Bennet przywołuje m. in. sprawę *Melvin v. Reid* z 1931r., prawo deliktowe, *Gates v. Discovery Comms*., *Wilian v. Columbia*, *Ostergren v. Cuccinelli*. Zob. S. C. Bennet, *Right to be forgotten…*, s. 170.

wolności prasy w odniesieniu do informacji posiadających przymiot prawdziwości[10]. Rozwiązanie takie nie przesądzało jednak o stanowisku w sprawach niedotyczących sfery prasy i wolności słowa, choć nie można zaprzeczyć, że w przeciwieństwie do sądów europejskich sądy amerykańskie nie dążą do osiągnięcia zdrowej równowagi w urzeczywistnianiu fundamentalnych praw, bardzo często czyniąc wolność słowa, którą chroni Pierwsza Poprawka, nadrzędną w odniesieniu do prywatności[11]. Odmienność jej postrzegania ma kluczowe znaczenie dla kierunku ewolucji koncepcji praw podmiotów danych[12].

Jak słusznie podkreśla jednak S.C. Bennett, „prawodawcy i teoretycy prawa po obu stronach Atlantyku są świadomi tego, że harmonizacja międzynarodowego prawa ochrony danych osobowych może stanowić klucz do utrzymania kondycji światowej ekonomii, opartej na funkcjonowaniu w Internecie”[13]. Otwiera się zatem w tym miejscu praktyczny aspekt urzeczywistniania[14] dość ambitnych idei prawodawców związanych z prawem do bycia zapomnianym, polegający na trudnościach skoordynowania przetwarzania danych na całym świecie (tylko przecież w ten sposób może dojść do stworzenia wartościowego potencjału w tym obszarze[15]).

Samo pojęcie „prawa do bycia zapomnianym” (*right to be forgotten*) bywa interpretowane różnorako. M.L. Ambrose i J. Ausloos piszą o dwóch jego „wersjach”. Pierwsza stanowi swoiste rozwinięcie francuskiego „prawa do niepamięci” (*dront à l'oubli*, *right to oblivion*). Było ono historycznie stosowane w odniesieniu do niektórych przypadków skazanych, którzy odbyli już karę i chcieli uniknąć konsekwencji powiązania faktu popełnienia przestępstwa z ich osobą (a zatem zmierzało ono m.in. do zapobieżenia przekazania przez osoby trzecie takiej informacji)[16].

Jako drugą „wersję” autorzy zaklasyfikowali „prawo do wymazania/skasowania” (*right to erasure*, *right to delete*), które w najprostszym ujęciu sprowadza się do usunięcia

[10] *Ibidem*, s. 171.

[11] Zasadniczym problemem implementowania prawa do bycia zapomnianym w systemie amerykańskim jest bardzo szeroki zakres „wolności słowa”, podlegającej jedynie minimalnym ograniczeniom. „Słowo” odnosi się tutaj m.in. także do wyników otrzymywanych z wyszukiwarek internetowych. Zob: A. H. Stuart, *Google search results: buried if not forgotten*, „North Carolina Journal of Law &Technology”, 2014, z. 15, s. 466.

[12] Mowa tu o koncepcjach, które powstają na gruncie dotychczasowego orzecznictwa z zakresie ochrony prywatności i danych w Internecie. Sformułowanie „prawo podmiotu danych” oznacza zatem prawo jednostki, której dane (rozumiane bardzo szeroko) dotyczą bezpośrednio (np. jej imię, nazwisko, wiek, fotografie).

[13] *Ibidem*, s. 174, [tłum. własne].

[14] Problematyka ta zostanie rozwinięta w dalszej części niniejszych rozważań.

[15] Już w tym miejscu wskazać należy, iż kwestie praktyczne stanowią jeden z głównych zarzutów, stawianych urzeczywistnianiu prawa do bycia zapomnianym w skali światowej.

[16] Wskazuje się je często jako formę poprzedzającą prawo do bycia zapomnianym we współczesnym rozumieniu.

(wymazania/skasowania) ujawnianej przez określone podmioty informacji[17]. Takie dwuaspektowe pojmowanie prawa do bycia zapomnianym nie znajduje jednak racjonalnego uzasadnienia. W literaturze wskazuje się bowiem na swoiste „przejście" prawa do niepamięci, którego koncepcja pielęgnowana była przede wszystkim we Francji (ale także w Hiszpanii – *el derecho al olvido* oraz we Włoszech – *il diritto all'oblio'*[18]) do prawa do żądania usunięcia opublikowanych wcześniej danych (we wciąż modyfikowanej formule)[19] i to właśnie ten rodzaj relacji między nimi wydaje się tworzyć kontekst, determinujący sposób interpretowania zakresu przedmiotowego tego prawa. Pozwala także wyciągnąć pewne wnioski odnośnie do samej jego genezy.

Warto w tym miejscu wskazać także za R.H. Weberem na konieczność odróżnienia prawa do zapomnienia (*right to forget*), odnoszącego się do zjawiska nieprzywoływania danego historycznego wydarzenia z uwagi na upływ czasu od jego wystąpienia (w zasadzie pojęcie to wydaje się w pewnym zakresie zbieżne z „prawem do niepamięci", autor posługuje się jednak terminem prawa do zapomnienia) od prawa do bycia zapomnianym (*right to be forgotten*)[20]. Terminy te można w zasadzie osadzić w dwóch powiązanych ze sobą, ale zdecydowanie odmiennych sferach korzystania z informacji w sieci. W praktyce jednak, moim zdaniem, nie mają kluczowego znaczenia dla prawidłowego rozumienia „prawa do bycia zapomnianym", w szczególności w świetle proponowanych ostatnio przez prawodawcę unijnego rozwiązań.

A.H. Stuart podaje następującą definicję przedmiotowego prawa: „prawo do bycia zapomnianym to termin odnoszący się do prawa jednostki do kontrolowania i możliwości usunięcia osobistych (prywatnych) informacji znajdujących się w rękach innych, zwykle z powodu nieaktualności tej informacji lub jej nieistotności, w związku z którymi dalsze jej wykorzystywanie prowadzi do naruszenia prawa do prywatności"[21].

Nieco bardziej ogólna, ale jednocześnie dość kompleksowa definicja, zgodnie z którą prawo do bycia zapomnianym to po prostu „prawo osób fizycznych do spowodowania usunięcia ich danych oraz zaprzestania ich przetwarzania, jeżeli przestały być potrzebne do zgodnych z prawem celów", została sformułowana w komunikacie Komicji Europejskiej COM (2010) 609 z listopada 2010 r.[22]

---

[17] M. L. Ambrose, J. Ausloos, *The right to be forgotten across the pond*, „Journal of Information Policy" 2013, nr 3, s. 12.

[18] J. von Hoboken, *The Proposed Right*..., s. 9.

[19] Zob. Zob. E. Shoor, *Narrowing the right to be forgotten*…, s. 492.

[20] R. H. Weber, *The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora's Box?*, „Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law" 2011, nr 2, s. 120.

[21] A. H. Stuart, *Google search results*..., s. 464, [tłum. własne].

[22] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów „Całościowe podejście do kwestii ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej" z dnia 4 listopada 2010 r., COM (2010) 609.

Wydaje się, że wszystkie przywołane wyżej aspekty wyznaczają wspólnie pewne standardy prawa do bycia zapomnianym, na podstawie których można stwierdzić, że termin ten odnosi się (w uogólnieniu) do prawa podmiotu, którego dotyczą udostępnione, przetwarzane i przechowywane dane, do żądania ich trwałego usunięcia, w szczególności w celu uniemożliwienia zapoznania się z tymi informacjami osobom trzecim. Szczegółowy zakres tego prawa będą wyznaczać przyjmowane na poziomie międzynarodowym, regionalnym i lokalnym rozwiązania, których implementację wymuszają względy praktyczne (o ile można w ogóle mówić o urzeczywistnianiu prawa do bycia zapomnianym). Nasuwa się bowiem w świetle dotychczasowych rozważań pytanie: czy idealistyczna wizja faktycznego kontrolowania udostępnionych w sieci danych nie jest jedynie wyrazem pewnej „cywilizacyjnej arogancji”, zwłaszcza w obliczu sprzeczności korzystania przez jednostki z prawa do bycia zapomnianym ze sferą wolności słowa?

3. Ewolucja koncepcji: praktyka

Prawo do bycia zapomnianym stosunkowo wcześnie zaczęło być postrzegane w doktrynie francuskiej jako element zasady ograniczania ilości zbieranych danych, sprzężony z grupą zasad wyznaczających sposób korzystania z danych. Bardzo silnie wrosło ono w „cyfrowe społeczeństwo”, co znajdowało wyraz przede wszystkim w praktyce orzeczniczej sądów[23]. Co więcej, francuski sekretarz stanu ds. rozwoju i planowania gospodarki cyfrowej zainicjował utworzenie tzw. Kodeksu Dobrych Praktyk Prawa do Bycia Zapomnianym w Sieciach Społecznościowych i Wyszukiwarkach Internetowych (*Charte du droit a'oubli dans les sites collaboratifs et lesmoteurs de recherche*)[24], który stanowi emanację realizowania „cyfrowych” praw człowieka związanych z ochroną danych i ma jednocześnie dość spory potencjał w oddziaływaniu na zachowania podmiotów w sieci[25].

Wraz z upływem kolejnych lat, podczas których coraz intensywniej korzystano z dobrodziejstw Internetu, problematyka ochrony danych osobowych stanowiła coraz częściej przedmiot orzekania sądów nie tylko europejskich[26]. Jedno z najbardziej istotnych dla rozwoju koncepcji „prawa do bycia zapomnianym” rozstrzygnięć dotyczyło

[23] J. von Hoboken, *The Proposed Right…*, s.11.

[24] Kodeks ten stanowi pozytywny krok w stronę urzeczywistniania prawa do bycia zapomnianym; dostępny jest na stronie internetowej www.huntonfiles.com/files/webupload/PrivacyLaw_Charte_du_Droit.pdf (dostęp: 22.07.2014).

[25] Nie jest przedmiotem niniejszych rozważań analiza behawioralna uczestników sieci. Wydaje się ona jednak szczególnie istotna dla zidentyfikowania faktycznych determinant ich zachowań.

[26] W literaturze wskazuje się także na stosunkowo dobrze rozwinięty obszar ochrony danych w Szwajcarii, czego przejawem mogą być np. rozstrzygnięcia Najwyższego Sądu Federalnego z 20 lipca 1944 r., BGE 70 II 127; z 29 lipca 1996 r., BGE 122 III 449, z 23 października 2003 r., 5C.156/2003; zob. R. H. Weber, *The Right to Be Forgotten…*, s. 2.

pani Virginii Da Cunha, trzydziestojednoletniej argentyńskiej tancerki, piosenkarki, aktorki i modelki. Umieszczała ona na profilu na serwisach Facebook i Twitter swoje rozmaite fotografie. W pozwie przeciwko Google i Yahoo wskazała, że członkowie rodziny i przyjaciele poinformowali ją, iż jej imię i nazwisko oraz fotografie pojawiają się w wyszukiwarkach jako wynik wyszukiwania stron internetowych zawierających treści pornograficzne. Pani Da Cunha podniosła, że umieszczenie jej danych w takim kontekście zostało uczynione bez jej zgody oraz nie odzwierciedla jej przekonań ani profilu jej działalności zawodowej, w związku z czym poniosła szkody materialne (wpływ na karierę modelki, aktorki i piosenkarki) oraz moralne. Wartość roszczenia oceniła ona na 200 000 argentyńskich pesos (tj. około 42 000 dolarów amerykańskich). W lipcu 2009 r. sędzia Virginia Simari wydała w tej sprawie opinię, w której zwróciła uwagę m.in. na konflikt pomiędzy wolnością słowa oraz prawem jednostki do kontrolowania wykorzystania jej wizerunku. W jej ocenie prawo to zawiera w sobie prerogatywę zapobiegania utrwaleniu, przetworzeniu i publikowaniu wizerunku bez zgody jednostki (co istotne, odniosła się ona m.in. do teorii J.C. Riviera, wedle której prawo do kontrolowania danych zawiera w sobie prawo do zapobiegania wykorzystaniu wizerunku przez osoby trzecie)[27]. Sąd pierwszej instancji nakazał Yahoo i Google usunięcie powiązań fotografii pani da Cuhna ze stronami internetowymi o treściach pornograficznych, jednakże sąd apelacyjny anulował takie rozstrzygnięcie. Pomimo to Yahoo i Google zablokowały wyniki wyszukiwań we wskazanym zakresie[28].

Z kolei na poziomie samej Unii Europejskiej przełomowy dla rozwoju koncepcji prawa do bycia zapomnianym okazał się głośny wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie *Google Spain SL vs. Agencia de Protección de Datos* (AEPD)[29] dotyczący usuwania udostępnionych informacji w warunkach dookreślonych w obecnie obowiązującej dyrektywie 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych. Obywatel Hiszpanii, M.C. Gonzáles, domagał się usunięcia przez Google Spain LC lub Google Inc. nieaktualnej informacji o licytacji należącej do niego nieruchomości, zamieszczonej niegdyś w dzienniku „La Vanfuardia". Jako że jego skarga została uznana przez AEPD za zasadną, Google Spain LC oraz Google Inc. skierowały skargi do sądu, domagając się stwierdzenia nieważności decyzji AEPD. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału 9 marca 2012 r. Szczególnie istotną kwestią rozstrzygniętą na kanwie tej sprawy przez TSUE był sam proces posługiwania się informacją przez

[27] E. L. Carter, *Argentina's right to be forgotten*, „Emory International Law Review", z. 27, 2012, s. 28; E. Shoor, *Narrowing the right to be forgotten…*, s. 489.

[28] *Ibidem*, s. 31.

[29] Wyrok TSUE z 13 maja 2014 r., C-113/12.

operatora wyszukiwarki (budzący wiele wątpliwości ze względów technicznych). Odnośnie do tej właśnie problematyki Trybunał stwierdził, iż „operator wyszukiwarki internetowej, przeszukując Internet w zautomatyzowany, stały i systematyczny sposób w poszukiwaniu opublikowanych w nim informacji «gromadzi» takie dane «odzyskiwane», «zapisywane» i «porządkowane» przezeń następnie za pomocą oprogramowania indeksującego, «przechowuje» je na swych serwerach oraz, w odpowiednim przypadku, «ujawnia» i «udostępnia» je swym użytkownikom w postaci listy wyników ich wyszukiwań. Ze względu na to, że te operacje zostały wyraźnie i bezwarunkowo wskazane w art. 2 lit. b) dyrektywy 95/46[30], należy uznać je za «przetwarzanie» w rozumieniu tego przepisu i bez znaczenia jest przy tym fakt, iż ten operator wyszukiwarki internetowej przeprowadza te same operacje również w odniesieniu do innego rodzaju informacji i nie wprowadza rozróżnienia między nimi a tymi danymi osobowymi”. Operator wyszukiwarki został w związku z tym uznany za „administratora” przetwarzanych danych w rozumieniu dyrektywy 95/46. W toku sprawy obywatel hiszpański, którego dotyczyły przedmiotowe informacje podnosił m. in., że „prawo do bycia zapomnianym”, stanowiące element praw podstawowych jednostki do ochrony danych jej dotyczących oraz do poszanowania prywatności jest wartością nadrzędną w stosunku do ewentualnego interesu operatora wyszukiwarki internetowej, co w uzasadnieniu wyroku dodatkowo podkreślił Trybunał[31]. Wyznaczona przez TSUE w tej sprawie linia interpretacji przepisów obowiązującej dyrektywy może w konsekwencji prowadzić do przeniesienia na organy krajowe odpowiedzialne za ochronę danych ciężaru decydowania w przedmiocie usuwania/pozostawiania danych, a tym samym w przedmiocie zakresu przedmiotowego i podmiotowego prawa do bycia zapomnianym (mimo że dyrektywa 95/46/WE nie odnosi się do niego w sposób bezpośredni).

4. Prawo do bycia zapomnianym a ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej

Prawo do ochrony danych osobowych zostało wyrażone w art. 8 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej i stanowi w świetle genezy prawa do bycia zapomnianym dość istotny punkt odniesienia dla kształtowania kierunku jego ewolucji na poziomie unijnym. Konieczność przeprowadzenia zmian w obszarze ochrony danych osobowych

[30] Zgodnie z art. 2 lit. b przetwarzanie danych osobowych to każda operacja lub zestaw operacji dokonywanych na danych osobowych za pomocą środków zautomatyzowanych lub innych, jak np. gromadzenie, rejestracja, porządkowanie, przechowywanie, adaptacja lub modyfikacja, odzyskiwanie, konsultowanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez transmisję, rozpowszechnianie lub udostępnianie w inny sposób, układanie lub kompilowanie, blokowanie, usuwanie lub niszczenie.

[31] Pkt 98 wyroku TSUE w sprawie C-131/12.

na wielką skalę w celu dostosowania europejskich mechanizmów ochrony do rzeczywistości technologicznego postępu katalizowała procesy decyzyjne. Jedna z kompleksowych definicji prawa do bycia zapomnianym pojawiła się już w komunikacie COM (2010) 609[32]. Istotnym czynnikiem o charakterze politycznym, sprzyjającym rozwojowi całej koncepcji na poziomie Unii Europejskiej było przemówienie Vivane Reding, w którym wskazała ona na konieczność wzmocnienia ochrony prywatności poprzez uwzględnienie „prawa do bycia zapomnianym" w nowej regulacji dotyczącej tego obszaru[33].

Dotychczas sfera ochrony danych osobowych podlegała regulacji dyrektywy 95/46/WE nieprzystawalnej już dziś do rzeczywistości w obliczu szybkiego rozwoju technologicznego. Poszukiwano zatem nowych rozwiązań, odpowiadających dynamice postępu, a w pewnym sensie także utrwalonym kierunkom polityki UE. Intensywne konsultacje w zakresie ochrony danych osobowych przeprowadzano od roku 2009, prace nad projektem nowych rozwiązań trwały zaś ponad dwa lata[34]. Kompleksowy projekt pakietu ustawodawczego dotyczącego ochrony danych osobowych został opublikowany 25 stycznia 2012 r.

Jak wynika z wniosku dotyczącego projektu ogólnego rozporządzenia[35] o ochronie danych (o.r.o.d.)[36], prawo do bycia zapomnianym zostało dookreślone w art. 17[37], który

[32] Zob. Geneza koncepcji i pojęcie „prawa do bycia zapomnianym".

[33] V. Reding, *Why the EU Leeds new personal data protection rules*, przemówienie z 30 listopada 2010r., speech/10/700, dostępne na stronie internetowej http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-700_en.htm (dostęp: 20.07.2014); koncepcja prawa do bycia zapomnianym była później forsowana przez Vivane Reding; zob. V. Reding, *Your data, your rights: Safeguarding your privacy in a connected world*, przemówienie z dnia 16 marca 2011 r., speech/11/183, dostępne na stronie internetowej (20.07.2014) http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-183_en.htm.

[34] Mowa m.in. o: 1. Konsultacjach w sprawie ram prawnych w zakresie podstawowego prawa do ochrony danych osobowych trwających w dniach 9.07–31.12.2009 r., podczas których swoją opinię wyraziło 168 podmiotów; opinie dostępne są na stronie internetowej (20.07.2014) http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/opinion/090709_en.htm; 2. Konsultacjach w sprawie kompleksowego podejścia Komisji do ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej trwających w dniach 4.11.2010 r.–15.01.2011 r., podczas których swoją opinię wyraziło 305 podmiotów; opinie dostępne są na stronie internetowej (20.07.2014) www.ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/opinion/101104_en.htm

[35] Warto zwrócić uwagę na formułę rozporządzenia, które cechuje przymiot bezpośredniej skuteczności. Prawodawca unijny odszedł tym samym od realizowania celu ochrony danych za pośrednictwem regulacji o randze dyrektywy. Może mieć to jednak znamienne skutki dla państw członkowskich, które w dość krótkim okresie zostaną związane regulacjami, do których realizowania w praktyce nie są przygotowane przede wszystkim ze względów praktycznych (przygotowanie odpowiednich technologii, procedur, wewnątrzkrajowych modeli działania, przyjęcie przepisów określających wyjątki).

[36] Wniosek z dnia 25 stycznia 2012 r. dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), COM (2012) 11 *final*, dostępny na stronie internetowej (20.07.2014) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:PL:PDF.

[37] Art. 17 wchodzi w skład sekcji trzeciej „Poprawianie i usuwanie" w rozdziale III o.r.o.d., zatytułowanym „Prawa podmiotu danych", w której zostały dookreślone także prawo do poprawienia i prawo przenoszenia danych.

zawiera także swoiste rozwinięcie prawa do usunięcia/usuwania danych wynikające z art. 12 lit. b dyrektywy 95/46/WE[38]. Projekt przewiduje zatem uruchomienie dwóch odrębnych (choć przedmiotowo ze sobą sprzężonych) mechanizmów zmierzających do zwiększenia jakości ochrony danych osobowych (oraz kontroli nad danymi udostępnionymi w sieci): pierwszy z nich skonstruowany jest w oparciu o prawo do usunięcia wszelkich udostępnionych danych dotyczących określonego podmiotu oraz żądania zaprzestania ich dalszego przetwarzania; drugi zaś w oparciu o samo prawo do usunięcia danych (w projekcie wskazuje się, że służy ono wzmocnieniu prawa do bycia zapomnianym)[39].

Kluczowa dla dalszych rozważań w tym zakresie jest oczywiście przyjęta na poziomie projektowanego rozporządzenia definicja „danych osobowych” oznaczających, jak wynika z art. 4 o.r.o.d. „wszelkie informacje dotyczące podmiotu danych”. To bardzo szerokie pojęcie odnosi się zarówno do danych opublikowanych bezpośrednio przez podmiot danych, jak i przez osoby trzecie, przy czym trudności praktyczne może sprawiać tutaj dookreślenie stopnia powiązania informacji z podmiotem danych[40].

I tak, zgodnie z ust. 1 art. 17 o.r.o.d., „podmiot danych ma prawo do uzyskania od administratora usunięcia danych osobowych odnoszących się do niego oraz zaprzestania dalszego rozpowszechniania tych danych, zwłaszcza w odniesieniu do danych osobowych, które zostały udostępnione przez podmiot danych, kiedy był on dzieckiem”, nie jest to jednak prawo absolutne i korzystanie z niego uzależnione jest od spełnienia jednej z przewidzianych w rozporządzeniu przesłanek, do których zaliczają się następujące sytuacje: 1) przedmiotowe dane przestały być potrzebne dla realizacji celów, ze względu na które zostały pierwotnie zebrane albo w inny sposób przetworzone; 2) podmiot cofnął zgodę na przetwarzanie danych; 3) minął okres, na jaki wyrażono zgodę na przetwarzanie danych; 4) odpadła podstawa prawa uzasadniająca przetwarzanie danych; 5) podmiot danych wyraził sprzeciw odnośnie do przetwarzania danych osobowych w trybie dookreślonym w art. 19 o.r.o.d.[41]; 6) przetwarzanie danych jest niezgodnie z o.r.o.d.

Skorzystanie przez dany podmiot z prawa do bycia zapomnianym i żądanie usunięcia danych wiąże się z powstaniem po stronie administratora obowiązku dokonania

[38] Warto zwrócić uwagę na fakt, że to właśnie prawo do usunięcia danych stanowiło przedmiot rozważań TSUE w sprawie C-131/12, na kanwie której operator wyszukiwarki internetowej został uznany za administratora danych w rozumieniu dyrektywy 95/46/WE.

[39] Wniosek z dnia 25 stycznia 2012 r. dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), s. 27.

[40] Zob. J. Rossen, *The Right to be Forgotten*, „Stanford Law Review Online” 2012, nr 64, s. 88–92, dostępny na stronie internetowej (20.07.2014) http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/topics/64-SLRO-88.pdf.

[41] Prawo do wniesienia sprzeciwu może odnosić się w szczególności do specyficznego sposobu przetwarzania danych osobowych np. do celów marketingowych.

odpowiednich czynności: w pierwszej kolejności niezwłocznego usunięcia danych, ale także, zgodnie z o.r.o.d., podjęcia „wszelkich uzasadnionych kroków […] w odniesieniu do danych, za których publikację odpowiada" w celu poinformowania osób trzecich o wniosku o usunięcie informacji. Rozwiązanie to budzi szereg wątpliwości praktycznych w szczególności w zakresie interpretacji skali odpowiedzialności za publikację danych[42] oraz w kontekście art. 13 o.r.o.d., sankcjonującego generalny obowiązek administratora polegający na informowaniu każdego odbiorcy, któremu zostały ujawnione dane, w operacjach ich poprawienia oraz usunięcia w trybie art. 16 i 17 o.r.o.d.[43] Co więcej, z treści art. 17 wynika, że obowiązek administratora danych w tym zakresie sprowadza się jedynie do „podjęcia" pewnych działań, nie zaś skutecznego poinformowania osób trzecich o zaistniałej sytuacji.

Zakres danych objętych usunięciem podlega pewnym ograniczeniom, jeśli ich zatrzymanie jest niezbędne. W celu zapewnienia podmiotom danych maksymalnej ochrony prawodawca unijny wskazał jednak katalog przypadków, w których możliwe jest zatrzymanie danych, tj.:

1) w związku z wykonywaniem prawa wolności wypowiedzi zgodnie z art. 80; jest to jeden z najbardziej kontrowersyjnych aspektów urzeczywistniania prawa do bycia zapomnianym. Dochodzi bowiem do swoistej dychotomii korzystania z danych/informacji i szczegółowa regulacja w tym zakresie wydaje się jedynym rozwiązaniem umożliwiającym złagodzenie „konfliktu"[44].
2) w celu realizacji interesu publicznego w dziedzinie zdrowia publicznego;
3) w celu prowadzenia odpowiednich dokumentacji, statystyk i badań naukowych w sposób określony w art. 83 o.r.o.d.[45];
4) w związku z wypełnieniem przez administratora obowiązku zatrzymania danych, wynikającego z prawa unijnego lub krajowego;
5) w celu ograniczenia przetwarzania danych, które jest możliwe zamiast ich usuwania w sytuacji, gdy podmiot kwestionuje ścisłość danych (w trakcie trwania procesu weryfikowania ścisłości); jeśli przechowywanie danych jest konieczne dla celów dowodowych (pomimo że administrator w zasadzie ich nie potrzebuje); jeśli podmiot kieruje wniosek o ograniczenie wykorzystywania danych, których przetwarzanie nie jest zgodne z prawem, ale jednocześnie nie mogą zostać usunięte ze względu na sprzeciw podmiotu danych; jeśli dane przetwarzane są w związku ich

[42] M. L. Ambrose, J. Ausloos, *The right…*, s. 12.
[43] *Ibidem*, s. 13.
[44] Problematyka ta została bardziej szczegółowo poruszona w dalszej części niniejszych rozważań.
[45] Art. 83 o.r.o.d. wyznacza granice przetwarzania danych do celów dokumentacji, statystyki i badań naukowych, które jest możliwe, jeśli wskazanych celów nie można osiągnąć w inny sposób oraz jeśli dane umożliwiające przypisanie określonej informacji do podmiotu danych są oddzielnie przechowywane w okresie tak długim, w jakim można osiągnąć wskazane cele.

przekazywaniem do innego automatycznego systemu przetwarzania. Wyjątek ten odnosi się zatem do sytuacji, gdy wystarczającym skutkiem korzystania z prawa do bycia zapomnianym jest ograniczenie sposobu przetworzenia określonych danych[46].

Jak słusznie wskazuje M.L. Ambrose, „pomimo że stosowanie powyższych wyjątków nie jest do końca jasne, są one absolutnie konieczne do zbalansowania prawa do bycia zapomnianym z innymi, fundamentalnymi prawami”[47]. Zainteresowanie doktryny wzbudza jednak w tym zakresie przede wszystkim sfera wolności słowa o naturze w pewnym stopniu sprzecznej z potencjalnymi metodami realizowania prawa do bycia zapomnianym.

Relacja pomiędzy wolnością słowa a prawem do ochrony danych wymaga rozważenia sposobu urzeczywistniania prawa do zapomnienia w kontekście informacji przeznaczonych do udostępnienia. Co do zasady sposób, w jaki dochodzi do zwarcia się obu tych sfer i ich „pogodzenia” określa się mianem „wyjątku mediów” (*media exception*). Choć przemawiające za tą konstrukcją argumenty wydają się jasne, jego zastosowanie w kontekście interpretacji art. 17 i art. 80[48] może budzić pewne wątpliwości. Zgodnie z art. 80 każde z państw członkowskich stosuje środki zmierzające do zapewnienia współistnienia obu tych sfer (ciąży na nich obowiązek notyfikowania przyjętych rozwiązań Komisji Europejskiej). Jaki zatem podmiot będzie legitymowany do kontrolowania wyjątków i odstępstw implementowanych na poziomie krajowym? Jakie w tym zakresie trendy rozwiną się w państwach członkowskich (które będą z drugiej strony związane rozporządzeniem)?[49] Trudno na tym etapie projektu konstruować pełne odpowiedzi na te pytania. Wydaje się jednak, że aktualne brzmienie art. 80 stwarza państwom członkowskim dość sporą swobodę interpretacji przepisów rozporządzenia, zwłaszcza że prawodawca unijny nie precyzuje zakresu ograniczeń oraz odstępstw w sposób bezpośredni (co nie może oczywiście prowadzić do wniosku, że takie ograniczenia nie są przewidziane). W literaturze słusznie poddaje się w tym kontekście pod rozwagę zakres „działalności dziennikarskiej”, która coraz częściej stawiana jest obok aktywności blogerów,

[46] E. Shoor, *Narrowing the right to be forgotten*…, s. 505.

[47] *Ibidem*, s. 14, [tłum. własne].

[48] Zgodnie z art. 80 rozporządzenia: „1. Państwa członkowskie stanowią przepisy przewidujące wyłączenia i odstępstwa od przepisów dotyczące ogólnych zasad w rozdziale II, praw podmiotów danych w rozdziale III, administratora i podmiotu przetwarzającego w rozdziale IV, przekazywania danych osobowych do państw trzecich w rozdziale V, niezależnych organów nadzorczych w rozdziale VI oraz współpracy i zgodności w rozdziale VII w przypadku przetwarzania danych osobowych wyłącznie w celach dziennikarskich lub w celu uzyskania wyrazu artystycznego lub literackiego, aby pogodzić prawo do ochrony danych osobowych z przepisami dotyczącymi wolności wypowiedzi. 2. Każde państwo członkowskie zawiadamia Komisję o przepisach prawa, które przyjęło na mocy ust. 1, najpóźniej w terminie określonym w art. 91 ust. 2 i bezzwłocznie o każdym kolejnym akcie zmieniającym lub zmianie, które mają na nie wpływ”.

[49] J. von Hoboken, *The Proposed Right*..., s. 18.

uczestników forów internetowych itp. Kierunek wykładni dość słabo został wyznaczony w pkt 121 o.r.o.d., zgodnie z którym „Państwa członkowskie powinny zatem zaklasyfikować jako działalność «dziennikarską» do celów wyjątków i odstępstw określonych w niniejszym rozporządzeniu, działalność, której przedmiotem jest ujawnienie opinii publicznej informacji, opinii lub pomysłów, niezależnie od nośnika wykorzystanego do och przekazania. Działalność ta nie powinna być ograniczona do agencji medialnych i może być podejmowana zarówno w celach dochodowych, jak i w celach niedochodowych". Wydaje się w świetle powyższego, że choć sfera wolności słowa i sfera prawa do bycia zapomnianym pozornie mogą okazać się niemożliwe do pogodzenia, efekt ten będzie możliwy do osiągnięcia, jeśli zostaną wypracowanie pewne procedury i modele rozstrzygnięć na poziomie państw członkowskich. W praktyce zatem to organy krajowe odpowiedzialne za kontrolowanie sposobu przetwarzania danych i sądy będą współtworzyć zakres prawa do bycia zapomnianym i wypełniać właściwą treścią przepisy rozporządzenia. Brak szczegółowych rozwiązań należałoby jednak ocenić negatywie w świetle celu projektowanej regulacji oraz ze względu na sankcje, dookreślone w przepisach rozporządzenia.

Prawodawca unijny przewidział bowiem dość surowe kary grzywny[50] (w wysokości 500 000 euro, a w przypadku przedsiębiorstwa do 1% jego rocznego światowego obrotu), z których nałożeniem powiązał umyślne lub lekkomyślne naruszenie przepisów dotyczących prawa do bycia zapomnianym, tj. m.in. nierespektowanie tego prawa oraz prawa do usunięcia danych lub niewprowadzenie mechanizmów w celu zapewnienia, że terminy są przestrzegane lub niepodejmowanie wszelkich właściwych kroków, aby poinformować osoby trzecie, że podmioty danych zażądały usunięcia wszystkich linków do danych, lub kopii lub replikacji danych osobowych na podstawie art. 17. E. Shoor jest zdania, że przewidziane w rozporządzeniu kary są zbyt wysokie, podkreślając, że „ten nowy wymóg narzuca przedsiębiorstwom nową rolę, której uprzednio od nich nie wymagano"[51]. W mojej ocenie kwestia wysokości kary stanowi obecnie element drugorzędny, choć argument E. Schoor wydaje się wart uwzględnienia, zwłaszcza z uwagi na wiele praktycznych trudności związanych z urzeczywistnianiem prawa do bycia zapomnianym, mogących sprzyjać spełnieniu przesłanek uzasadniających nałożenie na odpowiedzialne podmioty grzywien w trybie art. 79 o.r.o.d.

[50] Art. 79 o.r.o.d. zawiera szczegółowe normy odnośnie do sankcji administracyjnych nakładanych na podmioty odpowiedzialne w związku z naruszeniem przez nie przepisów rozporządzenia (m.in. zatem także praw podmiotów danych).

[51] E. Shoor, *Narrowing the right to be forgotten…*, s. 508.

5. Zakończenie

Mimo wątpliwości w zakresie samej praktyki stosowania propozycję uwzględnienia w nowotworzonym systemie ochrony danych prawa do bycia zapomnianym (oraz szeregu innych praw podmiotów danych związanych z ich przetwarzaniem oraz funkcjonowaniem w sieci) należałoby ocenić pozytywnie, zwłaszcza w świetle celów proponowanych na poziomie unijnym rozwiązań, tj. zwiększenia kontroli jednostek nad sposobem wykorzystania informacji ich dotyczących (a w konsekwencji zwiększenie kontroli w sferze ochrony dobrego imienia oraz godności), zapewnienia wdrożenia przejrzystych mechanizmów ochrony oraz promowania ochrony danych w sieci[52]. Prawo do bycia zapomnianym stanowi w zasadzie kolejny krok ku adaptacji współczesnych systemów prawnych do nowych warunków i dynamicznych przemian technologicznych[53].Nie zdumiewa fakt, że postrzega się je współcześnie jako nie tylko przedmiot ochrony prawnej, ale jednocześnie pewnego rodzaju wartość i swoisty wyznacznik ewolucji, także w kategoriach zasad etycznych[54]. Warto jednakże zwrócić uwagę na pewne zagrożenia, implikowane przez idealistyczne urzeczywistnianie prawa do bycia zapomnianym w oderwaniu od funkcjonujących już wirtualnych mechanizmów, w które cyberspołeczeństwo zdołało wrosnąć i których nierozerwalną część stanowi. Koncepcji prawa do bycia zapomnianym w formule przyjętej w o.r.o.d. zarzuca się obecnie m.in.:

1) Konflikt z innymi fundamentalnymi prawami i wolnościami (a w szczególności z wolnością słowa): jak zostało już wskazane w poprzedniej części niniejszych rozważań, rozwiązywany jest różnorako, w zależności od kultury prawnej, w jakiej występuje; wątpliwości w tym zakresie budzi przede wszystkim sfera wolności słowa oraz dostępu do informacji (zwłaszcza jeśli mowa o informacji, za której udostępnieniem będzie przemawiał silny interes społeczny);
2) Niedookreśloność: projektowana na poziomie unijnym regulacja nie wyznacza procedur i sposobu usuwania objętych kontrolą danych oraz informowania podmiotów trzecich o skorzystaniu przez podmiot danych z prawa do bycia zapomnianym. Tak wysoki stopień abstrakcyjności nie sprzyja faktycznemu wdrożeniu

[52] *Ibidem*, s. 490.

[53] Można w zasadzie zaobserwować obecnie cały szereg zjawisk stanowiących o przystosowaniu sfery prywatności do rzeczywistości globalnej wioski; zob.: M. L. Ambrose, *It's about time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to be Forgotten*, „Stanford Law Review” 2013, nr 2, s. 371, dostępny na stronie internetowej (20.07.2014) http://stlr.stanford.edu/pdf/itsabouttime.pdf; o przystosowaniu mówił także m. in. M. Sableman w wywiadzie dotyczącym prawa do bycia zapomnianym w świetle rozstrzygnięcia TSUE w sprawie *Google vs Hiszpania*; Zob. *Views on Impact for Content Publishers of Right to Be Forgotten Ruling*, „Privacy & Security Law Report” 2014, nr 24, s. 4; dostępny na stronie internetowej http://www.thompsoncoburn.com/Libraries/Firm_Documents/Mark_Sableman_-_Bloomberg_BNA_-_data_privacy.pdf (dostęp 22.07.2014)

[54] M.L. Ambrose, *It's about time…*, s. 378,

nowej koncepcji do systemu prawnego Unii Europejskiej (a tym samym i w państwach członkowskich).

3) Barierę technologiczną[55]: wskazuje się na nieprzystawalność pełnego urzeczywistniania prawa do bycia zapomnianym do praktycznych możliwości administratorów danych ze względu na ograniczenia techniczne i niemożność kontrolowania każdego użytkownika sieci, wykorzystującego już udostępnione informacje/dane. Nie można utożsamiać skutków usunięcia danych podmiotu z wyników wyszukiwania, otrzymywanych w wyszukiwarce internetowej z zabezpieczeniem tych danych poprzez całkowite ich usunięcie/wymazanie. W związku z tym słusznie wskazuje się, że „obok kwestii teoretycznych oraz praktyki orzeczniczej techniczne realizowanie efektywnego prawa do bycia zapomnianym generuje potrzebę współtworzenia i projektowania kolejnych udoskonaleń (technologicznych)"[56]. Inną kwestią odnoszącą się do tego w zasadzie praktycznego aspektu prawa do bycia zapomnianym jest implikowana przez wdrażanie systemów umożliwiających jego urzeczywistnianie struktura powiązań pomiędzy administratorami a domagającymi się kontroli podmiotami danych. Mowa tu o uzależnieniu efektywności „cyfrowego zapominania" od postaw administratorów, których kontrola mogłaby okazać się na pewnym etapie niezbędna[57].
4) Barierę społeczną: w literaturze wskazuje się na konieczność przystosowania jednostek (a zatem i całego społeczeństwa) do korzystania z prawa do bycia zapomnianym. I. Szekely pisze: „większość ludzi w nowoczesnych społeczeństwach musi być przekonana do kultywowania prawa do bycia zapomnianym: muszą nauczyć się jak je rozpoznawać oraz wykorzystywać"[58]. Dodatkowo należałoby także uwzględnić negatywny stosunek niektórych podmiotów do urzeczywistniania prawa do bycia zapomnianym, które w pewnych okolicznościach może zostać postrzegane jako rodzaj „pośredniej cenzury"[59].

Pomimo dość ostrej krytyki całej koncepcji prawa do bycia zapomnianym przeniesienie jej do przestrzeni prawnej Unii Europejskiej i państw członkowskich w sposób bezpośredni wyznacza pewien nowy standard ochrony danych w sieci. Wśród celów przygotowywanej na poziomie unijnym reformy wskazuje się m.in.: wzrost skuteczności prawa podstawowego do ochrony danych i umożliwienie osobom fizycznym kontroli

[55] A.H. Stuart, *Google search results: buried if not forgotten*…, s. 465−517; R.H. Weber, *The Right to Be Forgotten: More Than*…, s. 122; E. Shoor, *Narrowing the right to be forgotten*…, s.502.
[56] M. L. Ambrose, J. Ausloos, *The right to be forgotten across the pond*…, s. 22−23.
[57] I. Szekely, *The Right to Forget*…, s. 359.
[58] I. Szekely, *The Right to Forget*…, s. 361.
[59] R. H. Weber, *The Right to Be Forgotten: More Than*…, s. 122; P. Fleischer, *Foggy thinking about the right to oblivion*, dostępny na stronie internetowej (22.07.2014) http://peterflesicher.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-the-right-to-oblivion.html

nad swoimi danymi; poprawę wymiaru ochrony danych związanego z rynkiem wewnętrznym poprzez ograniczenie rozdrobnienia, wzmocnienie spójności i uproszczenie otoczenia regulacyjnego, a tym samym zlikwidowanie niepotrzebnych kosztów i ograniczenie ciężaru administracyjnego[60]. Cele te bardzo silnie uzasadniają uwzględnienie prawa do bycia zapomnianym w projekcie rozporządzenia o.r.o.d., a ich pełna realizacja z całą pewnością będzie odpowiadać potrzebie stworzenia kompleksowego systemu ochrony danych we wszystkich sferach funkcjonowania ich podmiotów. Z drugiej strony wydaje się jednak, że ekonomiczne uruchomienie odpowiednich procedur kontrolnych oraz faktycznego urzeczywistniania prawa do bycia zapomnianym mogą okazać się, w szczególności w początkowym okresie obowiązywania rozporządzenia, determinantą niskiej efektywności przepisów o.r.o.d. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości fakt, że ryzyko zniweczenia potencjału prawa do bycia zapomnianym pozostaje wciąż wysokie. Jeśli rozporządzenie wejdzie w życie bez lub z niewielkimi zmianami, jego skuteczność uzależniona będzie od zaangażowania prawodawców krajowych. Niewykluczone jednak, że realizowanie tych rozwiązań przyczyni się do powstania zupełnie nowej cybergeneracji praw człowieka, wśród których jednym z fundamentalnych będzie rzecz jasna prawo do bycia zapomnianym.

[60] Wniosek z 25 stycznia 2012 r. dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

Rozdział III

Jednostka w społeczeństwie obywatelskim

Izabela Bernatek-Zaguła
Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Witelona w Legnicy

Status prawny członków Polskiej Komisji Akredytacyjnej w Polsce

1. Podstawy prawne zdefiniowania członków PKA jako osób pełniących funkcje publiczne w Polsce

Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r.– Prawo o szkolnictwie wyższym[1] powołuje do życia Polską Komisję Akredytacyjną oraz daje ministrowi właściwemu ds. szkolnictwa wyższego podstawę do kadencyjnego powoływania jej członków. Poniższe rozważania stanowią próbę prawnego usytuowania członków tak utworzonej Komisji w polskim systemie władzy i administracji oraz ustalenia statusu prawnego jej członków. Cytowana ustawa nie stanowi wprost podstawy prawnej traktowania członków Komisji jako funkcjonariuszy publicznych lub osób pełniących funkcje publiczne. Status prawny członków Komisji nie jest bowiem jednoznaczny i nie wynika wprost nie tylko z powyższej ustawy, ale również z innych aktów prawnych. Rozważania poczynione zostały w oparciu o normy prawa konstytucyjnego, administracyjnego, karnego oraz cywilnego i zmierzają do wykazania tezy, iż członkowie Polskiej Komisji Akredytacyjnej należą do grona osób pełniących funkcje publiczne w Polsce z całą konsekwencją prawną takiego ich usytuowania.

Pojęcie osób pełniących funkcje publiczne jest pojęciem prawnym, nie zostało jednak zdefiniowane w Konstytucji RP, choć posługuje się nim np. w art. 61[2]. Definicja ustawowa pojawia się dopiero na gruncie prawa karnego, w Kodeksie karnym[3]. Zgodnie z art. 115 § 19 k.k. osobą pełniącą funkcję publiczną jest zarówno funkcjonariusz publiczny, jak i członek organu samorządowego, a także osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową.

Inne akty prawne, które posługują się pojęciem „osoby pełniące funkcje publiczne", także wprowadzają swoje, nieco odmienne definicje, jak chociażby w ustawie z dnia

[1] Tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. poz. 572.
[2] „Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne".
[3] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553

18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944−1990 oraz treści tych dokumentów[4], zgodnie z którą osobami pełniącymi funkcje publiczne w rozumieniu ustawy są m.in.: Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, poseł, senator, poseł do Parlamentu Europejskiego, osoba zajmująca kierownicze stanowisko państwowe, sędzia i prokurator, rektor i prorektor publicznej lub niepublicznej szkoły wyższej, członek Rady Polityki Pieniężnej, członek Zarządu Narodowego Banku Polskiego, członek Rady Instytutu Pamięci Narodowej, Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia i jego zastępcy, Prezes Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i jego zastępcy, osoby zajmujące kierownicze stanowiska w urzędach organów władzy publicznej, w tym naczelnych i centralnych organach administracji państwowej, tj. m.in.: dyrektora departamentu, jego zastępcy oraz naczelnika wydziału, w administracji rządowej w województwie: dyrektora i jego zastępcy, kierownika zespolonej służby, dyrektora (kierownika) komórki organizacyjnej w centrali Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, skarbnika województwa, powiatu lub gminy oraz sekretarza powiatu.

W ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej art. 4 stanowi, że obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne[5]. Ustawodawca nie wyjaśnia jednak dylematu, czy podmioty wykonujące zadania publiczne są, w rozumieniu tej ustawy, jednocześnie osobami pełniącymi funkcje publiczne.

Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne[6] w art. 2 określa ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, to jest m.in.: przez pracowników urzędów państwowych, w tym członków korpusu służby cywilnej, zajmujących stanowiska kierownicze, a nadto Prezesa i wiceprezesów oraz starszych radców i radców Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, Przewodniczącego i Zastępców Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego, pracowników regionalnych izb obrachunkowych, pracowników samorządowych kolegiów odwoławczych, wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), członków zarządów, skarbników, sekretarzy powiatów i województw, kierowników jednostek organizacyjnych powiatu, osoby zarządzające i członków organów zarządzających powiatowymi osobami prawnymi oraz inne osoby wydające decyzje administracyjne w imieniu starosty, pracowników banków państwowych zajmujących stanowiska: prezesa, wiceprezesa, członka zarządu oraz skarbnika, pracowników przedsiębiorstw państwowych zajmujących stanowiska: dyrektora przedsiębiorstwa, jego zastępcy oraz głównego księgowego, pracowników

[4] Dz. U. z 2006 r. Nr 218, poz. 1592, art. 4.
[5] Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198.
[6] Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584.

jednoosobowych spółek Skarbu Państwa oraz spółek, w których udział Skarbu Państwa przekracza 50% kapitału zakładowego lub 50% liczby akcji, zajmujących stanowiska: prezesa, wiceprezesa i członka zarządu, pracowników agencji państwowych. Wykładnia językowa i logiczna art. 4 oraz tytułu ustawy prowadzi nieodparcie do wniosku, iż w cytowanym przepisie ustawodawca wymienił pełny katalog podmiotów należących do grupy „osoby pełniące funkcje publiczne".

Ustawodawca wprowadza zatem do obrotu prawnego termin o nieprecyzyjnie ustalonym zakresie pojęciowym, ponieważ na gruncie kilku ustaw pod terminem „osoba pełniąca funkcję publiczną" kryje się zbliżony, ale nie identyczny krąg podmiotów. Definicje w powyższych aktach prawnych nie mają charakteru uniwersalnego, nie istnieje jedna, użyteczna dla całego systemu prawa definicja legalna terminu „osoby pełniące funkcje publiczne". Skutkiem tego często w literaturze przedmiotu pojęcie to używane jest intuicyjnie, a nie prawnie i poprawnie. Wobec tego można mieć wątpliwości, czy termin „osoby pełniące funkcje publiczne", którym posługują się Konstytucja RP i pozostałe ustawy, jest tożsamy z którymkolwiek z innych, identycznie brzmiących określeń funkcjonujących w różnych przepisach prawa, np. w prawie karnym i administracyjnym. Pozostaje zatem posiłkować się przy określeniu zakresu omawianego pojęcia orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. Termin: „osoby pełniące funkcje publiczne" stał się bowiem przedmiotem analizy Trybunału, np. w orzeczeniu z dnia 11 maja 2007 r.[7] W ocenie Trybunału sprawowanie funkcji publicznej musi wiązać się z realizacją określonych zadań w ramach struktur władzy publicznej lub na innym stanowisku decyzyjnym w strukturze administracji publicznej, ale także w innych instytucjach finansowanych ze środków publicznych. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego należy uznać, iż do kręgu osób pełniących funkcje publiczne należy kategoria takich osób, które zajmują stanowiska i funkcje, których sprawowanie jest równoznaczne albo z podejmowaniem działań wpływających bezpośrednio na sytuację prawną innych osób, albo których praca łączy się co najmniej z przygotowywaniem decyzji podejmowanych przez inne podmioty. Spod zakresu pojęciowego „funkcji publicznej" Trybunał wyklucza takie stanowiska, które mają charakter wyłącznie usługowy lub techniczny. Ponadto kategoria osób pełniących funkcje publiczne nie może obejmować funkcji, stanowisk i zawodów, które nie mają żadnego związku z władztwem publicznym ani z gospodarowaniem mieniem publicznym, tj. komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Jednocześnie ustalenia Trybunału są pozbawione kazuistyki i takiej szczegółowości, która uniemożliwiałaby ich przeniesienie na grunt przepisów konkretnej (współczesnej albo *in spe*) ustawy, albowiem pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną w rozumieniu

[7] Wyrok TK z 11 maja 2007 r., K 2/07.

zaproponowanym przez Trybunał Konstytucyjny ma charakter uniwersalny, jest naprawdę bardzo szerokie.

Polska Komisja Akredytacyjna[8] finansowana jest ze środków publicznych[9]. Na podstawie art. 48 a ustawy oraz § 4 Statutu Komisji zadaniem PKA jest przedstawianie ministrowi opinii i wniosków dotyczących w szczególności: utworzenia uczelni, przyznania jednostce organizacyjnej uczelni uprawnienia do prowadzenia kształcenia na danym kierunku studiów i określonym poziomie kształcenia, a także oceny programowej i oceny instytucjonalnej działalności uczelni wyższej, w tym jakości kształcenia na studiach oraz oceny spełnienia przez uczelnie określonych w przepisach prawnych warunków prowadzenia kształcenia. Komisja opiniuje nadto projekty aktów prawnych dotyczących szkolnictwa wyższego oraz nauki, przekazanych jej przez właściwych ministrów. Członkowie Komisji podejmują działania polegające na analizie dokumentów i ocenie jakości kształcenia. Zatem, głównym zadaniem, dla którego Komisja została powołana, jest podejmowanie działania na rzecz jakości kształcenia w Polsce, natomiast praca członków Komisji jest elementem procesu decyzyjnego ministra, w zakresie utrzymania standardów jakości edukacji na poziomie uczelni wyższych i łączy się co najmniej z przygotowywaniem decyzji podejmowanych przez ministra w omawianym powyżej przedmiocie. Stąd wniosek, iż zgodnie z wykładnią dokonaną przez TK członkowie Komisji są osobami, których praca łączy się co najmniej z przygotowywaniem decyzji podejmowanych przez ministra, czyli są osobami pełniącymi funkcje publiczne. Niewątpliwie Konstytucja, wymieniając organy władzy i administracji państwowej nie wymienia Polskiej Komisji Akredytacyjnej jako organu państwowego. „Komisja nie została określona jako organ, ale jako instytucja, «działająca na rzecz»”[10]. Jednakże Komisja (a w konsekwencji jej członkowie) jest istotnym elementem w strukturze administracji, współtworząc niejako decyzje ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego. Jeżeli zatem Komisja jest częścią systemu organów administracji państwowej, czy to oznacza, iż jej członkowie są urzędnikami administracji publicznej?

Tryb powoływania członków Komisji jest unormowany uchwałą nr 1/2011 Polskiej Komisji Akredytacyjnej z 10 listopada 2011 r. nadającą Statut Polskiej Komisji Akredytacyjnej. Niewątpliwie są oni powoływani (i odwoływani) przez ministra na czas trwania kadencji i wynagradzani ze środków publicznych. Zgodnie z § 2 Statutu także

[8] Art. 48 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym.

[9] Art. 15 ust. 1 ustawy: „Władze publiczne, na zasadach określonych w ustawie, zapewniają uczelniom publicznym środki finansowe niezbędne do wykonywania ich zadań oraz udzielają pomocy uczelniom niepublicznym w zakresie i formach określonych w ustawie.2. Środki finansowe niezbędne do funkcjonowania Polskiej Komisji Akredytacyjnej są zapewniane w części budżetu państwa, której dysponentem jest minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego.

[10] P. Orzeszko, [w:] W. Sanetra (red.), M. Wierzbowski (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 117.

Przewodniczącego i Sekretarza powołuje i odwołuje minister właściwy do spraw szkolnictwa wyższego. Z treści ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym wynika, iż do członków Komisji stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. − Kodeks postępowania administracyjnego (art. 24 k.p.a.)[11] na podstawie art. 48a ust. 6 ustawy, traktując ich w pewnym, wąskim zakresie jak pracowników administracji publicznej. Ten przepis prawny ma jednak zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy istnieją podstawy faktyczne do wyłączenia członka Komisji z procesu podejmowania uchwał, z uwagi na konieczność zapewnienia jej bezstronności. Zatem z ustawy wynika, iż przepisy k.p.a. mają zastosowanie wobec członków Komisji, traktując ich jako osoby na stanowisku decyzyjnym w strukturze administracji publicznej, jednak jedynie na zasadzie wyjątku od reguły.

Oceniając prawne podstawy działalności członków PKA, zarówno w oparciu o normy prawa administracyjnego, jak i karnego, uznać należy zatem, iż ich działalność spełnia kryteria funkcji publicznych, które wiążą się z realizacją określonych ustawowo zadań, a nadto, że podejmowana jest ona w ramach struktur administracji publicznej, a także, iż wykonują oni swą pracę w instytucji, która finansowana jest ze środków publicznych. W konsekwencji uznać należy, że członkowie PKA należą bezsprzecznie do kategorii osób pełniących funkcje publiczne, z całą konsekwencją prawną (administracyjną, karną) takiego wniosku.

Należy w tym miejscu podkreślić, że o przypisaniu danej osobie atrybutu osoby pełniącej funkcje publiczne decydują przesłanki, które można sprowadzić do dwóch kategorii, pierwsza obejmuje szczególne uprawnienia do działania, tj. takie, które pracownikowi, np. zatrudnionemu na umowę o pracę, nie przysługują, jak m.in. wydawanie decyzji, opinii, ekspertyz, ale też takie, które obejmują swoim zasięgiem szczególne uregulowanie sytuacji prawnej osoby pełniącej funkcje publiczne, w tym członka Komisji. To zagadnienie jest nader widoczne w odniesieniu prawa krytyki tych osób, (w tym krytyki prasowej) w zakresie ich działalności publicznej. Zgodnie bowiem zgodnie z treścią art. 61 Konstytucji RP każdy obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności nie tylko organów władzy publicznej, ale także osób pełniących funkcje publiczne. Na gruncie orzecznictwa ETPC funkcjonuje pogląd, że osoby pełniące funkcje publiczne, z racji wykonywania zadań odnoszących się do ogółu i wywierających skutki w sferze publicznej, mogą być (a nawet powinny być) narażane na szczególną kontrolę i krytykę ze strony mediów[12]. Zagwarantowana przez akty o charakterze krajowym i międzynarodowym swoboda wypowiedzi zawiera w sobie także prawo do

[11] Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

[12] Orzeczenie ETPC z 29 października1992 r. w sprawie *Open Door i Well Dublin Women przeciwko Irlandii*, skarga w sprawach połączonych nr 14234/88 i 14235/88

krytyki. „Zakwalifikowanie osoby do kręgu osób pełniących funkcje publiczne stanowi samodzielną przesłankę uzasadniającą stosowanie rozszerzonych granic krytyki prasowej”[13].Analiza przepisów prawnych regulujących problematykę ochrony dóbr osobistych oraz zapadłego na tle ich stosowania orzecznictwa wskazuje, że status osoby pełniącej funkcje publiczne oznacza istotne rozszerzenie przestrzeni dopuszczalnej krytyki tej kategorii osób. Polski Sąd Najwyższy uznał, że niezbywalne prawo do krytyki, jakie mają dziennikarze, wywodzi się z Konstytucji RP i z treści art. 41 ustawy Prawo prasowe[14]. Zdaniem Sądu, prawo do krytyki wynika z zasady wolności wyrażania opinii zagwarantowanej w Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji. Zarówno Konstytucja RP, jak i EKPC, zezwalają na swobodne, *pro publico bono* krytykowanie postępowania osób sprawujących funkcje publiczne. Należy zatem przyjąć, iż w konsekwencji uznania członków PKA za osoby pełniące funkcje publiczne, dziennikarze w ramach korzystania ze swobody wypowiedzi mają nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek zarówno prezentacji zjawisk ocenianych w sektorze publicznym, np. w Komisji, jako naganne, jak i mogą wyrażać związane z tym negatywne oceny, poddając surowej kontroli działania osób, które są finansowane ze środków publicznych.

Odrębnym zagadnieniem jest brak regulacji ochronnych w stosunku do osób pełniących funkcje publiczne. Ustawodawca zagwarantował w Kodeksie karnym w rozdziale XXIX pt. *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego* szczególną ochronę przed zniesławieniem, znieważeniem, naruszeniem nietykalności cielesnej jedynie funkcjonariuszowi publicznemu. Osoba pełniąca funkcję publiczną jest chroniona tak, jak każdy inny podmiot prawa, bez szczególnego atrybutu ochrony.

2. Odpowiedzialność karna członków PKA

Definicja prawna pojęcia „funkcjonariusz publiczny” wypracowana została na gruncie prawa karnego. Zgodnie z art. 115 § 13 k.k., funkcjonariuszem publicznym jest osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych; natomiast zgodnie z § 19 tego przepisu osobą pełniącą funkcję publiczną jest członek organu samorządowego, albo osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są

[13] M. Nowikowska, *Granice dozwolonej krytyki prasowej działalności osób pełniących funkcje publiczne* http://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/1049/1/Nowikowska_Monika_doktorat.pdf, s.18.

[14] Wyrok SN z 28 marca 2003 r., I CK 346/04.

określone lub uznane przez ustawę. Niewątpliwie żaden członek PKA nie jest pracownikiem administracji rządowej, ani innego organu państwowego, nie wydaje bowiem decyzji administracyjnych, a dokonuje jedynie oceny dokumentacji i działalności szkoły wyższej oraz bierze udział w podejmowaniu uchwał o charakterze opiniującym[15]. Niemniej jednak każdy członek PKA podczas wykonywania zadań w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jest osobą, której uprawnienia w zakresie działalności publicznej wynikają wprost z ustawy, albowiem to ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym nadaje członkom Komisji prawo podejmowania działalności, polegającej na dokonywaniu oceny jakości kształcenia na kierunkach studiów (art. 48a ust. 2). Z takiej interpretacji przepisów wynika moim zdaniem wniosek, iż każdy członek Komisji w rozumieniu prawa karnego jest osobą pełniącą funkcję publiczną, co oznacza, że prawo nakłada na niego odpowiedzialność prawną związaną z pełnieniem funkcji publicznej, opłacanej ze środków publicznych[16]. W konsekwencji, członek PKA na podstawie art. 228 k.k. może ponosić odpowiedzialność karną, jeżeli w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą, albo przyjmuje jej obietnicę, lub jeżeli uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej, osobistej lub takiej korzyści żąda; podlega wówczas karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej nie ma żadnego znaczenia zarówno wartość przyjętej korzyści majątkowej (np. bukiet kwiatów), jak i okoliczności jej wręczenia (przed wizytacją, czy po jej zakończeniu). Istotne jest tylko to, że udzielenie korzyści lub jej obietnicy miało związek z pełnioną przez sprawcę funkcją albo z jego kompetencjami.

Zgodnie z art. 271 § 1 k.k. funkcjonariusz publiczny, ale także inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu, która poświadcza w nim nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Pod pojęciem „inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu" należy rozumieć wyłącznie te osoby, które na mocy szczególnej regulacji otrzymały prawo do sporządzenia dokumentu, któremu podobnie jak w przypadku dokumentów sporządzanych przez funkcjonariuszy, przysługuje cecha zaufania publicznego[17]. Zatem, zarówno członkowie Komisji, jak i jej eksperci, jeżeli w sporządzanych przez siebie ocenach, opiniach, albo wnioskach z wizytacji wykazują fakty nieprawdziwe popełniają

[15] I. Bernatek-Zaguła, *Prawne umocowanie Polskiej Komisji Akredytacyjnej w systemie państwa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2013, nr 4, s. 222.

[16] Rozporządzenie ministra z dnia 1 września 2011 r., Dz. U. Nr 196, poz. 1166, regulujące sposób obsługi administracyjnej i finansowej Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz wysokość wynagrodzenia członków Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Polskiej Komisji Akredytacyjnej i komisji dyscyplinarnej, wyznaczanych przez nie recenzentów i ekspertów.

[17] A. Marek, *Kodeks karny z komentarzem* teza 4 do art. 271, „Prokuratura i Prawo – Orzecznictwo" 1998, nr 4, poz. 6.

przestępstwo poświadczenia nieprawdy. Sąd Najwyższy podkreślał, iż dokument w rozumieniu art. 271 k.k. musi nie tylko odpowiadać cechom wymienionym w art. 115 14 k.k., ale także musi być wystawiony: albo przez funkcjonariusza publicznego albo przez osobę do tego wystawienia uprawnioną, jeżeli dokument zawiera w swojej treści takie poświadczenie, któremu przysługuje cecha zaufania publicznego, a w związku z tym przyjmuje się z urzędu domniemanie jego prawdziwości. Do takich dokumentów należą przede wszystkim dokumenty urzędowe w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez art. 115 § 14 k.k., 244 k.p.c. i art. 76 k.p.a., a ponadto inne dokumenty, którym moc dowodową nadają inne przepisy[18], w tym np. ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym[19]. Należy pamiętać, iż zgodnie z art. 115 § 14 k.k. dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. Nie pozostawia chyba żadnej wątpliwości, iż Prezydium Komisji, podejmując uchwały w ważkich sprawach, o których mowa w ustawie, obligatoryjnie kieruje się sprawozdaniami przedkładanymi przez poszczególne zespoły członków komisji, a zatem opinie członków PKA mają znaczenie prawne i przyjmuje się z urzędu domniemanie ich prawdziwości. Na podstawie art. 271 § 3 k.k., jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Członkowie Komisji, należąc do osób pełniących funkcje publiczne, podlegają odpowiedzialności z art. 265 § 3 k.k., na podstawie którego każdy, kto choćby nieumyślnie ujawnia informację określoną w § 1 jako „tajne" lub „ściśle tajne", z którą zapoznał się w związku z pełnieniem funkcji publicznej lub otrzymanym upoważnieniem, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Podobnej karze z art. 266 § 1 k.k. podlega każdy, kto wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, celowo, umyślnie ujawnia lub wykorzystuje takie informacje, z którymi zapoznał się w związku z pełnioną funkcją albo działalnością publiczną lub naukową; podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Zgodnie z wolą ustawodawcy szczególne znaczenie ma bowiem obowiązek zachowania tajemnicy przez osoby, które podejmują działania związane z zaufaniem publicznym, gdyż tego rodzaju działalność wiąże się z uzyskiwaniem informacji ważnych dla poszczególnych osób oraz dla interesu społecznego. Kodeks Etyki Polskiej Komisji Akredytacyjnej[20] w § 6 pkt 2 obliguje jej członków do zachowania w dyskrecji

[18] Wyrok SN z 9 października 1996 r., V KKN 63/96, OSP 1998, z. 7−8, poz. 147.

[19] Zob. art. 48a pkt 2 i 49 oraz 52 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym.

[20] Uchwała nr 2/2009 z 16 października 2009 r. w sprawie ustanowienia Kodeksu Etyki Polskiej Komisji Akredytacyjnej.

wszelkich informacji, które powzięli w związku z wykonywaniem czynności w Komisji. Bezpośrednim przedmiotem ochrony jest prawo zachowania określonych informacji w tajemnicy, przy czym obowiązek dyskrecji spoczywający na depozytariuszu informacji podyktowany być może potrzebą ochrony istotnego interesu prywatnego, stosunku zaufania łączącego dysponenta informacji z jej depozytariuszem, jak również prawidłowego wykonywania określonych zawodów, czy prowadzenia określonej działalności, w których szczególne znaczenie odgrywa stosunek zaufania[21]. Odpowiedzialność za ujawnienie powyższych informacji może mieć postać zarówno odpowiedzialności karnej, jak i dyscyplinarnej, przy czym oba rodzaje postępowań mogą toczyć się równolegle.

3. Odpowiedzialność dyscyplinarna członków PKA

Ustawodawca przewidział odpowiedzialność dyscyplinarną osób pełniących funkcje publiczne, np. w ustawie o pracownikach samorządowych (reguluje wyłącznie odpowiedzialność porządkową i dyscyplinarną pracowników zatrudnionych na podstawie mianowania), w ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej i ustawie z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych.

Członkowie Komisji i jej eksperci, wykonując swoje obowiązki, muszą (na podstawie art. 48a i § 3 nadanego Komisji Statutu) kierować się zasadą rzetelności, bezstronności i przejrzystości, a opinie i oceny, jakie formułują, muszą być zgodne z przyjętymi przez Komisję kryteriami oceny, stanowiącymi załącznik do statutu. Postępowanie dyscyplinarne wobec członka Komisji nie toczy się na podstawie przepisów ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym, ale na podstawie Kodeksu Etyki. § 6 Kodeksu określa zasady etycznego postępowania członków Komisji oraz zakres odpowiedzialności za ich naruszenie. Za naruszenie norm postępowania określonych w Kodeksie Etyki − członkowie Komisji odpowiadają przed Zespołem do spraw etyki. Chodzi o działania stanowiące naruszenie statutowo określonych obowiązków, m.in. brak troski o wysoki standard i jakość kształcenia w polskim szkolnictwie wyższym (§ 3 pkt 1 Kodeksu), nieprzestrzeganie w swoim działaniu zasad bezstronności, rzetelności, dyskrecji oraz brak otwartości na dialog (§ 3 pkt 2 Kodeksu). W § 6 pkt 1 Kodeksu Etyki nakłada się na członków Komisji powinność nawiązywania współpracy z pracownikami podczas wizytowania uczelni, przeciwdziałanie napięciom w trakcie wykonywanych czynności. Za przekroczenie zakazów (np. podejmowania czynności budzących wątpliwość co do bezstronności członka PKA − *vide* § 5 pkt 3 Kodeksu) albo za niewypełnienie obowiązków

[21] Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bogdan G., Ćwiąkalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Rodzynkiewicz M., Szewczyk M., *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II*, Komentarz W. Wróbel do art. 117−277 k.k.

zakreślonych Kodeksem Etyki (*vide* § 5 pkt 1) każdemu członkowi PKA grozi kara upomnienia, albo odwołania przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Wydaje się oczywiste, mimo iż nie wynika to wprost z Kodeksu Etyki, że każdy członek PKA, skazany prawomocnym wyrokiem za popełnienie przestępstwa, ponosi także odpowiedzialność dyscyplinarną.

Unormowania dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej występują również w innych pragmatykach zawodowych, np. ustawie z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, która ogranicza odpowiedzialność wyłącznie do mianowanych urzędników państwowych[22], ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych[23]. Analizując regulację odpowiedzialności dyscyplinarnej członków PKA poprzez porównanie z regulacją tego zagadnienia w odniesieniu do kategorii innych osób pełniących funkcje publiczne, np. pracowników służby cywilnej[24] albo pracowników urzędów państwowych[25], stwierdzić należy, iż kwestie dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej, w tym dotyczące prowadzenia postępowania wyjaśniającego oraz postępowania dyscyplinarnego, nie zostały szczegółowo uregulowane w odniesieniu do członków Komisji, tak jak np. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 kwietnia 2009 r. w sprawie postępowania wyjaśniającego i postępowania dyscyplinarnego w służbie cywilnej[26]. Postępowanie dyscyplinarne wobec członka PKA jest pozbawione formalizmu, co więcej, toczyć się może z naruszeniem wszelkich zasad proceduralnych. Nie wiadomo, czy tak istotne kwestie, jak: terminy do wszczęcia postępowania w sprawie, do przedawnienia ścigania i inne powinny być regulowane na podstawie norm obowiązujących w kodeksie postępowania karnego, nie wynika to bowiem wprost z żadnego przepisu prawnego, mimo iż postępowanie dyscyplinarne skutkuje poważną ingerencją w prawa członka Komisji, do zwolnienia go z tej funkcji włącznie. Tak szczątkowe uregulowanie postępowania dyscyplinarnego pozostaje w opozycji do rozwiązań dotyczących innych grup społecznych, zawierających w swoim gronie także osoby pełniące funkcje publiczne (np. pracownicy państwowi, samorządowi itp.) i świadczy o iluzorycznym charakterze odpowiedzialności dyscyplinarnej członków PKA. Na podstawie bowiem przepisów Kodeksu Etyki nie wiadomo nawet kto, na czyj wniosek, kiedy (i do kiedy) może czy też musi wszcząć postępowanie dyscyplinarne przeciwko członkowi Komisji o takie zachowanie, które narusza reguły godnego sprawowania funkcji społecznej, a nadto jak długo może trwać postępowanie dyscyplinarne, kto może być obrońcą obwinionego, kiedy czyn obwinionego ulega przedawnieniu itp. Zastrzeżenia budzi fakt, iż zgodnie z przepisami

[22] Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 269.
[23] Dz. U. Nr 223, poz. 1458 z późn. zm.
[24] Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, Dz. U. z 2008 r. Nr 227, poz. 1505.
[25] Ustawa z dnia 16 września 1982 r., tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 269.
[26] Dz. U. z 2009 r. Nr 60, poz. 493.

Kodeksu Etyki postępowanie dyscyplinarne może zatem nawet toczyć się bez udziału obwinionego, a nawet bez jego wiedzy o zarzutach i grożącej mu odpowiedzialności. Brak regulacji w tym zakresie świadczy o zgodzie Komisji na rezygnację, w przypadku postępowania dyscyplinarnego przeciwko jej członkom, z zasad praworządności i rzetelności. Niemniej jednak trafny wydaje się pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność dyscyplinarna członków Komisji, ze względu na represyjny charakter sankcji, bez względu na wady i braki regulacji pozostaje częścią odpowiedzialności karnej i w konsekwencji takie postępowanie winno toczyć się wedle zasad wynikających z kodeksu postępowania karnego (tak jak ma to miejsce na podstawie wyraźnej delegacji w art. 37^1 ustawy o pracownikach urzędów państwowych, zgodnie z którym w postępowaniu przed komisjami dyscyplinarnymi I i II instancji mają zastosowanie odpowiednie przepisy kodeksu postępowania karnego). Odpowiedzialność karna i dyscyplinarna to nie jedyny rodzaj odpowiedzialności, na którą jest narażony członek Komisji jako osoba pełniąca funkcje publiczne. Oprócz niej istnieje odpowiedzialność odszkodowawcza.

4. Odpowiedzialność odszkodowawcza członków PKA

Jeśli chodzi o konsekwencje nieprzestrzegania przez osoby pełniące funkcje publiczne obowiązków, to należy podkreślić, iż w omawianym akcie prawnym (w ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym) brak jest przepisów, które nakładałyby wprost sankcje cywilne, odszkodowawcze za niedotrzymanie któregokolwiek z określonych w niej obowiązków na członka Komisji. Tego rodzaju odpowiedzialność należy wywodzić z innych ustaw.

W ustawie z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa[27] uregulowana została odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych wobec podmiotu, który poniósł bezpośrednią odpowiedzialność w stosunku do osoby pokrzywdzonej wadliwym działaniem albo zaniechaniem administracji publicznej (wykonywaniem władzy publicznej). Podmiot odpowiedzialny wobec innego podmiotu za wyrządzona mu szkodę może (ale dopiero po wypłaceniu poszkodowanemu odszkodowania oraz po spełnieniu innych przesłanek określonych w ustawie o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa) zastosować tzw. mechanizm regresowy wobec bezpośredniego sprawcy szkody, czyli wobec funkcjonariusza publicznego. Jednakże definicja funkcjonariusza publicznego na gruncie tej ustawy jest szeroka, daleko szersza, aniżeli ma to miejsce na gruncie prawa karnego (*vide* art. 115 k.k.), czego skutkiem jest fakt, iż do katalogu „funkcjonariusz publiczny" zaliczyć można także „osoby pełniące funkcje

[27] Dz.U. z 2011 r. Nr 34, poz. 173

publiczne". Funkcjonariusz publiczny, w rozumieniu cytowanej ustawy, to osoba działająca w charakterze organu administracji publicznej lub z jego upoważnienia albo jako członek kolegialnego organu administracji publicznej lub osoba wykonująca w urzędzie organu administracji publicznej pracę w ramach stosunku pracy, stosunku służbowego lub umowy cywilnoprawnej, pod warunkiem, że bierze udział w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji lub postanowienia przez taki organ.

Zatem, zgodnie z art. 2 ust. 1 użyte w ustawie określenie oznacza, że funkcjonariusz publiczny to:

1) osoba działająca w charakterze organu administracji publicznej,
2) lub osoba działająca z jego upoważnienia (z upoważnienia organu administracji publicznej),
3) albo osoba działająca jako członek kolegialnego organu administracji publicznej,
4) lub osoba wykonująca w urzędzie organu administracji publicznej pracę w ramach stosunku pracy, stosunku służbowego lub umowy cywilnoprawnej, „biorąca udział w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji lub postanowienia przez taki organ".

Ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym daje ministrowi właściwemu ds. szkolnictwa wyższego podstawę do kadencyjnego powoływania członków Komisji. Członkowie Komisji, powoływani przez ministra należą zatem do kategorii „osoba działająca z jego (ministra) upoważnienia"; nadto wykonują powierzoną im pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej (o dzieło, zlecenia), działając na rzecz Polskiej Komisji Akredytacyjnej, powołanej przez tego samego ministra. Niewątpliwie biorą oni udział w prowadzeniu sprawy rozstrzyganej w drodze decyzji ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego, albowiem sporządzane przez członków Komisji sprawozdania, zawierające opinie i oceny oraz podejmowane uchwały wraz z uzasadnieniem stają się podstawą do podjęcia ważkich decyzji przez ministra. Jednocześnie, członkowie Komisji na gruncie prawa karnego i administracyjnego są osobami pełniącymi funkcje publiczne, natomiast na podstawie cytowanej ustawy należą do kategorii funkcjonariuszy publicznych, ponoszących odpowiedzialność materialną za rażące naruszenie prawa.

Artykuł 5 u.o.m.f.p. wskazuje przesłanki odpowiedzialności majątkowej. Należą do nich, spełnione łącznie:

1) na mocy prawomocnego orzeczenia sądu lub na mocy ugody zostało wypłacone przez podmiot odpowiedzialny odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej z rażącym naruszeniem prawa;
2) rażące naruszenie prawa, o którym mowa w pkt 1, zostało spowodowane zawinionym działaniem lub zaniechaniem funkcjonariusza publicznego;

3) rażące naruszenie prawa, o którym mowa w pkt 1, zostało stwierdzone (przez stwierdzenie rażącego naruszenia prawa należy rozumieć: *vide* art. 6 cytowanej ustawy.

W judykaturze utrwalił się pogląd na wykładnię terminu „rażący", orzecznictwo stwierdza, że: „«rażący» to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny, bardzo duży"[28], a „rażące naruszenie prawa" stanowi kwalifikowaną formę „naruszenia prawa" i jest czymś więcej niż „naruszeniem przepisów"[29].

Odpowiedzialność majątkowa o charakterze naprawczym jest uregulowana w tytule VI księgi trzeciej kodeksu cywilnego, poświęconym czynom niedozwolonym. Przesłanką odpowiedzialności majątkowej funkcjonariusza publicznego jest uprzednie uzyskanie przez poszkodowanego od podmiotu odpowiedzialnego odszkodowania i to w pełnym zakresie. Oznacza to, że aby funkcjonariusz publiczny poniósł cywilną, majątkową odpowiedzialność odszkodowawczą za czyn niezgodny z prawem, niedozwolony, konieczne jest prawomocne orzeczenie sądu zasądzające odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej i to z rażącym naruszeniem prawa, bądź też aby została zawarta ugoda dotycząca ustalenia wartości odszkodowania. Nie można zatem wykluczyć, że jeżeli wskutek zachowania członka PKA, stanowiącego rażące naruszenie prawa, nastąpi niezgodne z prawem wykonanie władzy publicznej, skutkujące szkodą majątkową, np. po stronie podmiotu prowadzącego uczelnię wyższą, wówczas będzie to mogło doprowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa, a w konsekwencji odpowiedzialności majątkowej tego członka Komisji, jako funkcjonariusza publicznego. Odpowiedzialność ta, o charakterze regresowym, następuje w stosunku do podmiotu, który poniósł bezpośrednią odpowiedzialność wobec osoby pokrzywdzonej i wypłacił zasądzone wyrokiem odszkodowanie. Podstawowe regulacje odpowiedzialności majątkowej za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej zawarte zostały przez ustawodawcę w kodeksie cywilnym. Do przesłanek odpowiedzialności z art. 417 § 1 k.c. należy zaliczyć: zarówno wystąpienie określonej, konkretnej szkody majątkowej, jak i niezgodne z prawem działanie (zaniechanie) władzy publicznej przy wykonywaniu czynności, ale i konieczny jest adekwatny związek przyczynowy, jaki zachodzi pomiędzy wykonywaniem władzy publicznej (np. przez ministra) a poniesioną szkodą. Natomiast „wykonywanie władzy publicznej" obejmuje nie tylko załatwianie spraw administracyjnych w formie decyzji administracyjnej, ale także inne czynności, np. udzielanie informacji publicznej czy dokonywanie wpisu do niektórych rejestrów[30].

[28] Wyrok NSA w Warszawie z 20 października 2006 r., II FSK 113/06, LEX nr 281145.

[29] Wyrok NSA w Warszawie z 31 stycznia 2006 r., I OSK 883/05, LEX nr 299873.

[30] A. Bielska-Brodziak (red.), G. Krawiec, Z. Tobor, *Komentarz do art. 1 ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*, [w:] *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. Komentarz*, Warszawa 2011.

Podsumowując ten skrótowy z konieczności wywód, przeprowadzony na podstawie wybranych przepisów prawnych, uznać należy tezę, iż członków Polskiej Komisji Akredytacyjnej prawo zalicza do grona osób pełniących funkcje publiczne, za w pełni uzasadnioną iw konsekwencji można im przypisać podległość przepisom związanym z prawami i obowiązkami tej kategorii podmiotów prawnych. Daje to podstawę do stwierdzenia, iż ustalenia badawcze poczynione na podstawie analizy cytowanych powyżej, kluczowych dla tego zagadnienia aktów prawnych dowodzą, że członkowie Komisji ponoszą odpowiedzialność za swoje działania tak jak inne osoby pełniące funkcje publiczne. Na podstawie prawnych regulacji można skonstatować również, że nadrzędnym ich celem było wypracowanie takich standardów postępowania w sektorze publicznym, których wymagania są zdecydowanie bardziej rygorystyczne aniżeli w przypadku działalności gospodarczej czy handlowej, czy usługowej. W zasadzie celem wszystkich opisywanych powyżej przepisów prawnych, traktujących o prawach, a przede wszystkim o obowiązkach osób pełniących funkcje publiczne jest dążność do zagwarantowania wysokich standardów zachowań tych osób przy pełnieniu funkcji publicznych, które będą opierały się na fundamentalnych dla prawidłowego funkcjonowania sektora publicznego wartościach, jak bezstronność, rzetelność, obiektywizm, odpowiedzialność i uczciwość. Oczywiste zatem wydaje się wzmożenie rygorów ocennych wobec osób sprawujących funkcje publiczne, jeżeli ich działalność finansowana jest ze środków publicznych.

Anna Deryng
Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie

Status organizacji pozarządowych w świetle postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

1. Wprowadzenie

W sensie mocnym społeczeństwo obywatelskie istnieje jednak dopiero tam, gdzie obok tych różnorodnych stowarzyszeń – lub dzięki ich konfiguracji – społeczeństwo może funkcjonować jako całość poza domeną państwa. Mam tu na myśli sposoby, dzięki którym społeczeństwo może działać – lub generować czy też podtrzymywać pewien stan – bez udziału rządu.

Charles Taylor[1]

Twierdzenie, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (dalej: Konstytucja RP, ustawa zasadnicza)[2] to najważniejszy akt prawny, o podstawowym znaczeniu dla ładu ustrojowo-społeczno-gospodarczego państwa[3], o szczególnej, najwyższej mocy prawnej i o szczególnym, utrudnionym trybie zmiany, od dawna jest w pełni akceptowane w polskiej literaturze nauki prawa konstytucyjnego[4]. W doktrynie powojennej, jeszcze w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, S. Rozmaryn dokonał usystematyzowania wielu przesłanek składających się na to twierdzenie. Wskazał, iż oznacza to szczególną formę ustanowienia i uchylenia Konstytucji, szczególnie ważną

[1] C. Taylor, *Polityka liberalna a sfera publiczna*, [w:] *Społeczeństwo liberalne*, Warszawa 2007, s. 21 podaję za A. Turska, *Państwo społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] J. Majchrowski (red.), *Państwo, prawo, polityka w przestrzeni konstytucyjnej*, s. 155.

[2] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483; obwieszczenie prezesa Rady Ministrów z dnia 26 marca 2001 r. o sprostowaniu błędów, Dz. U. Nr 28, poz. 319; ustawa z dnia 8 września 2006 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 200, poz. 1471, oraz ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 114, poz. 946.

[3] Zob. np. B. Zdziennicki, *Aksjologia Konstytucji RP*, [w:] J. Kuciński (red.), *Piętnaście lat Konstytucji RP z 1997 r. Inspiracje, uregulowania, trwałość*, Warszawa 2012, s. 67 i n.

[4] Zob. np. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 44 i n. Por. także R. Puchta, *Czy Konstytucja wymaga naprawy? O propozycjach zmian ustawy zasadniczej*, [w:] M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2012, s. 225 i n. Zob. także J. Podkowiak, *Zasada nadrzędności Konstytucji a wspólnotowy porządek prawny*, [w:] K. Górka, T. Litwin (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Próba oceny i podsumowania z perspektywy dziesięciolecia stosowania. Zbiór materiałów z ogólnopolskiej konferencji naukowej*, *Kraków 30−31 marca 2007 r.*, Kraków 2008, s. 44 i n.

materię normowania i szczególną moc obowiązywania[5]. Konstytucja jest także aktem regulującym wzajemne relacje prawa i innych systemów normatywnych istniejących w państwie. Bez wątpienia, Konstytucje różnią się od innych aktów normatywnych wieloma cechami formalnymi oraz specyfiką treści. Do tych cech formalnych zalicza się:

1) bezpośrednie obowiązywanie,
2) specjalna nazwa,
3) najwyższa moc prawna postanowień (i system jej ochrony),
4) specyficzny układ treści całej konstytucji i jej części składowych,
5) specjalny tryb uchwalania i zmiany[6].

Dodatkowo, zakres spraw regulowanych przez Konstytucję ma we współczesnych państwach demokratycznych – przy widocznym zróżnicowaniu – charakter uniwersalny. Mam tu na myśli fakt, że Konstytucje tych państw normują zazwyczaj całokształt kwestii ustrojowych (konstytucje pełne). Tym samym, oznacza to kształtowanie treści Konstytucji wokół zwłaszcza trzech grup zagadnień. Po pierwsze – podstawowych zasad ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego państwa; po drugie – statusu prawnego jednostki w państwie; po trzecie – ustroju władz państwowych (naczelnych, a często także terenowych)[7].

Tytuł pracy wyraźnie wskazuje, iż przedmiotem analizy prawnej będą te postanowienia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. w zakresie dotyczącym statusu organizacji pozarządowych w polskim prawie konstytucyjnym[8]. Nadto wspomnę o regulacji wolności zgromadzania się i stowarzyszania się przewidzianej

---

[5] Zob. A. Jamróz, *Konstytucja jako najwyższy akt prawny. Kilka refleksji*, [w:] M. Kudeja (red.), *W kręgu zagadnień konstytucyjnych Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, Katowice 1999, s. 39 i n. oraz przywołana tam literatura.

[6] Zob. A. Bałaban, *Polskie problemy ustrojowe (Konstytucja, źródła prawa, samorząd terytorialny, prawa człowieka)*, Kraków 2003, s. 21 i n. Por. także J. Kuciński, [w:] J. Kuciński, W. J. Wołpiuk, *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r*., Warszawa 2012, s. 17 i n.

[7] Szerzej J. Kuciński, [w:] J. Kuciński, W. J. Wołpiuk, *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 18 i n.

[8] Szerzej na temat organizacji pozarządowych patrz np. Z. Lasocik (red.), *Razem łatwiej. Stowarzyszenia i fundacje. Tworzenie, kierowanie, rozwój*, Warszawa 1992; E. Leś, *Organizacje obywatelskie w Europie Środkowo-Wschodniej. Od małych enklaw wolności ku społeczeństwu obywatelskiemu*, Waszyngton 1994; A. Pacewicz (red.), *Kształcenie obywatelskie. Materiały pomocnicze*, Warszawa 1995; G. Czubek (red.), *Międzynarodowa działalność polskich organizacji pozarządowych*, Warszawa 2002.
Organizacje pozarządowe – prywatne organizacje nienastawione na osiąganie zysku, a na realizację jakiegoś celu społecznego. W Polsce organizacja pozarządowa może mieć postać m.in. stowarzyszenia lub fundacji. Do organizacji pozarządowych nie zalicza się partii politycznych. Wiele organizacji pozarządowych w ramach swojej specjalizacji udziela także porad obywatelskich, prawnych, współpracuje z profesjonalnymi prawnikami. Istnieją na przykład wyspecjalizowane organizacje zajmujące się ochroną praw dzieci, kobiet, samotnych ojców, ofiar przestępstw, ofiar błędów lekarskich, konsumentów i wiele innych, zob. Ł. Bojarski, *Dostępność nieodpłatnej pomocy prawnej. Raport z monitoringu*, Warszawa 2003, s. 20−21.

w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r. (weszła w życie 8 września1953 r.)[9].

Na wstępie czynionych rozważań warto podkreślić, iż Konstytucja RP z 1997 r. w żadnym z 243 artykułów skonkretyzowanych w XIII Rozdziałach[10], w tym Preambule nie posługuje się pojęciem „organizacja pozarządowa"[11]. Fakt ten wydaje się mieć znaczenie w tym aspekcie, że jednocześnie w przepisach tego najwyższego rangą aktu w polskim systemie prawa zastosowanie znalazło sformułowanie „organizacja społeczna"[12]. Organizacja społeczna oznacza w socjologii każdą zorganizowaną grupę osób, działających dla osiągnięcia wspólnego celu (np. rodzina, partia polityczna, społeczeństwo). Z kolei w naukach prawnych (zwłaszcza w prawie administracyjnym) pojęcie to używane jest w węższym znaczeniu i odnosi się wyłącznie do tzw. organizacji pozarządowych, tj. dobrowolnych, prywatnych, sformalizowanych zrzeszeń osób fizycznych, które działają w sposób zorganizowany dla osiągnięcia wspólnego celu niegospodarczego (publicznego) i najczęściej mają osobowość prawną. Co więcej, organizacjami społecznymi w tym znaczeniu nie są osoby prawne typu zakładowego (np. fundacje[13]), organizacje jednostek samorządu terytorialnego oraz rodzinne i osobiste związki międzyludzkie (rodzina, małżeństwo, konkubinat itd.)[14]. Wskazać przy tym należy, iż w Konstytucji RP wymienione są następujące rodzaje organizacji społecznych:

---

[9] Europejska Konwencja Praw Człowieka – sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (weszła w życie 8 września 1953 r.), jest prawdziwą konstytucyjną kartą podstawowych, cywilnych i politycznych, praw i wolności dla krajów skupionych w Radzie Europy. Obecnie Rada Europy zrzesza 47 państw europejskich, co sprawia, że jest jedyną organizacją o paneuropejskim charakterze (szerzej www.strasburgre.msz.gov.pl/pl/o_re/panstwa_czlonkowskie/ (dostęp: 4.08.2014).
Dokument ten stanowi wspólną wartość europejskich demokracji. Tworzy w istocie zespół kryteriów, którym powinny odpowiadać systemy polityczne, aby można było je uznać za prawdziwie demokratyczne, szerzej M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2002, s. 17 i n.

[10] Konstytucja RP z 1997 r. − Rozdział I. Rzeczpospolita; Rozdział II. Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela; Rozdział III. Źródła prawa; Rozdział IV. Sejm i Senat; Rozdział V. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej; Rozdział VI. Rada Ministrów i administracja rządowa; Rozdział VII. Samorząd terytorialny; Rozdział VIII. Sądy i Trybunały; Rozdział IX. Organy kontroli państwowej i ochrony prawa; Rozdział X. Finanse publiczne; Rozdział XII. Stany nadzwyczajne; Rozdział XIII. Przepisy przejściowe i końcowe.

[11] Por. np. D. Siegel, J. Yancey, *Odrodzenie społeczeństwa obywatelskiego. Rozwój sektora organizacji pozarządowych w Europie Środkowo-Wschodniej a rola pomocy zachodniej*, New York 1992.

[12] Patrz szerzej P. Kledzik, *Działalność organizacji pozarządowych na rzecz realizacji celów publicznych. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2013, s. 23 i n.

[13] Zob. np. H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Teksty i objaśnienia ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień prowadzenia działalności gospodarczej*, Warszawa 1995.

[14] Zob. A. Cieleń, [w:] W. Skrzydło, W. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 328 i n.

1) partie polityczne[15] (art. 11, art. 13 Konstytucji RP);
2) związki zawodowe, organizacje społeczno-zawodowe rolników oraz organizacje pracodawców (art. 12, art. 59 Konstytucji RP);
3) stowarzyszenia[16], ruchy obywatelskie i inne dobrowolne zrzeszenia (art. 12); kościoły, związki wyznaniowe (art. 25 Konstytucji RP); samorządy zawodowe oraz inne samorządy (art. 17 Konstytucji RP)[17].

W rezultacie, niezależnie od powyższego nie wydaje się ulegać wątpliwości, iż do organizacji pozarządowych znajdować powinny zastosowanie odpowiednio przepisy określające konstytucyjną zasadę wolności zrzeszania się, tj.:

1) art. 12 – „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji";
2) art. 13 – „Zakazane jest istnienie partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa";
3) art. 58 – „Każdemu zapewnia się wolność zrzeszania się. Zakazane są zrzeszenia, których cel lub działalność są sprzeczne z Konstytucją lub ustawą. O odmowie rejestracji lub zakazie działania takiego zrzeszenia orzeka sąd";
4) art. 59 − „Zapewnia się wolność zrzeszania się w związkach zawodowych, organizacjach społeczno-zawodowych rolników oraz w organizacjach pracodawców. Związki zawodowe oraz pracodawcy i ich organizacje mają prawo do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, oraz do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień. Związkom zawodowym przysługuje prawo do organizowania strajków pracowniczych i innych form protestu w granicach określonych w ustawie. Ze względu na dobro publiczne ustawa może ograniczyć prowadzenie strajku lub zakazać go w odniesieniu do określonych kategorii pracowników lub w określonych dziadzinach. Zakres wolności zrzeszania

[15] Zob. np. J. Szerniawski, *Problemy podstaw prawnych działalności partii politycznych w Polsce*, [w:] *Prawo, administracja, obywatele profesorowi Eugeniuszowi Smoktunowiczowi*, Białystok 1997, s. 349−359.

[16] Szerzej na ten temat np. S. Iwanowski, *Zakres stosowania prawa o stowarzyszeniach*, [w:] *Prawo, administracja, obywatele profesorowi Eugeniuszowi Smoktunowiczowi*, Białystok 1997, s. 91−102. Zob. także P. Winczorek, [w:] P. Winczorek, J. Majchrowski (red.), *Ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1993, s. 32 i n.; a także R. Skiba, *Jak napisać statut stowarzyszenia*, Warszawa 2004.

[17] Zob. A. Cieleń, [w:] W. Skrzydło, W. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny…*, s. 329.

się w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców oraz innych wolności związkowych może podlegać tylko takim ograniczeniom ustawowym, jakie są dopuszczalne przez wiążące Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe";

5) art. 31 ust. 3 − „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 i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw".

Tym właśnie przepisom zostanie poświęcone najwięcej uwagi w niniejszym przedłożeniu. Uwzględniając zatem porządek konstytucyjny oraz dotychczasową praktykę i stan regulacji prawnej, szczególnym wariantem tego zagadnienia staje się próba odpowiedzi na pytanie o to, czy i jaki jest status organizacji pozarządowych w świetle regulacji Konstytucji RP z 1997 r. W rezultacie, czy polskie przepisy konstytucyjne właściwie i w sposób wyczerpujący określają podstawowe zasady funkcjonowania organizacji pozarządowych w polskim porządku konstytucyjnym? Brak opracowań na ten temat powoduje, że udzielenie pełniejszej odpowiedzi na postawione pytanie będzie w tym artykule zadaniem trudnym i raczej przedwczesnym. W wyjściowej pracy – a taki bowiem charakter ma to opracowanie – przeważać jeszcze będzie wersja analityczna, co pozwoli tylko na wstępne zarysowanie podjętego zagadnienia.

W jakim stopniu zamysł udało się zrealizować pozostaje oddać osądowi Czytelnika.

2. Art. 12 Konstytucji RP

Zgodnie z pierwszym z powołanych powyżej przepisów konstytucyjnych, tj. art. 12 ustawy zasadniczej: „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji". Zamieszczenie tego przepisu w Rozdziale I Konstytucji RP zatytułowanym: *Rzeczpospolita* świadczy niewątpliwie o istotnej wadze, jaką ustrojodawca przywiązuje do zapewnienia jednostkom faktycznych możliwości korzystania z wolności zrzeszania się, urzeczywistnianej poprzez tworzenie i funkcjonowanie całej gamy różnorodnych struktur społecznych, w tym organizacji pozarządowych, w ramach których znajduje wyraz aktywność społeczna[18]. Dodać przy tym warto, iż wymienionego w art. 12 Konstytucji RP katalogu form zrzeszania się nie należy traktować jako zamkniętego, w którym ustawodawca umiejscowił wszystkie dozwolone w państwie struktury organizacyjne. Regulacja ta

[18] Szerzej P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zrzeszania się*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 596 i n.

wskazuje jedynie na podstawowe i − w ocenie ustrojodawcy – najważniejsze przejawy korzystania z tej wolności, co nie wyklucza realizacji przez zainteresowanych wspólnych celów w innej jeszcze formie organizacyjnej, czego przykładem może być organizacja pozarządowa[19]. W literaturze przedmiotu[20] wskazuje się na „dwukierunkowe" oddziaływanie omawianego przepisu ustawy zasadniczej. Dotyczy on bowiem zarówno zrzeszeń już istniejących („zapewnia wolność działania"), jak i tych, które dopiero powstaną w przyszłości („zapewnia wolność tworzenia").

Zauważyć przy tym trzeba, iż art. 12 Konstytucji RP w szczególny sposób uwzględnia podstawowe założenia społeczeństwa obywatelskiego[21], które tworzą pewne kategorie organicznie z nim związane, stanowiące zarazem determinanty jego powstania i wyznaczniki funkcjonowania[22]. Należą do nich:

1) dobrowolne stowarzyszenia, organizacje pozarządowe – pozycja, funkcje i role dobrowolnych stowarzyszeń w społeczeństwie obywatelskim rozpatrywane są współcześnie w nurcie socjologicznym przez tak zwanych *neotocquevillian*;
2) kapitał społeczny, który jest wprost proporcjonalny do aktywności obywateli w różnego rodzaju stowarzyszeniach. Składa się na niego zaufanie społeczne, sieci powiązań i normy wzajemności;
3) pluralizm – współcześnie społeczeństwo obywatelskie pojmowane jest również jako społeczeństwo pluralistyczne, jako „rozproszenie władzy", „fragmentaryzacja społeczeństwa"[23].

Co ciekawe, przechodząc do próby zdefiniowania terminu „społeczeństwo obywatelskie"[24], należy zaakcentować pewne trudności z tym związane, na co zwrócił uwagę między innymi Jerzy Szacki[25]. Warto zatem zastanowić się nad przyczynami owego zjawiska. W literaturze[26] wskazuje się, iż taka sytuacja wynika z długiej tradycji

[19] *Ibidem*, s. 597 i n.

[20] *Ibidem*, s. 597 i n.

[21] Por. np. J. Kostrubiec, *Zasada społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] M. Bożek, M. Karpiuk, J. Kostrubiec, K. Walczuk (red.), *Zasady ustroju politycznego państwa*, Poznań 2012, s. 204 i n.

[22] Por. np. A. Turska, *Państwo społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] J. Majchrowski (red.), *Państwo, prawo, polityka w przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2007, s. 151−158.

[23] Szerzej na temat społeczeństwa obywatelskiego M. Rachwał, *Demokracja bezpośrednia w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego w Polsce*, Warszawa 2010, s. 27 i n. Autor ten wskazuje, że „społeczeństwo obywatelskie budowane jest w sposób oddolny i niezależny od instytucji państwa, tworząc siatkę struktur pośredniczących między jednostkami i grupami społecznymi a państwem. Uczestnictwo w społeczeństwie obywatelskim jest wynikiem wolnej decyzji jego uczestników i przyjmuje głównie postać udziału w stowarzyszeniach", s. 26. Por. także M. Marczewska-Rytko, *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2001, s. 15 i n.

[24] Na ten temat szerzej K. Łokucijewski, [w:] A. Szmyt (red.) *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 551−558.

[25] Szerzej zob. przywołana literatura [w:] M. Rachwał, *Demokracja bezpośrednia w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego*…, s. 27.

[26] *Ibidem*, s. 27−28.

przedmiotowej idei (wielu badaczy odwołuje się też do Arystotelesa – *koinonia politike* czy Cycerona – *societas civilis*). Dodatkowo należy mieć na uwadze, iż pojęcie społeczeństwa obywatelskiego jest przedmiotem zainteresowania m.in. filozofii, socjologii, nauk politycznych i prawnych. Jego treść jest niejednoznaczna i zmienna w zależności od kontekstu historycznego i kulturowego. Tym samym, występuje nadmiar definicji próbujących wyjaśnić, co termin ten tak naprawdę oznacza. Interesująca poznawczo wydaje się próba wyjaśnienia istoty zjawiska przez odwołanie się do pojęcia trzech sektorów jako zasadniczych elementów ustroju politycznego, gospodarczego i społecznego. W ramach bowiem tego podziału następuje wyodrębnienie publicznych i prywatnych podmiotów działania oraz celów działania. I tak, sektor pierwszy – to system polityczny, sektor drugi – to system ekonomiczny oraz sektor trzeci (społeczeństwo obywatelskie) to system społeczny[27].

Słusznie zatem B. Banaszak[28] wskazuje, iż ustawa zasadnicza, uznając wolność tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji, zapewnia różnym zorganizowanym grupom społecznym (w tym organizacjom pozarządowym) artykulację i realizację ich interesów oraz wyrażanie opinii poprzez struktury, które to umożliwiają. Z wyodrębnieniem w ustawie zasadniczej różnych nazw dla poszczególnych form organizacyjnych nie wiążą się istotne różnice pomiędzy nimi. Sami bowiem zainteresowani, korzystając z tej wolności, dokonują wyboru najbardziej odpowiadającej im formy i nie muszą zarazem korzystać z nazw i form określonych w ustawach.

Warto przy tym wspomnieć, iż z art. 12 wyprowadzić można te elementy, w które powinny być wyposażone organizacje objęte jego regulacją[29] (chodzi mi tu w szczególności o cechy wymienione w uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12 grudnia 2005 r.[30]) tj.:

po pierwsze – co także wynika z samego brzmienia przepisu, wszystkie tworzone są i działają na zasadzie dobrowolności przystępowania i należenia;

po drugie − do każdej formy organizacyjnej odnosi się określony zespół norm ustawowych określających jej strukturę, zakres praw i obowiązków stanowiący o jej organizacyjnej odrębności;

[27] Zob. K. Łokucijewski, [w:] A. Szmyt (red.) *Leksykon prawa konstytucyjnego…*, s. 553 i n.

[28] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 122 i n.

[29] Zob. przykładowe orzeczenia TK i wybranych sądów dotyczące art. 12 Konstytucji RP, [w:] M. Zubik (red.), *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2011, s. 90−94.

[30] Zob. orzeczenia.nsa.gov.pl (dostęp: 31.03.2014) – uchwała NSA z 12 grudnia 2005 r., II OPS 4/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 37.

po trzecie − statuty określające cele i działalność danej organizacji powinny być zgodne z celami państwa i prawem;

po czwarte − w działalności statutowej organizacje są niezależne od organów władzy publicznej i innych podmiotów;

po piąte − organy organizacji pochodzą z wyborów dokonywanych na demokratycznych zasadach przez wszystkich członków organizacji, gdyż ich ogół zajmuje najwyższą pozycję w organizacji;

po szóste − państwo poprzez swoje organy władzy publicznej nadzoruje lub kontroluje poszczególne organizacje.

Dodatkowo warto podnieść, iż w świetle rodzących się wątpliwości, czy fundacja (będącą organizacją pozarządową) jest organizacją społeczną, odpowiedzi należy poszukiwać w postanowieniach Konstytucji RP, gdzie pojęcie fundacji występuje w kontekście organizacji (np. związki zawodowe, stowarzyszenia), które niewątpliwie są organizacjami społecznymi. Mimo iż ustawa zasadnicza nie posługuje się określeniem „organizacja społeczna", to jednak na gruncie Konstytucji RP możliwe jest wnioskowanie, że wskazanie w samej ustawie zasadniczej różnych typów organizacji, pozwala na przyjęcie wspólnego dla nich określenia i wyznaczenie cech wspólnych łącznie je charakteryzujących.

Reasumując zatem, podstawowe znaczenie dla tego rodzaju rozumowania ma analizowany art. 12 Konstytucji RP. Przepis ten bowiem wyraża zasadę udziału obywateli w funkcjonowaniu państwa, poprzez tworzenie różnego rodzaju organizacji i struktur, które umożliwiają obywatelom realizację ich interesów oraz wyrażenie opinii. Jest to zasada społeczeństwa obywatelskiego, pozostająca w ścisłym związku z zasadą pomocniczości. W ramach tej zasady społeczeństwo obywatelskie korzysta z wolności tworzenia organizacji i struktur w wybranej przez siebie formie[31].

3. Art. 13 Konstytucji RP

W literaturze[32] wskazuje się, iż z konstytucyjnego zakazu istnienia partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu oraz tych, których program zakłada lub dopuszcza inne wskazane przez Konstytucję elementy, wyprowadzić można też logicznie zakaz propagowania programów odwołujących się do tych zakazanych metod i praktyk, nawet jeśli nie czynią tego partie polityczne i inne organizacje[33]. Zgod-

[31] Zob. szerzej uchwała NSA z 12 grudnia 2005 r., II OPS 4/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 37.

[32] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 125 i n.

[33] Por. także A. Cieleń, [w:] W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*…, s. 328−329.

nie bowiem z treścią art. 13 Konstytucji RP: „Zakazanie jest istnienie partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa". Upowszechnianie tych programów stwarza płaszczyznę integracyjną dla osób, które zainteresowane będą istnieniem partii lub organizacji je realizujących. Dodatkowo, treści wskazane w tych programach nie należą na pewno do tego, co – jak stanowi Preambuła – jest cenne w ponadtysiącletnim dorobku. W rezultacie, skoro Preambuła stwierdza, że naród jest do czegoś zobowiązany, to obowiązek ten ciąży na władzach przezeń powoływanych[34]. Tym samym, art. 13 należy nadać znaczenie szersze, zobowiązujące władze publiczne do przeciwdziałania wszelkim próbom inicjowania tworzenia takich partii i organizacji lub przynajmniej monitorowania takich prób. Warto przy tym podnieść, iż zalążkiem ugrupowania politycznego lub organizacji może stać się każda forma organizacyjna dopuszczona do działania zgodnie z postanowieniami art. 58 ustawy zasadniczej.

Jak zauważa W. Skrzydło[35], na gruncie art. 13 Konstytucji RP powstaje wątpliwość, czy wystarczająco precyzyjnie określony został ten zakaz i czy rzeczywiście program może przesądzać jednoznacznie o metodach jego realizacji.

Słusznie wskazuje przy tym Trybunał Konstytucyjny, iż „Interpretacja art. 13 Konstytucji wymaga zharmonizowania z innymi normami, zasadami i wartościami konstytucyjnymi leżącymi u podstaw ustroju Rzeczypospolitej, a w szczególności takimi jak: demokracja i państwo prawne (art. 2 Konstytucji RP[36]), suwerenność Narodu (art. 4 Konstytucji RP[37]), zapewnienie wolności i praw człowieka i obywatela (art. 5 Konstytucji RP[38]), legalizm (art. 7 Konstytucji RP[39]), przestrzeganie prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP[40]), pluralizm polityczny (art. 11 ust. 1 Konstytucji RP), wolność zrzeszania się (art. 58 Konstytucji RP[41])". Co więcej, Trybunał zauważa, że art. 13 ustawy zasadniczej

[34] *Ibidem*, s. 126.

[35] Zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 28.

[36] Art. 2 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej".

[37] Art. 4 Konstytucji RP: „Władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu. Naród sprawuje władzę przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio".

[38] Art. 5 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju".

[39] Art. 7 Konstytucji RP: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa".

[40] Art. 9 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego".

[41] Art. 58 Konstytucji RP: „Każdemu zapewnia się wolność zrzeszania się. Zakazane są zrzeszenia, których cel lub działalność są sprzeczne z Konstytucją lub ustawą. O odmowie rejestracji lub zakazie działania takiego zrzeszenia orzeka sąd".

– jako wprowadzający wyjątek od zasady pluralizmu politycznego (art. 11 ust. 1 Konstytucji RP[42]) – nie może być interpretowany rozszerzająco[43].

Nadto, Trybunał Konstytucyjny[44] stwierdza, iż „[...] Konstytucja nie definiuje znamiennego dla art. 11 pojęcia «celu» i pojęcia «programu», o którym mowa w art. 13 Konstytucji. Pojęcia te można jednak zinterpretować poprzez instytucję „statutu", jako aktu ustanowionego przez samą partię polityczną, na zasadach przez nią przyjętych, w którym deklaruje ona swoje cele i metody działania".

4. Art. 58 Konstytucji RP

Rozwinięciem art. 12 ustawy zasadniczej jest unormowanie zawarte w art. 58 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Artykuł ten umieszczony został nie w Rozdziale I Konstytucji RP, pośród jej zasad naczelnych, ale w samym środku Rozdziału II ustawy zasadniczej zatytułowanej: *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* wśród wolności i praw politycznych.

Jak słusznie wskazuje B. Banaszak[45], art. 58 ust. 1 Konstytucji RP statuuje swoistą *lex generalis*, określając szeroko zakres podmiotowy tej wolności zwrotem, „każdemu zapewnia się". Niewątpliwie, świadczy to o traktowaniu tej wolności jako wolności człowieka, którego adresatem może być każda jednostka, bez względu na obywatelstwo czy też inne cechy. Co więcej, nie istnieje również konstytucyjne wykluczenie realizowania tej wolności przez podmioty zbiorowe.

Ustrojodawca konstytucyjny, obejmując regulacją prawną szczególne formy zrzeszania się w innych artykułach, w szczególności chodzi tu o analizowany powyżej art. 12 ustawy zasadniczej, w tym konkretnym przypadku nie określa pozostałych form zrzeszania się. W konsekwencji uznać można, iż każda z nich jest dopuszczalna, a szczegółowe regulacje ustawowe mogą co najwyższej ograniczać niektóre z elementów tworzących daną formę[46]. Należy przytoczyć tutaj pogląd SA w Warszawie[47], który stwierdził, iż: „z art. 12 i 58 Konstytucji RP wynika, że wolność zrzeszania się należy do wolności obywatelskich, które umożliwiają postępowanie według własnej woli zainteresowanych osób, niezależnie od państwa i jego ustaw, nie mogą być jednostkom

[42] Art. 11 ust. 1 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność tworzenia i działania partii politycznych. Partie polityczne zrzeszają na zasadach dobrowolności i równości obywateli polskich w celu wpływania metodami demokratycznymi na kształtowanie polityki państwa".

[43] Postanowienie z 24 listopada 2010 r., Pp 1/08, OTK-A 2010, nr 9, poz. 115.

[44] Wyrok TK z 8 marca 2000 r., OTK ZU 2000, nr 2, poz. 58.

[45] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej…*, s. 293 i n.

[46] Por. także J. Juchniewicz, M. Kazimierczuk, *Wolności i prawa polityczne*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 146 i n.

[47] Postanowienie z 24 kwietnia1998 r., I ACa 17/98, Apelacja Warszawa 1999, nr 1, poz. 8.

przyznawane i cofane. W przypadku sporu organ państwowy powinien wskazać podstawę prawną dla ograniczenia wolności".

Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa sądowego konstytucyjna wolność zrzeszania się oznacza:

1) nieskrępowane tworzenie zrzeszeń i wybór ich formy prawnej i organizacyjnej;
2) swobodę ich działalności (m.in. przez określenie celów i środków służących do ich realizacji);
3) dobrowolność członkostwa w nich i dobrowolność występowania z nich, przy czym samym stowarzyszeniom – tzn. ich dotychczasowym członkom lub organom ich reprezentującym – pozostawia się decydowanie o przyjęciu nowego członka zgodnie z zasadami określonymi w statucie lub regulaminie zrzeszenia;
4) prawo decydowania członków zrzeszenia o jego sprawach i o wyborze jego organów wewnętrznych;
5) decydowanie przez członków zrzeszenia o zakończeniu jego działalności[48].

Zakres podmiotowy wolności zrzeszania się obejmuje swoim zakresem osoby fizyczne. W tym miejscu nasuwa się pytanie – czy obejmuje także osoby prawne. Ustawa zasadnicza w żadnym z 243 artykułów nie wskazuje na regulację przedmiotowego zagadnienia. Jedynie w myśl postanowień art. 172 Konstytucji RP wskazuje na prawo zrzeszania się jednostek samorządu terytorialnego, tj. „Jednostki samorządu terytorialnego mają prawo zrzeszania się. Jednostka samorządu terytorialnego ma prawo przystępowania do międzynarodowych zrzeszeń społeczności lokalnych i regionalnych oraz współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi. Zasady, na jakich jednostki samorządu terytorialnego mogą korzystać z praw, o których mowa w ust. 1 i 2, określa ustawa". Ustawodawca, rozwijając te postanowienia w przypadku stowarzyszeń gmin i stowarzyszeń powiatów, przyjął jako zasadę stosowania odpowiednio przepisy ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach[49] wszędzie tam, gdzie danej materii nie obejmują szczególne unormowania dotyczące samorządu terytorialnego[50].

Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy i cele działalności zrzeszeń objętych regulacją art. 58 Konstytucji RP, można ustalić je na podstawie wykładni systemowej tej normy prawnej. Zatem, jeśli został on umieszczony w podrozdziale Konstytucji zatytułowanym *Wolności i prawa polityczne*, to nie może on służyć ochronie działalności zrzeszeń o charakterze gospodarczym, tworzonym w celach wypracowania zysku i zapewnienia ich członkom korzyści materialnych (zarobkowych). Warto dodać, iż zrzeszenia tego typu objęte są ochroną art. 20 gwarantującego wolność działalności gospodarczej. Tę

[48] Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 293 i n.
[49] Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 ze zm.
[50] Szerzej B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 349 i n.

koncepcję ustrojodawcy trafnie odczytuje sam ustawodawca, podkreślając w ustawie Prawo o stowarzyszeniach niezarobkowy charakter organizacji tworzonych na podstawie tej ustawy[51].

Wskazać przy tym trzeba, iż zrzeszenia podlegają rejestracji, jeśli zaś cel zrzeszenia nie jest zgodny z prawem, organ prowadzący rejestrację odmawia jego zarejestrowania. Te same przyczyny mogą powodować wydanie zakazu działania zrzeszenia. O odmowie rejestracji lub o zakazie działalności orzeka sąd. W tej bowiem dziedzinie nie mają kompetencji organy władzy wykonawczej. W rezultacie zatem i ta ważna sfera działalności społecznej podlega tylko kontroli i jest prowadzona w ramach ustalonych przez ustawodawcę w drodze ustawy[52].

5. Art. 59 Konstytucji RP

Zauważyć można, iż wśród ogromnej rozmaitości form organizacyjnych powstających w oparciu o wolność zrzeszania się szczególna rola, poza partiami politycznymi, przypada związkom zawodowym, organizacjom społeczno-zawodowym rolników i organizacjom pracodawców. W rezultacie różnym zrzeszeniom działającym w sferze ekonomicznej i produkcyjnej[53]. Fakt ten sprawia, iż tego rodzaju organizacjom poświęca ustawa zasadnicza odrębny artykuł, co więcej, dotyczy ich także ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych[54]. Powstaje zatem pytanie, jakie czynniki decydują o szczególnej roli tych organizacji? Odpowiedzi należy poszukiwać w art. 20 Konstytucji RP, który stanowi, że: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej". Zatem szczególna istotna rola tych organizacji wynika z faktu, że są to partnerzy społecznego dialogu. Warto przy tym wspomnieć, iż o związkach zawodowych i ich znaczeniu wspomina także wskazany powyżej art. 12 Konstytucji RP, traktujący o pluralizmie związkowym. Partnerami tego dialogu są, oprócz związków zawodowych, także organizacje społeczno-zawodowe rolników[55], a także organizacje pracodawców[56].

Podkreślić trzeba, iż szczególny charakter organizacji objęty regulacją art. 59 Konstytucji RP wynika stąd, iż zostały one wyposażone w pewne uprawnienia pozytywne umożliwiające im realizację ich zadań, tj. prawo do rokowań, do zawierania układów

[51] *Ibidem*, s. 350.
[52] Zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*..., s. 70.
[53] *Ibidem*, s. 71 i n.
[54] Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 854 ze zm.
[55] Dotyczy ich ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. o związkach zawodowych rolników indywidualnych, Dz.U. Nr 20, poz. 106 ze zm.
[56] Dotyczy ich ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców, Dz.U. Nr 55, poz. 235 ze zm.

zbiorowych i innych porozumień. Ich katalog nie jest wyczerpujący. Jak słusznie bowiem stwierdził Trybunał Konstytucyjny[57]: „Ustawodawca ma konstytucyjny obowiązek zagwarantowania związkom zawodowym niezbędnego minimum uprawnień zapewniającego im możliwość skutecznej realizacji swoich celów, a zaniechanie wykonania tego obowiązku stanowi naruszenie art. 59 Konstytucji RP. Prawodawca konstytucyjny pozostawił jednak znaczną swobodę ustawodawcy w tej dziedzinie, ponieważ poza wymienionymi prawami do rokowań, zawierania układów zbiorowych i organizowania strajków nie sprecyzował bliżej szczegółowego zakresu uprawnień związków zawodowych w relacjach z pracodawcami. [...] z art. 59 Konstytucji wynika obowiązek zagwarantowania minimalnego poziomu uprawnień związków zawodowych składających się na istotę wolności związkowych i umożliwiających obronę praw pracowniczych oraz współpracę z pracodawcami, a jednocześnie nakaz zapewnienia równowagi interesów związków zawodowych oraz pracodawców i ich organizacji". Jak wskazuje B. Banaszak[58], organ stosujący prawo nie może w odniesieniu do zakresu uprawnień związków zawodowych interpretować zbyt szeroko ani art. 59 ust. 1, ani jego dalszych postanowień i nie można wyprowadzać z nich praw niewyrażonych w nich *expressis verbis*. Przykładowo dotyczy to prawa pracowników do współudziału w zarządzaniu przedsiębiorstwem. Działania tych organizacji koncentrują się zatem na życiowych problemach milionowych rzesz ludzi pracujących w gospodarce narodowej.

Związki zawodowe zostały wyposażone w prawo do wchodzenia w spory zbiorowe, posiadają prawo organizowania strajków pracowniczych i innych form protestu w granicach zakreślonych w ustawie. Co więcej, pewne kategorie pracowników są objęte zakazem prowadzenia strajków, przy czym zakaz ten może też dotyczyć określonych dziedzin życia. W świetle postanowień ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych[59] strajki mogą być organizowane wyłącznie przez związki zawodowe, a nie partie polityczne czy inne organizacje. W odniesieniu do tych organizacji Konstytucja RP przewiduje wyjątkowy rodzaj ograniczeń. Mają one być bowiem oparte na ustawach, podobnie jak się to dzieje w przypadku innych organizacji czy zrzeszeń, przy czym ustawa może wprowadzać tylko takie ograniczenia, jakie są przewidziane i dopuszczalne w umowach międzynarodowych wiążących Polskę. Tym samym, ustawodawca jest w tej dziedzinie jednoznacznie związany normami prawa międzynarodowego[60].

[57] Wyrok TK z 28 września 2006 r., K 45/04, OTK-A 2006, nr 8, poz. 111.
[58] Szerzej B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 354 i n.
[59] Dz.U. Nr 55, poz. 236 ze zm.
[60] Zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*…, s. 72.

Wskazać przy tym warto, iż z art. 59 ust. 2 Konstytucji RP Trybunał Konstytucyjny[61] wyprowadził „m.in. wymóg zagwarantowania związkom zawodowym i organizacjom pracodawców:

1) prawa występowania z inicjatywą zawarcia układu zbiorowego,
2) prawa uczestniczenia w rokowaniach dotyczących układu zbiorowego,
3) swobody podejmowania decyzji w sprawie związania się wynegocjowanym układem zbiorowym,
4) możliwie szerokiego zakresu swobody w zakresie kształtowania treści układów zbiorowych".

Swoboda ta może być jednocześnie ograniczana przez ustawodawcę, gdy chodzi o ochronę dóbr lub zasad konstytucyjnych[62].

Zakres podmiotowy[63] wolności gwarantowanych w art. 59 Konstytucji RP, a także związanym z nim art. 12 może być ograniczony tylko na podstawie ustawy. Bez wątpienia, ten sam wymóg dotyczy innych możliwych ograniczeń tych wolności. Ustrojodawca wskazuje przy tym, iż ograniczenia te muszą być zgodne z wiążącymi RP umowami międzynarodowymi. Co więcej, muszą spełniać wymogi określone w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej odnoszące się do ingerencji władz publicznych we wszystkie konstytucyjne prawa i wolności, a także ograniczenia zawarte w innych normach Konstytucji.

6. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Konstytucja RP w art. 31 ust. 3 formułuje klauzulę generalną odnoszącą się do ograniczeń zawartych w niej praw i wolności, tj.: „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". Przyjmuje bowiem ogólną zasadę uznaną powszechnie w prawie konstytucyjnym państw demokratycznych głoszącą, że ustalenie granic konstytucyjnych praw i wolności może być „dokonane tylko w ustawie". Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie TK przyjmuje się, iż zwrot ten rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje nie tylko przypadki, w których ustawa stanowi jedynie źródło ograniczeń, ale także i takie sytuacje, w których ustawodawca formułuje jedynie podstawowe elementy ograniczeń, zaś ich rozwinięcie, uzupełnienie może być już dokonane w innym akcie (podustawowym) – np.

[61] Wyrok TK z 23 października 2001 r., K 22/01, OTK 2001, nr 7, poz. 215.
[62] Por. *ibidem*; wyrok SN z 10 października 2003 r., I PK 313/02, OSNP 2004, nr 19, poz. 333.
[63] Por. także L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014, s. 363 i n.

uchwale rady gminy – miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, gdy w ustawie nie da się w precyzyjny sposób określić, jakie ograniczenia mogą być ustanowione[64].

Wyliczone w cytowanym powyżej przepisie warunkowe ograniczenia, ze względu na swoistą nieprecyzyjność sformułowań, każdorazowo będą wymagać dla ich zastosowania należytego i jednoznacznie przekonywającego uzasadnienia[65]. Potwierdza to orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego[66], który skonstatował, iż katalog wyróżnionych powyżej przesłanek ma charakter zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego[67], uznając wyjątkowość takiej sytuacji, wskazuje się, iż: „niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń".

Oprócz wskazanego powyżej zastrzeżenia, dotyczącego prawa wkraczania w sferę wolności i praw jednostki, Konstytucja RP wprowadza dalsze obostrzenia. Wspomniane ograniczenia w zakresie korzystania z praw i wolności mogą być wprowadzane ustawowo tylko wówczas, gdy są konieczne w demokratycznym państwie w celu:

1) zapewnienia jego bezpieczeństwa, stąd ograniczenia te są dopuszczalne w pewnych granicach w przypadku wprowadzenia stanów nadzwyczajnych lub porządku publicznego,
2) ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej,
3) ochrony wolności i praw innych osób.

Zauważyć przy tym trzeba, iż generalną zasadą w tej dziedzinie, wyraźnie wyartykułowaną przez Konstytucję RP, jest to, iż wskazane powyżej ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Ustawa zasadnicza, ustanawiając tę ważną zasadę dotyczącą wolności, jednocześnie określa jej gwarancje i granice oraz warunki stosowania niezbędnych jej ograniczeń[68].

Według poglądu Trybunału Konstytucyjnego[69], „zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie

[64] Szerzej B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 219 i n.
[65] Zob. P. Kledzik, *Działalność organizacji pozarządowych na rzecz realizacji celów publicznych. Studium administracyjno-prawne...*, s. 24 i n.
[66] Wyrok TK z 25 lutego 1999 r., K 23/98, OTK ZU 1999, nr 2, s. 170.
[67] Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3.
[68] Zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, s. 45.
[69] Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., OTK 1995, nr 1, poz. 12.

mogą naruszać istoty wolności i praw. Tak ukształtowany przepis w pełni realizuje postulaty, jakie pod adresem zasady proporcjonalności wysuwała doktryna prawa, odpowiada również w dużym stopniu formułom zastosowanym w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach międzynarodowych, przede wszystkim w Europejskiej Konwencji [...], jak również w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych [...]. Kształt obowiązujących unormowań konstytucyjnych w pełni uzasadnia odwołanie się do wcześniej formułowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego tez dotyczących interpretacji i zastosowania zasady proporcjonalności".

Dodatkowo, Trybunał Konstytucyjny[70] stwierdził, że „artykuł 31 ust. 3 Konstytucji określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela. W aspekcie formalnym przepis ten wymaga, by ograniczenia te były ustanawiane «tylko w ustawie», wykluczając tym samym ich wprowadzenie w aktach niższej rangi, a w aspekcie materialnym – dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego albo wolności i praw innych osób".

W zakresie regulacji art. 31 ust. 3 Konstytucji wskazującej na dopuszczalność ograniczeń wolności jedynie w ustawie należy wskazać, że pewne rozwiązania ograniczające działalność organizacji pozarządowych z uwagi na określony jej przedmiot wprowadza już sama ustawa zasadnicza we wskazanym powyżej art. 13.

Wskazać przy tym trzeba, iż szczególnego rodzaju ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych mogą także zachodzić w ramach stanów nadzwyczajnych. Stany te stanowią swoiste instytucje prawa wewnętrznego, zasadzające się na możliwości odstępstwa od założonego w Konstytucji systemu sprawowania władzy w związku z zaistnieniem wyjątkowych zagrożeń[71]. Wskazać przy tym trzeba, iż ustrojodawca pomimo pozostawienia kwestii ograniczeń wolności i praw w trakcie stanów nadzwyczajnych regulacji ustawowej, podobnie jak w przypadku art. 13 już bezpośrednio w Konstytucji wskazał w tym względzie pewne generalne zasady[72].

Po pierwsze, w art. 228 ust. 5[73] zastrzegł, że działania podejmowane w związku z wprowadzeniem stanu nadzwyczajnego muszą odpowiadać stopniowi zagrożenia i powinny zmierzać do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa.

---

[70] Wyrok TK z 30 października 2006 r., OTK ZU 2006, nr 9A, poz. 128.

[71] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*…, s. 470.

[72] Zob. P. Kledzik, *Działalność organizacji pozarządowych na rzecz realizacji celów publicznych. Studium administracyjno-prawne...*, s. 25 i n.

[73] Art. 228 ust. 5 Konstytucji RP: „Działania podjęte w wyniku wprowadzenia stanu nadzwyczajnego muszą odpowiadać stopniowi zagrożenia i powinny zmierzać do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa".

Po drugie, w art. 233 wyszczególnił ze sfery wolności i praw określony ich zbiór, który poddał szczególnej ochronie. Wskazał, że nie podlegają ograniczeniom, w tym także w trakcie obowiązywania stanów nadzwyczajnych, prawa i wolności dotyczące: godności człowieka (art. 30), konstytucyjnych zasad nabywania i utraty obywatelstwa (art. 34 i art. 36), ochrony życia (art. 38), humanitarnego traktowania (art. 39, art. 40 i art. 41 ust. 4), zasad ponoszenia odpowiedzialności karnej (art. 42), prawa do sądu (art. 45), ochrony dóbr osobistych (art. 47), sumienia i religii (art. 53), petycji, skarg i wniosków (art. 63) oraz praw rodziny i dziecka (art. 48 i art. 72). Jako niedopuszczalne uznane zostały także wszelkie ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela z powodu rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku. Jednakże dopuszczalność ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela, wyłącznie w stanie klęski żywiołowej, przewidziana została w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej (art. 22), wolności osobistej (art. 41 ust. 1, 3 i 5), nienaruszalności mieszkania (art. 50), wolności poruszania się i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 52 ust. 1), prawa do strajku (art. 59 ust. 3), prawa własności (art. 64), wolności pracy (art. 65 ust. 1), prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66 ust. 1) oraz prawa do wypoczynku (art. 66 ust. 2).

Konkludując, Konstytucja RP z 1997 r. wyraźnie zatem wskazuje, które z konstytucyjnych wolności i praw, a także w jakim zakresie, mogą być ograniczone (art. 233 ust. 2), jak również wskazuje te spośród nich, które w żadnym przypadku nie mogą zostać poddane reglamentacjom (art. 233 ust. 1). Dodatkowo, jak wynika z zaprezentowanych wyliczeń, wolności określone w art. 12 oraz art. 58 i art. 59 Konstytucji RP, nie zostały wyróżnione w grupie objętej całkowitym wyłączeniem ewentualnych ograniczeń i mogą nastąpić w przypadku wprowadzenia stanu wyjątkowego i wojennego. Wskazać przy tym należy, iż potwierdzenie takiego rozwiązania stanowią przepisy ustawy o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej[74] oraz ustawy o stanie wyjątkowym[75].

7. Art. 11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Przy omawianiu powyższego zagadnienia warto wspomnieć o treści art. 11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W myśl postanowień art. 11 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka: „Każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się

[74] Ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 56, poz. 1301 ze zm.

[75] Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym, Dz.U. Nr 113, poz. 985 ze zm.

oraz swobodnego stowarzyszania się, włącznie z prawem tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nic dla ochrony swoich interesów. Wykonywanie tych praw nie może podlegać innym ograniczeniom niż te, które określa prawo i które są konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwu, ochronę zdrowia, moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Niniejszy przepis nie stanowi przeszkody w nakładaniu zgodnych z prawem ograniczeń w korzystaniu z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej". We wskazanym przepisie zawarte są gwarancje dwóch praw ściśle ze sobą związanych. Oba stanowią kluczową formę udziału w życiu publicznym społeczeństwa hołdującego demokratycznym wartościom. Zasada swobody zgromadzeń i stowarzyszania się jest jedną z ważnych podstaw demokratycznego społeczeństwa obywatelskiego i jednym z głównych warunków jego rozwoju[76].

8. Konkluzje

W podsumowaniu powyższych uwag należy podkreślić, że Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. w sposób pośredni wyznacza status organizacji pozarządowych w polskim porządku prawnym. Dodatkowo, przepisy ustawy zasadniczej w przedmiocie wskazanego zagadnienia cechują się znacznym „rozproszeniem". Odczytanie bowiem zakresu stosowania omawianego prawa do organizacji pozarządowych nie ogranicza się do lektury wyłącznie postanowień Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., lecz wymaga sięgania do wielu innych przepisów ustaw szczegółowych oraz wnikliwej ich wykładni, np. ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie[77], ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach[78], czy ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach[79] itd. Ze względu na szczególny przedmiot i sposób regulacji zakres stosowania ustawy zasadniczej w przedmiocie organizacji pozarządowych nie ma zatem charakteru zamkniętego. Wręcz przeciwnie, można wyrazić pogląd, że ma charakter dynamiczny, rozwojowy, że jest zmienny i dostosowywany w taki sposób, aby przyczyniać się do spełnienia realizacji zasady społeczeństwa obywatelskiego. Jednocześnie, co należy podkreślić, uwidaczniają się niedostatki tej regulacji. Tym samym, staje się ona dzisiaj niewystarczająca, w obliczu nowych form

[76] Szerzej M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*..., s. 334.

[77] Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536 ze zm.

[78] Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, Dz.U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203 ze zm.

[79] Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 ze zm.

„organizacji społecznych", w tym organizacji pozarządowych, różnego rodzaju zrzeszeń i postaci inicjatyw obywatelskich. Wymaga to jednak odrębnego omówienia i dalszych badań nad organizacjami pozarządowymi.

Anna Feja-Paszkiewicz
Uniwersytet Zielonogórski
Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Witelona w Legnicy

Zmiany w postrzeganiu statusu członka wspólnoty samorządowej – kilka uwag

1. Status członka wspólnoty samorządowej

Wspólnotę samorządową jako podmiot prawa statuuje Konstytucja. Stosownie do art. 16 ust. 1 Konstytucji ogół mieszkańców jednostek zasadniczego podziału terytorialnego stanowi z mocy prawa wspólnotę samorządową. Z uwagi na to, iż jednostkami zasadniczego podziału terytorialnego państwa są: gminy, powiaty, województwa[1], wspólnoty samorządowe tworzą mieszkańcy gmin, powiatów i województw. Mieszkaniec danego terytorium *ex lege* jest jednocześnie członkiem trzech wspólnot samorządowych[2].

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym[3] mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową. W powiecie wyróżniono „lokalną" wspólnotę samorządową[4], a w województwie „regionalną" wspólnotę samorządową[5]. Wiele statutów jednostek samorządu terytorialnego w swoich początkowych artykułach także powtarza regulację zawartą w tzw. samorządowych ustawach ustrojowych lub do niej wyraźnie nawiązuje[6]. Wprowadzanie przepisu prawa miejscowego, który w zasadzie jest powtórzeniem regulacji konstytucyjnej i ustawowej słusznie jest kwestionowane[7], ale niewątpliwie wskazuje na fakt, iż pojęcie wspólnoty samorządowej zostało zaakceptowane przez lokalnego prawodawcę. Przy zastrzeżeniu, że

---

1 Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa, Dz. U. Nr 96, poz. 603 ze zm.

2 Szerzej na temat wspólnoty samorządowej zob. A. Feja-Paszkiewicz, *Członkostwo we wspólnocie samorządowej – wybrane zagadnienia w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji" LXXIV, Wrocław 2006, s. 119 i n.

3 Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.; dalej: u.s.g.

4 Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 595 ze zm.

5 Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 596 ze zm.

6 Zob. np. Statut Legnicy uchwała nr XVII/163/07 Rady Miejskiej Legnicy z dnia 26 listopada 2007 r., Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2008 r. Nr 23, poz. 385, ze zm., stanowi w § 3. ust. 2: „Wszystkie osoby zamieszkujące na obszarze miasta, z mocy prawa, stanowią wspólnotę samorządową realizującą swoje zbiorowe cele lokalne".

7 Zob. wyrok SN z 5 stycznia 2001 r., III RN 40/00, OSNAPU 2001, nr 13, poz. 424; wyrok NSA we Wrocławiu z 29 stycznia 2002 r., II SA/Wr 1499/00.

wspólnoty samorządowe *ex lege* istnieją we wszystkich jednostkach zasadniczego podziału terytorialnego przedmiotem poniższych rozważań jest wspólnota samorządowa na poziomie gminy, bowiem podzielam poglądy wyrażone w nauce prawa[8], iż tylko na poziomie gminy stworzenie wspólnoty przez mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego ma wymiar nie tylko tetyczny, ale też, przynajmniej po części, realny.

Status członka wspólnoty samorządowej, stosownie do art. 1 ust. 1 u.s.g., przysługuje mieszkańcowi gminy. Ustawodawca nie uzależnia członkostwa we wspólnocie samorządowej od spełnienia jakichś dodatkowych warunków – tak o charakterze obiektywnym, jak subiektywnym – takich, jak np. posiadanie obywatelstwa polskiego, posiadanie pełni praw publicznych, przyczynianie się do utrzymania gminnych obiektów użyteczności publicznej, posiadanie na terenie gminy majątku nieruchomego czy istnienie poczucia więzi z innymi mieszkańcami. Członkostwo w tej wspólnocie powstaje oraz istnieje z mocy prawa i w tym sensie jest niezależne od woli danej osoby, od jej stosunku do zamieszkiwanego terytorium i innych mieszkańców, od jej postawy, zaangażowania bądź bierności, jeśli chodzi o zainteresowanie sprawami publicznymi o znaczeniu lokalnym. Jest niezależne od woli innych członków wspólnoty oraz od woli organów gminy, które nie mogą podjąć decyzji o pozbawieniu danej osoby statusu członka wspólnoty. Ustanowiona prawem wspólnota samorządowa istnieje tak długo, jak długo istnieje wyodrębniony terytorialnie obszar wraz z zamieszkującymi go ludźmi. Zmienia się jej skład osobowy.

Zmiany w składzie osobowym wspólnoty samorządowej mogą mieć charakter naturalny (powodowane narodzinami, zgonami, zmianami stałego miejsca zamieszkania) oraz mogą być następstwem działalności organów władzy publicznej (zmiany podziału terytorialnego). Zlikwidowanie lub utworzenie gminy oraz zmiana przynależności części obszaru gminy z reguły oznaczają zmiany w składzie osobowym wspólnoty samorządowej, choć oczywiście możliwa jest też zmiana przynależności obszaru niezamieszkanego. Nabycie, bądź utrata członkostwa we wspólnocie, choć istnieje *ex lege*, w powołanym wyżej sensie może mieć charakter dobrowolny lub przymusowy.

Ustawodawca, posługując się w u.s.g. zwrotem „mieszkaniec gminy", nie wyjaśnia, kogo należy rozumieć pod tym pojęciem. Pojęcie „miejsce zamieszkania" precyzuje w rozdziale II. „Miejsce zamieszkania" (dział I tytuł II) kodeks cywilny[9]. W doktrynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości fakt, iż stosownie do regulacji zawartych w k.c. ocenia się fakt zamieszkania osoby fizycznej. Jest to pokłosiem

[8] Zob. Z. Gilowska, G. Gorzelak, B. Jałowiecki, *Granice kompromisu*, „Rzeczpospolita" 1998, nr 102, s. 6; J. Boć, *Powiat, teoria, kompetencje. Komentarz*, Wrocław 2001, s. 344; P. Uziębło, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 13; A. Tucholska, *Powiat między zbiorowością a wspólnotą*, Warszawa 2007, s. 248−249.

[9] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. z 2014 r., poz. 121; dalej: k.c.

utrwalonej reguły wykładni, iż posługiwanie się na gruncie prawa administracyjnego pojęciami zaczerpniętymi z prawa cywilnego, w którym mają one ściśle określone znaczenie, jest równoznaczne z przyjęciem tego znaczenia, chyba że co innego wynika z prawa administracyjnego[10].

Artykuł 25 k.c. stanowi, że miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Stosownie do art. 26 i 27 k.c. ocenia się miejsce zamieszkania, jeśli chodzi o osoby niepełnoletnie i osoby pozostające pod opieką, w tym pozbawione zdolności do czynności prawnych[11]. W art. 28 k.c. przyjmuje się, że można mieć tylko jeden domicyl – tylko jedno miejsce zamieszkania, dlatego miejscem zamieszkania danej osoby jest ta miejscowość, w której w większym stopniu niż w innych koncentruje się jej aktywność życiowa. Skoro można mieć tylko jedno miejsce zamieszkania, to w tym samym czasie można być członkiem tylko jednej wspólnoty samorządowej na poziomie podstawowej jednostki samorządu terytorialnego.

Na tle art. 25 k.c. wypracowane zostało stanowisko, które można scharakteryzować następująco: chodzi tu o dwa kumulatywne elementy, tzn. faktyczne przebywanie w danej miejscowości (*corpus*, tj. czynnik zewnętrzny) oraz zamiar stałego pobytu (*animus*, tj. czynnik wewnętrzny)[12], a ich ocena dokonywana jest w odniesieniu do konkretnej osoby. Chodzi o jej zachowanie, wolę, aktywność życiową, koncentrowanie interesów życiowych w danej miejscowości, bądź o wskazanie centrum życiowych interesów. Nawet długotrwałe przebywanie w danej miejscowości, jeśli nie towarzyszy mu odpowiedni zamiar jej traktowania, nie będzie skutkowało automatyczną zmianą miejsca zamieszkania. Zamiar stałego pobytu może przejawiać się przez zlokalizowanie w danej miejscowości tzw. stałego ogniska domowego, co oznacza sprowadzenie bądź założenie na miejscu rodziny, życie w konkubinacie, zakup domu, mieszkania itp. O miejscu zamieszkania nie przesądza wyłącznie samo zatrudnienie w danej miejscowości. Przy

[10] Zob. wyrok NSA z 30 listopada 2001 r., I SA/Łd 251/00, LEX nr 53603; wyrok NSA z 28 lipca 1995 r., V SA 1662/93, „Prokuratura i Prawo" 1996, nr 7−8; wyrok NSA z 4 czerwca 1993 r., SA/Wr 429/93, ONSA 1993, nr 4.

[11] Art. 26 k.c. stanowi, iż miejscem zamieszkania dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską jest miejsce zamieszkania jego rodziców albo tego z rodziców, któremu wyłącznie przysługuje władza rodzicielska lub któremu zostało powierzone wykonywanie władzy rodzicielskiej. W przypadku, gdy władza rodzicielska przysługuje na równi obojgu rodzicom mającym osobne miejsce zamieszkania, przyjmuje się, że miejsce zamieszkania dziecka jest u tego z rodziców, u którego dziecko stale przebywa, a jeżeli dziecko nie przebywa stale u żadnego z rodziców, określenie jego miejsca zamieszkania należy do sądu opiekuńczego. Miejscem zamieszkania osoby pozostającej pod opieką jest miejsce zamieszkania jej opiekuna (art. 27 k.c.).

[12] Zob. E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002, s. 98−99 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo, w szczególności M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 1997, s. 81; A. Agopszowicz (red.), Z. Gilowska, *Ustawa o gminnym samorządzie terytorialnym. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 43.

ustalaniu zamiaru stałego pobytu chodzi nie tylko o związki natury ekonomicznej, ale też emocjonalnej, rodzinnej. Istotny jest osobisty, subiektywny stosunek osoby do miejscowości, która ma stanowić jej miejsce zamieszkania, ale także okoliczności obiektywne.

Sąd Najwyższy już w orzeczeniu z 7 czerwca 1983 r.[13] stwierdził, że nie stanowi o miejscu zamieszkania w rozumieniu art. 25 k.c. występowanie tylko jednej przesłanki, polegającej na samym tylko zamieszkiwaniu w sensie fizycznym, jednakże bez zamiaru stałego pobytu, chociażby zamieszkiwanie trwało przez dłuższy czas, np. w związku z wykonywaniem pracy czy też studiowaniem w innej miejscowości. TK stwierdził, że zawsze ustalenie faktu zamieszkania w danej miejscowości zależy od okoliczności danego przypadku[14]. SN w orzeczeniu z 24 czerwca 1993 r. wskazał, że wskazówką przy ustalaniu zamiaru stałego pobytu w danej miejscowości, może być fakt, iż dana osoba sama tak określiła swoje miejsce zamieszkania podczas spisywania aktu notarialnego[15]. NSA przyjął, iż zamiar stałego pobytu należy pojmować nie tylko jako wolę wewnętrzną osoby, ale jako wolę dającą się określić na podstawie obiektywnych, możliwych do stwierdzenia okoliczności[16]. W 2006 r. NSA uznał, że o zamieszkiwaniu w danej miejscowości można mówić, gdy okoliczności pozwalają przeciętnemu obserwatorowi na wyciągnięcie wniosków, iż ta miejscowość jest głównym ośrodkiem działalności danej dorosłej osoby[17]. W wyroku z 2008 r. sąd administracyjny przyjął, że przy ustalaniu miejsca zamieszkania należy wziąć pod uwagę stosunki rodzinne, towarzyskie, zatrudnienie, działalność polityczną, kulturalną i wszelką inną, miejsce działalności gospodarczej, miejsce z którego zarządza się swoim mieniem, ale też elementy subiektywne, do których należy wola osoby fizycznej[18]. Ponadto „Wyrażenie zamiaru stałego pobytu nie wymaga przy tym złożenia oświadczenia woli (nie jest czynnością prawną). Wystarczy więc, że zamiar taki wynika z zachowania danej osoby polegającego na ześrodkowaniu swojej aktywności życiowej w określonej miejscowości”[19].

Zamieszkanie w danej miejscowości i przez to posiadanie statusu jej mieszkańca nie jest uzależnione od zameldowania, bądź jego braku, w konkretnym lokalu. Już od lat 90. sądy konsekwentnie broniły koncepcji wspólnoty samorządowej wyrażonej w art. 1 ust. 1 u.s.g., która nie wiąże członkostwa w tej wspólnocie z dopełnieniem obowiązku zameldowania na pobyt stały, wynikającego z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia

[13] II UR 4/84, OSP 12/84, poz. 265.
[14] Zob. uchwała TK z 21 sierpnia 1991 r. w sprawie wykładni art. 8 ustawy z dnia 18 czerwca 1991 r. − Ordynacja wyborcza do Sejmu RP, Dz. U. Nr 81, poz. 364.
[15] III CZP 76/93.
[16] Wyrok NSA z 17 stycznia 2003 r., II SA/Łd 664/99.
[17] Postanowienie NSA z 30 marca 2006 r., I OW 265/05.
[18] Wyrok WSA w Warszawie z 20 lutego 2008 r., III SA/Wa 2049/07.
[19] Wyrok WSA w Warszawie z 28 stycznia 2014 r., I SA/Wa 9/14.

1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych[20]. NSA w wyroku z 11 października 1991 r. przyjął, iż „Zameldowanie na pobyt stały jest ważnym, ale nie jedynym dowodem związku danej osoby z gminą […]. Stałego zamieszkiwania danej osoby w określonym miejscu nie ocenia się wyłącznie według jej zameldowania na pobyt stały, lecz na podstawie faktów świadczących o jej stałym przebywaniu w danej miejscowości”[21]. W wyroku z 19 czerwca 1995 r. NSA zaznaczył, iż „Brak zameldowania nie pozbawia osoby stale zamieszkującej w gminie statusu członka wspólnoty gminnej”[22], a w wyroku z 9 października 2001 r. NSA stwierdził, iż „Wspólnotę tworzą osoby zamieszkałe w gminie, niezależnie od tego, czy dopełniły one obowiązku meldunkowego”[23]. Zdaniem TK zameldowanie jest wyłącznie rejestracją informacji o miejscu pobytu danej osoby, jest rejestracją stanu faktycznego[24].

2. Koncepcja wspólnoty samorządowej a działalność uchwałodawcza gmin

Podniesione wyżej kwestie dotyczące tego, komu przysługuje status członka wspólnoty samorządowej, stosownie do koncepcji wspólnoty samorządowej wyrażonej w art. 1 ust. 1 u.s.g., powodują istotne konsekwencje. Można by sądzić, że jednoznaczne w zasadzie orzecznictwo dostatecznie wyjaśniło te zagadnienia i nie powinny one już budzić większych wątpliwości. Jednak organy gmin podejmowały w przeszłości (część z nich czyni to nadal) próby „wykluczenia” części mieszkańców z członkostwa we wspólnocie samorządowej i uniemożliwienia im realizacji praw i wolności wynikających z tego faktu – w oparciu o kryterium posiadania zameldowania na pobyt stały na terenie gminy. Próby te miały miejsce przede wszystkim w sferze działalności uchwałodawczej gmin i wkraczały w różne obszary życia mieszkańców, dotykając ich uprawnień i wolności o charakterze socjalnym oraz o charakterze politycznym.

W szczególności można tu wskazać obszar, w którym gminy dofinansowują różne formy opieki nad dziećmi, wspierają finansowo rodziny z tytułu urodzenia dziecka oraz przewidują szczególne rozwiązania dla rodzin wielodzietnych.

Kluczowe znaczenie dla kształtowania się poglądu sądów administracyjnych i organów nadzoru na znaczenie art. 1 ust. 1 u.s.g., dla działalności prawotwórczej gmin, należy przypisać wyrokowi NSA z 9 października 2001 r.[25], w którym sformułował

[20] Tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993 ze zm.
[21] SA/Lu 630/91, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1993, nr 5, poz. 109 z glosą B. Zawadzkiej.
[22] SA/Po 518/95, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 1996, nr 2, poz. 43.
[23] I SA 1582/01, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 21, s. 1052.
[24] Wyrok TK z 27 maja 2002 r., K 20/01, OTK ZU A 2002, nr 3, poz. 34.
[25] I SA 1582/01, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 21, s. 1052.

ogólny pogląd, iż nawet przy ustalaniu prawa do świadczeń zastrzeżonych wyłącznie dla mieszkańców gminy rozstrzygające znaczenie ma faktyczne zamieszkiwanie, a nie formalne zameldowanie. I dalej konkretyzując ten pogląd w odniesieniu do rozstrzyganej sprawy NSA, przyjął, iż „Gmina nie może różnicować opłat za przedszkole bądź żłobek ze względu na kryterium zameldowania. Ustawa o samorządzie gminnym mówi jednoznacznie, że członkami wspólnoty są osoby ją zamieszkujące, a nie na jej terenie zameldowane”[26].

Opierając się na podobnej argumentacji, WSA w Krakowie wyrokiem z 19 lipca 2005 r.[27] unieważnił uchwałę rady gminy w przedmiocie udzielenia wsparcia rodzinom z tytułu urodzenia dziecka. Sąd zaznaczył, iż niedopuszczalne jest objęcie tym wsparciem tylko tych rodzin, w których urodziło się drugie lub trzecie i kolejne dzieci, i w przypadku których co najmniej jedno z rodziców i dziecko posiadają zameldowanie na pobyt stały w tej gminie. „Zaskarżona uchwała odmawia prawa do otrzymania świadczenia niektórym członkom wspólnoty, tj. rodzinom zamieszkałym na terenie [...], ale nie zameldowanym tutaj. Równocześnie uchwała przyznaje świadczenie osobom nie będącym członkami wspólnoty [...], tj. zameldowanym, ale faktycznie nie mieszkającym na terenie gminy. Taki sposób określenia kręgu uprawnionych podmiotów przesądza o tym, że prawo do świadczeń uchwała nie powiązała z przynależnością do wspólnoty samorządowej”[28].

Do analogicznych argumentów sięgnął WSA w Krakowie w wyroku z 4 października 2005 r.[29] i stwierdził nieważność uchwały w przedmiocie ustanowienia jednorazowej pomocy finansowej w związku z urodzeniem lub przysposobieniem dziecka. Wśród uchybień przedmiotowej uchwały wskazał na regulację, która uzależnia uzyskanie pomocy od posiadania przez matkę zameldowania na pobyt stały od co najmniej roku przed urodzeniem dziecka, a w przypadku przysposobienia dziecka, przynajmniej jedna z osób przysposabiających musi być zameldowana co najmniej od roku na pobyt stały w tej gminie. Tymczasem takie ujęcie narusza art. 1 u.s.g.: „Zaskarżona uchwała przyznała prawo do świadczeń abstrahując od ustawowego zakresu podmiotowego wspólnoty samorządowej Gminy Miasta [...]. Uprawnionymi do świadczeń określonych uchwałą są osoby nie będące członkami wspólnoty, tj. zameldowane, ale faktycznie nie mieszkające na terenie tej Gminy. Natomiast wyłączeni zostali ci mieszkańcy Krakowa, którzy nie są tu zameldowani […]. Tymczasem powszechnie akceptowana jest taka

[26] *Ibidem.*
[27] III SA/Kr 318/05.
[28] *Ibidem.*
[29] III SA/Kr 293/05.

wykładnia prawa, która nie utożsamia zameldowania z członkostwem we wspólnocie samorządowej”[30].

Warto zauważyć, iż w obowiązującym stanie prawnym gmina jest uprawniona do przyznania jednorazowej zapomogi z tytułu urodzenia dziecka (tzw. gminnego becikowego), w oparciu o postanowienia ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych[31]. Jednakże i w tym przypadku kluczowe jest zamieszkanie na terenie gminy, a gmina nie może uzależniać przyznania tego świadczenia od posiadania zameldowania na jej terenie. Podkreślił to wojewoda małopolski w rozstrzygnięciu nadzorczym z 24 stycznia 2014 r.[32]

O tym, że problematyka ta nadal budzi wątpliwości może świadczyć też wyrok WSA w Warszawie z 28 stycznia 2014 r.[33], w którym sąd podtrzymał stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu nadzorczym wojewody i stwierdził nieważność uchwały rady gminy na mocy, której ustanowiono lokalny program pomocy społecznej adresowany do rodzin wielodzietnych, mający wspomagać te rodziny w dostępie do dóbr kultury i rekreacji oraz przyznano szereg zniżek dla rodzin mających na utrzymaniu troje i więcej dzieci w wieku do 18 roku życia lub 24 roku życia w przypadku, gdy dziecko uczy się lub studiuje oraz rodzin z niepełnosprawnym dzieckiem, bez względu na ilość dzieci. W uchwale zdefiniowano rodzinę wielodzietną, przyjmując, iż jest to rodzina stale zameldowana i zamieszkała na terenie gminy oraz wprowadzono kryterium zameldowania, jako warunek otrzymania karty rodziny wielodzietnej. Sąd zaznaczył, iż samo niedopełnienie obowiązku meldunkowego „nie oznacza, że dana osoba fizyczna w określonym miejscu nie zamieszkuje, a więc nie pozbawia jej statusu mieszkańca gminy i odwrotnie – sam fakt zameldowania nie zawsze jest równoznaczny z zamieszkiwaniem osoby fizycznej na obszarze gminy. W tej sytuacji odwoływanie się w akcie prawa miejscowego do tego kryterium jako cechy istotnej dla przyznania uprawnienia lub nałożenia obowiązku jest w obowiązującym porządku prawnym nie do zaakceptowania”[34]. Zdaniem sądu przyjęta przez radę gminy treść uchwały powoduje faktyczne i prawne pozbawienie uprawnień w zakresie pomocy społecznej przewidzianej lokalnym programem części rodzin stale zamieszkujących na terenie gminy, a więc członków wspólnoty gminnej i spełniających pozostałe przyjęte przez radę gminy kryteria (wielodzietność lub niepełnosprawność dziecka) z tego tylko względu, że nie dopełniły one obowiązku meldunkowego. Takie ujęcie narusza w sposób istotny art. 1 ust. 1 u.s.g. oraz art. 101

[30] III SA/Kr 293/05.

[31] Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1456 ze zm.

[32] WN-II.4131.1.3.2014. Organ nadzoru zauważył także, iż ustawodawca nie przewidział dla rady gminy możliwości ustanowienia przesłanek powodujących zwieszenie, bądź konieczność oddania becikowego takich, jak posiadanie pełni praw rodzicielskich.

[33] I SA/Wa 9/14.

[34] *Ibidem.*

ust. 1 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej[35], ale przede wszystkim stanowi niedopuszczalne różnicowanie adresatów norm prawnych zawartych w uchwale, mimo że z punktu widzenia założonego celu regulacji (zasadniczo wsparcia rodzin wielodzietnych) charakteryzują się oni wspólnymi cechami relewantnymi i narusza wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji zasadę równości.

Wynikający z art. 1 ust. 1 u.s.g. zakaz różnicowania z uwagi na zameldowanie dotyczy także obszaru świadczeń socjalnych i stypendiów przyznawanych przez gminę uczniom i studentom.

Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z 2 sierpnia 2006 r.[36] przychylił się do argumentacji organu nadzoru, który uznał, iż postanowienia uchwały rady miejskiej w sprawie ustalenia regulaminu udzielania pomocy materialnej o charakterze socjalnym uczniom zamieszkałym na terenie miasta J.G., stanowiąc, iż „Pomoc socjalna przysługuje uczniom stale zameldowanym na terenie Miasta J.G. […] W uzasadnionych przypadkach, pomoc socjalna może być udzielana uczniom mieszkającym i pobierającym naukę na terenie Miasta J.G., posiadającym czasowe zameldowanie w J.G."[37] w niedopuszczalny sposób modyfikują ustawowe kryteria i naruszają art. 1 ust. 1 u.s.g. oraz art. 90f ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty[38].

Podobną argumentację zaprezentowano w wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 13 lutego 2013 r.[39], w którym sąd stwierdził nieważność uchwały rady gminy w przedmiocie ustalenia zasad przyznawania samorządowego stypendium za szczególne osiągnięcia w nauce, sporcie i dziedzinach artystycznych w części, w której uchwała ta ograniczyła krąg osób, którym może zostać przyznane stypendium do uczniów i studentów, którzy są „zameldowani i zamieszkują na terenie gminy lub są uczniami szkół podstawowych i gimnazjum na terenie Gminy Ścinawa"[40]. Jednym z obligatoryjnych warunków do spełnienia przy ubieganiu się o stypendium uczyniono zameldowanie w tej gminie. I w tym przypadku organ nadzoru i sąd administracyjny zauważyły, iż w art. 1 ust. 1 u.s.g. nie chodzi o zameldowanie, ale o faktyczne przebywanie w tej miejscowości z zamiarem stałego pobytu. Zameldowanie nie może stanowić kryterium, w oparciu o które można by ograniczać uprawnienia mieszkańców. Ponadto wskazano, iż z „przepisów prawa wyraźnie wynika, iż członkami wspólnoty są z mocy prawa mieszkańcy gminy i gmina nie może dyskryminować swych mieszkańców ze względu

[35] Dz. U. z 2013 r., poz. 182 ze zm. Również na gruncie art. 101 ust. 1 tej ustawy ustawodawca przyjął, iż właściwość miejscową gminy ustala się według miejsca zamieszkania osoby ubiegającej się o świadczenia.

[36] IV SA/Wr 713/05.

[37] *Ibidem.*

[38] Tekst jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 ze zm.

[39] IV SA/Wr 631/12.

[40] *Ibidem.*

na kwestię posiadania bądź też nieposiadania zameldowania na jej terenie. Powyższe dotyczy także prawa ubiegania się o stypendium samorządowe"[41]. Niedopuszczalne jest wprowadzenie przez gminę „nowego, pozaustawowego ograniczenia, w postaci wymogu zameldowania uczniów i studentów na obszarze gminy, jako warunku koniecznego do uzyskania prawa do stypendium. Zapis tej treści jest przede wszystkim sprzeczny z definicją wspólnoty samorządowej, którą w myśl art. 1 ust. 1 o samorządzie gminnym tworzą z mocy prawa wszyscy mieszkańcy gminy, bez względu na okres zamieszkiwania. Godzi jednocześnie w zasadę równości wszystkich podmiotów wobec prawa, proklamowaną w art. 32 Konstytucji RP"[42].

Omawiany zakaz dotyczy także zasad ustalania składu podmiotu takiego jak młodzieżowa rada gminy. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu nadzorczym wojewody dolnośląskiego z 30 maja 2014 r.[43], w którym stwierdzono nieważność uchwały nr LX/387/2014 Rady Gminy Wińsko z dnia 28 kwietnia 2014 r. w sprawie powołania Młodzieżowej Rady Gminy Wińsko oraz nadania jej statutu, w częściach, w których przedmiotowa uchwała uzależnia bierne i czynne prawo wyborcze do tej rady od posiadania stałego zameldowania na obszarze gminy. Zdaniem organu nadzoru takie postanowienia naruszają art. 5b ust. 3 u.s.g. w związku z art. 1 ust. 1 u.s.g. Rada gminy „upoważniona była do przyjęcia statutu młodzieżowej rady tej gminy, który określać powinien tryb wyboru jej członków oraz jej zasady działania. Pozostawienie tej kwestii do uregulowania radzie gminy nie oznacza jednak, że może ona to uczynić w sposób dowolny. Właściwa interpretacja omawianego upoważnienia dokonana zostać musi bowiem w świetle m.in. art. 1 ust. 1 ustawy, który stanowi, że wspólnotę samorządową tworzą wszyscy mieszkańcy gminy. Działalność młodzieżowej rady gminy stanowi jeden z przejawów aktywności części tej wspólnoty, jaką jest młodzież. Jej zakres podmiotowy może być zatem wyznaczony jedynie według kryterium wieku, nie może natomiast zależeć od innych czynników, w tym zameldowania na pobyt stały lub jego braku"[44]. I w tym przypadku podniesiono, iż ujęcie czynnego i biernego prawa wyborczego do młodzieżowej rady gminy, o którym mowa w kwestionowanej uchwale, jest nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą równości wyrażoną w art. 32 Konstytucji: „Gmina nie może zatem dyskryminować swych mieszkańców ze względu na kwestię posiadania lub nieposiadania stałego zameldowania na jej terenie. Powyższe dotyczy również czynnego i biernego prawa wyborczego do młodzieżowej rady gminy"[45].

[41] *Ibidem.*
[42] *Ibidem.*
[43] NK-N.4131.150.9.2014.MR1, Dz. Urz. Woj. Dolnośląskiego z 2014 r., poz. 2706.
[44] *Ibidem.*
[45] *Ibidem.*

Regulacja wynikająca z art. 1 ust. 1 u.s.g. w związku z art. 5b ust. 1 i 3 u.s.g. wpływa na skład młodzieżowej rady gminy również w ten sposób, iż rada gminy nie może postanowić w uchwale, że w skład młodzieżowej rady gminy mogą wejść (potencjalnie) wszyscy uczniowie szkoły mającej siedzibę na jej terenie, a więc także ci, którzy na terenie danej gminy nie mieszkają, a do szkoły np. dojeżdżają z sąsiedniej miejscowości. Postanowienie takie jest niedopuszczalne, uczniowie bowiem wchodzący w skład młodzieżowej rady gminy danej gminy muszą być mieszkańcami tej gminy. Taki pogląd znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu nadzorczym wojewody śląskiego z 28 listopada 2013 r.[46]

Dostęp do mieszkaniowego zasobu gminy to kolejny z obszarów, w których przypadku kluczowe znaczenie ma zamieszkiwanie w gminie. Zameldowanie, bądź jego brak, nie może być podstawą pozbawienia mieszkańca uprawnienia o ubieganie się o mieszkanie z gminnego zasobu mieszkaniowego, a rada gminy nie może ustanawiać takich zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy, które naruszają art. 1 ust. 1 u.s.g. Takie stanowisko znajduje oparcie w szeregu wyroków, w szczególności można tu powołać wyroki: NSA z 8 czerwca 2002 r.[47], NSA z 17 listopada 2004 r.[48], WSA we Wrocławiu z 26 stycznia 2006 r.[49], WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 12 kwietnia 2006 r.[50], WSA w Szczecinie z 28 czerwca 2006 r.[51], WSA w Opolu z 7 maja 2009 r.[52], WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 29 grudnia 2011 r.[53]

W wyrokach tych sądy zgodnie stały na stanowisku, w myśl którego możliwość zawarcia umowy najmu mieszkania komunalnego nie może być uzależniona m.in. od spełnienia warunku zameldowania osoby ubiegającej się o najem na pobyt stały na terenie gminy, co najmniej od jednego, dwóch itp. lat, licząc od daty złożenia wniosku o wynajęcie mieszkania. Niedopuszczalne jest postanowienie uchwały w sprawie określenia zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy odnoszące się do długości zameldowania lub długości zamieszkiwania. W wyroku z 7 maja 2009 r. WSA w Opolu zauważył, iż „Dla przyjęcia danej osoby za mieszkańca danej gminy nie ma znaczenia fakt zameldowania ani jego okres trwania. Mieszkańcem gminy jest bowiem każda osoba fizyczna, która ma miejsce zamieszkania na terenie konkretnej gminy (art. 1 ustawy o samorządzie gminnym, art. 16 Konstytucji RP). Wyłączenie członka wspólnoty samorządowej z możliwości starania się o zawarcie umowy najmu

[46] NPII.4131.1.522.2013, Dz. Urz. Woj. Śląskiego z 2013 r., poz. 7075.
[47] II SA/Ka 269/02, LEX nr 162291.
[48] OSK 883/04, LEX nr 164541.
[49] IV SA/Wr 436/04.
[50] II SA/Go 605/06, LEX nr 322213.
[51] II SA/Sz 304/06.
[52] II SA/Op 93/09.
[53] II SA/Go 908/11.

z gminą, z powodu braku zameldowania (czynności materialno-technicznej) narusza przywołane wyżej przepisy oraz art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie praw lokatorów"[54].

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 23 listopada 2005 r.[55] nie miał wątpliwości, iż skarżąca mieszkanka gminy nieposiadająca zameldowania na jej terenie, mogła wystąpić ze skargą w oparciu o art. 101a u.s.g., na dyskryminujące ją postanowienia uchwały rady gminy ustalające zasady wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu gminy i przychylił się do argumentacji, iż żądanie stałego zameldowania od osób już w chwili składania wniosku, jest sprzeczne z konstytucyjnym prawem wyboru miejsca zamieszkania i pobytu (art. 52 ust. 1 Konstytucji) oraz godzi w zasadę wyrażoną w art. 32 Konstytucji. Fakt, iż osoba ubiegająca się o najem lokalu mieszkalnego z zasobów gminy mieszkała uprzednio w innej miejscowości bądź jest osobą bezdomną i nigdzie nie zameldowaną, nie może niweczyć jej prawa do zamieszkiwania w wybranej miejscowości. Przypomniał też pogląd NSA z dnia 16 marca 2000 r.[56], iż realizując zadanie tworzenia warunków do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych członków wspólnoty samorządowej – co jest zadaniem własnym gminy – nie można wyłączać z grona członków tej wspólnoty osób nieposiadających stałego zameldowania oraz że wiele osób takich możliwości nie ma, bo je utraciły wskutek różnych nieszczęśliwych okoliczności, wynikających np. z nieporozumień rodzinnych, a na terenie gminy egzystują z zamiarem stałego pobytu, względnie chcą się tam osiedlić. Wybór miejsca zamieszkania zapewnia zaś zarówno 52 ust. 1 Konstytucji, jak i Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, którego Polska jest stroną (art. 12)[57].

Wskazana wyżej problematyka, pomimo bogatego orzecznictwa, nadal nie zawsze jest właściwie postrzegana przez gminy. Świadczy o tym rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody małopolskiego z 5 marca 2014 r.[58], którym stwierdził nieważność uchwały nr XXXVI/250/2014 Rady Gminy Borzęcin z dnia 31 stycznia 2014 r. w sprawie uchwalenia programu gospodarowania mieszkaniowym zasobem Gminy Borzęcin w latach 2014−2018 oraz zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu Gminy. Wojewoda przypomniał, iż ograniczenie na podstawie przedmiotowej uchwały kręgu osób, które mogą ubiegać się o najem lokalu z mieszkaniowego zasobu gminy, do osób zameldowanych w gminie jest nieuprawnione.

Kolejny obszar działalności prawotwórczej gmin, w którym znajduje zastosowanie art. 1 ust. 1 u.s.g., to obszar ulg, bonifikat itp. przyznawanych mieszkańcom gminy.

[54] II SA/Op 93/09.

[55] I OSK 1029/05. Tak także w wyroku WSA w Szczecinie z 28 czerwca 2006 r., II SA/Sz 304/06; wyroku WSA w Opolu z 7 maja 2009 r., II SA/Op 93/09. Odmiennie w wyroku WSA w Szczecinie z 21 stycznia 2004 r., SA/Sz 2200/02.

[56] I SA 1807/99.

[57] *Ibidem.*

[58] WN-II.4131.1.7.2014, Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2014 r., poz. 1629.

W szczególności WSA w Gorzowie Wielkopolskim stwierdził nieważność uchwały rady gminy, na mocy której przyznano ulgi w cenach za jednorazowe przejazdy pasażerskie w komunikacji ogólnodostępnej prowadzonej przez tę gminę i podkreślił, iż przepis uchwały, w myśl którego „uprawnienie do ulgowych przejazdów określonych w § 1 przysługuje osobom mającym stałe zameldowanie na terenie gminy istotnie narusza art. 1 ustawy o samorządzie gminnym. Z przepisu tego bowiem nie wynika, że mieszkaniec wspólnoty samorządowej musi być na stałe zameldowany na terenie gminy”[59]. Zdaniem sądu „niedopuszczalne jest uzasadnianie stanowienia norm prawnych naruszających powszechnie obowiązujące przepisy prawa względami natury technicznej tj. ograniczeniem możliwości ustalenia stanu faktycznego zamieszkiwania na terenie gminy jedynie na podstawie ewidencji ludności”[60].

W obszarze praw i wolności o charakterze politycznym, dla których realizacji istotne znaczenie ma koncepcja wspólnoty samorządowej wyrażona w art. 1 ust. 1 u.s.g., należy wskazać prawo do udziału w konsultacjach. Ustawodawca w art. 5a ust. 1 i 2 u.s.g. wprost wskazuje adresatów tego uprawnienia, tj. mieszkańców gminy, jednak zarówno orzecznictwo, jak i organy nadzoru słusznie wskazują na bezpośredni związek tej regulacji z artykułem dotyczącym wspólnoty samorządowej[61]. Możliwość „różnicowania” mieszkańców gminy z uwagi na zameldowanie (lub jego brak) wykluczył w tym przypadku m.in. WSA w Opolu w wyroku z 10 marca 2005 r.[62], przyjmując, że uchwała rady gminy dotycząca przeprowadzania konsultacji skierowana jest do wszystkich mieszkańców gminy, którzy z mocy art. 1 ust. 1 u.s.g. tworzą wspólnotę samorządową, a zatem do osób zamieszkujących i zameldowanych na jej terenie na pobyt stały (zarówno przebywających na terenie gminy, jak i poza nią) oraz osób przebywających na terenie gminy z zamiarem stałego pobytu, określając ich uprawnienie do wyrażania opinii w sprawach żywotnych dla całej społeczności gminnej[63].

3. Podsumowanie

Ustrojodawca, restytuując w 1990 r. samorząd terytorialny – na poziomie gminy – przyjął m.in. kluczową ustawę z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym[64], którą otwierał artykuł poświęcony wspólnocie samorządowej i którego brzmienie nie

[59] Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 10 stycznia 2007 r., II SA/Go 555/06.
[60] *Ibidem*.
[61] Zob. wyrok NSA z 26 lipca 2002 r., II SA/Wr 1116/02; WSA w Opolu w wyrokach z 13 czerwca 2006 r., II SA/Op 213/06 i z 19 października 2006 r., II SA/Op 195/06; wyrok WSA we Wrocławiu z 29 kwietnia 2011 r., III SA/Wr 20/11.
[62] II SA/Wr 1626/03, LEX nr 724339.
[63] *Ibidem.*
[64] Tekst pierwotny Dz. U. z 1990 r. Nr 16, poz. 95.

zmieniło się do dziś, nawet pomimo wprowadzenia w 1998 r. kolejnych jednostek samorządu terytorialnego[65]. Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem wspólnota samorządowa spotkało się z krytyką w nauce prawa. Twierdzono, iż „W każdym razie użycie pojęcia wspólnota jest raczej wyrazem pewnej idei osobności gminy niż wartością, z którą można by wiązać jakiekolwiek skutki prawne"[66] i że „ze względu na swoją specyfikę pojęcie wspólnoty samorządowej, jakkolwiek zaznaczone w przepisach prawa dotyczących samorządu terytorialnego, nie zdobyło jeszcze rangi terminu prawnego o konkretnym znaczeniu, a jest raczej traktowane jako pewnego rodzaju hasło wywoławcze i ideologiczny symbol tego samorządu. Pojęcie to nie ma więc treści prawnej, ale z socjologicznego punktu widzenia jego wyodrębnienie jest bardzo istotne"[67]. I rzeczywiście, w pierwszych latach obowiązywania tej regulacji, poglądom tym nie sposób było odmówić słuszności. Jednak powołane przeze mnie w powyższych rozważaniach przykłady prowadzą do refleksji, iż stopniowo stan ten zaczął się zmieniać.

Organy nadzoru i sądy administracyjne zaczęły powoływać art. 1 ust. 1 u.s.g. – samodzielnie lub obok innych przepisów u.s.g. i innych ustaw – jako podstawę swoich rozstrzygnięć. Z artykułu definiującego wspólnotę samorządową wydobyto samoistną treść normatywną oraz, stosownie do reguł wykładni systemowej, uznano, że wpływa on na interpretację innych przepisów ustawy. Wyrażona w nim koncepcja wspólnoty samorządowej pojmowanej jako wspólnota mieszkańców, w mojej ocenie, zyskała wymiar specyficznej, bo obecnej tylko w płaszczyźnie samorządu gminnego i zarazem podstawowej klauzuli antydyskryminacyjnej.

Klauzula ta w istotny sposób wpływa na działalność uchwałodawczą gmin. Posiadanie statusu mieszkańca gminy jest wystarczającym warunkiem, by w przypadku braku odmiennej regulacji rangi co najmniej ustawowej, domagać się od gminy tego, by stanowione przez nią przepisy nie dyskryminowały w jakikolwiek sposób członków wspólnoty samorządowej w dostępie do regulowanych przez gminę uprawnień i wolności, z uwagi na fakt dopełnienia lub nie obowiązku meldunkowego. Wyliczone przeze mnie powyżej obszary, na które rzutuje koncepcja wspólnoty samorządowej pojmowanej jako wspólnota mieszkańców, mają charakter tylko przykładowy i należy uznać, iż, co do zasady, tak samo powinna oddziaływać na inne obszary pozostawione do regulacji lokalnemu prawodawcy.

Jednocześnie przykłady pochodzące z 2014 r. powołane w pkt 2 tych rozważań nie pozwalają przyjąć, że treść, sposób rozumienia i znaczenie art. 1 ust. 1 u.s.g. akceptowane w orzecznictwie sądów administracyjnych i rozstrzygnięciach nadzorczych zyskały

[65] Zob. przypis nr 1.
[66] J. Boć, *Pojęcie gminy*, [w:] *Prawo administracyjne*, J. Boć (red.), Kolonia Limited 2000, s. 186.
[67] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 203.

pełną aprobatę organów gmin. Przeciwnie, powołane przykłady każą sądzić, iż część gmin nadal chętnie czyniłaby adresatami stanowionych przez siebie regulacji mieszkańców łatwo „policzalnych", tj. zameldowanych na stałe na terenie gminy, podczas gdy regulacja taka, w przypadku braku odmiennej regulacji ustawowej, narusza art. 1 ust. 1 u.s.g. i godzi w konstytucyjną zasadę gwarantującą prawo do równego traktowania przez władze publiczne i zakazującą dyskryminacji z jakiejkolwiek przyczyny w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym, wyrażoną w art. 32 Konstytucji.

Paweł Kuczma
Dolnośląska Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach

Prawo obywatela Unii Europejskiej do wystąpienia z europejską inicjatywą obywatelską

1. Proces kształtowania się europejskiej inicjatywy obywatelskiej

Ideą przewodnią tworzenia Zjednoczonej Europy były przede wszystkim aspekty ekonomiczne. Europejska Wspólnota Węgla i Stali powstała przecież w celu nawiązania i zacieśnienia współpracy gospodarczej. Ten element integrujący o charakterze ekonomicznym determinował w pierwszej fazie integracji europejskiej wszelkie działania w ramach Wspólnoty, jak również treść uzgodnień i postanowień traktatowych, a ewentualne kwestie o charakterze „obywatelskim", będące pochodną koncepcji stworzenia ponadnarodowego państwa, były z rzadka poruszane i regulowane. Nie można było jednak zacieśniać współpracy w sferze ekonomicznej, głównie gdy idzie o swobodny przepływ obywateli i możliwość świadczenia przez nich pracy w innych krajach należących do Wspólnoty, bez przyznania pewnych praw obywatelom państw członkowskich. Zresztą sama współpraca na poziomie europejskim oddziaływała bezpośrednio nie tylko na życie pracodawców, pracowników, przedsiębiorców i konsumentów, ale również na byt przeciętnego obywatela.

W pierwszej kolejności obywatele państw członkowskich nabywali głównie prawa socjalne. Ich realizacja nie byłaby jednak możliwa bez zapewnienia przynajmniej podstawowych praw politycznych, tym bardziej że integracja uzyskała charakter instytucjonalny. Zwłaszcza utworzenie Parlamentu Europejskiego i zapewnienie obywatelom państw członkowskich udziału w akcie wyborczym do tego organu wymagało przyznania suwerenowi europejskiemu całego katalogu uprawnień o *stricte* politycznym charakterze. Pozostałe prawa polityczne, jak: prawo petycji, prawo do zwracania się do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich oraz do instytucji UE, czynnego i biernego prawa wyborczego w wyborach lokalnych w dowolnym państwie UE, czy wreszcie prawo do podejmowania lub popierania wraz z innymi obywatelami UE inicjatywy obywatelskiej stanowiącej wezwanie do przyjęcia nowego ustawodawstwa europejskiego, stanowiły naturalną konsekwencję tego procesu. Procesu, którego niezbędnym i kluczowym elementem było utworzenie instytucji obywatelstwa europejskiego, na bazie której możliwe jest obecnie rozbudowywanie i precyzowanie katalogu uprawnień obywatelskich.

W piśmiennictwie nieodosobnione są poglądy, że kreacja instytucji społeczeństwa obywatelskiego na poziomie europejskim miała też stanowić odpowiedź na tzw. „kryzys demokracji”[1]. Nie da się ukryć, że proces tworzenia prawa oraz jego stosowania przez organy i instytucje Unii Europejskiej jest oderwany od publicznej debaty prowadzonej w kręgach społecznych. Sprawa ma się tu zupełnie inaczej niż przy podejmowaniu decyzji prawotwórczych w poszczególnych państwach członkowskich, gdzie obywatele są informowani oraz faktycznie zaangażowani w stanowienie prawa. Jak wskazuje M. Jabłoński „proces ten przybiera postać rządów technokratycznych, czyli rządów wąskiej grupy osób, które w zupełnie odmienny sposób, niż to było dotychczas, zostają umocowani do podejmowania rozstrzygnięć wiążących tak na poziomie samej organizacji, jak i wszystkich organów państw członkowskich oraz ogółu obywateli. W takim modelu można mówić jedynie o pośrednim umocowaniu przedstawicieli krajowych organów władzy wykonawczej uczestniczących w pracach organów unijnych”[2]. Próbą przezwyciężenia kryzysu demokracji w UE było wystosowanie przez Parlament Europejski rezolucji z dnia 13 stycznia 2009 r. w sprawie perspektyw rozwoju dialogu obywatelskiego w ramach Traktatu z Lizbony, w którym wezwano „instytucje Unii Europejskiej do ustanowienia w drodze porozumienia międzyinstytucjonalnego wiążących wytycznych dotyczących powoływania przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego, metod organizowania konsultacji i ich finansowania, zgodnego z «Ogólnymi zasadami i minimalnymi standardami konsultacji z zainteresowanymi stronami»”[3]. Skoro bowiem coraz większy zakres spraw był podejmowany i rozstrzygany na szczeblu europejskim, to uaktualnieniu uległa konieczność bezpośredniego zaangażowania obywateli w ten proces.

Z perspektywy prawnej pierwsze zalążki europejskiej inicjatywy ustawodawczej odnaleźć można w treści art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, który wskazywał, że Unia opiera się na wartościach „poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”. Wszystkie te cechy potwierdzają, że demokracja partycypacyjna, w której obecne są demokratyczne procedury i instytucje

[1] Zob. więcej na ten temat: B. Crum, *Tailoring Representative Democracy to the European Union*: *Does the European Constitution Reduce Democratic Deficit?*, „European Law Journal” 2005, t. 11, nr 6, s. 461 i n.; A. Moravcsik, *In Defense of the Democratic Deficit, Reassessing the Legitimacy of the European Union*, „Journal of Common Market Studies”, t. 40, s. 607 i n. Podaję za: M. Jabłoński, *Demokracja partycypacyjna w Unii Europejskiej. Rozważania na tle wprowadzenia instytucji obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4, s. 112; także A. B. Capik, A. Gniewek, *Wprowadzenie do prawa europejskiej inicjatywy obywatelskiej*, Luksemburg 2012, s. 12.

[2] M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 111−112.

[3] Dz. Urz. UE C46 E/23 z 24.02.2010 r.

umożliwiające obywatelom czynny i bezpośredni udział w procesach inicjowania i kreacji różnych decyzji o charakterze publicznym, ma poważne znaczenie dla funkcjonowania Unii Europejskiej[4].

Przyjęcie europejskiej inicjatywy obywatelskiej zostało poprzedzone licznymi inicjatywami, za pomocą których obywatele mogliby bezpośrednio i osobiście zaangażować się w procedury prawotwórcze na szczeblu europejskim m.in. *Mehr Demokratie* (D), *Referendum Platform* (NL), *WIT* (B) oraz *Initiative and Referendum Institute Europe* (IRI Europe)[5]. Za „ojców" europejskiej inicjatywy obywatelskiej można uznać Wolfganga Schüssela i Lamberto Dini, którzy w 1996 r. jako pierwsi wystąpili ze skonkretyzowaną propozycją uregulowania tej instytucji w prawie europejskim. Później próbowano unormować prawo weta w zakresie przyjmowania nowych traktatów lub zmiany już obowiązujących, czy inicjatywy łączonej z możliwością przeprowadzenia referendum, a także wprowadzić obligatoryjne referenda związane z przeniesieniem części atrybutów suwerenności i zmianą traktatów konstytucyjnych. Wszystkie te inicjatywy nie uzyskały jednak wystarczającego poparcia i zostały odrzucone[6]. Kolejna propozycja unormowania europejskiej inicjatywy obywatelskiej pojawiła się w projekcie pt. *Art. 43bis: droit de pétition et référendum européen* z marca 2003 r., w którym A. Lamassoure zaprezentował dwa modele regulacji tej instytucji. Przełomu w pracach udało się dopiero dokonać J. Meyerowi. Jego propozycje skupiły się wyłącznie na regulacji europejskiej inicjatywy obywatelskiej (w przeciwieństwie do wcześniejszych), co zaowocowało ich poparciem przez 77 członków Konwentu. „Zainteresowanie przyjęciem regulacji inicjatywy obywatelskiej zdecydowanie wzrosło po wystąpieniu Przewodniczącego V. Giscard d'Estaign, który w trakcie ostatniego oficjalnego zgromadzenia Prezydium Konwentu zapewnił, iż EIO nie będzie miała wpływu na monopol ustawodawczy Komisji Europejskiej. Zaowocowało to zmianami wprowadzonymi w ostatniej chwili do tekstu projektu Traktatu [z Lizbony – przyp. P.K.], czyli umieszczeniem regulacji dotyczących Europejskiej Inicjatywy Obywatelskiej w tekście Konstytucji dla Europy" [7].

[4] M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 107.

[5] Inicjatywy te od dłuższego czasu „pracują nad rozwojem możliwości demokratycznego uczestnictwa, a w szczególności nad wprowadzeniem na wszystkich szczeblach petycji publicznych, decyzji obywatelskich, petycji w sprawie referendów oraz samych referendów". G. Häfner, *Legislacja od kuchni*, [w:] B. Kaufmann (red.), *Podręcznik europejskiej inicjatywy obywatelskiej. Przewodnik po zasadach pierwszego ponadnarodowego narzędzia demokracji bezpośredniej na świecie*, Bruksela 2011, s. 7, http://zielonyinstytut.pl/download/podrecznikeio.pdf (dostęp: 30.11.2011).

[6] *Ibidem*, s. 116.

[7] A. B. Capik, A. Gniewek, *op. cit.*, s. 16−17.

Do prawa europejskiego instytucja ta została wprowadzona na podstawie Traktatu Reformującego podpisanego w Lizbonie 13 grudnia 2007 r.[8] Zgodnie z art. 11 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej „obywatele Unii w liczbie nie mniejszej niż milion, mający obywatelstwo znacznej liczby Państw Członkowskich, mogą podjąć inicjatywę zwrócenia się do Komisji Europejskiej o przedłożenie, w ramach jej uprawnień, odpowiedniego wniosku w sprawach, w odniesieniu do których, zdaniem obywateli, stosowanie Traktatów wymaga aktu prawnego Unii”[9]. W celu doprecyzowania kształtu tej instytucji i wypracowania modelu w ramach szerokiego konsensusu wspólnie z zainteresowanymi środowiskami, przy udziale czynnika społecznego 11 listopada 2009 r. udało się przyjąć zieloną księgę w sprawie europejskiej inicjatywy ustawodawczej. Następnie podjęto prace nad ostatecznym kształtem tej instytucji. Przyjęte rozwiązania zostały skonkretyzowane w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 211/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie inicjatywy obywatelskiej[10] (dalej: rozporządzenie), które weszło w życie 1 kwietnia 2012 r.

Zgodnie z jego treścią europejska inicjatywa obywatelska[11] oznacza inicjatywę co najmniej miliona obywateli UE pochodzących przynajmniej z jednej czwartej państw członkowskich przedłożoną Komisji, wzywającą ten organ do wystąpienia z wnioskiem w sprawach, których stosowanie Traktatów wymaga aktu prawnego Unii.

W preambule rozporządzenia wskazano, że warunki i procedury wymagane dla inicjatywy obywatelskiej powinny być jasne, proste, przyjazne użytkownikowi i proporcjonalne do charakteru inicjatywy obywatelskiej. Tego typu zasady miały zachęcić obywateli do korzystania z nowych rozwiązań i zaangażować w proces podejmowania decyzji politycznej. W 2012 poprzednim r. do Komisji Europejskiej wpłynęło 27 obywatelskich inicjatyw legislacyjnych. Wymogi konieczne do rejestracji spełniało 16 z nich, dwie z nich zostały następnie wycofane. Obecnie trwa zbieranie podpisów pod 3 inicjatywami[12]. „Zakres dziedzin inicjatyw jest imponujący, dotyczą m.in.: pluralizmu mediów (*European Initiative for Media Pluralism*), edukacji (Wysoka Jakość Europejskiej Edukacji dla Każdego), przeprowadzania testów na zwierzętach (Stop Wiwisekcji), zmiany klimatu i energii (Zawieszenie Pakietu Klimatyczno-Energetycznego UE),

[8] Treść Traktatu została przygotowana w ramach Konferencji Międzyrządowej, która rozpoczęła prace 23 czerwca 2007 r. i zakończyła 18 października 2007 r.

[9] Traktat ten zawiera odesłanie do art. 24 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który stanowi, że „Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, przyjmują przepisy dotyczące procedur i warunków wymaganych do przedstawienia inicjatywy obywatelskiej w rozumieniu artykułu 11 Traktatu o Unii Europejskiej, w tym minimalnej liczby Państw Członkowskich, z których muszą pochodzić obywatele, którzy występują z taką inicjatywą”.

[10] Dz. Urz. UE L 65/1 z 11.03.2011.

[11] W rozporządzeniu określana jako „inicjatywa obywatelska”. W treści pracy określana zamiennie skrótem EIO.

[12] Dane na dzień: 3.09.2014 r.

prawa głosu (*Let me vote*), opłat roamingowych (*Single Communication Tariff Act*), limitu prędkości (30 km/godz. – ulice przyjazne życiu!) czy mobilności (*Fraternité* 2020 − Mobilność. Postęp. Europa.). Jedna z propozycji zajmuje się nawet przyszłością samego programu europejskiej inicjatywy obywatelskiej, apelując o stworzenie jednej internetowej platformy dla wszystkich zarejestrowanych wniosków (*Central public online collection platform for the European Citizen Initiative*)"[13].

2. Sygnatariusze inicjatywy

Sygnatariuszami europejskiej inicjatywy obywatelskiej mogą być wyłącznie obywatele Unii Europejskiej, którzy wyrazili poparcie dla konkretnej inicjatywy przez wypełnienie formularza deklaracji poparcia tej inicjatywy (art. 2 ust. 2 rozporządzenia).

Z powyższego wynika, że prawo to pod względem podmiotowym przysługuje tylko obywatelom UE (czyli wyłącznie osobom fizycznym). Jest to odrębna kategoria uprawnionych, która uległa wyodrębnieniu na skutek kreacji instytucji obywatelstwa europejskiego w Traktacie z Maastricht z 1992 r.[14] „Poprzez skonstruowanie obywatelstwa UE powstała nowa, trzecia grupa osób, do których prawo RP i prawo wspólnotowe adresują swoje przepisy. Dotychczasowa systematyka ustawy zasadniczej pozwala na kierowanie norm konstytucyjnych do każdego człowieka lub obywatela RP. Wprowadzenie do systemu praw i wolności przysługujących obywatelom UE spowodowało wykształcenie się trzeciej grupy podmiotów, która charakteryzuje się odmiennym, samodzielnym statusem prawnym"[15]. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że rozporządzeniowa regulacja prawa do wystąpienia z europejską inicjatywą ustawodawczą nie jest sprzeczna z innymi polskimi regulacjami oraz że nie stoi w kolizji z zasadami porządku prawnego RP. Prawo to nie odnosi się bowiem wprost do kwestii regulowanych w prawodawstwie krajowym, przez co pozostaje ono neutralne w polskim systemie prawnym.

Poza posiadaniem obywatelstwa UE od sygnatariuszy wymaga się spełnienia jeszcze jednego wymogu, a mianowicie ukończenia wieku uprawniającego do głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego. Z tego względu w Polsce sygnatariusz musi mieć w momencie udzielania poparcia inicjatywie ukończony 18 rok życia[16].

---

[13] http://www.polskawue.pl/Europejska,Inicjatywa,Obywatelska,7997.html (dostęp: 9.08.2014).

[14] Więcej na temat obywatelstwa UE zob. P. Kuczma, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, [w:] P. Kuczma (red.), *Dziesięć lat Polski w Unii Europejskiej − prawo, instytucje, polityka*, Polkowice 2014 (w przygotowaniu).

[15] M. Dąbrowski, *Obywatelstwo polskie a obywatelstwo Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo" 2005, nr 2, s. 76.

[16] Art. 10 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. − Kodeks wyborczy (Dz. U. Nr 21, poz. 112). Warto zauważyć, że w pozostałych państwach Unii Europejskiej wiek uprawniający do głosowania w wyborach

Wprowadzenie takiego cenzusu jest klasycznym ograniczeniem korzystania z praw politycznych we współczesnych państwach. Od uprawnionego wymaga się bowiem świadomego i odpowiedzialnego korzystania z praw politycznych, a to uzależnione jest od osiągnięcia pewnego poziomu rozwoju intelektualnego umożliwiającego w sposób przemyślany podejmowanie decyzji.

Sygnatariusze inicjatywy obywatelskiej muszą pochodzić z co najmniej jednej czwartej państw członkowskich (na chwilę obecną jest to siedem państw). Taki wymóg służy nadaniu projektowi szerszego wydźwięku. Celem takiego unormowania jest również i to, aby inicjatywa miała charakter „europejski", a nie „krajowy" i aby jej przedmiotem były interesy wspólne obywatelom UE wywodzącym się z różnych państw członkowskich, a nie tylko tych największych. Rozporządzenie określa również minimalną liczbę sygnatariuszy wywodzących się z danego państwa, aby można było uznać za skuteczne udzielenie poparcia przez jego obywateli. Liczba ta odpowiada liczbie posłów do Parlamentu Europejskiego wybranych w każdym z państw członkowskich, pomnożonej przez 750[17].

3. Prawa i obowiązki organizatora (komitetu obywatelskiego)

Organizatorami EIO mogą być wyłącznie obywatele UE, którzy ukończyli 18 rok życia (w Austrii 16). Tworzą oni komitet obywatelski, w skład którego wchodzi co najmniej siedem osób zamieszkałych w co najmniej siedmiu różnych państwach członkowskich. Oznacza to, że członkowie komitetu nie muszą mieć różnych obywatelstw krajowych, ponieważ rozporządzeniodawca uznał za istotny domicyl. Ponadto z grona członków komitetu wyznaczany jest reprezentant komitetu i jego zastępca, którzy pośredniczą między komitetem obywatelskim a instytucjami Unii podczas procedury, jak również posiadają legitymację do działania w imieniu komitetu. Komitet jest odpowiedzialny za prawidłowy przebieg inicjatywy na wszystkich jej etapach, jest jej instytucjonalnym organizatorem.

Rozpoczęcie zbierania deklaracji poparcia dla konkretnej inicjatywy obywatelskiej może nastąpić dopiero po zarejestrowaniu komitetu w rejestrze Komisji. W tym celu komitet jest zobowiązany do podania informacji na temat: 1) tytułu proponowanej inicjatywy obywatelskiej; 2) przedmiotu inicjatywy; 3) opisu celów proponowanej inicjatywy;

do Parlamentu Europejskiego również wynosi 18 lat (z wyjątkiem Austrii − 16 lat).

[17] Belgia – 16 500, Bułgaria 12 750, Czechy – 16 500, Dania – 9 750, Niemcy − 74 250, Estonia – 4 500, Irlandia – 9 000, Grecja – 16 500, Hiszpania – 37 500, Francja – 54 000, Włochy – 54 000, Cypr – 4 500, Łotwa – 6 000, Litwa − 9 000, Luksemburg – 4 500, Węgry – 16 500, Malta – 3 750, Holandia – 18 750, Austria 12 750, Polska – 37 500, Portugalia – 16 500, Rumunia – 24 750, Słowenia – 5 250, Słowacja – 9 750, Finlandia – 9 750, Szwecja 13 500, Zjednoczone Królestwo – 54 000.

4) postanowień Traktatów uznanych przez organizatorów za istotne; 5) imion i nazwisk, adresów pocztowych, obywatelstw i dat urodzenia siedmiu członków komitetu obywatelskiego, ze wskazaniem przedstawiciela i zastępcy oraz ich adresów e-mail; 6) wszystkich źródeł wsparcia i finansowania proponowanej inicjatywy obywatelskiej w momencie rejestracji (na etapie zbierania poparcia informacje o źródłach wsparcia i finansowania powinny być regularnie aktualizowane).

Za weryfikację powyższych informacji odpowiada Komisja. Ona też dokonuje rejestracji inicjatywy w terminie dwóch miesięcy od otrzymania zgłoszenia od komitetu, o którym mowa powyżej, nadając inicjatywie numer rejestracyjny oraz wysyłając organizatorowi potwierdzenie dokonania rejestracji. Odmowa rejestracji może nastąpić, gdy nie został spełniony choćby jeden z następujących warunków: 1) nie utworzono komitetu i jego reprezentanta; 2) przedmiot inicjatywy wykracza w sposób oczywisty poza kompetencje Komisji w zakresie przedkładania wniosku dotyczącego unijnego aktu prawnego w celu wprowadzenia w życie Traktatów; 3) inicjatywa stanowi nadużycie, jest oczywiście niepoważna lub dokuczliwa; 4) jest w oczywisty sposób sprzeczna z wartościami, o których mowa w art. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Wobec mało precyzyjnych przesłanek, które mogą być dość swobodnie interpretowane, Komisja zachowuje dość poważny wpływ na dalszy los konkretnej inicjatywy. Tym bardziej, że odmowa nadania inicjatywie dalszego biegu poza sytuacją określoną w pkt 1 i ewentualnie pkt 2, nie dotyczy odrzucenia z przyczyn formalnych, czyli takich, które mogą zostać uznane za przesłanki zobiektywizowane, lecz polega na uprzedniej ocenie merytorycznej przedmiotu inicjatywy. W mojej ocenie tak daleko idące uprawnienie Komisji może zagrażać istocie prawa do europejskiej inicjatywy ustawodawczej, gdyż podważać może dążenia obywateli UE do zmiany obowiązującego prawa. Jest to istotna wada tej instytucji. W końcu Komisja nie jest zobowiązana, nawet w przypadku uzyskania wymaganego poparcia, doprowadzić do przyjęcia wnioskowanego aktu prawnego i zawartych w nim rozwiązań i z tego względu nie ma żadnych obaw, by inicjatywa, nawet niemerytoryczna, urzeczywistniła się w postaci wiążącej normy prawa europejskiego.

Odmawiając rejestracji inicjatywy, Komisja informuje organizatorów o przyczynach odmowy, wskazując przesłankę, na którą się powołuje, oraz o dostępnych środkach sądowych i pozasądowych, z których komitet może skorzystać.

Kiedy rejestracja inicjatywy zostanie potwierdzona przez Komisję, komitet powinien zadbać jeszcze o następujące kwestie:

1) na swojej stronie internetowej powinien on podawać regularnie aktualizowane informacje dotyczące źródeł wsparcia i finansowania proponowanej inicjatywy obywatelskiej;

2) dokonać tłumaczenia proponowanej inicjatywy obywatelskiej na inne języki urzędowe UE w celu ich włączenia do rejestru. Liczba języków nie została określona, więc mogą to być wszystkie języki urzędowe UE. „Należy zadbać o to, by tłumaczenia były zgodne z oryginałem. Komisja nie opublikuje tłumaczeń, jeżeli okaże się, że tłumaczenie różni się wyraźnie i zasadniczo od oryginału”[18]. Większa dostępność do propozycji legislacyjnej i jej zrozumiałość ma docelowo zwiększyć szanse powodzenia całej kampanii; wymóg ten nie ma jednak charakteru obligatoryjnego, lecz jest dobrowolny.
3) wystąpić do właściwego organu państwa członkowskiego o poświadczenie, że system zbierania deklaracji *on-line* wykorzystywany w celu zbierania deklaracji poparcia, był wyposażony w odpowiednie zabezpieczenia oraz elementy techniczne. Za ich pomocą poparcia *on-line* mogą udzielić wyłącznie osoby fizyczne, przekazywane dane są gromadzone i przechowywane w sposób bezpieczny, to znaczy chronione przed ich nieuprawnionym wykorzystaniem w innej sprawie oraz zabezpieczone z punktu widzenia ochrony danych osobowych, a także system może zebrane dane wygenerować, zgodnie z załącznikiem III rozporządzenia. Należy zauważyć, że procedura zbierania deklaracji może się rozpocząć dopiero wtedy, gdy organizator otrzyma certyfikat wydany przez właściwy organ państwa członkowskiego, że system zbierania deklaracji *on-line* jest zgodny z wzorem zawartym w załączniku IV rozporządzenia.

Aby proponowana inicjatywa obywatelska pozostała aktualna, biorąc pod uwagę również dość złożony proces zbierania deklaracji, ustalono termin zbierania tych deklaracji, który nie powinien być dłuższy niż 12 miesięcy od daty rejestracji danej inicjatywy obywatelskiej.

Organizatorzy mają obowiązek zniszczenia wszystkich deklaracji poparcia oraz kopii najpóźniej w ciągu miesiąca od daty przedłożenia inicjatywy Komisji. Jeżeli natomiast proces zbierania deklaracji nie zakończy się powodzeniem, zniszczenie deklaracji (i ich kopii) powinno nastąpić w ciągu osiemnastu miesięcy od zarejestrowania inicjatywy.

Deklaracje mogą być składane zarówno w formie papierowej, jak i elektronicznej. W przypadku tych pierwszych sygnatariusz uzupełnia rubryki, wpisując wymagane dane własnoręcznie i podpisuje dokument, składając go następnie u organizatora. W przypadku deklaracji złożenie podpisu elektronicznego nie jest wymagane.

Po zebraniu wymaganej liczby deklaracji poparcia pod konkretną EIO organizatorzy przedkładają je właściwym organom w celu ich zweryfikowania i poświadczenia. Każde państwo ma obowiązek wskazać organ certyfikujący. W Polsce jest nim minister

[18] *Europejska inicjatywa obywatelska. Przewodnik*, Luksemburg 2011, s. 17.

właściwy do spraw wewnętrznych[19]. Zadaniem tego organu jest: 1) „wydawanie certyfikatu przewidzianego w art. 6 ust. 3 rozporządzenia (UE) nr 211/2011 (potwierdzającego posiadanie przez system zbierania deklaracji *on-line* odpowiednich zabezpieczeń oraz elementów technicznych w celu ich zapewnienia); 2) koordynowanie procesu weryfikacji deklaracji poparcia oraz dostarczanie certyfikatów przewidzianych w art. 8 ust. 2 rozporządzenia (dotyczących poświadczenia liczby ważnych deklaracji poparcia inicjatywy z danego państwa członkowskiego)”[20].

Do obowiązków organizatora należy również rozdzielenie deklaracji poparcia na takie, które zostały zebrane w formie papierowej, na deklaracje podpisane elektronicznie za pomocą zaawansowanego podpisu elektronicznego i deklaracje poparcia zebrane za pomocą systemu zbierania deklaracji *on-line* (art. 8 ust. 1 rozporządzenia).

Warto także zauważyć, że organizatorzy ponoszą odpowiedzialność za wszelkie szkody, które zostałyby spowodowane w czasie organizacji EIO. Ponadto przepisy krajowe przewidują sankcje wobec organizatorów, którzy składają nieprawdziwe oświadczenia lub bezprawnie wykorzystują zgromadzone w deklaracjach dane obywateli (art. 14 ust. 1 rozporządzenia).

4. Przedłożenie europejskiej inicjatywy obywatelskiej Komisji

Inicjatywę można przekazać Komisji dopiero po uzyskaniu certyfikatu wraz z informacją dotyczącą wszelkiego wsparcia i finansowania, które uzyskał Komitet na organizację tej procedury. Następnie Komisja publikuje powyższe informacje w rejestrze wraz z samą inicjatywą. Komisja może również zaprosić organizatorów na odpowiednim szczeblu, podczas którego następuje wyjaśnienie kwestii związanych z inicjatywą.

Komisja powinna także w terminie trzech miesięcy od daty otrzymania inicjatywy obywatelskiej przygotować i ogłosić publicznie komunikat, w którym ocenia propozycje zawarte w inicjatywie obywatelskiej. Zobowiązanie Komisji do przedstawienia komunikatu pełni funkcję mobilizującą dla Komisji i nie pozwala temu organowi na odwlekanie decyzji w sprawie dalszych losów inicjatywy. Należy jednak zwrócić uwagę, że „Komisja Europejska nie jest zobligowana do przedłożenia projektu aktu prawnego w ciągu tych trzech miesięcy. To z kolei z jednej strony pozwala Komisji na przygotowanie lepszego aktu prawnego – poprzez przeprowadzenie np. konsultacji społecznych,

[19] Art. 18a projektu ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (RM-10-78-13), druk nr 1990/VII.

[20] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (RM-10-78-13).

ale z drugiej strony istnieje ryzyko, że dana inicjatywa zostanie jednak, mimo komunikatu KE, opóźniona czy wręcz odłożona właśnie na przysłowiową półkę”[21].

Wnioski w nim zawarte mogą mieć charakter zarówno prawny, jak i polityczny i powinny być przedstawione oddzielnie. Ponadto Komisja wskazuje swoje stanowisko co do działań, które zamierza podjąć w tej sprawie oraz uzasadnia ich podjęcie lub niepodjęcie. Te powody powinny zostać określone w prosty, zrozumiały i szczegółowy sposób. O treści powyższego komunikatu Komisja powiadamia organizatorów, Parlament Europejski oraz Radę (art. 10 rozporządzenia). Komunikat ten jest sporządzany we wszystkich językach urzędowych UE.

Niezwykle cennym rozwiązaniem jest umożliwienie organizatorom przeprowadzenia w Parlamencie Europejskim wysłuchania publicznego. Jego zorganizowanie jest prawem, a nie obowiązkiem organizatorów. Ma zatem charakter fakultatywny. Poprzez udział w nim odpowiednich instytucji i organów Unii zainteresowanych konkretną inicjatywą istnieje możliwość przedstawienia założeń inicjatywy, szczegółowego wyjaśnienia motywów i celów, które zamierza się osiągnąć. Teoretycznie istnieje możliwość polemiki z wnioskami zawartymi w komunikacie Komisji, ponieważ wysłuchanie można przeprowadzić w ciągu trzech miesięcy od daty wpływu inicjatywy do Komisji. Jest to możliwe, gdy ogłoszenie raportu poprzedzi termin wysłuchania publicznego. Rozwiązaniem typowym będzie jednak sytuacja, w której Komisja ogłosi raport po przeprowadzeniu wysłuchania publicznego. Celem wysłuchania jest bowiem „dostarczenie prawodawcy argumentów i opinii różnych podmiotów oraz wyważenie sprzecznych interesów stron”[22]. Wnioski i uwagi formułowane podczas wysłuchania publicznego nie mają jednak żadnej mocy wiążącej dla Komisji, która decyduje o tym, czy, po przeanalizowaniu treści EIO i przeprowadzeniu rozmów z organizatorami, jak również po ewentualnym wysłuchaniu publicznym, przedstawić wniosek w sprawie aktu prawnego, który to inicjuje faktyczny proces legislacyjny nad konkretną inicjatywą.

5. Uwagi podsumowujące

Art. 22 rozporządzenia zobowiązał Komisję do przedstawiania sprawozdań Parlamentowi Europejskiemu i Radzie dotyczących stosowania tego aktu. Do tej pory takie sprawozdanie nie zostało upublicznione, gdyż termin przygotowania pierwszego mija dopiero 1 kwietnia 2015 r. (kolejne co trzy lata). Z tego względu ocena funkcjonowania tej instytucji musi się odbyć bez uwzględnienia oficjalnego stanowiska Komisji.

[21] A. B. Capik, A. Gniewek, *op. cit*., s. 94.

[22] P. Kuczma, *Wysłuchanie publiczne jako metoda artykulacji interesów*, [w:] J. Blicharz, J. Boć (red.), *Prawna działalność instytucji społeczeństwa obywatelskiego*, Wrocław 2009, s. 611−612.

Procedura związana z inicjowaniem projektów aktów prawnych na poziomie europejskim, wbrew intencjom twórców rozporządzenia, jest skomplikowana i może rodzić pewne problemy praktyczne. Potwierdzeniem tego jest obowiązek nałożony na Komisję w pkt 6 rozporządzenia, nakazujący udzielanie obywatelom informacji i nieformalnych porad na temat inicjatyw obywatelskich, na ich żądanie. Zorganizowanie całej procedury, wobec ogromu obowiązków nałożonych na organizatora, jak i państwo członkowskie certyfikujące prawidłowość przeprowadzenia procesu zbierania głosów, będzie dla tych podmiotów poważnym wyzwaniem. Taki formalizm jest nieadekwatny wobec konstrukcji (modelu) inicjatywy obywatelskiej przyjętej w Traktacie z Lizbony. Z pewnością jednak stanowi krok w stronę tego, by to głos obywateli, a nie państw, instytucji, czy grup interesu, zaczął mieć poważne znaczenie na scenie europejskiej[23]. Można jednak powątpiewać, by instytucji tej udało się choćby w minimalnym stopniu zniwelować deficyt demokracji dotykający Unię Europejską. Wniosek taki wynika z krytycznej oceny tej instytucji.

Swobodę obywateli w kształtowaniu prawa europejskiego ogranicza sama konstrukcja obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej. Zastosowano bowiem model inicjatywy niesformalizowanej, który charakteryzuje się tym, że wystąpienie obywateli stanowi jedynie propozycję uregulowania pewnej idei (pomysłu) bez jej szczegółowego skonkretyzowania przez organizatora. Z tego względu przygotowanie samego projektu, jak i przeprowadzenie procedury legislacyjnej *sensu stricto* pozostawione jest do uregulowania kompetentnym organom prawodawczym[24]. Organizator może co prawda załączyć projekt gotowego aktu prawodawczego, w związku z czym następuje konkretyzacja idei, ale projekt ten nie jest dla prawodawcy wiążący i nie musi stać się przedmiotem dalszych prac legislacyjnych.

Należy również krytycznie ocenić czas, w jakim dochodzi do przygotowania inicjatywy, który oscylować może nawet wokół 2 lat. Zrozumiały jest roczny termin na zbieranie deklaracji, ale taki sam termin na podejmowanie działań weryfikujących i analizujących inicjatywę wydaje się zbyt długi. W skrajnych przypadkach konkretna inicjatywa może się przez to nawet zdezaktualizować.

Tym co odróżnia „krajową" inicjatywę od „europejskiej" jest brak zapewnienia organizatorowi udziału na etapie postępowania legislacyjnego *sensu stricto* czy w procesie ustalania ostatecznego kształtu projektu zainicjowanego na skutek deklaracji

[23] A. Łada, *Traktat Lizboński – wpływ na UE i życie obywateli*, http://ec.europa.eu/polska/news/opinie/091222_traktat_lizbonski_ue_obywatele_pl.htm (dostęp: 6.09.2010).

[24] B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 267.

obywateli. W ten sposób po ewentualnym przeprowadzeniu wysłuchania publicznego organizator traci zupełnie kontrolę nad merytoryczną częścią inicjatywy[25].

Można też się zastanawiać nad prawidłowością ustalenia liczby sygnatariuszy popierających inicjatywę czy minimalnej liczby państw, z których muszą się wywodzić. Dla jednych liczby te będą zbyt wysokie, dla innych przeciwnie. Wydaje się, że na odpowiedź na to pytanie trzeba będzie poczekać i dokonać analizy materiału znacznie obszerniejszego niż obecnie. Z pewnością kwestia ta jest jedną z istotniejszych i wymaga głębszej refleksji przy uwzględnieniu doświadczeń związanych ze stosowaniem tej instytucji w praktyce.

[25] M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 120.

Sylwia Jarosz-Żukowska
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Łukasz Żukowski
Uniwersytet Wrocławski
Instytut Dziennikarstwa i Komunikacji Społecznej

Wolność akademicka w kontekście komercjalizacji wyników badań naukowych

1. Wstęp

Konstytucyjna ochrona wolności akademickiej, rozumianej jako wolność prowadzenia badań naukowych oraz wolność nauczania, ma w Polsce długą tradycję. Odpowiednie przepisy znalazły się w konstytucji marcowej z 1921 r., konstytucji kwietniowej z 1935 r. oraz w Konstytucji PRL z 1952 r. Regulacje dotyczące wolności nauki zawierają również w zasadzie wszystkie ważniejsze akty prawa międzynarodowego należące do systemu ONZ, Rady Europy i Unii Europejskiej. Wymienić należy tu przede wszystkim art. 27 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych. Ten ostatni przewiduje pozytywne obowiązki państw, które powinny podejmować środki niezbędne do ochrony, rozwoju i upowszechniania nauki. Zobowiązuje on również państwa-strony do poszanowania swobody koniecznej do prowadzenia badań naukowych, jak również uznania korzyści, jakie wynikają z popierania i rozwijania kontaktów międzynarodowych i współpracy w dziedzinie nauki.

Znamienne jest natomiast, że Europejska Konwencja Praw Człowieka nie zawiera w swojej treści, ani w treści żadnego protokołu dodatkowego, odrębnego postanowienia dotyczącego wolności nauki, co nie przeszkodziło jednak Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka wyprowadzić tę gwarancję z wolności wypowiedzi. Z kolei rozbudowana regulacja dotycząca nauki zawarta w Europejskiej Konwencji Biomedycznej[1] ma na celu nie tyle zagwarantowanie wolności badań naukowych i ich wspieranie, co raczej ustanowienie granic nauki. Do ochrony wolności akademickiej odnosi się również Karta Praw Podstawowych UE, deklarując w art. 31, że „Sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń. Wolność akademicka jest szanowana".

[1] Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, otwarta do podpisu i ratyfikacji 4 kwietnia 1997 r.

Istotnym elementem ochrony wolności nauki jest także Europejska Karta Naukowca, stanowiąca element prac nad realizacją zapoczątkowanej w styczniu 2000 r. inicjatywy stworzenia Europejskiej Przestrzeni Badawczej „jako podstawy przyszłych działań Wspólnoty w tej dziedzinie w celu konsolidacji i określenia struktury europejskiej polityki w zakresie badań naukowych”[2].

Mając na uwadze międzynarodowe podstawy ochrony wolności nauki, należy wspomnieć także o wielu innych instrumentach wypracowywanych przez organizacje pozarządowe. „Od 1991 r. funkcjonuje Komitet Międzynarodowej Wolności Akademickiej, powołany przez *Human Rights Watch*, zajmujący się monitorowaniem przypadków naruszania wolności akademickiej w różnych krajach. Na rzecz ochrony i poszerzania wolności nauki działają także organizacje pozarządowe, zrzeszające rektorów wyższych uczelni i pracowników akademickich. Ich działalność wiąże się także z przyjmowaniem aktów (kart, deklaracji), służących wzmocnieniu (ochronie) wolności akademickiej, do których należy m.in Deklaracja z Limy w sprawie wolności akademickiej i autonomii instytucji szkolnictwa wyższego, przyjęta w 1988 r. przez Światowy Serwis Uniwersytecki w 40. rocznicę Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. W omawianej tutaj dziedzinie podejmowane są także rozmaite inicjatywy przez UNESCO. Brakuje jednak, jak dotąd, jednego, całościowego dokumentu międzynarodowego poświęconego wolności nauki, a więc prawom, ale także szczególnym obowiązkom społecznym osób prowadzących badania naukowe, w szczególności w ramach szkół wyższych (uniwersytetów) i instytutów naukowo-badawczych. Wobec niezwykle szybkiego rozwoju nauki we współczesnym świecie z jednej strony, z drugiej zaś z uwagi na zagrożenia dla wolności nauki przyjęcie takiego dokumentu byłoby niewątpliwie bardzo pożądane”[3].

2. Treść wolności akademickiej dla gospodarki opartej na wiedzy

Na treść wolności akademickiej składają się bez wątpienia: autonomia szkół wyższych, wolność prowadzenia badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, wolność wypowiedzi oraz prawo dostępu do informacji. Powyższe wolności stanowią nie tylko ważny element demokratycznego państwa prawnego, ale służą

[2] Na temat Karty oraz praktyki wdrażania w życie jej postanowień w Polsce por. opracowanie: J. Wieczorek, *Drogi i bezdroża nauki w Polsce. Analiza zasadności wprowadzenia w Polsce zaleceń Europejskiej Karty Naukowca i Kodeksu Postępowania przy Rekrutacji Naukowców*, Kraków 2008, www.edu.pl., dostęp: 10.08.2014 r.

[3] Por. szerzej: S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Wolność badań naukowych i nauczania*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 709–712; zob. również: J. Symonides, *Wolność akademicka jako kategoria praw człowieka. O potrzebie przyjęcia instrumentu międzynarodowego*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 409–410.

również budowaniu tzw. gospodarki opartej na wiedzy (*knowledge-based economy*). Koncepcja gospodarki opartej na wiedzy została rozpropagowana w latach 90. ubiegłego wieku przez ekspertów OECD jako wynik obserwacji i analiz rozwoju gospodarczego najważniejszych krajów świata. Zidentyfikowano przy tym następujące między innymi zależności: 1) postęp techniczno-organizacyjny jest zależny od polityki gospodarczej państwa, która wpływa na tempo rozwoju technologii poprzez np. zachęcanie do wydatków na badania i rozwój; 2) kapitał ludzki wymaga inwestycji, a o produktywności pracownika decyduje edukacja, doświadczenie, zdolność do dostosowania się do nowych technologii; 3) kapitał ludzki (podobnie jak kapitał produkcyjny) może być wykorzystywany w sposób bardziej lub mniej efektywny. „Wszystkie te trzy spostrzeżenia mają wspólny mianownik: wiedzę. Gospodarka, której rozwój opiera się na intensywnym wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia, może rozwijać się szybciej od innych, bowiem generuje szybszy postęp techniczno-organizacyjny, dysponuje lepiej wyedukowanymi ludźmi i bardziej efektywnie wykorzystuje kapitał ludzki i kapitał produkcyjny. Właściwa polityka gospodarcza polega więc na wspieraniu konkurencji rynkowej, intensywnym wspieraniu badań i rozwoju, oraz podwyższaniu edukacji pracowników”[4]. Według raportu OECD[5] w gospodarce opartej na wiedzy podstawowe funkcje pełni system nauki, głównie publiczne laboratoria badawcze i uczelnie wyższe. System ten stoi przed wyzwaniem pogodzenia tradycyjnej funkcji „wytwarzania” wiedzy poprzez badania podstawowe i kształcenie nowych pokoleń naukowców i inżynierów z jego nowszą rolą, polegającą na współpracy z przemysłem w zakresie transferu wiedzy i technologii. Instytuty badawcze i ośrodki akademickie coraz ściślej współpracują finansowo i innowacyjnie z przemysłem, ale muszą połączyć to ze swoją zasadniczą rolą w zakresie badań i edukacji. Według raportu rola systemu nauki w gospodarce opartej na wiedzy polega zarówno na poszerzaniu zakresu dostępnej wiedzy, jak i jej rozpowszechnianiu i przekazywaniu oraz prowadzeniu stosownych polityk w tym zakresie przez rządy.

3. Wolność akademicka w Konstytucji RP

Wydaje się, że wobec ogromnego (a nawet decydującego) znaczenia badań naukowych dla funkcjonowania i rozwoju społeczeństw oraz gospodarki opartej na wiedzy wolność prowadzenia badań naukowych powinna zajmować uprzywilejowane miejsce w regulacji konstytucyjnej. W obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[6]

[4] http://www.nbportal.pl/pl/commonPages/EconomicsEntryDetails?entryId=54&pageId=608, dostęp: 10.08.2014 r.

[5] OECD, *The knowledge-based economy*, Paryż 1996.

[6] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

ustrojodawca ujął tę materię w art. 73, stanowiącym: „Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury". Wolności nauki nie poświęcono więc odrębnego artykułu w rozdziale II Konstytucji RP. Może to skłaniać do refleksji, takiej jak ta wyartykułowana przez J. Sobczaka, że w ustawie zasadniczej „wolność badań naukowych zajmuje dość poślednie miejsce"[7], skoro została umiejscowiona pośród praw socjalnych, ekonomicznych i kulturalnych, w dodatku nie na pierwszym miejscu, lecz za wolnością twórczości artystycznej. Jest to tym bardziej zastanawiające, jeśli weźmie się pod uwagę fakt wyeksponowania w rozdziale I Konstytucji niektórych innych wolności, w tym wolności prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14)[8].

Przywołany przepis art. 73 stanowi więc ochronę wolności badań naukowych oraz wolności nauczania, które mają charakter praw podmiotowych. Doktryna, mówiąc o nich łącznie, używa sformułowania: „wolność nauki"[9]. W przepisie tym osobno wyeksponowana została wolność ogłaszania wyników badań naukowych, czyli tzw. wolność publikacji. Bez wątpienia wolność ta należy do zakresu wolności badań naukowych, ponieważ jest pochodną tej ostatniej oraz stanowi element treści wolności nauki[10].

W świetle powyższych rozważań oczywiste jest, że wolność akademicka i jej składowe stanowią wartość konstytucyjną podlegającą ochronie. Nawet zajmując w Konstytucji RP „poślednie" miejsce i niepodniesione do rangi zasady konstytucyjnej, stanowią wartość samą w sobie. To treść wolności akademickiej i *ratio legis* przytoczonego przepisu stanowią o jego pełnej wymowie. Nie znaczy to oczywiście, jakoby wolność ta miała być wolnością absolutną. Pomijając akceptowaną przez doktrynę zasadę, iż pośród praw i wolności konstytucyjnych nie istnieją prawa (poza tzw. prawami niederogowanymi) ani zasady absolutne, ale przeciwnie, wszystkie one doznają ograniczeń, już tytuł niniejszego opracowania sugeruje istnienie pewnego kontekstu, który może stanowić ograniczenie wolności akademickiej.

---

[7] J. Sobczak*, Wolność badań naukowych – złudzenia a rzeczywistość*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Dylematy praw człowieka*, Toruń 2010, s. 96 oraz i*dem*, *Wolność ekspresji artystycznej. Standardy europejskie i rzeczywistość polska*, [w:] J. Jaskiernia (red.) *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, Toruń 2010, s. 612.

[8] S. Jarosz-Żukowska*, Charakter i znaczenie wolności i praw jednostki wyrażonych w Rozdziale I Konstytucji RP*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP,* t. I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, Warszawa 2010, s. 107–140.

[9] Na przykład L. Garlicki, *Uwagi do art. 73*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, s. 5.

[10] Por. J. Symonides, *op. cit.*, s. 418.

4. Wolność akademicka a koncepcja otwartego dostępu do wyników badań naukowych w świetle konstytucyjnych obowiązków państwa

Zaczynając od fundamentalnego pytania: po co społeczeństwu nauka i badania naukowe, możemy oczywiście zastanawiać się zarówno nad pożądanym poziomem jej finansowania, jak i nad kwestią zasadności jej komercjalizacji. Nie są to jednak bynajmniej problemy abstrakcyjne ani wyłącznie filozoficzne. W debacie społecznej (w mediach), pojawiają się często postulaty budowy „tzw. otwartego społeczeństwa informacyjnego". Idea „otwartości nauki", skądinąd słuszna, odwoływać może się np. do następujących wartości: 1) tradycja naukowa jest tradycją swobodnej wymiany wiedzy w celu wzajemnej inspiracji, wspierania badań naukowych i uczenia się od siebie. Współcześnie może być to łatwiejsze i tańsze dzięki zastosowaniu narzędzi informatycznych; 2) skoro fundamentalną zasadą efektywnego procesu naukowego jest otwartość i gotowość do współpracy, to powinno się przyjąć zasadę otwartości na wszystkich etapach pracy i komunikacji naukowej; 3) otwartość zasobów naukowych powinna polegać na braku barier prawnych i ekonomicznych ograniczających możliwość ich wykorzystania, co jest możliwe i sprawdza się np. poprzez ruch otwartego dostępu (*Open Access*). Otwarty dostęp, który jest w pełni akceptowalną alternatywą dla upowszechniania dorobku badaczy za darmo, jest stosowany przez indywidualnych naukowców, uczelnie i instytucje badawcze, a powinien zostać wdrożony systemowo; 4) otwartość nauki jest wartością samą w sobie i posiada także aspekty praktyczne, wśród których można wymienić: większą efektywność oraz tempo pracy naukowej i badawczej, przejrzystość działań, lepsze wydatkowanie środków i wzrost szans edukacyjnych[11].

Nie sposób nie docenić ideowej i etycznej wartości takiego przesłania, szczególnie w warstwie społeczno-obywatelskiej, na której płaszczyźnie idea szerokiego upowszechnienia wiedzy na pewno sprzyja zarówno niwelowaniu nierówności społecznych, jak i dostarczaniu nowych, wartościowych impulsów dla rozwoju nauki. Dlatego, zamiast polemizować, autorzy niniejszego opracowania raczej uzupełnią je o rozważania obejmujące inne aspekty rozwoju nauki, gdzie filozofia ruchu otwartego dostępu nie znajduje zastosowania lub możliwe jest jej stosowanie w sposób niepełny.

Koncepcja darmowego rozpowszechniania wyników twórczości intelektualnej znana jest ludzkości właściwie od zawsze. Czasami zdarza się, że działalność taka prowadzona jest społecznie, czyli dla celów popierania jakiejś idei (jak np. ekologia, działalność charytatywna). Niekiedy jest to narzędzie wspierania siły oddziaływania jakiejś organizacji (jak np. przekazy partii politycznych, stowarzyszeń, organizacji religijnych,

[11] W ten sposób o potrzebie promowania otwartości nauki wypowiadają się autorzy na stronie http://obywatelenauki.pl/otwartosc/, dostęp: 10.08.2014 r.

fundacji, co oczywiście nie wyklucza ich prospołecznej działalności), innym razem zaś forma reklamy lub promocji (jak w przypadku milczącej zgody artystów na nieodpłatne zamieszczanie ich utworów w Internecie na rynkach, gdzie nie są jeszcze bardzo popularni, czy darmowych wersji programów komputerowych zachęcających do nabycia ich komercyjnych dodatków lub czerpania korzyści z reklam). Oczywiście takim samym promocyjnym celom służyć mogą darmowe zasoby uczelni wyższych umieszczane w Internecie (w popularnych serwisach bądź na platformach uczelnianych), podobnie jak nieodpłatnie świadczona przez etatowych pracowników uczelni usługa edukacyjna (np. podczas festiwali nauki). Każda z tych aktywności, nawet jeśli tylko pozornie jest darmowa, niesie za sobą walory edukacyjne i prospołeczne i z tego powodu zasługuje na uznanie. Natomiast z punktu widzenia systemowej wykładni Konstytucji jest to tylko element możliwych zachowań podmiotów, zarówno prywatnych, jak i publicznych, oraz realizacja swobód demokratycznych, a nie postulowany cel w demokratycznym państwie prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP) i opartym na społecznej gospodarce rynkowej (art. 20 Konstytucji RP). Koniecznymi elementami składowymi gospodarki rynkowej są między innymi: 1) realizacja konstytucyjnej zasady ochrony własności, zarówno prywatnej, jak i publicznej (art. 20, 21, 64 Konstytucji), 2) ochrona konkurencji, 3) odpowiedzialne gospodarowanie mieniem publicznym, kontrolowane przez uprawnione organy. Dlatego postulat dążenia do prowadzenia badań naukowych otwartych, czyli w pełni transparentnych i ogólnodostępnych, jakkolwiek spójny z ideą wolności akademickiej, w myśl przepisów Konstytucji może być realizowany tylko w zgodzie z pozostałymi kryteriami.

W tym miejscu autorzy chcieliby podkreślić, po pierwsze, że konstytucyjna zasada ochrony własności, która jest fundamentem funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej, ma zastosowanie również do własności intelektualnej obejmującej dobra niematerialne i prawne wyższych uczelni, po drugie, biorąc pod uwagę, że współcześnie uczelnie konkurują ze sobą oraz z innymi podmiotami na krajowych i międzynarodowych rynkach edukacyjnych oraz badawczych, władze uczelni zobowiązane są prowadzić taką politykę, która sprosta wymogom konkurencyjności, a przy tym kryteriom celowości, gospodarności i rzetelności[12].

Nie należy dlatego mylić idei wolności akademickiej – jaką jest wolność nauki, wolność prowadzenia badań naukowych i ogłaszania ich wyników – z zagadnieniem

[12] Art. 203: „1. Konstytucji RP: Najwyższa Izba Kontroli kontroluje działalność […], państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. […] 3. Najwyższa Izba Kontroli może również kontrolować z punktu widzenia legalności i gospodarności działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa".

bezpłatnego dostępu do wyników badań naukowych dla wszystkich zainteresowanych. Aby idea ta przynosiła efekty korzystne ze społecznego punktu widzenia, należy zawsze uwzględniać wszystkie aspekty konstytucyjne, tzn. zarówno wolność akademicką służącą rozwojowi nauki, jak i zasady funkcjonowania bodźców ekonomicznych, które skłaniają do podejmowania badań. W tym drugim przypadku podstawowe zasady ekonomii wykluczają racjonalność postępowania, polegającego na tym, iż wynalazca pracuje nad wynalazkiem po to, aby następnie altruistycznie podzielić się z resztą świata efektami swojej pracy. O ile postawa taka możliwa jest jeszcze w przypadku niektórych typów niskonakładowej pracy twórczej, gdzie jedynym wynikiem pracy będzie napisanie tekstu (lub programu komputerowego), o tyle w sytuacji tworzenia wysokonakładowych technologii (np. farmaceutycznych), gdzie samo przystąpienie do badań uwarunkowane jest zgromadzeniem kapitału wysokiego ryzyka, poprzedzone musi być sformułowaniem precyzyjnych zasad komercjalizacji tak stworzonego nowatorskiego rozwiązania naukowego, tym bardziej jeśli wynalazek powstał za pieniądze podatnika. Dlatego zamiast postulować „otwarty dostęp" do wyników badań naukowych, należałoby raczej użyć sformułowania np. „prospołecznego korzystania z wyników badań naukowych", tak aby nie promować postaw zachęcających do naruszeń własności intelektualnej (tzw. piractwa) w przypadku utworów chronionych prawem autorskim oraz niechęci społecznej do systemu ochrony patentowej, utożsamianego często jedynie z „barierą", podczas gdy w rzeczywistości jest on wyrazem kompromisu pomiędzy interesami społeczeństwa z jednej strony a interesami twórców i inwestorów z drugiej.

5. Zagadnienie komercjalizacji badań naukowych z punktu widzenia zadań polityki państwa

Z punktu widzenia kryterium gospodarności problem badań naukowych i szkolnictwa wyższego jest tematem niezwykle obszernym. O ile inwestycja w edukację nie poddaje się sprawozdawczości ekonomicznej, o tyle powodzenie prowadzenia badań naukowych jest łatwiejsze w ocenie. Powszechnie stosowanym kryterium zaangażowania środków państwa w badania naukowe jest stosunek wydatków na badania i rozwój do produktu krajowego brutto. Obserwujemy tu wspomnianą już przez autorów raportu OECD prostą zależność: im więcej wydatków (zaangażowania) danego państwa w działalność badawczo-rozwojową, tym bardziej konkurencyjną ma to państwo gospodarkę. Według dostępnych badań pozycja Polski z punktu widzenia tego kryterium prezentuje się zatrważająco, choć według raportu przygotowanego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego wydatki na naukę stale rosną. O ile w 2007 r. na ten cel przyznano z budżetu państwa i środków unijnych niewiele ponad 3,8 mld zł, o tyle w 2013 r.

było to ponad 6,8 mld zł, z czego dużą część przeznaczono na badania. Był to pierwszy tak duży skok w finansowaniu badań. Dokonano również znaczących inwestycji w infrastrukturę naukową[13].

Nieco inaczej kwestie te opisuje raport przygotowany przez PwC Polska. Jak wskazuje: „Z jednej strony, Polska odnotowała w ciągu minionej dekady najwyższe (wraz ze Słowacją) tempo wzrostu PKB w Unii Europejskiej (średniorocznie 4,3%, wobec średniej unijnej 1,2%). […] Z drugiej strony, powszechnie stosowane wskaźniki pomiaru innowacyjności gospodarki lokują Polskę na jednym z ostatnich miejsc wśród krajów Unii Europejskiej (UE) i OECD. Coroczne zestawienie *Innovation Union Scoreboard*, sporządzane przez Komisję Europejską, zalicza Polskę do najsłabszej w Unii grupy „skromnych innowatorów" (wraz z Łotwą, Rumunią i Bułgarią), odnotowując również rozczarowująco powolny postęp, osiągany w zakresie poprawy sytuacji. […] Relacja wydatków gospodarki na badania i rozwój do PKB (BERD), równa 0,23%, kształtuje się na poziomie wielokrotnie niższym niż w krajach rozwiniętych (7 razy niższym niż przeciętnie w OECD, 6 razy niższym niż w UE […]). Poziom BERD odnotowany w Polsce jest jednym z najniższych raportowanych przez OECD, gdzie waha się on od 0,17% w przypadku Meksyku do 3,50% w przypadku Izraela. Spośród obserwowanych przez OECD krajów rozwijających się, wiele ma poziom BERD znacznie wyższy od Polski (Rosja 0,67% PKB, Chiny 1,40% PKB). […] Wnioski: Jak do tej pory polskiej gospodarce w nieznacznym stopniu udało się wejść na ścieżkę rozwoju opartego na innowacjach i wiedzy – jedynej ścieżki, która może prowadzić do sukcesu rozwojowego kraju i dołączenia do grupy zamożnych krajów wysoko rozwiniętych. Kluczową rolę w tym zjawisku odgrywa rozpaczliwie niskie zainteresowanie gospodarki działaniami innowacyjnymi i komercjalizacją badań naukowych, stawiające Polskę nie tylko na jednym z ostatnich miejsc wśród członków OECD i UE, ale również daleko w tyle za znajdującymi się na zbliżonym poziomie rozwoju gospodarkami większości krajów Europy Środkowej. Bez stopniowej zmiany w tej dziedzinie nie jest możliwe przestawienie polskiej gospodarki na tory konkurencji czynnikami innymi, niż niskim kosztem pracy, a w ślad za tym niemożliwe jest na długą metę wyrwanie się Polski z «pułapki średniego poziomu dochodu»"[14].

Z analizy sytuacji opisanej w raporcie PwC wynika, że zgodnie z zasadami współczesnej polityki gospodarczej państwa kluczowym elementem takiej polityki jest regulacja rynku badań naukowych. Celem podjętych działań powinno być przyjęcie rozwiązań

[13] Źródło: http://wyborcza.biz/biznes/1,100896,13586468,Naklady_na_nauke_rosna__ale_sukcesow_brak.html#ixzz3ArYsPbNQ, dostęp: 10.08.2014 r.

[14] W.M. Orłowski, *Komercjalizacja badań naukowych w Polsce. Bariery i możliwości ich przełamania*, http://www.biznes.edu.pl/upload/files/komercjalizacja-badan-naukowych-w-polsce---prof.-w.-orlowski.pdf, s. 6–10, dostęp: 10.08.2014 r.

sprzyjających jasnym rozstrzygnięciom w zakresie praw własności intelektualnej. Powinny one obejmować formę uwłaszczenia naukowców, tzn. zagwarantowania im pełni praw własności intelektualnej do wynalazku (dzieła), z zachowaniem jasnych zasad rozliczeń z uczelnią i innymi współpracującymi podmiotami. Naukowcy powinni być zachęcani do otwierania własnych działalności gospodarczych, afiliowanych przy instytucjach naukowych, przy czym prawa własności intelektualnej i opracowania wykonane w takich firmach powinny być doliczane do oceny parametrycznej instytucji, przy których są one afiliowane. Autorzy raportu PwC postulują również wprowadzenie bezpłatnego doradztwa i pomocy w zakresie zakładania i prowadzenia firm, patentowania wynalazków, współpracy z biznesem bez zakładania własnej firmy przez naukowców oraz edukację w zakresie przedsiębiorczości akademickiej, zwłaszcza na kierunkach technicznych. Do innych postulowanych działań należy wprowadzenie jasnych zasad rozliczania kosztów prowadzenia badań i korzystania z infrastruktury badawczej w sytuacji, gdy głównym beneficjentem komercjalizacji ma stać się sam badacz.

Wszystkie wykazane powyżej niedostatki systemu nauki stanowią *de facto* ograniczenia w promowaniu i uprawianiu nauki, a zatem ograniczenia wolności akademickiej. Część z nich ma charakter psychologiczny, ale w zdecydowanej większości należą one do zakresu zadań państwa, co wymagać musi aktywności ustawodawcy.

6. Środki prawne komercjalizacji wyników badań naukowych – ochrona własności intelektualnej

Komercjalizacja wyników badań naukowych jest zagadnieniem bardzo obszernym i wielowymiarowym. Nawet ograniczając rozważania do komercjalizacji wyników badań powstałych w akademickich ośrodkach badawczych (bo przecież osobnym i nie mniej ważnym zagadnieniem jest problematyka komercjalizacji wyników badań powstałych w przemyśle prywatnym bądź publicznym), należy odnieść się do kwestii przynależnych kilku różnym dziedzinom prawa. Biorąc pod uwagę skromne rozmiary niniejszego opracowania, skupimy się wyłącznie na kwestiach najbardziej podstawowych z punktu widzenia działania państwa, abstrahując od zagadnień prawnomiędzynarodowych, prawnopodatkowych, kwestii dotyczących szczegółowych rozwiązań prawa handlowego oraz tych z zakresu specyfiki rozstrzygania sporów. Jakkolwiek jednak by się nie odnieść do omawianej problematyki, to fundamentalne znaczenie dla prawniczego ujęcia zagadnień komercjalizacji wyników badań naukowych będzie miała dyscyplina prawnicza określana ogólnie mianem prawa ochrony własności intelektualnej, ponieważ to własność intelektualna jest przedmiotem ochrony prawnej efektów działalności badawczej podmiotów korzystających z wolności akademickiej.

Efekty działalności naukowej określane jako własność intelektualna korzystają (lub mogą korzystać) z kilku typów ochrony prawnej. Historycznie ukształtowały się dwa nurty takiej ochrony zależne właśnie od jej przedmiotu. Mówiąc o międzynarodowych źródłach prawa fundamentalnych dla ochrony własności intelektualnej w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na: Konwencję związkową paryską o ochronie własności przemysłowej z 20 marca 1883 r., oraz Konwencję berneńską o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 9 września 1886 r., jak również obowiązujący obecnie Akt paryski z 24 lipca 1971 r. Wymienione konwencje zostały oczywiście rozwinięte i dopełnione przez inne, liczne źródła prawa międzynarodowego[15] (stale poszerzane), natomiast istotne jest, że konwencje te ukształtowały wciąż aktualny podział ochrony. Jego odzwierciedlenie stanowią podstawowe akty prawa krajowego, zachowujące rozróżnienie pomiędzy „przemysłowo-technicznym" a „humanistyczno-artystycznym" typem dóbr własności intelektualnej. Są to odpowiednio ustawy: Prawo własności przemysłowej[16] oraz ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej u.p.a.p.p.)[17]. Sposób komercjalizacji wyników badań naukowych zależy od rodzaju tych wyników i przebiega zasadniczo według rozwiązań jednej bądź drugiej ustawy, posiłkując się również przepisami ogólnymi o ochronie własności przewidzianymi przez prawo cywilne. W wypadku komercjalizacji „akademickiej własności intelektualnej" proces ten odbywa się również w oparciu o przepisy ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym[18] oraz ustawy o zasadach finansowania nauki[19]. W dniu 13 sierpnia 2014 r. Prezydent podpisał nowelizację ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym[20], która wraz z całym pakietem nowych rozporządzeń wejdzie w życie z początkiem roku akademickiego 2014/2015. W ocenie Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego zmienione przepisy skutkować będą między innymi poprawą skuteczności zasad komercjalizacji wyników prac naukowych. MNiSW wskazuje, iż: „naukowiec i uczelnia będą mogli ustalić warunki, na jakich będzie przeprowadzona komercjalizacja (kto ma prawa do własności, na jakich warunkach, jak dalej pracować nad wynalazkiem), na co będą mieli trzy miesiące. Jeśli po tym terminie uczelnia nie zgłosi zainteresowania odkryciem, prawa do komercjalizacji mogą przejść na pracownika naukowego. Ustawa reguluje też podział zysków. Te zasady działają jednak wtedy, gdy naukowiec i uczelnia nie mogą się ze sobą porozumieć"[21].

[15] Zob. więcej D. Leputa, W. Wróbel, M. Zelek, *Rys historyczny i źródła prawa własności intelektualnej*, [w:] M. Załucki (red.), *Prawo własności intelektualnej. Repetytorium*, Warszawa 2010, s. 55–58.

[16] Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r., Dz. U. z 2001 r. Nr 49, poz. 508 z późn. zm.

[17] Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r., Dz. U. Nr 24, poz. 83 z późn. zm.

[18] Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz. U. Nr 164, poz. 1365 ze zm.

[19] Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki, Dz. U. Nr 96, poz. 615.

[20] Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw.

[21] Źródło: http://www.nauka.gov.pl/aktualnosci-ministerstwo/ustawa-prawo-o-szkolnictwie-wyzszym-juz-z-podpisem-prezydenta.html, dostęp: 10.08.2014 r.

Powyższy (entuzjastyczny) komentarz wskazuje na szereg problemów, z którymi boryka się sektor szkolnictwa wyższego w trakcie procesów komercjalizacji. Wskażmy przede wszystkim, jak przebiegać może sam proces komercjalizacji.

Doktryna wyróżniała dotychczas dwa podstawowe typy komercjalizacji: komercjalizację pośrednią i komercjalizację bezpośrednią, choć w literaturze spotkać można było różne ich rozumienie. Istotą komercjalizacji bezpośredniej jest osobiste zaangażowanie twórcy (innowatora) w proces komercjalizacji badań naukowych, natomiast w przypadku komercjalizacji pośredniej twórca dokonuje komercjalizacji poprzez przeniesienie prawa własności do innowacji lub możliwość korzystania z innowacji na podstawie umowy licencyjnej, dzięki której licencjobiorca uzyskuje możliwość skorzystania z innowacji, której wytworzenie byłoby dla niego zbyt kosztowne bądź niemożliwe. Według definicji Narodowego Centrum Badań i Rozwoju komercjalizacja pośrednia może przybrać formy: 1) utworzenia spółki, 2) przeniesienia praw własności do spółki lub 3) inną formę. Natomiast komercjalizacja bezpośrednia polegać ma na: 1) sprzedaży wyników prac badawczo-rozwojowych lub 2) udzieleniu licencji na korzystanie z wyników prac badawczo-rozwojowych. W opracowaniach Ministerstwa Gospodarki[22] „komercjalizacja pośrednia polega na wydzieleniu z prawa własności do innowacji chronionej patentem prawa do rynkowej eksploatacji i czerpania korzyści z przewagi konkurencyjnej oferowanej przez tą innowację i następnie odpłatnym przekazaniu tego prawa podmiotowi deklarującemu chęć rynkowego wykorzystania innowacji. Podstawą prawną komercjalizacji pośredniej jest umowa licencyjna szczegółowo i w formie pisemnej określająca zakres upoważnienia do korzystania z wynalazku udzielanego przez uprawnionego z patentu innemu podmiotowi”[23].

W przytoczonej wyżej noweli do ustawy przyjęto, iż: „1) komercjalizacja bezpośrednia jest to sprzedaż praw własności intelektualnej do wyników badań naukowych lub prac rozwojowych oraz oddawanie do używania tych praw, w szczególności na podstawie umowy licencyjnej, najmu oraz dzierżawy, natomiast 2) komercjalizacja pośrednia – to obejmowanie lub nabywanie udziałów lub akcji w spółkach w celu wdrożenia lub przygotowania do wdrożenia wyników badań naukowych lub prac rozwojowych”.

Powyższe różnice w podejściu do terminologii nie mają wszakże znaczenia dla kwestii najbardziej podstawowych, tzn. zarządzania własnością intelektualną wyższych uczelni (i innych jednostek badawczo-rozwojowych). Aby możliwy był jakikolwiek obrót prawami, w tym ich bezpośrednia lub pośrednia komercjalizacja, należy je najpierw określić. Zastosowanie znajdzie tu wspomniany już powyżej podział na: 1) ochronę

[22] Por. S. Łobejko, A. Sosnowska (red.), *Komercjalizacja wyników badań naukowych. Praktyczny poradnik dla naukowców,* Warszawa 2013, s. 39 i n.

[23] P. Tamowicz, *Jak skomercjalizować pomysł? Poradnik dla twórców. Opracowanie na zlecenie Ministerstwa Gospodarki*, Gdańsk 2009, s. 4, [za:] S. Łobejko, A. Sosnowska (red.), *op. cit.*, s. 39 i n.

własności przemysłowej oraz 2) ochronę prawno-autorską. Z punktu widzenia ochrony interesów jednostki badawczo-rozwojowej kluczową kwestią jest wybór właściwego sposobu ochrony własności intelektualnej lub podjęcie decyzji o jej bezpłatnym udostępnieniu (np. kiedy ze względów promocyjnych, reklamowych, etycznych bądź ze względów pragmatycznych – ochrona takiej własności byłaby nieopłacalna). Ochrona taka może przebiegać w sposób permanentny (jak w przypadku ochrony patentowej) lub mieć charakter incydentalny (jak sformułowanie i jednorazowe wystosowanie roszczenia o zaprzestanie naruszenia autorskich praw majątkowych wraz z wydaniem uzyskanych przez sprawcę naruszenia korzyści i naprawienia szkody[24]).

Ośrodek akademicki, tak jak każdy inny podmiot uprawniony w sferze ochrony własności intelektualnej, powinien najpierw określić sfery zarządzania prawami własności intelektualnej. Uzyskanie ochrony prawnej może być konsekwencją wyników przeprowadzonych własnych badań naukowych, ale może również stanowić efekt nabycia praw do istniejących rozwiązań bądź już istniejącej marki. Kolejnym aspektem jest wybór rodzaju ochrony. Kluczowymi kryteriami będzie tutaj forma ochrony, jej zakres terytorialny i czasowy. Kiedy już wdrożone zostaną odpowiednie rozwiązania, pozostaje skuteczne wykonywanie tych praw, obejmujące zwalczanie możliwych naruszeń.

7. Formy komercjalizacji

Wyższe uczelnie, prowadząc prace badawczo-rozwojowe, tworzą między innymi wartości podlegające ochronie przewidzianej w prawie własności przemysłowej. Do takich wartości zaliczamy: 1) wynalazki, 2) wzory użytkowe, 3) wzory przemysłowe, 4) topografie układów scalonych oraz 5) nowe odmiany roślin. Każde z tych rozwiązań jest osiągnięciem pracy twórczej, związanej z przeprowadzaniem pracy badawczej. Oczywiście wolny rynek zdecyduje, jaką mogą mieć wartość komercyjną. Ważne jest jednak, żeby nie pozostawiać tej kwestii przypadkowi, ponieważ od aktywności podmiotu uprawnionego w zakresie ochrony prawnej zależą efekty komercyjne, a co za tym idzie – skutki finansowe dokonanej innowacji. Po pierwsze, istotne jest podjęcie decyzji o wykorzystaniu innowacji. Wiąże się z tym pojęcie „transferu technologii", które w literaturze również rozumiane jest bardzo szeroko. Można przyjąć, „że jest to każda działalność podejmowana przez jednostki naukowe lub osoby w nich zatrudnione, która jest związana z przygotowaniem i uruchomieniem wytwarzania nowych lub udoskonalonych materiałów, produktów, usług, procesów lub metod przeznaczonych do wprowadzenia na rynek albo innego wykorzystania w praktyce, przy czym każdorazowo działalność ta powinna zmierzać nie tylko do upowszechnienia innowacji, ale przede wszystkim do

[24] W oparciu o przepisy art. 79 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 u.p.a.p.p.

uzyskania korzyści majątkowych przez podmioty i osoby zaangażowane w realizację tego procesu. Dążenie do osiągnięcia zysku ekonomicznego jest zasadniczą cechą odróżniającą transfer technologii od innych zadań edukacyjnych i naukowych realizowanych w środowisku akademickim"[25]. Transfer technologii z jednostek badawczych do przemysłu może przebiegać w różny sposób, w zależności od wielu czynników ekonomicznych, organizacyjnych oraz natury innowacji. W założeniu komercjalizacja wyników działalności badawczo-rozwojowej przez instytucje naukowe powinna przynieść obustronne korzyści, przy czym zawsze towarzyszy jej ryzyko gospodarcze. Różne rodzaje komercjalizacji charakteryzują się specyficznymi możliwościami wypracowania dochodu (czyli zwrotu z inwestycji), przy czym jest to związane z różnym poziomem ryzyka gospodarczego. Innowację można po prostu sprzedać i zazwyczaj jest to najmniej opłacalny, lecz w pełni bezpieczny sposób komercjalizacji, ponieważ nie wymaga prawie żadnych nakładów finansowych. W przypadku innych sposobów komercjalizacji wzrasta zarówno ryzyko, jak i wymagane nakłady finansowe, lecz inwestycja może przynieść znacznie większe korzyści. Tak więc inne, bardziej kosztowne i ryzykowne, lecz być może bardziej dochodowe formy komercjalizacji mogą przybrać (w kolejności) formę: licencji, umów o doradztwo, aliansów, spółek *joint venture* lub zakładania nowych przedsiębiorstw[26].

8. Przedmioty ochrony „akademickiej" własności przemysłowej w świetle rozwiązań prawnych

Przedmiotem transakcji transferu technologii z uczelni do przemysłu są zazwyczaj prawa wyłączne do wyników badań naukowych, którymi dysponuje uczelnia[27], w postaci praw do zgłoszenia patentowego lub patentu. Mogą być one przedmiotem obrotu, czyli zostać sprzedane, wniesione aportem do spółki lub licencjonowane. Patent jest formą monopolu na korzystanie z innowacji, na danym terytorium, np. na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Monopol ten ma ograniczony zasięg zarówno czasowy, jak i terytorialny. Państwo (lub grupa państw) poprzez ustanowienie takiego monopolu dąży do zachowania równowagi pomiędzy interesami twórcy innowacji (np. uczelni) a resztą społeczeństwa, która chciałaby z innowacji skorzystać. Podmiot uprawniony z patentu czerpie korzyści z pierwszeństwa i jest chroniony przez pewien czas (20 lat), a w zamian

[25] R. Witek, *Ochrona i komercjalizacja wyników badań uzyskiwanych we współczesnych naukach przyrodniczych*, Warszawa 2008, s. 56.

[26] Por. S. Łobejko, A. Sosnowska (red.), *op. cit*., s. 43

[27] Choć wskazuje się, że nadal słabo rozwiniętą, choć pożądaną w Polsce, rolą uczelni w procesach rozwijania innowacyjności gospodarki byłaby np. rola partnera uwiarygodniającego lub partnera wspierającego przedsięwzięcie organizacyjnie i materialnie. Tak J. Woźnicki, *Uczelnie akademickie jako instytucje życia publicznego*, Warszawa 2007, s. 140.

pozostali zainteresowani uzyskują dostęp do innowacji, z której za odpłatnością będą mogli korzystać. Biorąc pod uwagę koszty objęcia wynalazku ochroną patentową oraz jego ograniczony zasięg i ciągły rozwój technologii, decyzja o ubieganiu się o dokument patentowy musi być przemyślana. Czasami bardziej opłacalne dla innowatora jest po prostu zachowanie tajemnicy swojego rozwiązania technicznego i ochrona wyłącznie marki produktu (np. znaku towarowego) oraz korzystanie z wynalazku bez ograniczeń czasowych. Wystąpić może również zjawisko odwrotne, tzn. uzyskiwanie patentów na rozwiązania dość przeciętne (ale spełniające wymogi innowacyjności), głównie dla celów marketingowych, ażeby promować się jako „firma, która jest właścicielem określonej liczby patentów". Autorzy zakładają jednak, że uczelnie wyższe nie postępują w taki nieetyczny sposób.

Po co więc uczelni patenty? Wskazuje się, że uczelnie konkurują ze sobą, oferując usługi badawczo-naukowe. Uzyskanie dużej liczby patentów pełni rolę narzędzia do budowy lub wzmacniania prestiżu uczelni, potwierdza jej poziom naukowy, zdolności i potencjał twórczy. Patent jest wymiernym wskaźnikiem oceny badań, ponieważ kryterium jego przyznania jest nowość i nieoczywistość rozwiązania. Patent, dokumentując odpowiednio wysoki poziom znajomości problemu technicznego, może wspomagać nawiązywanie nowych kontaktów naukowych, pozyskiwanie grantów lub zleceń. Najbardziej oczywistą korzyścią wydaje się sprzedaż rozwiązania licencjobiorcom. Możliwy jest wtedy podział wpływów z opłat licencyjnych pomiędzy autorów innowacji i jednostki uczelni[28]. W sytuacji takiej może dojść do nieporozumień, dlatego wskazuje się, że warto ustalić udział procentowy twórców w formie „oświadczenia twórców wynalazku pracowniczego". Jeśli kilka jednostek badawczych korzysta ze wspólnego wynalazku powinna zostać zawarta umowa o wspólności prawa do patentu, określająca udział poszczególnych współwłaścicieli w prawie do wynalazku, tryb podejmowania decyzji dotyczących korzystania z wynalazku przez współwłaścicieli oraz zasady rezygnacji z udziału.

Czasami uczelnie podczas procesu komercjalizacji korzystają ze wsparcia zewnętrznej firmy doradczej. Wskazane jest wtedy podpisanie umowy o współpracy w zakresie ochrony i komercjalizacji własności przemysłowej. Umowa taka, poza postanowieniami o zachowaniu najwyższej staranności usługodawcy, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru jego działalności, powinna zawierać również zobowiązanie do zachowania poufności.

Zasada zachowania poufności ma zresztą charakter ogólny w przypadku kontaktów z podmiotami zewnętrznymi. Uczelnia, występując jako gracz rynkowy, powinna

[28] Tak S. Vasina*, Po co uczelni patenty?,* http://patenty.bg.agh.edu.pl/prez/patenty_uczelni_S_Vasina.pdf, s. 1–2, dostęp: 10.08.2014 r.

zachować należytą ostrożność, zabezpieczając się przed nieuczciwością ze strony negocjujących kontrahentów. Przed rozpoczęciem negocjacji zaleca się podpisanie umowy o zachowaniu poufności, co nie zwalnia z dalszej ostrożności. Przedstawiciele uczelni, szczególnie w fazie wstępnej prowadzonych rozmów, powinni ograniczać się tylko do przedstawiania informacji niezbędnych do przekonania partnera, posługując się w miarę możliwości tylko wiedzą ogólnodostępną i unikając technicznych szczegółów proponowanego rozwiązania. Pomimo zawarcia umowy o zachowaniu poufności należy mieć na uwadze trudności z wyegzekwowaniem swoich roszczeń wynikających z takowej, szczególnie wtedy, gdy kontrahent jest podmiotem zagranicznym[29].

Innym typem współpracy jest współpraca badawczo-rozwojowa. Do takiej uczelnia przystępuje w sytuacji, gdy wdrożenie wynalazku wymaga udziału partnera przemysłowego, dysponującego odpowiednim zapleczem technicznym i technologiami. Kiedy dochodzi do tego rodzaju współpracy, należy szczególnie precyzyjnie uregulować kwestię praw do wyników badań naukowych, zakres prowadzonych prac z harmonogramem ich realizacji i wskazaniem osób odpowiedzialnych za wykonanie. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 3 ustawy – Prawo własności przemysłowej w razie dokonania wynalazku prawo do uzyskania patentu przysługuje zamawiającemu, chyba że strony ustaliły inaczej. Należy też pamiętać, że w myśl przepisu art. 11 ust. 5 przywołanej ustawy, w razie dokonania wynalazku, wzoru użytkowego albo wzoru przemysłowego przez twórcę przy pomocy przedsiębiorcy, przedsiębiorca ten może korzystać z tego wynalazku, wzoru użytkowego albo wzoru przemysłowego we własnym zakresie.

Kolejnym etapem komercjalizacji wyników prac badawczo-rozwojowych może być utworzenie przedsiębiorstwa typu *spin-off*. Spółka taka przejmuje odpowiedzialność za komercjalizację wynalazku. Uczelnia może objąć udziały w jednostce badawczej w zamian za wkład pieniężny lub np. aport w postaci praw własności intelektualnej[30]. Przedsiębiorstwo typu *spin-off* definiuje się jako „nowe przedsiębiorstwo, które zostało założone przez co najmniej jednego pracownika instytucji naukowej lub badawczej, albo studenta bądź absolwenta Uczelni, w celu komercjalizacji innowacyjnych pomysłów (wiedzy) lub technologii. Przedsiębiorstwo *spin-off* jest zwykle niezależne osobowo i kapitałowo od swojej uczelni, jednak często z nią współpracuje na zasadach rynkowych”[31]. Podkreśla się, że „organizacją macierzystą dla przedsiębiorstw typu *spin-off* może być nie tylko uczelnia, ale również inne podmioty – np. jednostka badawczo-rozwojowa, przedsiębiorstwo i inne. W przypadku *spin-off* relacje pomiędzy firmą a organizacją macierzystą są z reguły przyjazne. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację,

[29] R. Witek, *op. cit.*, s. 56–69.

[30] Na temat modelowych rozwiązań stosunków prawnych w procesie komercjalizacji wyników badań naukowych zob. więcej R. Witek, *op. cit.*, s. 56–69.

[31] S. Łobejko, A. Sosnowska (red.), *op. cit.*, s. 49.

w której organizacja macierzysta wchodzi jako udziałowiec do firmy typu *spin-off*, jednocześnie podejmując działania nieprzyjazne wobec tej firmy, ograniczające możliwość jej rozwoju”[32].

Oczywiście proces komercjalizacji nie wymaga, aby prawa własności intelektualnej do rozwiązań innowacyjnych zostały przeniesione na inne podmioty. Wystarczającym środkiem do realizacji współpracy jest zawarcie umów w postaci licencji wyłącznej lub licencji niewyłącznej. Jak się podkreśla w literaturze, już choćby „ze względu na interesy jednostki badawcze i próbę zminimalizowania ponoszonego przez nią ryzyka, warto starać się tak kształtować relacje pomiędzy nową spółką a jednostką, aby prawa do patentu pozostawały początkowo po stronie jednostki, a spółka działała, przynajmniej początkowo, jedynie w oparciu o umowę licencji wyłącznej, ewentualnie z prawem pierwokupu praw do patentu. Tego rodzaju rozwiązanie posiada następujące zalety:

- pozwala jednostce badawczej kontrolować tempo procesu komercjalizacji i w przypadku braku pożądanych wyników, o ile zostanie to zapisane w warunkach umowy licencyjnej, pozwala na rozwiązanie takiej umowy,
- daje jednostce badawczej możliwość sprzedaży praw wyłącznych do wynalazku lub udziałów w spółce na późniejszym etapie rozwoju wdrażania wynalazku, kiedy należy oczekiwać znacznego wzrostu ich wartości,
- pozwala na zaangażowanie w dalszy rozwój wynalazku (np. poprzez zatrudnienie lub udziały w spółce) przynajmniej części twórców wynalazku,
- przy odpowiednio zredagowanej umowie licencyjnej pozwala przełożyć na spółkę ciężar kosztów związanych z uzyskiwaniem ochrony patentowej,
- zapewnia inwestorowi konieczne minimum bezpieczeństwa oraz ustala ramy prawne, w których mogą być realizowane wspólne interesy inwestora, twórców i jednostki badawczej,
- w przypadku gdy spółka będzie działała w Polsce, umożliwia rozwój nowoczesnej polskiej gospodarki”[33].

9. Ochrona prawnoautorska wyników badań naukowych

Jak już wspomniano, ochrona własności intelektualnej przebiega w oparciu o dychotomiczny podział własności intelektualnej na tzw. własność przemysłową (chronioną np. patentami) i własność prawnoautorską. Podział ten nie jest ostry, ponieważ na przykład opis wynalazku chronionego patentem opublikowany na stronie internetowej sprzedawcy tegoż może stanowić utwór w rozumieniu prawa autorskiego. Utworem będzie

[32] S. Łobejko, A. Sosnowska (red.), *op. cit.*, s. 49.
[33] Zob.: R. Witek, *op. cit.*, s. 60.

również tłumaczenie takiego opisu. Jeszcze więcej problemów nastręcza problematyka ochrony programów komputerowych, które powinny podlegać tylko ochronie prawnoautorskiej, a praktyka pokazuje, że korzystają również z ochrony patentowej[34]. Jednak podstawowe znaczenie ma kryterium odróżniające, a mianowicie pojęcie utworu. Na gruncie u.p.a.p.p. (art. 1) ochronie podlega każdy przejaw działalności twórczej, o indywidualnym charakterze, od chwili ustalenia, chociażby miał postać nieukończoną. Ponadto ochrona przysługuje twórcy niezależnie od spełnienia jakichkolwiek formalności. Mogłoby się wydawać, że w związku z tak szeroką i przychylną twórcom regulacją komercjalizacja wyników badań naukowych będących utworami jest sprawą ograniczającą się do zawierania umów licencyjnych oraz korzystania z praw przewidzianych ustawą, jak np. prawo cytatu (art. 29). Zagadnienie to jest jednak o wiele bardziej skomplikowane. W codziennej pracy naukowo-dydaktycznej pracownik zarówno korzysta z ochrony autorsko-prawnej, jak i sam podlega jej rygorom.

Autorskie prawa majątkowe do utworów stworzonych przez inne osoby stanowią ograniczenie w ich wykorzystywaniu, nie tylko przez badacza-osobę fizyczną, ale też przez jednostkę badawczą, co rodzi pewne ryzyko. Sytuacja taka ma miejsce np. wtedy, gdy jednostka uczelniana umieszcza bez wymaganych licencji utwory podmiotów zewnętrznych na swojej stronie internetowej, w przekonaniu, iż korzysta z przyzwolenia art. 27 u.p.a.p.p., co nie jest prawdą i stanowi naruszenie ustawy.

Z uwagi na niewielką objętość niniejszego opracowania zasygnalizujemy tylko, że problemy prawnoautorskie mogą pojawić się na każdym etapie pracy badawczej, jak również na każdym etapie komercjalizacji jej wyników.

10. „Uwłaszczenie" naukowców?

Innym aspektem sygnalizowanej tutaj problematyki jest kwestia komercjalizacji i rozpowszechniania utworu stworzonego przez badacza pozostającego w stosunku pracy z uczelnią. W takiej sytuacji należy rozstrzygnąć, czy nie zaszła okoliczność przewidziana w art. 12 ust. 1 u.p.a.p.p. W myśl tego przepisu, jeśli utwór powstał w wyniku wykonania obowiązków ze stosunku pracy, to pracodawca (uczelnia) nabywa autorskie prawa majątkowe do utworu.

[34] „Europejskie prawo patentowe różni się w poszczególnych Państwach Unii Europejskiej, przy czym generalnie obecnie nie dopuszcza patentowania programów komputerowych, drobnych usprawnień informatycznych oraz idei, algorytmów i zasad działania, jednakże pod rządami Europejskiej Konwencji Patentowej, która również nie pozwala na patentowanie rozwiązań informatycznych, Europejski Urząd Patentowy (EPO) wbrew konwencji udzielił ponad 30 tysięcy takich patentów, spośród których 70% należy do korporacji pozaeuropejskich", *Stanowisko PIIT w sprawie stanowiska Polski w sprawie nowej dyrektywy Unii Europejskiej dotyczącej patentowania wynalazków realizowanych komputerowo*, dostępne na stronie: www.piit.org.pl, dostęp: 10.08.2014 r.

Problem zależności pomiędzy twórcami-pracownikami uczelni a uczelniami jest stale dyskutowany i kontrowersyjny. W debacie publicznej pojawiają się hasła o konieczności „uwłaszczenia" naukowców, tzn. przyznania im pełni praw do tworzonej przez nich własności intelektualnej. Według Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego naprzeciw tym oczekiwaniom wychodzi przywołana wyżej ustawa zmieniająca ustawę Prawo o szkolnictwie wyższym. Jak podkreślono: „Przyjęte w ustawie rozwiązanie bardzo ułatwia wdrażanie dobrych projektów innowacyjnych. I co najważniejsze pozwala na wynegocjowanie umowy między naukowcem a uczelnią. Mogą sami ustalić warunki, na jakich będzie przeprowadzona komercjalizacja. Mogą uzgodnić, kto ma prawa do własności, na jakich warunkach, jak dalej pracować nad wynalazkiem. Jest to o tyle ważne, że czasami uczelnie chcą od razu zrezygnować z komercjalizacji odkrycia naukowego. Są też sytuacje, w których naukowiec może chcieć, żeby uczelnia uczestniczyła w procesie wdrażania odkrycia albo dalszego eksperymentowania. Dopuszczamy wszelkie możliwości. Prawodawca nie powinien przeregulować takiej dziedziny, jaką jest innowacyjność. I dopiero jeśli uczelnia i naukowiec nie dojdą do porozumienia, wkraczają przepisy ustawy. A stanowią one, że uczelnia ma trzy miesiące na podjęcie decyzji: czy chce wprowadzać wynalazek na rynek, czy nie, i jaką drogą odkrycie komercjalizować. Jeśli po tym terminie uczelnia nie zgłosi zainteresowania odkryciem, to prawa majątkowe do komercjalizacji mogą przejść na pracownika naukowego. Ustawa reguluje też podział zysków. Te zasady działają jednak wtedy, gdy naukowiec i uczelnia nie mogą się ze sobą porozumieć"[35].

W podobnym duchu wobec omawianego zagadnienia utrzymana była treść uzasadnienia do projektu ustawy. Podnosi on między innymi, iż: „Wprowadzone zostaną rozwiązania przewidujące gwarantowanie pracownikowi uczelni publicznej praw własności intelektualnej do wyników badań naukowych lub prac rozwojowych powstałych w ramach wykonywania obowiązków ze stosunku pracy w tej uczelni. Za uwłaszczeniem naukowców uczelni publicznych w Polsce (podobnie jak we Włoszech) przemawia m.in. fakt, iż będzie to stanowić istotny impuls finansowy dla naukowców i motywację do aktywnych działań w zakresie komercjalizacji wyników prowadzonych przez nich badań, zwłaszcza jeśli komercjalizacją tą nie są zainteresowane uczelnie. Należy założyć, że możliwe kwoty dochodów z tytułu komercjalizacji wynalazków (wyników B+R) będą stanowić znaczący udział w dochodach naukowców ogółem, lub będą odpowiadać wielokrotności rocznych dochodów naukowców-osób fizycznych. W przypadku uczelni/instytutów naukowych PAN możliwy dochód z komercjalizacji konkretnego wynalazku może stanowić zazwyczaj znikomy udział w rocznym budżecie uczelni/instytutu.

[35] https://www.premier.gov.pl/blog/lena-kolarska-bobinska/otwieramy-uczelnie-na-innowacje.html, dostęp: 10.08.2014 r.

Powoduje to, że naukowcy-wynalazcy powinni posiadać zdecydowanie wyższą motywację do komercjalizowania własnych wynalazków, jeśli będą właścicielami praw majątkowych. Prowadzić to będzie do «uwolnienia» przedsiębiorczości akademickiej krajowych uczelni. Zmiany umożliwią także podniesienie efektywności usług związanych ze wsparciem procesu komercjalizacji, gdyż twórcy będą zainteresowani współpracą z tymi podmiotami (np. centra transferu technologii, brokerzy innowacji), które będą udzielały skutecznego wsparcia (dysponowanie przez naukowców-wynalazców prawami majątkowymi da im swobodę w wyborze podmiotu, z którego usług doradczych i coachingowych będą korzystać; aktualnie – gdy prawa te należą do uczelni/instytutów, centra transferu technologii mają zagwarantowany monopol na obsługę procesów komercjalizacji wynalazków z macierzystej uczelni, co w małym stopniu sprzyja efektywności). Niebagatelnym argumentem za tym rozwiązaniem jest też zwiększenie efektywności wykorzystania środków publicznych przeznaczanych na B+R – większa motywacja naukowców komercjalizujących wyniki własnych prac B+R powinna spowodować komercjalizowanie tych wyników na zdecydowanie większą niż dzisiaj skalę, a to powinno zwiększyć dochody uczelni/instytutów naukowych PAN z tego tytułu (w związku z udziałem uczelni/instytutów w zyskach twórców z komercjalizacji wyników B+R) oraz dochody budżetu państwa z podatków dochodowych i podatku od towarów i usług”[36].

Pomimo szczytnych założeń projekt już doczekał się krytyki środowiska naukowego, wskazującego na znaczące błędy legislacyjne, które mogą stać się przyczyną napięć pomiędzy uczelniami i ich pracownikami, między innymi w zakresie prawa pierwokupu i prawa pierwszeństwa nabycia praw własności intelektualnej do wyników badań naukowych[37].

11. Zakończenie

Charakter omawianej tutaj problematyki powoduje, iż jest ona niezwykle obszerna. Dotyczy przecież zagadnień fundamentalnych z punktu widzenia budowy gospodarki opartej na wiedzy. Stąd też nie sposób w tak krótkim opracowaniu poruszyć ani wszystkich zagadnień systemowych, jak np. tworzenie i funkcjonowanie centrów transferu technologii, ani też szczegółowych rozwiązań normatywnych funkcjonujących na

[36] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2085, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2085, dostęp: 10.08.2014 r.

[37] Por. w szczególności M. Szydło, *Opinia prawna o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw* (druk sejmowy nr 2085), http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2085, dostęp: 10.08.2014 r.

poziomie uczelni, jak np. niezwykle istotna kwestia aktów wewnętrznych uczelni regulujących zasady ochrony i komercjalizacji własności intelektualnej.

Niewątpliwie uregulowanie zasygnalizowanych tutaj problemów w sposób prawidłowy i spójny z prawnego punktu widzenia, ale przede wszystkim skuteczny w sferze kształtowania stosunków własnościowych i motywujący do wysiłku intelektualnego w sferze badań naukowych, wymagać będzie dalszej aktywności ustawodawcy.

Anna Śledzińska-Simon
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Eliminacja stereotypów płci w kontekście przemocy uwarunkowanej płcią w wielopoziomowym systemie ochrony praw człowieka*

1. Wprowadzenie

W okresie ostatniego dwudziestolecia uznanie przez Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (dalej jako: Komitet CEDAW)[1] przemocy uwarunkowanej płcią (*gender-based violence*; dalej jako GBV) za formę dyskryminacji kobiet wywarło znaczący wpływ na podejście do tego problemu innych międzynarodowych organizacji zajmujących się prawami człowieka, w tym Rady Europy i Unii Europejskiej. W 2011 r. Rada Europy przyjęła Konwencję w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (dalej jako: Konwencja Stambulska)[2], a w 2012 r. Unia Europejska wzmocniła ochronę ofiar przemocy, przyjmując dyrektywę ustanawiającą normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw[3]. Dokumenty te potwierdzają związek między szkodliwymi stereotypami płci a występowaniem przemocy uwarunkowanej płcią, a także wzywają państwa do zwalczania przemocy między innymi poprzez walkę z przekazem społecznym i kulturowym, który tę przemoc wyzwala, usprawiedliwia czy promuje.

Obecnie obowiązki państw w zakresie zwalczania stereotypów dotyczących płci wynikają przede wszystkim z art. 5 (a) Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet[4]. Podobny przepis, choć mniej kategoryczny, znalazł się w art. 12

---

* Jest to zmieniona wersja artykułu opublikowanego jako *Making progress in elimination of gender stereotypes in the context of gender-based-violence: the role of CEDAW*, "Tijdschrift voor Genderstudies" Jahrgang 16, 2013, nr 1, s. 41–60.

1 Komitet CEDAW został ustanowiony w 1982 r. na mocy Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. Niniejszy artykuł uznaje przemoc uwarunkowaną płcią za przejaw panujących społecznych i kulturowych relacji między kobietami i mężczyznami.

2 Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, przyjęta 7 kwietnia 2011 r., CM(2011)49. Polska podpisała Konwencję Stambulską 13 grudnia 2013 r.

3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/EU z 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową 2001/220/JHA z 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 315 z 14.11.2012, s. 57.

4 Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, otwarta do podpisu 1 marca 1980 r., 19 I.L.M. 33, U.N. DOC. A/34/180. Polska ratyfikowała Konwencję CEDAW 18 lipca 1980 r.,

ust. 1 Konwencji Stambulskiej, która weszła w życie 1 sierpnia 2014 r. Jednocześnie w porządku międzynarodowym nie istnieje odrębne prawo chroniące jednostki przed stereotypowym traktowaniem ze względu na płeć (*right not to be subject to gender stereotyping*), choć zakaz niekorzystnego traktowania ze względu na płeć mieści się w ogólnym zakazie dyskryminacji płciowej. W niniejszym artykule zostaną przedstawione działania Komitetu CEDAW w zakresie zwalczania przemocy uwarunkowanej płcią na tle innych, równolegle funkcjonujących międzynarodowych systemów ochrony praw człowieka, które wskazują z jednej strony na wzajemne powiązanie i komplementarność tej ochrony, a z drugiej na jej fragmentaryczność.

2. Wielopoziomowa ochrona przed przemocą uwarunkowaną płcią

Ochrona przed przemocą uwarunkowaną płcią stanowi fragment wielopoziomowej ochrony praw człowieka, który tworzą normy prawne, a także polityki, instytucje i procedury kontroli obowiązujące równolegle na poziomie międzynarodowym, powszechnym i regionalnym (w tym na poziomie Unii Europejskiej), a także krajowym. Na wielopoziomową ochronę praw człowieka składa się zatem wiele systemów, które gwarantują zróżnicowany zakres ochrony praw i wolności – w aspekcie podmiotowym, przedmiotowym oraz terytorialnym[5]. Cechą wielopoziomowej ochrony praw człowieka jest również multicentryczność[6] – czyli równolegle istnienie ośrodków władzy, które tworzą wiążące normy prawne oraz *soft law*, a także dokonują ich interpretacji i oraz czuwają nad ich implementacją. Z uwagi na wzajemne powiązania między systemami ochrony praw człowieka – międzynarodowym, powszechnym i regionalnym, unijnym oraz krajowym – instrumenty ochrony praw człowieka podlegają procesom konwergencji, a także wzajemnego przenikania się, uzupełniania i wzmacniania (*cross-fertilization*). Jednocześnie między poszczególnymi poziomami ochrony praw człowieka mogą również występować sprzeczności i konflikty.

Uznanie przez Komitet CEDAW przemocy uwarunkowanej płcią za formę dyskryminacji wobec kobiet odegrało kluczową rolę w ewolucji wielopoziomowej ochrony praw kobiet. Choć społeczność międzynarodowa zwróciła uwagę na problem przemocy uwarunkowanej płcią już w latach 70.[7], to dopiero Komitet CEDAW stwierdził,

Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71.

5 S. Besson, *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*, „Human Rights Law Review" 2008, nr 8, s. 647−682.

6 E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo" 2005, nr 4, s. 3-10.

7 S. D. Ross, *Women's Human Rights. The International and Comparative Law Casebook*, Pennsylvania Studies in Human Rights, 2009, s. 436.

że przemoc uwarunkowana płcią stanowi problem braku równej ochrony przez prawo[8]. Komitet CEDAW zauważył również, że podejście praw człowieka (*human rights-based approach*) może być bardziej skuteczne w zwalczaniu przemocy wobec kobiet niż współpraca w sprawach karnych między państwami. Z czasem podejście praw człowieka do problemu przemocy uwarunkowanej płcią zyskało na płaszczyźnie międzynarodowej szerokie uznanie[9].

Komitet CEDAW przyjął stanowisko, że przemoc uwarunkowana płcią narusza najbardziej podstawowe prawa i wolności kobiet. W konsekwencji zalecono państwom-stronom Konwencji CEDAW podjęcie *wszelkich* niezbędnych środków mających na celu przeciwdziałanie przemocy wobec kobiet, w tym zwalczanie szkodliwych stereotypów związanych z płcią. W tym kontekście istotne było też uznanie, że równość jest zasadą, która ma siłę transformującą, co wpłynęło na opracowanie i przyjęcie nowych instrumentów prawnych mających na celu zwalczanie przemocy uwarunkowanej płcią zarówno w systemie ONZ, jak i poza nim[10].

Istotnym krokiem w walce z przemocą uwarunkowaną płcią było przede wszystkim przyjęcie, że prawo do ochrony przed wszelkimi formami przemocy oraz odpowiadający mu obowiązek państwa do podejmowania pozytywnych działań w celu wyeliminowania wszelkich form przemocy stosowanych wobec kobiet posiadają swoje źródło w Konwencji CEDAW. Zarówno prawo do ochrony przed przemocą, jak i pozytywne obowiązki państw w tym zakresie należy zatem interpretować w świetle celu Konwencji CEDAW, jakim jest wzmocnienie faktycznej równości kobiet wobec mężczyzn[11].

Komitet CEDAW zauważył, że „przemoc uwarunkowana płcią może łamać postanowienia Konwencji, bez względu na to, czy przedmiotowe postanowienia w sposób bezpośredni odnoszą się do przemocy”[12]. W szczególności Zalecenie Ogólne nr 19 wzywa państwa do podjęcia środków mających na celu przeciwdziałanie przemocy uwarunkowanej płcią stosowanej przez władze publiczne, ale również należyte zapobieganie,

---

[8] Zalecenie Ogólne nr 19 (dalej: ZO), 11. sesja, UN Doc. A/47/38, s. 1 (1993). Zob. też: Zalecenie Ogólne nr 6, 7. sesja, UN Doc. A/42/38, s. 78 (1987) oraz Zalecenie Ogólne nr 12, 8. sesja, UN Doc. A/44/38, s. 75 (1989).

[9] J. Fitzpatrick, *The Use of International Human Rights Norms to Combat Violence Against Women in Human Rights of Women*, [w:] R. J. Cook (red.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1994, s 534−540.

[10] S. Fredman, *Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights*, [w:] I. Boerefijn (red.), *Temporary Special Measures: Accelerating De Facto Equality of Women Under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Intersentia, 2007, s. 116.

[11] E. Sepper, *Confronting the „Sacred and Unchangeable”: the Obligation to Modify Cultural Patterns Under the Women's Discrimination Treaty*, „University of Pennsylvania Journal of International Law” 2008, nr 30, s. 585.

[12] ZO nr 19, § 1 oraz 6.

ściganie i karanie aktów przemocy, w tym przemocy w sferze prywatnej i rodzinnej[13], oraz zapewnienie ofiarom właściwego odszkodowania. Zalecenie Ogólne nr 19 ustanawia zatem standard należytej staranności w zwalczaniu przemocy wobec kobiet (*due dilligence standard*)[14]. Choć zalecenia organów kontrolnych w systemie ONZ mają charakter niewiążący, to powołując się na Zalecenie Ogólne nr 19, Komitet CEDAW może uznać, że państwo narusza swoje zobowiązania międzynarodowe w związku z tolerowaniem aktów przemocy warunkowanej płcią, występujących zarówno w sferze publicznej, jak i prywatnej.

Od 2000 r. standard należytej staranności był z powodzeniem powoływany przez jednostki w procedurze skargowej przed Komitetem CEDAW[15]. Został również uznany za wiążący standard zwyczajowego prawa międzynarodowego[16] oraz stosowany przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) w sprawach dotyczących przemocy wobec kobiet[17]. Faktycznie stanowisko i działania Komitetu CEDAW w zakresie zwalczania przemocy warunkowanej płcią przyczyniły się do przeniesienia standardu należytej staranności do Strasburga, mimo że ETPC wcześniej stworzył własny „test realnej możliwości" (*real prospect test*) mający na celu ustalenie odpowiedzialności państwa za akty przemocy popełnione przez podmioty niepubliczne. Test ten wymaga udowodnienia, że „zaniechanie podjęcia racjonalnie dostępnych środków, które mogły przynieść realną możliwość zmiany rezultatu lub złagodzenia szkody, wystarcza do przypisania odpowiedzialności państwu"[18]. Stosując powyższy test, ETPC stwierdził naruszenie art. 3 (zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania) oraz art. 8 (prawo do ochrony życia prywatnego oraz rodzinnego) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w sprawach

[13] ZO nr 19, § 24 (a), (b) oraz (t).

[14] Standard należytej staranności został stworzony przez Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka w sprawie dotyczącej wymuszonego zaginięcia człowieka, *Velasquez Rodrigez p. Hondurasowi*, 28 I.L.M. 291 (1988), § 172. Zob. też: *Maria Da Penha p. Brazylii*, 12 I.L.M. (2000) 51.

[15] Skarga indywidualna do Komitetu CEDAW została przewidziana w Protokole fakultatywnym do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. 2131 UNTS 83, który wszedł w życie 22 grudnia 2000 r.

[16] UN Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women: The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women (20.01.2006).

[17] Por. np. *Bevacqua p. Bułgarii*, skarga nr 71127/01, wyrok z 12 czerwca 2008 r.; *Branko Tomašić i inni p. Chorwacji*, skarga nr 46598/06, wyrok z 15 stycznia 2009 r.; *Opuz p. Turcji*, skarga nr 33401/02, wyrok z 9 czerwca 2009 r.; *E.S. i inni p. Słowacji*, skarga nr 8227/04, wyrok z 15 września 2009 r.; *A. p. Chorwacji*, skarga nr 55164/08, wyrok z 14 października 2010 r.; *Hajduova p. Słowacji*, sprawa nr 2660/03, wyrok z 30 listopada 2010 r., *Kalucza p. Węgrom*, skarga nr 57693/10, wyrok z 24 kwietnia 2012 r.

[18] *E. i inni p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 33218/96, wyrok z 26 listopada 2002 r.

dotyczących stosowania kar cielesnych wobec dzieci w rodzinie[19] oraz przemocy wobec kobiet w rodzinie[20].

W orzeczeniu *Opuz p. Turcji* Trybunał stwierdził po raz pierwszy, że niedochowanie należytej staranności przez państwo stanowi dyskryminację wobec kobiet[21]. Natomiast w wyroku *Valiulienė p. Litwie* Trybunał uznał, że reakcja państwa na zjawisko przemocy domowej, a przede wszystkim praktyki przyjęte w wymiarze sprawiedliwości oraz sposób, w jaki działa mechanizm prawnokarnej ochrony ofiar przemocy, skutkują naruszeniem pozytywnych obowiązków stron Konwencji[22]. Co istotne, w sprawie litewskiej Trybunał nie rozważył zarzutów skarżącej w świetle prawa do ochrony życia prywatnego, ale wyłącznie w świetle zakazu nieludzkiego i poniżającego traktowania. Trybunał, a zwłaszcza sędzia Pinto de Albuquerque zgłaszająca odrębną opinię w sprawie, podkreślił, że prywatnoskargowy tryb ścigania sprawców przemocy domowej jest sprzeczny z Konwencją, ponieważ utrwala błędne założenie, że przemoc domowa jest sprawą prywatną.

Pomimo sporadycznej krytyki dotyczącej braku efektywnych uprawnień wykonawczych przysługujących Komitetowi CEDAW[23], stał się on niewątpliwym autorytetem i wyznacznikiem wiążących standardów w zakresie ochrony praw kobiet dla innych organów ONZ oraz organizacji międzynarodowych, w tym Rady Europy oraz Unii Europejskiej. Bieżące orzecznictwo strasburskie jest przykładem istotnego wpływu stanowiska Komitetu CEDAW w kwestii przemocy wobec kobiet na standard orzeczniczy stosowany przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. W kolejnej części artykułu omówiony zostanie wpływ Komitetu CEDAW na rozwój standardu zapobiegania oraz ochrony przed przemocą uwarunkowaną płcią.

3. Efekt *spill-over* obowiązku zwalczania przemocy uwarunkowanej płcią

W kontekście wielopoziomowej ochrony przed przemocą uwarunkowaną płcią ONZ jako międzynarodowa organizacja zajmująca się między innymi ochroną praw

[19] *A. p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 25599/94, wyrok z 23 września 1998 r.

[20] *M.C. p. Bułgarii*, skarga nr 39272/98, wyrok z 4 grudnia 2003 r.

[21] Naruszenie art. 14 (zakaz dyskryminacji) w związku z art. 2 (prawo do życia) oraz art. 3 (zakaz nieludzkiego i okrutnego traktowania). *Opuz p. Turcji*, § 200.

[22] *Valiulienė p. Litwie,* skarga nr 33234/07, wyrok z 26 marca 2013 r.

[23] J. Riddle, *Making CEDAW Universal: A critique of CEDAW's Reservation Regime under Article 28 and the Effectiveness of the Reporting Process*, "George Washington International Law Review" 2002, nr 34, s. 605; L. Keller, *The Convention on the Elimination of Discrimination against Women: Evolution and (Non) Implementation Worldwide*, "Thomas Jefferson Law Review" 2004, nr 27, 35; D. Rosenblum, *Internalizing Gender: Why International Law Theory Should Adopt Comparative Methods*, "Columbia Journal of Transnational Laws" 2007, nr 45, s. 759–828.

człowieka ma bez wątpienia największy zasięg terytorialny. W ramach ONZ Komitet CEDAW jest jedynie jednym z wielu organów traktatowych o charakterze wyspecjalizowanym. Jednak w zakresie ochrony przed przemocą uwarunkowaną płcią Komitet CEDAW jest niewątpliwie prekursorem zarówno w porównaniu z innymi organami czy agendami ONZ, jak i innymi organizacjami międzynarodowymi. Przyjęcie przez Komitet CEDAW Zalecenia Ogólnego nr 19 w sprawie przemocy wobec kobiet poprzedziło bowiem uchwalenie Deklaracji ONZ o eliminacji przemocy wobec kobiet (dalej jako: Deklaracja DEVAW).

Deklaracja DEVAW definiuje przemoc warunkowaną płcią jako: „akt przemocy związany z faktem przynależności danej osoby do określonej płci, którego rezultatem jest, lub może być, fizyczna, seksualna lub psychiczna krzywda lub cierpienie kobiet, włącznie z groźbą popełnienia takich czynów, wymuszeniem lub arbitralnym pozbawieniem wolności, niezależnie od tego, czy czyny te mają miejsce w sferze publicznej, czy prywatnej”[24].

Przyjęty przez Komitet CEDAW standard należytej staranności został następnie wpisany do Deklaracji DAVAW, jak i raportu Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. przemocy wobec kobiet[25] jako miara odpowiedzialności państw w zakresie zwalczania przemocy wobec kobiet[26]. Ponadto w Deklaracji Pekińskiej i Platformie Działania zapobieganie oraz zwalczanie przemocy wobec kobiet i dziewcząt zostało określone mianem jednego z celów strategicznych ONZ oraz innych organizacji międzynarodowych i rządów. Równolegle do działań na rzecz walki z przemocą podejmowanych na szczeblu ONZ, również Organizacja Państw Amerykańskich uchwaliła Międzyamerykańską Konwencję o zapobieganiu, karaniu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet w 1994 r.[27]

Podobne wysiłki zostały podjęte w ramach Rady Europy. W 2002 r. Komitet Ministrów przyjął Zalecenie Rec(2002)5 o ochronie kobiet przed przemocą domową[28], w którym podkreślono, że krajowa polityka przeciwdziałania przemocy powinna gwarantować maksymalne bezpieczeństwo i ochronę ofiar, wsparcie oraz pomoc kobietom będącym ofiarami przemocy w celu uniknięcia wtórnej wiktymizacji, dostosowanie

[24] Deklaracja ONZ o eliminacji przemocy wobec kobiet (DEVAW), Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 48/104, 20 grudnia 1993 r., art. 2 (a).

[25] Rada Gospodarcza i Społeczna ONZ, Komisja Praw Człowieka, Raport Specjalnego Sprawozdawcy ds. przemocy wobec kobiet, jej przyczyn i konsekwencji, U.N. Doc. E/ECN.4/1996/53 (z 5 lutego 1996 r.), część III, § 29.

[26] L. Hasselbacher, *State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, and International Legal Minimums of Protection*, “Northwestern University Journal of International Human Rights; 2010, nr 8 (190), s. 14.

[27] Konwencja z Belém do Pará, 33 I.L.M. 1534 (1994). Zob. też: Protokół do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów o prawach kobiet w Afryce, CAB/LEG/66.6 (z 3 września 2003 r.).

[28] Rekomendacja Rec(2002)5 Komitetu Ministrów do Państw Członkowskich o ochronie kobiet przed przemocą.

regulacji prawa karnego oraz cywilnego (w tym procedury sądowej), podniesienie świadomości społecznej, szkolenia pracowników zajmujących się zagadnieniami przemocy wobec kobiet oraz zapobieżenie przemocy. Również Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy potępiło wszelkie formy przemocy wobec kobiet, takie jak okaleczanie żeńskich narządów płciowych[29], przestępstwa honorowe[30], przymusowe małżeństwa i małżeństwa dzieci[31], napaści na tle seksualnym związane z użyciem tzw. pigułek gwałtu[32], a ostatnio również zabójstwa kobiet[33], gwałty na kobietach, w tym gwałty małżeńskie[34].

W ramach Rady Europy oprócz wyżej wymienionych instrumentów *soft law* przyjęto także Konwencję w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej[35], która jest pierwszą umową międzynarodową tak szczegółowo regulującą to zagadnienie. Konwencja Stambulska jako pierwsza definiuje pojęcie przemocy wobec kobiet, przemocy domowej oraz standard należytej staranności. Konwencja opiera się na trzech podstawowych zasadach – zapobiegania (zapobieganie przemocy), ochrony (ochrona ofiar) oraz karania (karanie sprawców). Wprowadza również obowiązek ustanawiania programów wsparcia ofiar przemocy, zintegrowanych strategii, a także wielopodmiotowej współpracy na rzecz walki z przemocą. W świetle Konwencji państwa są odpowiedzialne za akty przemocy popełnione zarówno przez podmioty państwowe, jak i niepaństwowe oraz mają obowiązek zmiany regulacji prawnych, przyjęcia strategii oraz przeznaczenia odpowiednich zasobów na stworzenie polityki „zera tolerancji" dla przemocy uwarunkowanej płcią. Konwencja Stambulska również traktuje przemoc jako formę dyskryminacji i uznaje ją za sprzeczną z celem, jakim jest osiągnięcie rzeczywistej równości między kobietami i mężczyznami. Na mocy Konwencji Stambulskiej powołano ekspercki organ monitorujący przestrzeganie jej przepisów przez państwa-strony (dalej jako: GREVIO)[36].

Również Unia Europejska uznała przemoc domową za przejaw nierówności płci. W 2008 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła Wytyczne w sprawie aktów przemocy wobec kobiet i zwalczania wszelkich form dyskryminacji kobiet[37]. W tym samym roku uchwalono także Deklarację nr 19, która odnosząc się do art. 8 Traktatu o Funkcjonowaniu

[29] Rezolucja 1247 (2001).
[30] Rezolucja 1327 (2003).
[31] Rekomendacja 1723 (2005).
[32] Rekomendacja 1777 (2007).
[33] Rezolucja 1654 (2009).
[34] Rezolucja 1691 (2009).
[35] Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, przyjęta 7 kwietnia 2011 r., CM(2011)49.
[36] Tzw. grupa ekspertów w zakresie działań przeciwko przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (*Group of Experts on action against violence against women and domestic violence*).
[37] Doc. 16173/08 + COR 1.

Unii Europejskiej, wezwała państwa członkowskie do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu zapobiegania oraz karania aktów przemocy domowej oraz wsparcia i ochrony jej ofiar[38]. Ponadto walka z przemocą wobec kobiet stała się jednym z głównych celów Strategii na Rzecz Równości Płci 2010−2015 Unii Europejskiej[39], oraz obszarem działania Programu Daphne III.

Jednak w odróżnieniu do walki z dyskryminacją ze względu na płeć w innych obszarach (pracy, zabezpieczeń społecznych, dostępu do towarów i usług)[40], środki przyjęte w Unii Europejskiej w zakresie walki z przemocą domową mają na razie charakter niewiążący[41]. Można zatem podsumować, że w UE brakuje woli politycznej do przyjęcia wiążących środków prawnych, które miałyby na celu zapewnienie skutecznego karania przemocy uwarunkowanej płcią. Brakuje bowiem aktu harmonizującego regulacje krajowe w obszarze zwalczania przemocy uwarunkowanej płcią poprzez ustanowienie sankcji karnych, które są skuteczne, proporcjonalne oraz posiadają odstraszający charakter. Dla porównania UE wykazała znacznie więcej determinacji w harmonizacji przepisów karnych mających na celu zwalczanie rasizmu i ksenofobii[42]. Nie można zatem twierdzić, że Unia Europejska nie jest zainteresowana ochroną praw jednostek w obszarach, które nie mają bezpośredniego wpływu na gospodarkę czy wskaźniki makroekonomiczne, choć taki związek między przemocą uwarunkowaną płcią a efektywnością w środowisku pracy na pewno istnieje. Jednak ochrona ofiar przed przemocą uwarunkowaną płcią nie została do tej pory poddana szczegółowej regulacji prawnej.

Obecnie źródła prawa UE koncentrują się na ogólnym zagadnieniu ochrony praw ofiar przestępstw. W Unii Europejskiej uznano bowiem, że brak zharmonizowanego podejścia do ochrony praw ofiar jest przeszkodą w realizacji praw obywatelskich obywateli UE[43]. W rezultacie obszar zwalczania przemocy uwarunkowanej płcią pozostaje

[38] Dz. Urz. UE C 115 z 9.05.2008, s. 335.

[39] Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego oraz Komitetu Regionów, Strategia na rzecz równości kobiet i mężczyzn (2010−2015) − COM(2010) 491.

[40] Dyrektywa 2006/54/EC w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. UE L 204 z 26.07.2006, s. 23; dyrektywa 2004/113/EC wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do i dostarczania towarów i usług, Dz. Urz. UE L 373 z 21.12.2004, s. 37; dyrektywa 79/7/EEC w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, Dz. Urz. UE L 6 z 10.01.1979, s. 24.

[41] J. Kantola, *Transnational and National Gender Equality Politics: The European Union's Impact on Domestic Violence Discourses in Finland and Britain*, [w:] S. Hellsten, A. M. Holli & K. Daskalova (red.), *Women's Citizenship and Political Rights*, Houndmills: Palgrave Macmillan 2006.

[42] Decyzja Ramowa Rady 2008/913/JHA z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych, Dz. Urz. UE L 328 z 6.12.2008, s. 55.

[43] Raport na temat obywatelstwa Unii Europejskiej 2010, „Usuwanie przeszkód w zakresie praw obywatelskich UE", COM(2010) 603.

w gestii państw członkowskich[44], choć Unia Europejska ma kompetencje, aby przyjąć również wiążące środki prawne mające na celu ochronę ofiar przemocy uwarunkowanej płcią. Na mocy Traktatu z Lizbony zostały bowiem rozszerzone kompetencje UE w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach karnych, w tym możliwość harmonizacji przepisów materialnych i procesowych prawa karnego (obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości). Przyjęcie dyrektywy w sprawie przemocy uwarunkowanej płcią nie stanowiłoby zatem działania *ultra vires*. Chociaż Parlament Europejski wielokrotnie wzywał do przyjęcia dyrektywy mającej na celu zwalczanie przemocy domowej[45]. nie ma w tym zakresie większego postępu. Prawdopodobnie ten sam efekt – czyli ustanowienia wiążących obowiązków instytucji UE oraz państw członkowskich w zakresie walki z przemocą uwarunkowaną płcią – mógłby zostać osiągnięty przez przystąpienie UE do Konwencji Stambulskiej[46].

Należy jednak odnotować, że w 2012 r. została przyjęta dyrektywa ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw, mająca na celu ustanowienie minimalnych standardów ochrony praw ofiar ze szczególnym uwzględnieniem pomocy, ochrony oraz wsparcia[47]. Dyrektywa ma charakter horyzontalny oraz zapewnia ochronę wszystkich ofiar przemocy, stanowiąc jednocześnie uzupełnienie bardziej szczegółowych regulacji prawnych mających na celu ochronę ofiar handlu ludźmi[48], zwalczanie wykorzystywania seksualnego dzieci i pornografii dziecięcej[49], jak również terroryzmu[50]. Co zaskakujące, przepisy tej dyrektywy nie zapewniają ofiarom przemocy szczególnej ochrony, bo choć dyrektywa 2012/29/UE zalicza ofiary przemocy

[44] Uchwała Parlamentu Europejskiego z 7 maja 2009 r. w sprawie rozwoju obszaru sprawiedliwości UE w sprawach karnych, 2009/2012(INI).

[45] Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie wieloletniego programu na lata 2010−2014: „Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości" (Program Sztokholmski) oraz Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie priorytetów oraz zarysu ram nowej polityki UE w dziedzinie walki z przemocą wobec kobiet, 2010/2209(INI).

[46] Zob. decyzja Rady z 26 listopada 2009 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnotę Europejską Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, Dz. Urz. UE L 23 z 27.01.2010, s. 35.

[47] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/EU z 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową 2001/220/JHA z 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 315 z 14.11.2012, s. 57.

[48] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/EU z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/JHA, Dz. Urz. UE L 101 z 15.04.2011, s. 1.

[49] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 listopada 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/JHA nieopublikowaną jeszcze w Dzienniku Urzędowym.

[50] Decyzja ramowa 2002/475/JHA z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu zmieniona przez decyzję ramową rady 2008/919/JHA z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, Dz. Urz. UE. L 330, s. 21.

seksualnej do kategorii osób wymagających szczególnej ochrony[51], nie każdy rodzaj przemocy uwarunkowanej płcią lub przemocy wobec kobiet stanowi przemoc seksualną. Warto zauważyć, że w tym samym „pakiecie legislacyjnym" oprócz dyrektywy mającej na celu ochronę praw ofiar, Komisja Europejska zaproponowała również wydanie rozporządzenia w sprawie wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach cywilnych[52]. Celem rozporządzenia miało być uzupełnienie dyrektywy w sprawie europejskiego nakazu ochrony[53] stosowanej w sprawach karnych. Czeka on jednak wciąż na przyjęcie przez Parlament Europejski i Radę.

Konwencja CEDAW uznaje przemoc wobec kobiet za formę dyskryminacji, zabrania jej stosowania oraz wzywa państwa-strony do dołożenia należytej staranności w celu zapobieżenia przemocy, ochrony jej ofiar oraz karania sprawców. Mimo że podobne obowiązki dla państw członkowskich wynikają z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka rzadko stwierdza złamanie zakazu dyskryminacji w sprawach dotyczących przemocy wobec kobiet. Takie stanowisko Trybunału wydaje się świadczyć o tym, że przemoc warunkowana płcią jest równa innym formom przemocy. Wobec braku dyrektywy unijnej w sprawie przemocy uwarunkowanej płcią oraz powolnej ratyfikacji Konwencji Stambulskiej przez państwa członkowskie Rady Europy Konwencja CEDAW pozostaje zatem jedynym powszechnie wiążącym źródłem prawa międzynarodowego w Europie, z którego wynika nie tylko obowiązek walki z przemocą wobec kobiet, ale także ze szkodliwymi stereotypami płci.

4. Relacja między stereotypami dotyczącymi płci a przemocą warunkowaną płcią

Wśród międzynarodowych dokumentów odnoszących się do praw kobiet Konwencja CEDAW jako pierwsza wskazała, że przyczyną nierówności kobiet w wielu sferach życia są stereotypy płci. W tym kontekście za szkodliwe stereotypy płci należy uznać komunikaty i przekazy, zgodnie z którymi kobiety są podporządkowane woli mężczyzn i mają do odegrania z góry określoną rolę w społeczeństwie. Odnosząc się do problemu pozycji kobiet, Konwencja CEDAW wzywa państwa-strony do zwalczania negatywnych stereotypów dotyczących płci oraz modyfikacji ról kobiet i mężczyzn związanych z rodzicielstwem. Już sama Preambuła Konwencji CEDAW podkreśla potrzebę zmiany tradycyjnych ról w społeczeństwie i rodzinie uwarunkowanych płcią w celu osiągnięcia

[51] Artykuł 18 dyrektywy ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw.

[52] COM(2011) 274.

[53] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony, Dz. Urz. UE L 338/2 z 21.12.2011, s. 2.

pełnej równości między mężczyznami i kobietami[54]. Treść materialnych postanowień Konwencji CEDAW ustanawia natomiast obowiązek państwa polegający na „zmianie lub uchyleniu wszelkich przepisów, regulacji, zwyczajów lub praktyk, które stanowią dyskryminację kobiet"[55] oraz do wyeliminowania „stereotypowej koncepcji roli mężczyzny i kobiety na wszystkich szczeblach nauczania i we wszystkich rodzajach kształcenia"[56].

Kluczowy dla zrozumienia znaczenia wpływu stereotypów na możliwość realizacji praw kobiet jest art. 5(a) Konwencji CEDAW, który ustanawia szczególny obowiązek „zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowania mężczyzn i kobiet". W odróżnieniu od początkowych wersji tego przepisu[57] ostateczna treść art. 5(a) Konwencji CEDAW nie ogranicza się do reformy systemu edukacji oraz kampanii medialnych[58], ale zakłada, że wzorce kulturalne muszą zostać zmienione przez prawo i politykę. Konwencja CEDAW uznaje zatem, że „kobiety i mężczyźni posiadają fundamentalne prawo do tego, aby nie podlegać ograniczeniom wynikającym z kulturowych wzorców przypisanym określonej płci oraz do tego, aby nie być poddanym z góry określonej roli związanej z rodzicielstwem"[59]. Co istotne, zmianie powinny ulec nie tylko negatywne stereotypy dotyczące płci, ale również stereotypy pozytywne, które uprzywilejowują kobiety ze względu na fakt pełnienia określonej roli społecznej jak bycie matką czy opiekunką, a które mogą szkodzić realizacji niektórych praw kobiet oraz równości płci.

W swojej istocie zarówno art. 2(f), jak i 5(a) Konwencji CEDAW zawierają jednak ogólny obowiązek zwalczania negatywnych stereotypów związanych z płcią. Uznają tym samym podmiotowość kobiet i mężczyzn oraz ich zdolność do dokonywania samodzielnych wyborów. Art. 5(a) Konwencji CEDAW uważany jest zarówno za element ogólnej całości interpretacyjnej, jaką tworzy Konwencja CEDAW, jak i za odrębną normę prawną, z której wynikają określone prawa jednostek i obowiązki państw[60]. Należy wyraźnie podkreślić, że Komitet CEDAW uznaje za konieczne zwalczanie stereotypów płci również w odniesieniu do kwestii czy obszarów nie uregulowanych bezpośrednio w samej Konwencji CEDAW, takich jak przemoc wobec kobiet. Komitet

[54] Punkt 13 Preambuły.

[55] Art. 2 (f) Konwencji CEDAW.

[56] Art. 10 (c) Konwencji CEDAW.

[57] Zob. też: art. 3 Deklaracji ONZ w sprawie zniesienia dyskryminacji kobiet, list. 7, 1967, G.A. Res 2263 (XXII).

[58] L.A. Rehof, *Guide to the travaux préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, Dordrecht: M. Nijhoff Publishers 1993, s. 84.

[59] R. Holtmaat, *Article 5*, [w:] M. A. Freeman, Ch. Chinkin & B. Rudolf (Eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2012, s. 145.

[60] J. R. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2010, s. 72−73; R. Holtmaat, *Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination*, Den Haag 2004, s. 59.

CEDAW doprecyzowuje te szczegółowe obowiązki związane z eliminacją stereotypów płci w zaleceniach ogólnych oraz postanowieniach końcowych wydawanych w sprawach indywidualnych. Dla przykładu, wspomniane już Zalecenie Ogólne nr 19 zobowiązuje państwa do „określenia rodzaju i zakresu postaw, zwyczajów i praktyk, które utrwalają przemoc wobec kobiet, oraz rodzaju przemocy, którą powodują”[61].

Szczególny obowiązek zwalczania stereotypów związanych z płcią wydaje się jednak dość niejednoznaczny, ponieważ nie istnieje żadne zalecenie ogólne, które precyzowałby treść oraz zakres normatywny obowiązków państw wynikających z art. 2(f) oraz art. 5(a) Konwencji CEDAW[62]. Treść tego obowiązku jest jedynie przedmiotem analiz naukowych. Zgodnie z obowiązującą koncepcją obowiązków państw w zakresie praw człowieka w prawie międzynarodowym państwo winno szanować, chronić oraz realizować podstawowe prawa i wolności jednostek (*duty to respect, protect and fulfill*). Zgodnie z tą koncepcją, zwalczanie stereotypów płci pociąga za sobą potrójny obowiązek:

1) powstrzymywania się od stosowania szkodliwych stereotypów uwarunkowanych płcią przez władze publiczne;
2) podjęcia niezbędnych i właściwych środków w celu zwalczania stereotypów związanych z płcią przez podmioty niepaństwowe – takie jak rodzina, społeczeństwo oraz rynek; oraz
3) stosowania środków pozytywnych w celu zapewnienia realizacji praw kobiet bez uprzedzeń związanych ze stereotypami płci[63].

W rezultacie w literaturze przedmiotu pojawiły się głosy, że obowiązkowi zwalczania stereotypów płci odpowiada indywidualne prawo jednostki do tego, aby nie być poddanym takim stereotypom. Z jednej strony, wydaje się, że takie prawo zostało potwierdzone praktyką działania Komitetu CEDAW, gdyż podlega analizie w procedurze kontroli przestrzegania przez państwa-strony postanowień konwencji. Z drugiej zaś nie ustalono jeszcze, czy artykuł 5(a) może stanowić samodzielną podstawę jednostkowej skargi do Komitetu CEDAW.

Podsumowując, obowiązek zwalczania stereotypów związanych z płcią podlega właściwości Komitetu CEDAW, który monitoruje implementację przez państwa-strony Konwencji CEDAW i wydaje uwagi końcowe do raportów okresowych rządów[64], decyzje w indywidualnych sprawach skierowanych w drodze procedury skargowej (*communications*)[65] oraz obserwacje w drodze procedury dochodzeniowej (*inquiry*

[61] ZO nr 19, § 24 (e).
[62] F. Raday, *Culture, Religion, and CEDAW's Article 5(a)*, [w:] H. B. Schöpp-Schilling, C. Flinterman (red.), *The Circle of Empowerment: Twenty-Five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, New York: Feminist Press 2007, s. 81.
[63] J. R. Cook, S. Cusack, *op. cit*.
[64] Art. 16 Konwencji CEDAW.
[65] Decyzje CEDAW zgodnie z art. 7 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji CEDAW.

procedure)[66]. Na przykład w uwagach końcowych w sprawie raportu okresowego, który ujawnia społecznie obecne i trwałe formy dyskryminacji wynikającej z płci, Komitet CEDAW wyraża poważne zaniepokojenie opisywaną sytuacją i zaleca jej zmianę[67].

Jednak zarówno identyfikacja negatywnych stereotypów, jak i ocena ich wpływu na równość płci zdają się należeć do obowiązków państw stron Konwencji. To, co jest szkodliwe w jednym społeczeństwie, może mieć mniej negatywny przekaz w innym społeczeństwie. Oddziaływanie stereotypów płci w dużym stopniu może zależeć od kontekstu społecznego, historycznego czy kulturowego, a także religijnego danego państwa. Oznacza to jednak, że w sytuacji braku jasnej definicji tego, co stanowi negatywny stereotyp płci, obowiązek jego eliminacji będzie wypełniany w sposób właściwy dla danego państwa. Należy więc uznać, że wskazanie negatywnych stereotypów należy do uznania państw-stron, co jest o tyle słuszne, że przyjęte na gruncie prawa międzynarodowego definicje mogą stać w sprzeczności z konstytucyjną tożsamością czy wartościami mającymi szczególne znaczenie dla określonego narodu lub społeczności.

Początkowo Komitet CEDAW interpretował art. 5(a) Konwencji CEDAW w sposób bardzo wąski. Odwołując się do obowiązku zwalczania negatywnych stereotypów, w 1987 r. Komitet CEDAW wezwał państwa strony do wdrożenia programów edukacyjnych oraz podnoszących świadomość społeczeństwa w celu „wyeliminowania uprzedzeń i praktyk, które utrudniają stosowanie zasady równości społecznej kobiet"[68]. Jednak już w 2004 r. nakazał państwom przeprowadzanie przeglądu prawa i polityki pod kątem utrwalonych stereotypów płci, ponieważ stało się jasne, że zwalczanie stereotypów płci wymaga podjęcia bardziej zdecydowanych środków niż tylko kampanie medialne czy zmiany w programie nauczania. W rezultacie Komitet CEDAW wymaga, aby eliminacja stereotypów związanych z płcią odbywała się poprzez zmiany w prawie, a także instytucjach i strukturach państwowych, co ma służyć nie tylko wykorzenieniu indywidualnych aktów dyskryminacji, ale również dyskryminacji strukturalnej[69].

---

[66] Por. np. raport okresowy dotyczący Meksyku wydany przez Komitet CEDAW na podstawie art. 8 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji CEDAW oraz odpowiedzi rządu Meksyku, CEDAW/C/2005/OP.8?Mexico (2005).

[67] J. R. Cook, S. Crusack, *op. cit*., s. 133. Por. też: Uwagi końcowe do raportu okresowego Polski, CEDAW/C/POL/CO/6 (2007), § 16−19, w których Komitet CEDAW wzywa rząd do „[zintensyfikowania wysiłków mających] na celu przezwyciężenie uporczywych, głęboko zakorzenionych stereotypów dyskryminujących kobiety, i [pobudzenia] działania wszystkich segmentów społeczeństwa, zwłaszcza systemu edukacji, środków przekazu i organizacji pozarządowych w celu przeciwdziałania stereotypowym postawom i przedstawianiu kobiet w sposób stereotypowy, oraz w celu doprowadzenia do przemian kulturowych skutkujących pełnym poszanowaniem równych praw kobiet i ich godności".

[68] ZO nr 3.

[69] ZO nr 25, § 7.

W kontekście przemocy uwarunkowanej płcią Komitet CEDAW uznał stereotypy związane z płcią zarówno za źródło, jak i za formę dyskryminacji[70]. Jednocześnie do tej pory nie wypracował jasnego stanowiska dotyczącego tego problemu. Dla przykładu w sprawie *A.T. p. Węgrom* Komitet CEDAW uznał, że „tradycyjne postawy, zgodnie z którymi kobiety są uważane za podrzędne w stosunku do mężczyzn, przyczyniają się do przemocy wobec nich" oraz wyraził zaniepokojenie w związku z „trwałością zakorzenionych tradycyjnych stereotypów dotyczących roli i obowiązków kobiet i mężczyzn w rodzinie"[71]. Nie stwierdził jednak naruszenia artykułu 2(f) oraz 5(a) Konwencji w związku z brakiem należytej staranności w likwidowaniu stereotypów związanych z płcią[72].

Podobnie decyzja Komitetu CEDAW w sprawie *Karen Vertido* została przyjęta z entuzjazmem ze względu na bezpośrednie wskazanie stereotypów płci, które stanowią źródło naruszeń praw kobiet i prowadzą do przemocy uwarunkowanej płcią. Decyzja ta spotkała się też z aprobatą z uwagi na przyjętą rozszerzającą, celowościową wykładnię przepisów Konwencji CEDAW i śmiałe wyjście poza dotychczasowe orzecznictwo w zakresie praw człowieka[73]. K. Vertido była ofiarą gwałtu na Filipinach. Jednym z zarzutów, które podniosła w swojej skardze, było niewypełnienie obowiązków państwa związanych ze zwalczaniem szkodliwych stereotypów płci, które były obecne i utrwalane w filipińskim wymiarze sprawiedliwości. Skarżąca twierdziła, że sprawca mógłby zostać ukarany, gdyby tylko sąd nie kierował się uprzedzeniami oraz błędnymi przekonaniami, które doprowadziły do wydania uniewinniającego wyroku. W tej sprawie Komitet CEDAW po raz pierwszy zastosował standard należytej staranności w stosunku do obowiązku państwa polegającego na zwalczaniu stereotypów związanych z płcią. Jest to istotny postęp w podejściu do ochrony praw kobiet, gdyż do tej pory standard należytej staranności odnosił się tylko do obowiązku walki z przemocą uwarunkowaną płcią. W związku z powyższym Komitet CEDAW stwierdził naruszenie art. 2(f) oraz 5(a) Konwencji CEDAW z uwagi na wydanie przez sąd krajowy decyzji, w której nie wykazano odpowiedniej wrażliwości wobec problemu uwarunkowań płci w aktach przemocy

[70] *A.T. p. Węgrom*, decyzja nr 2/2003, U.N. Doc. CEDAW/C/32/D/2/2003 (2005); *Fatma Yildrim p. Austrii*, decyzja nr 6/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005 (2007); *Sahide Goekce p. Austrii*, decyzja nr 5/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005 (2007);. Karen *Vertido p. Filipinom*, decyzja nr 7/2008, U.N. Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010); *V.K. p. Bułgarii*, Komunikat nr 20/2008, decyzja nr 20/2008, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008 (2011).

[71] *A.T. p. Węgrom*, § 9.3.

[72] J. R. Cook, S. Cusack, *op. cit*., s. 157−159.

[73] S. Cusack, A. Timmer, *Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Committee's Decision in Vertido v The Philippines*, "Human Rights Law Review" 2011, nr 11, s. 329; K. Rees, *Wrongful gender stereotyping in rape trials: Vertido as one tentative step towards 'equality as transformation'*, 2012, dostępne na: http://opcedaw.wordpress.com/2012/10/10/reeve-wrongful-gender-stereotyping-in-rape-trials [3/09/2014]

seksualnej[74]. W sprawie tej Komitet CEDAW zalecił rządowi zwalczanie dyskryminacyjnych postaw sędziów, prokuratorów, policji oraz personelu służby zdrowia wobec kobiet ofiar przemocy.

Podobnie w sprawie *V.K. p. Bułgarii* Komitet CEDAW potępił decyzję władz krajowych, gdyż kierowano się w niej przekonaniem, że „mąż w rodzinie posiada wyższy status oraz że jego wypowiedzi powinny być uznane za prawdziwe", „przemoc domowa jest sprawą prywatną" oraz „jedynie akty przemocy fizycznej stanowiące bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ofiary można uznać za przemoc domową". W ocenie Komitetu CEDAW postawy nie pozwalają kobietom na korzystnie w pełni z prawa do sprawiedliwego procesu oraz na uzyskanie skutecznej ochrony przed przemocą. Komitet CEDAW uznał, że poziom wrażliwości na problem uwarunkowań płci w sprawie skarżącej świadczy o braku należytej staranności władz (sądów) krajowych w zwalczaniu stereotypów związanych z płcią, czego wymaga art. 2(d) oraz (f) oraz art. 5(a) Konwencji CEDAW[75].

W świetle Konwencji CEDAW istnieje ścisły związek między przemocą uwarunkowaną płcią a dyskryminacją *de jure* i *de facto* ze względu na płeć. Ponadto Komitet CEDAW stoi na stanowisku, że istnieje związek przyczynowo-skutkowy między negatywnymi stereotypami związanymi z płcią, niższym statusem kobiet w społeczeństwie a występowaniem przemocy wobec kobiet. Innymi słowy, z Konwencji CEDAW oraz praktyki orzeczniczej Komitetu CEDAW wynika uznanie, że eliminacja szkodliwych stereotypów płci pozwoli na bardziej skuteczne i trwałe zwalczenie przemocy uwarunkowanej płcią.

5. Ograniczony zakres obowiązku zwalczania stereotypów związanych z płcią

W wielopoziomowym systemie ochrony przed przemocą uwarunkowaną płcią podejście do stereotypów płci nie jest jednak jednolite. Poza Komitetem CEDAW brakuje uznania, że z obowiązek zwalczania stereotypów związanych z płcią wynika bezpośrednio z obowiązku przeciwdziałania przemocy warunkowanej płcią. Po stronie państw istnienie tych obowiązków rodzi bowiem zupełnie inny rodzaj zobowiązań − w przypadku eliminacji stereotypów płci pociąga za sobą konieczność wkroczenia przez organy władzy w przekaz społeczny i kulturowy. Co więcej, zmiana ustalonych w danym społeczeństwie ról płci może pociągnąć za sobą ingerencję w sferę „sacrum", jaką dla wielu

[74] *Karen Vertido*, § 8.4.

[75] W opinii sądu rejonowego w Plovdiv „uderzenie kogoś, można uznać za przemoc, ale tylko po przekroczeniu pewnych granic nadużycia, a z oświadczenia V.K. nie wynikało w jasny sposób jak została uderzona, ani też w jaki sposób została naruszona jej nietykalność cielesna".

osób czy społeczności jest rodzina, a także przekonań światopoglądowych i religijnych, jak również doprowadzić do podjęcia walki przeciwko kulturze patriarchalnej. Z tego powodu obowiązek eliminacji szkodliwych stereotypów płci jest tak kontrowersyjny, gdyż państwa mogą czuć się zmuszone do stosowania środków, np. programów edukacyjnych, które uznają za niezgodne z wartościami lub postawami, będącymi istotną częścią ich tożsamości konstytucyjnej czy narodowej. Obawiają się przy tym, że obowiązek zniesienia tradycyjnych ról płci może doprowadzić do konieczności zaakceptowania homoseksualizmu oraz małżeństw osób tej samej płci[76], jak również skutkować zatarciem naturalnych różnic między osobami różnej płci oraz doprowadzić do konieczności wprowadzenia do programu nauczania elementów wiedzy o niestereotypowych rolach płci. Co więcej, niektóre państwa mogą przeciwstawiać się ogólnemu przekonaniu, że przemoc wobec kobiet jest zakorzeniona w kulturze oraz że posiada charakter systemowy.

Na poziomie UE tego rodzaju konflikt między ochroną godności i integralności jednostek przed przemocą a ochroną tożsamości narodowej odzwierciedla treść Preambuły Karty Praw Podstawowych[77]. Na poziomie Rady Europy przyjęto Zalecenie Rec(2002)5, w którym stwierdza się, że państwa członkowskie są odpowiedzialne za ochronę „kobiet przed przemocą jakiegokolwiek rodzaju ze strony kogokolwiek", bez względu na zwyczaje, religie oraz tradycje, do których odwołanie ma służyć nieprzestrzeganiu wyżej wspomnianego obowiązku[78]. Komitet Ministrów Rady Europy uznał przy tym, że „przemoc mężczyzn wobec kobiet jest głównym problemem strukturalnym i społecznym wynikającym z nierównego traktowania kobiet i mężczyzn, a tym samym zachęcił do aktywnego udziału mężczyzn w zwalczaniu przemocy wobec kobiet"[79]. Dlatego też Zalecenie nakazuje państwom członkowskim unikać posługiwania się wzorcami społecznymi i kulturowymi, uprzedzeniami oraz stereotypowymi rolami obu płci w edukacji oraz mediach, a przede wszystkim w programach odnoszących się do przemocy i seksu. Choć Zalecenie to należy uznać za bardzo istotne, jest ono tylko kolejnym dokumentem *soft law*.

[76] Uważna lektura interpretacji obowiązku zwalczania stereotypów wynikających z płci, opracowanej przez Komitet CEDAW, nie wskazuje w żaden sposób na tendencję do promowania związków lub małżeństw osób tej samej płci, w których mężczyzna lub kobieta przejmuje preferowaną przez siebie rolę płciową lub nawet obowiązki rodzicielskie względem biologicznych lub adoptowanych dzieci. Wymóg zwalczania dyskryminacji wobec kobiet „we wszystkich sprawach dotyczących relacji małżeńskich i rodzinnych" ma na celu raczej zlikwidowanie praktyk takich jak poligamia, niż zachęcenie do zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci.

[77] Z jednej strony, Unia Europejska jest zbudowana na „niepodzielnych, powszechnych wartościach godności ludzkiej, wolności, równości i solidarności", a z drugiej UE szanuje „różnorodność kultur i tradycji narodów Europy, jak również tożsamość narodową państw członkowskich".

[78] Załącznik do Zalecenia Rec(2002)5.

[79] ZO Rec(2002)5, punkt III.

Jednocześnie należy podkreślić, że obowiązek zwalczania stereotypów związanych z płcią został ustanowiony w art. 12 ust. 1 Konwencji Stambulskiej. Określono go jednak mianem łagodnego obowiązku „promowania zmian kulturowych", nie zaś zobowiązania mającego na celu spowodowanie oraz egzekwowanie tej zmiany. Chociaż treść art. 12 ust. 1 Konwencji Stambulskiej oraz art. 5(a) Konwencji CEDAW istotnie się różnią, uważa się, że to właśnie GREVIO może nadać obowiązkowi „promowania zmian społecznych i kulturowych we wzorcach zachowań kobiet i mężczyzn" rozszerzającą interpretację, idąc w ślad za wykładnią Komitetu CEDAW dotyczącą obowiązku „zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowań kobiet i mężczyzn".

W wyjaśnieniach do Konwencji Stambulskiej przyjęto, że Konwencja wymaga podjęcia niezbędnych środków w celu dotarcia „do serc i umysłów ludzi, którzy przez swoje zachowanie przyczyniają się do dalszego istnienia form stosowania przemocy objętych Konwencją"[80]. Niemniej jednak art. 12 ust. 1 Konwencji Stambulskiej posługuje się tym samym ambiwalentnym językiem jak artykuł 5(a) Konwencji CEDAW, co stwarza wrażenie, że krajowe środki „promowania zmian" w kulturowych i społecznych wzorcach zachowań leżą w obszarze „marginesu uznania państw". Nadal istnieje więc ryzyko, że bez jasnych wytycznych dotyczących obowiązku państw, nie zostanie uczyniony odpowiedni postęp w celu jego realizacji – zarówno w kontekście działań GREVIO, jak i zaleceń ogólnych Komitetu CEDAW.

W literaturze uznaje się, że stereotypy płci należy definiować i wyjaśniać w odniesieniu do kontekstu, w którym występują. Podobnie zanim państwo podejmie środki służące eliminacji stereotypów płci, należy określić szkody społeczne, które powodują określone stereotypy[81]. Co istotne, do tej pory Europejski Trybunał Praw Człowieka nie uznał obowiązku eliminacji stereotypów płci jako obowiązku państw wynikającego z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jedynie w sprawie *Opuz p. Turcji* stwierdził, że „domniemana dyskryminacja w tej kwestii nie wynika *per se* z danego systemu prawnego, ale raczej z ogólnej postawy władz lokalnych, takiej jak sposób, w jaki kobiety traktowane są w komisariatach policji w przypadku informowania o przemocy w rodzinie oraz z bierności wymiaru sprawiedliwości w zapewnianiu skutecznej ochrony ofiarom"[82]. Jednak nawet w tej sprawie ETPC nie uznał jednoznacznie, że państwo jest zobowiązane do zwalczania szkodliwych stereotypów płci.

Dotychczasowa praktyka orzecznicza ETPC jest dodatkowo dość myląca, gdyż Trybunał strasburski rzadko stwierdza odrębne naruszenie zakazu dyskryminacji, jeżeli zarzuty zostały „wyczerpane" w stwierdzeniu naruszenia innych praw czy wolności

[80] Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, Raport wyjaśniający, CM(2011)49addfinalE z 07.04.2011, § 85 i 89.

[81] K. Reeve, *op. cit*.

[82] *Opuz p. Turcji*, § 192.

gwarantowanych przez Konwencję czy protokoły dodatkowe, nawet wtedy, gdy jest to dość oczywiste, że w danym przypadku doszło do dyskryminacji kobiet[83]. Przykładem braku stwierdzenia dyskryminacji ze względu na płeć są sprawy sterylizacji kobiet romskich. Z tego też względu trudno uznać, że ETPC pełni obecnie wiodącą rolę w zakresie ustanawiania standardów walki z przemocą uwarunkowaną płcią, a w szczególności przemocą wobec kobiet, choć jego rola w zapewnieniu skutecznej ochrony w tym obszarze jest kluczowa. Bez wątpienia obecnie wiodącą rolę w zwalczaniu przyczyn przemocy warunkowanej płcią pełni więc Komitet CEDAW. Oczekiwane jest zatem nowe zalecenie ogólne, w którym Komitet CEDAW jednoznacznie stwierdzi, że obowiązek ochrony ofiar przed przemocą uwarunkowaną płcią pociąga za sobą obowiązek eliminacji stereotypów płci w sferze publicznej, a także obowiązek dołożenia należytej staranności w odniesieniu do aktów przemocy w sferze prywatnej. Jednak sposób realizacji tego obowiązku pozostaje nadal w sferze uznania władz krajowych.

6. Rola Komitetu CEDAW w wyznaczaniu standardów ochrony przed przemocą uwarunkowaną płcią

Mając na uwadze wyżej wymienione międzynarodowe systemy ochrony praw człowieka oraz ich wewnętrzne ograniczenia, wielopoziomowy system ochrony przed przemocą warunkowaną płcią posiada poważne luki. Wydaje się bowiem, że ochrona ofiar przemocy uwarunkowanej płcią może być skuteczna, jeśli dotyczy całego systemu, a nie jedynie poszczególnych jego poziomów. Innymi słowy, systemy ochrony przed GBV na poziomie ONZ, Rady Europy, a w szczególności systemu EKPC czy UE zdają się raczej wzajemnie uzupełniać niż dostarczać kompleksowego rozwiązania problemu. Na szczeblu ONZ problem GBV jest obecnie rozstrzygany przez Radę Praw Człowieka, Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka, Komórkę ONZ ds. równości płci i uwłasnowolnienia kobiet oraz Komisję Statusu Kobiet, jak również przez specjalnych sprawozdawców oraz mechanizmy uniwersalnego przeglądu okresowego. Dlatego też na tle innych organów ochrony praw człowieka ONZ − w tym organów traktatowych takich jak Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej (Komitet CRD) oraz Komitet ds. Praw Osób Niepełnosprawnych (Komitet CRPD) − Komitet CEDAW powinien spełniać rolę organu „pierwszego kontaktu" w sprawach dotyczących przemocy warunkowanej płcią oraz być traktowany jako „najwyższy" autorytet w kwestiach odnoszących się do praw kobiet. Niezależny i ekspercki charakter tego organu zapewnia jego przewagę nad innymi organami ochrony praw człowieka, które mają skład oparty

[83] Por. *M.C. p. Bułgarii*, skarga nr 39272/98, wyrok z 4 grudnia 2003 r.; *V.C. p. Słowacji*, skarga nr 18968/07, wyrok z 8 listopada 2011 r.

na politycznej reprezentacji rządów poszczególnych państw, zwłaszcza w obszarach, w których państwa te same są winne poważnych naruszeń praw człowieka.

Mimo to wpływ Konwencji CEDAW pozostaje ograniczony ze względu na fakt, że niektóre państwa odmawiają jej uznania (USA), a inne dokonały licznych zastrzeżeń do treści Konwencji. Takie podejście wskazuje na „niechęć do pełnego oraz szybkiego osiągnięcia celu jakim jest rzeczywista równość kobiet i mężczyzn"[84]. Ponadto Komitetowi CEDAW brakuje podstawowych uprawnień wykonawczych zapewniających skuteczne egzekwowanie jego stanowiska. Mimo to Konwencja CEDAW pozostaje jedynym prawnie wiążącym dokumentem o globalnym zasięgu, a skupienie się przez Komitet CEDAW na problematyce praw kobiet predestynuje go do odgrywania wiodącej roli w wyznaczaniu standardów zwalczania wszelkich form dyskryminacji przeciwko kobietom, w tym przemocy uwarunkowanej płcią.

W kontekście równoległej ochrony praw kobiet na poziomie regionalnym Komitet CEDAW może posiadać kompetencje do kontrolowania skuteczności tej ochrony, pozostawiając organizacjom o charakterze regionalnym, które posiadają bardziej skuteczne kompetencje wykonawcze, mandat do reagowania na naruszenia przez państwa poszczególnych praw w tym obszarze. Nawet po wejściu w życie Konwencji Stambulskiej, wobec małej liczby państw, które dokonały jej ratyfikacji, Konwencja CEDAW pozostaje głównym źródłem prawa międzynarodowego o mocy wiążącej, mającym na celu zwalczanie stereotypów związanych z płcią. W konsekwencji jednostki – przede wszystkim jednak kobiety – mogą składać skargi do Komitetu CEDAW, mając świadomość, że kwestia uwarunkowań płci zostanie potraktowana w należytą uwagą.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że o ile Konwencja CEDAW ogranicza się do ochrony praw kobiet, co stanowi często przedmiot jej krytyki[85], o tyle na poziomie UE dyrektywa ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw uznaje różnorodność płci za cechę podlegającą ochronie oraz obejmuje swoim zakresem osoby, które nie reprezentują swojej płci w stereotypowy sposób. Jej celem jest również ochrona osób ze względu na ich tożsamość płciową, bez względu na płeć biologiczną. Podobnie Konwencja Stambulska „zachęca" państwa do stosowania jej postanowień w odniesieniu do wszystkich ofiar przemocy oraz do zapewnienia, że uniwersalne prawo do bycia wolnym od przemocy przysługuje wszystkim bez dyskryminacji ze względu na jakiekolwiek czynniki, w tym orientację seksualną oraz tożsamość płciową[86]. Zatem szerszy zakres Konwencji Stambulskiej, obejmujący nie tylko

[84] D. Simonovic, *International Framework on Violence against Women with Focus on the CEDAW. Expert paper*, EGM/PVAWG/EP.7, 2012, s. 6.

[85] D. Rosenblum, *Unisex CEDAW, or What's Wrong with Women's Rights*, "Columbia Journal of Gender and Law" 2011, nr 20, s. 98−194.

[86] Art. 2(1) oraz 4 (3) Konwencji Stambulskiej.

kobiety, ale również wszystkie ofiary przemocy domowej, w tym osoby, które nie mogą identyfikować się zgodnie z tradycyjnymi rolami przypisywanymi im ze względu na płeć, uzupełnia ochronę, jaką przewiduje Konwencja CEDAW o gwarancje ochrony dla osób LGBTI, które mogą również doświadczać przemocy warunkowanej szkodliwymi stereotypami ról płciowych[87].

Podsumowując, Konwencja CEDAW jest obecnie jedynym powszechnie wiążącym traktatem, który ustanawia obowiązek państwa zwalczania stereotypów płci. Mimo że jest ona dokumentem o charakterze prawnie wiążącym, to jednak czasami odmawia się jej charakteru „twardego prawa" (*hard law*) z powodu rzekomej nieprecyzyjności norm i zależności płci od kultury. Jednak nawet „niewiążące, niejasne i słabo egzekwowane, instrumenty «prawa miękkiego» posiadają pewne zalety i odgrywają istotną rolę w tworzeniu prawa międzynarodowego"[88].

7. Podsumowanie

Uznanie przez Komitet CEDAW przemocy warunkowanej płcią za formę dyskryminacji, dla której zwalczenia konieczne jest nie tylko przeciwdziałanie stereotypowemu przedstawianiu kobiet w edukacji, reklamie oraz mediach, ale również eliminacja dyskryminacji strukturalnej, daje przykład innym organom ochrony praw człowieka[89]. Jednak do tej pory żaden z nich nie podjął walki zarówno z problemem przemocy uwarunkowanej płcią, jak i ze szkodliwymi stereotypami płci z taką samą determinacją jak Komitet CEDAW. Mając na uwadze, że zmiana w „sercach i umysłach" zajmuje więcej czasu niż zmiana prawa i polityki, Komitet CEDAW uznaje, że państwa muszą dochować należytej staranności, aby zapewnić ochronę nie tylko przed przemocą warunkowaną płcią, ale także przed stereotypami płci, które wpływają na możliwość korzystania przez kobiety z innych podstawowych praw i wolności. Jednak w celu dokonania rzeczywistego postępu w zwalczaniu GBV oraz stereotypów związanych z płcią, należy stawić czoła jeszcze dwóm głównym wyzwaniom, które wydają się istotne dla realizacji celów Konwencji CEDAW. Pierwsze wyzwanie jest związane z demokratyczną „większością", która dąży do zachowania tradycyjnych ról płci, struktur społecznych i instytucji i która uznaje Konwencję CEDAW, a także Konwencję Stambulską za zbyt

[87] GBV wynikająca z ideologii patriarchalnej oraz heteronormatywnych ram społecznych może występować nie tylko wobec kobiet. Może również być wynikiem napiętnowania zachowań społecznych, które są niezgodne z dominującym modelem ról płciowych. Por. http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/287-1.pdf

[88] D. Rosenblum, *Internalizing Gender: Why International Law Theory*..., s. 766.

[89] R. Holtmaat, *Article 5*…, s. 161−165.

postępową czy niebezpieczną. Drugim wyzwaniem jest oczekiwana przez „mniejszość" jeszcze bardziej dynamiczna zmiana istniejących ról płci.

Rozdział IV

Środki i gwarancje ochrony wolności i praw jednostki

Malwina Jaworska
Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu

Realizacja konstytucyjnego prawa do wyegzekwowania orzeczenia w postępowaniu sądowoadministracyjnym

1. Prawo do wyegzekwowania orzeczenia jako element prawa do sądu

W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. prawo do sądu podniesione zostało do rangi prawa podstawowego i unormowane wśród przepisów regulujących sytuację prawną jednostki w państwie i społeczeństwie, a dokładniej wyrażone w art. 45 , który stanowi, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd", a „Wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Wyrok ogłaszany jest publicznie"[1]. Ponadto, wśród regulacji konstytucyjnych decydujących o kształcie prawa do sądu w polskim systemie ustrojowym, należy wymienić także art. 77 ust. 2[2] Konstytucji – zakazujący ustawowego wykluczenia drogi sądowej w dochodzeniu naruszonych wolności i praw, rozdział VIII pierwszy podrozdział[3] oraz art. 233[4] − zakazujący ograniczeń w zakresie dostępu do sądu w stanach nadzwyczajnych.

Powiązanie w ustawie zasadniczej niniejszego prawa ze środkami ochrony wolności i praw nie tylko potwierdza znaczenie „sądu dla ostatecznego określenia statusu prawnego jednostki"[5] czy też skutkuje zakazem zamykania przez ustawę drogi sądowej w celu dochodzenia praw i wolności[6], ale również − podobnie jak w przypadku innych praw wyrażonych w rozdziale II Konstytucji − zakłada jego podwójny charakter[7].

---

1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja.

2 Zgodnie z art. 77 ust. 2 Konstytucji „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw".

3 P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 7.

4 Zob. art. 233 Konstytucji.

5 P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 1.

6 B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 183−184.

7 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 159−160.

Po pierwsze, podniesienie prawa do sądu do rangi uprawnienia o charakterze zasadniczym[8]sprawia, że należy je pojmować jako wartość, której urzeczywistnieniu muszą służyć działania władzy publicznej. W tym ujęciu stanowi swoistą wskazówkę funkcjonowania systemu państwa, a jej realizacja stanowi obowiązek działających w jego imieniu organów[9]. Prawo do sądu, podobnie więc jak i pozostałe konstytucyjne prawa jednostki, odgrywa fundamentalną rolę w określaniu „obiektywnego systemu wartości, któremu daje wyraz Konstytucja" i pełni funkcję gwarancyjną istniejącego systemu społecznego, mobilizując państwo do podejmowania działań mających na celu nie tylko ochronę indywidualnej sfery wolności jednostki, ale także zapewnienie dobra ogółu[10]. W tym ujawnia się więc ustrojowy aspekt sądów jako organów państwa, które wyposażone w atrybuty zapewniające ich niezależność od władzy ustawodawczej i wykonawczej mają gwarantować obiektywne i sprawiedliwe rozstrzygnięcie o prawach jednostki[11].

Po drugie, niniejsze prawo stanowi publiczne prawo podmiotowe, przez które należy rozumieć „taką sytuację prawną obywatela (jednostki zbiorowej), w obrębie której obywatel ten (jednostka zbiorowa), opierając się na chroniących jego interesy prawne normach prawnych, może skutecznie żądać czegoś od państwa lub może w sposób niekwestionowany przez państwo coś zdziałać"[12]. Stanowi zatem przysługujące obywatelowi (jednostce zbiorowej) żądanie wobec państwa określonego zachowania się w celu ochrony objętej regulacją publicznoprawną sfery działania podmiotu[13]. W przypadku publicznego prawa podmiotowego organ jest zobowiązany postąpić zgodnie z treścią tego prawa, natomiast od woli podmiotu tego prawa zależy to, czy wystąpi on z roszczeniem wobec państwa. Gdy jednak zdecyduje się z niego skorzystać, mogą na nim ciążyć obowiązki powiązane z jego wykonywaniem[14]. Tym samym w przypadku prawa do sądu jednostka mocą uzewnętrznionej woli (złożenie powództwa, wniesienie skargi) może zobowiązać właściwe organy państwowe (tj. sądy) do podjęcia przewidzianych w ustawie działań, koniecznych do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy obejmującej prawnie chronione interesy jednostki[15], ale musi przy tym liczyć się z obligatoryjnością spełnienia określonych warunków związanych z jego realizacją, np. koniecznością zachowania

[8] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków−Warszawa 2007, s. 33.
[9] J. Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 92.
[10] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 159−160.
[11] K. Działocha, *Prawo do sądu w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*,[w:] *Polskie zmiany ustrojowe w literaturze prawniczej*, red. R. Balicki, B. Banaszak, M. Jabłoński, Wrocław 1997, s. 258.
[12] J. Boć, *Publiczne prawo podmiotowe,* [w:] *Prawniczy Słownik Wyrazów Trudnych*, red. J. Boć, Kolonia Limited 2005, s. 306.
[13] T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Kraków 2007, s. 90−91.
[14] A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Warszawa 2006, s. 101−103.
[15] A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 528.

terminów czy wymogów formalnych. Uznanie sformułowanego w art. 45 Konstytucji RP prawa za publiczne prawo podmiotowe sprowadza się do przyznania jednostce uprawnienia do merytorycznego rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym i z poszanowaniem przyznanych jej gwarancji procesowych. Co więcej − zwrócenie się przez jednostkę do sądu z roszczeniem rozpatrzenia sprawy, skutkuje objęciem jej ochroną prawną, której ewentualna „odmowa lub niewłaściwa realizacja rodzi odpowiedzialność państwa zarówno w sferze prawa wewnętrznego, jak i międzynarodowego”[16].

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz doktrynie nie budzi wątpliwości to, że na określone w art. 45 Konstytucji prawo do sądu składa się nie tylko: prawo dostępu do sądu, prawo do właściwej procedury, prawo do wyroku sądowego[17], prawo „odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy”[18], ale również prawo do wyegzekwowania orzeczenia sądowego[19]. Ograniczenie bowiem treści prawa do sądu wyłącznie do możliwości wszczęcia postępowania, odpowiedniego jego ukształtowania oraz uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia podawałoby w wątpliwość jego skuteczność z punktu widzenia ochrony praw i wolności jednostki. Pozbawienie powołanych do stania na straży praworządności organów, instrumentów, zapewniających wyegzekwowanie określonych obowiązków, skutkowałoby w istocie brakiem rzeczywistego wpływu na wykonanie orzeczeń[20]. Z tego też względu za niezbędny element prawa do sądu należy również uznać uprawnienie do wyegzekwowania wyroku sądowego, co wiąże się z koniecznością przyjęcia przez ustawodawcę na płaszczyźnie procesowej stosownych instytucji. Tym samym obowiązkiem prawodawcy jest

---

[16] J. Człowiekowska, *Prawo do sądu jako publiczne prawo podmiotowe*, [w:] *Prace poświęcone pamięci Adama Uruszczaka*, red. J. Halberda, H. Hosowicz, A. Karabowicz, Kraków 2006, s. 180.

[17] Wyrok TK z 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998, nr 4, poz. 50; wyrok TK z 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK 1999, nr 3, poz. 36; wyrok TK z 16 marca 1999 r., SK 19/98, OTK 1999, nr 3, poz. 36; D. Dudek, *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 109; A. Góra-Błaszczykowska, *„Rzetelne postępowanie przed sądem” według TK (na podstawie wybranych orzeczeń)*, [w:] *Ius et remedium. Księga jubileuszowa prof. Mieczysława Sawczuka*, red. A. Jakubecki, J. A. Strzępka, Warszawa 2010, s. 171; M. Kłopocka, *Prawo do sądu w orzecznictwie TK*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2007, t. LXXVI, s. 66;J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie TK na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 723; B. Przybyszewska-Szter, *Wolności i prawa osobiste*, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2008, s. 106; P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*..., s. 3; M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, [w:] *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 82−83.

[18] Wyrok TK z 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108; J. Sobczak, *Przepisy płacowe sędziów sądów powszechnych a wzorce konstytucyjne,* „Państwo i Prawo” 2008, z. 11, s. 85.

[19] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 133. Podobnie: D. Dudek, *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskie*..., s. 111; J. Świeczkowski, *Kilka uwag na temat przestrzegania konstytucyjnej gwarancji prawa do sądu i dwuinstancyjnego postępowania sądowego w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2007, nr 1−2, s. 18.

[20] J. Borkowski, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., II SAB 32/99*, „Glosa” 2000, nr 6, s. 19−20.

„stworzenie takiej normatywnej sytuacji, w której zapewnione będzie nie tylko prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (wyroku), ale i możliwość jego wykonania”[21]. Tak ukształtowany zakres treściowy prawa do sądu wpisuje się we wskazany powyżej podwójny jego charakter, wyposażając jednostkę w uprawnienie do żądania podjęcia przez właściwe organy państwa regulacji mających na celu skuteczne wyegzekwowanie prawomocnego orzeczenia sądu.

Pozostawienie uprawnienia do wykonania wyroku poza zakresem konstytucyjnej formuły prawa do sądu przeczyłoby zakładanej przez ustrojodawcę efektywności funkcjonowania sądów – jako organów wyłącznie uprawnionych do rozstrzygania sporów o prawo – jak również przeciwstawiałoby się przyjętym standardom międzynarodowym. Wykonalność orzeczeń sądowych stanowi bowiem jeden z wymogów sprawiedliwego procesu w rozumieniu art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[22], jak również integralną część prawa do rzetelnego procesu sądowego, gwarantowanego art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[23]. Taki pogląd od lat przyjmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka, wywodząc, że niniejsze prawo byłoby iluzoryczne, gdyby krajowy system prawny dopuszczał do sytuacji, w której wiążące rozstrzygnięcie sądu pozostawałoby niewykonane ze szkodą dla jednej ze stron. W ocenie Trybunału nie do przyjęcia jest, aby art. 6 ust. 1 Konwencji określający w sposób kazuistyczny gwarancje proceduralne, w tym prawo do sprawiedliwego, jawnego i szybkiego procesu, nie zapewniał wykonania orzeczeń, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady praworządności, do przestrzegania której państwa członkowskie zobowiązały się wraz z chwilą ratyfikowania Konwencji[24]. W wyroku zapadłym w sprawie *Garcia Mateos v. Hiszpania* Trybunał w Strasburgu przypomniał, że państwo zobligowane jest do stworzenia systemu pozwalającego jednostkom na uzyskanie prawidłowej egzekucji orzeczeń wydanych przez sądy krajowego[25], a wcześniej w wyroku w sprawie *Kuksa v. Rosja* stwierdził, że zaniechanie wykonania wyroku może zostać usprawiedliwione szczególnymi okolicznościami, ale w żadnym jednak razie zwłoka nie może być na tyle poważna, aby prowadziła do naruszenia istoty prawa do rzetelnego procesu[26].

[21] Wyrok TK z 24 lutego 2003 r., K 28/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 13; wyrok TK z 27 maja 2008 r., P 59/07, OTK-A 2008, nr 4, poz. 64; podobnie wyrok TK z 12 kwietnia 2012 r., SK 21/11, OTK-A 2012, nr 4, poz. 38.

[22] Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz.167.

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

[24] Np. wyrok ETPC z 18 maja 2004 r., skarga nr 48906/99; wyrok ETPC z 15 stycznia 2009 r., skarga nr 33509/04, *Burdov v. Rosja*.

[25] Wyrok ETPC z 19 lutego 2013 r., skarga nr 38285/09, *Garcia Mateos v. Hiszpania*.

[26] Wyrok ETPC z 15 czerwca 2006 r., skarga nr 35259/04, *Kuksa v. Rosja*.

Podobnie też prawo do wykonania orzeczenia sądowego traktowane jest w prawie unijnym, którego regulacja art. 47 Karty Praw Podstawowych[27] nawiązuje do aspektu konwencyjnego prawa do sądu[28]. Przywołany przepis Karty wyraża obowiązek takiego ukształtowania prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem, które gwarantuje efektywną kontrolę sądową. Oznacza to więc, m.in. również − jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – obowiązek określenia, w ramach gwarantowanej autonomii instytucjonalnej, takich procedur w prawie krajowym, które przy poszanowaniu unijnych zasad skuteczności i równoważności zapewnią wykonanie wyroku sądu[29].

2. Problematyka wykonywania orzeczeń sądu administracyjnego

Ukształtowana zatem zgodnie z przyjętymi w tej kwestii standardami międzynarodowymi konstytucyjna formuła prawa do sądu, obejmująca uprawnienie do wykonania wyroku sądowego musi również znaleźć swoje odzwierciedlenie w postępowaniu przed sądami administracyjnymi, które w określonym ustawą zakresie sprawują kontrolę działalności administracji publicznej[30] po względem zgodności z prawem[31]. Z postanowień Konstytucji wynika kontrolny charakter funkcjonowania sądów administracyjnych, a istota ich działania sprowadza się do wydania orzeczenia o legalności zaskarżonego aktu, czynności, bezczynności lub też przewlekłości organu w granicach właściwości rzeczowej zakreślonej ustawą − Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[32]. Aktywność sądów administracyjnych „przyczynia się więc do kształtowania sumy aktualnie obowiązujących uprawnień lub obowiązków poszczególnych podmiotów działających w obrębie prawa administracyjnego, a tym samym kształtuje w każdym momencie istniejącą sieć stosunków administracyjnoprawnych”[33]. Z tego też względu zadaniem stawianym przed sądami administracyjnymi jest oczywiście ochrona ukształtowanego porządku prawnego, ale jego podstawowa rola sprowadza się przede wszystkim do strzeżenia wolności i praw jednostki w jej relacjach z władzą publiczną[34]. Jak

[27] Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1.

[28] Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych, Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 17; wyrok TS UE z 28 lutego 2013 r., C-334/12.

[29] Wyrok TS UE z 5 października 2010 r., C-173/09.

[30] Art. 184 Konstytucji.

[31] Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, Dz.U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1269 ze zm., dalej p.u.s.a.

[32] Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r., Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm., dalej p.p.s.a.

[33] J. Zimmermann, *Z podstawowych zagadnień sądownictwa administracyjnego*,[w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980−2005*, red. J. Góral, R. Hausner, J. Trzciński, Warszawa 2005, s. 492.

[34] J. Trzciński, *Sądownictwo administracyjne jako gwarant ochrony wolności i praw jednostki*, [w:] *Trzecia władza. Sądy i Trybunały*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 127−128; M. Masternak-Kubiak, *Komentarz*

bowiem zauważył J. Trzciński, „funkcjonowanie wszelkich instytucji państwa ma sens wtedy, gdy służy dobru jednostki”[35].

Przyjęty w polskim porządku prawnym model funkcjonowania sądownictwa administracyjnego wyposażył sądy w uprawnienia kasacyjne, a nie kompetencje do podejmowania merytorycznych rozstrzygnięć[36]. To ostatnie zadanie leży bowiem w gestii właściwych organów administracji publicznej i sądy nie mogą ich w tej kwestii zastępować. Z tego też względu ingerowanie sądów administracyjnych w sferę zastrzeżoną dla działań administracji stanowi swoiste odstępstwo od przyjętych założeń i w Prawie o postępowaniu przed sądami administracyjnymi może być rozważane w zakresie przewidzianym przez ustawodawcę, a dokładniej – w kontekście brzmienia art. 146 § 2 oraz art. 154 § 2[37]. Przejęcie przez sąd administracyjny kompetencji organu do załatwienia sprawy wykraczałoby poza zakreślone konstytucyjnie ramy sprawowania przez sądy administracyjne kontroli działalności administracji publicznej[38]. Wskazać jednak należy, że aktualnie w praktyce dostrzegalny jest problem konieczności zwiększenia skuteczności i sprawności kontroli sprawowanej przez niniejsze sądy. Z tego też względu w projekcie reformującym postępowanie zaproponowano wyposażenie wojewódzkich sądów administracyjnych w ograniczone kompetencje do wydawania rozstrzygnięć mających zastąpić akt administracyjny lub też nakazujących wydanie przez organ rozstrzygnięcia o określonej treści. Za zasadne uznano przyznanie sądom administracyjnym uprawnień do umorzenia postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy stwierdzi on, że występują ku temu przesłanki[39].

Wyrok sądu administracyjnego jest autorytatywną wypowiedzią dotyczącą zgodności z prawem zaskarżonego aktu, czynności, bezczynności lub przewlekłości. Nie kreuje on w sposób bezpośredni praw lub obowiązków, a jedynie może zobowiązywać właściwy w sprawie organ administracji publicznej do wydania rozstrzygnięcia w sprawie zgodnie z oceną prawną wyrażoną w wyroku sądowym. W konsekwencji w postępowaniu sądowoadministracyjnym nie jest możliwe co do zasady wykonanie orzeczenia poprzez zainicjowanie postępowania egzekucyjnego sądowego, gdyż jak wspomniano,

do art. 1 p.u.s.a. [w:] M. Masternak-Kubiak, T. Kuczyński, *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 14−15.

[35] J. Trzciński, *Sądownictwo administracyjne jako gwarant ochrony wolności i praw jednostki*..., s. 127−128.

[36] B. Adamiak, *Rozgraniczenie właściwości sądów w polskim systemie prawnym*,[w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980−2005*, red. J. Góral, R. Hausner, J. Trzciński, Warszawa 2005, s. 11.

[37] M. Bogusz, *Uwagi na tle przepisu art. 154 § 2 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, [w:] *Kryzys prawa administracyjnego? Jakość prawa administracyjnego*, t. 1, red. D. R. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko, Warszawa 2012, s. 152.

[38] R. Hauser, *Założenia reformy sadownictwa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 12, s. 23.

[39] R. Hauser, *Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 2, s. 19−20.

wyroki sądu nie kreują nowego stosunku materialnoprawnego. Wykonaniu mogą podlegać wyłącznie te rozstrzygnięcia, które nakładają wymóg uiszczenia kosztów sądowych lub orzekają – na podstawie art. 288 p.p.s.a. o wymierzeniu grzywny[40]. Tym samym nie można – jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny − mówić o „klasycznym (w znaczeniu postępowania administracyjnego czy cywilnego) postępowaniu wykonawczym jako składowej postępowania sądowoadministracyjnego"[41], a przez wykonanie wyroku sądu administracyjnego należy, generalnie rzecz ujmując, rozumieć „zastosowanie się organu administracji do oceny prawnej sądu administracyjnego"[42]. Z. Kmieciak pojęcie wykonalności wyroku sądu administracyjnego definiuje jako spowodowanie „w sposób dobrowolny lub przymusowy (w drodze egzekucji) takiego stanu, który jest zgodny z rozstrzygnięciem o danym akcie lub czynności"[43]. Ponadto, w doktrynie można spotkać wręcz pogląd, iż w przypadku orzeczenia sądu administracyjnego można mówić nie tyle o jego wykonalności, ile o skuteczności przejawiającej się zdolnością orzeczenia do wywołania skutków prawnych poza postępowaniem sądowym, które „nie mieszczą się bezpośrednio w zakresie jego wykonalności i nie wynikają z negatywnych skutków prawomocności orzeczenia"[44].

Przyjmując jednakże nawet szerokie rozumienie wykonalności wyroku sądu administracyjnego, wykraczające poza jego klasyczne ujęcie, przychodzi zauważyć, że nawet w tym sensie nie każdy wyrok kasacyjny będzie nadawał się do wykonania. Innymi słowy nie zawsze skutkiem wyeliminowania z obrotu prawnego przez sąd zaskarżonego aktu będzie obowiązek organu wydania nowego. Taka sytuacja będzie zachodzić np. w przypadku stwierdzenia wydania uchwały jednostki samorządu terytorialnego z naruszeniem prawa, czy też uchylenia przez sąd aktu nadzorczego nad działalnością organu jednostki samorządu terytorialnego[45]. M. Romańska podkreśla, że w procedurze sądowoadministracyjnej wykonaniu podlegać będą te orzeczenia, które obligują do podjęcia określonych czynności w celu spowodowania stanu zgodnego z wypowiedzią sądu względem zaskarżonego działania organu administracji publicznej. Ponadto, wyróżnia ona cztery postacie wykonania orzeczenia sądu administracyjnego, a mianowicie:

[40] T. Woś, M. Romańska, *„Niewykonywanie" wyroków sądu administracyjnego i uprawnienia z tym związane (art. 154 p.s.a.)*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2007, nr 3, s. 32; T. Woś, *Komentarz do art. 154 p.p.s.a.* [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. T. Woś, Warszawa 2011, s. 704.

[41] Wyrok NSA z 15 czerwca 2010 r., II OSK 2068/09, CBOSA (21.07.2014).

[42] Np. J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 734; wyrok NSA z 15 czerwca 2010 r., II OSK 2068/09, CBOSA (21.07.2014); wyrok WSA w Poznaniu z 16 stycznia 2014 r., IV SA/Po 890/13, CBOSA (21.07.2014).

[43] Z. Kmieciak, *Glosa do postanowienia NSA z dnia 23 stycznia 1997 r., SA/Rz 1382/96*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1998, z. 3, poz. 54.

[44] T. Woś, M. Romańska*, „Niewykonywanie" wyroków sądu administracyjnego i uprawnienia z tym związane (art. 154 p.s.a.)*..., s. 32; T. Woś, *Komentarz do art. 154 p.p.s.a...*, s.704.

[45] Wyrok NSA z 18 kwietnia 2011 r., I OSK 83/11, CBOSA (21.07.2014).

a) ściągnięcie zasądzonych należności, b) przeprowadzenie postępowania administracyjnego zgodnie ze standardami określonymi przez sąd, c) wydanie aktu przy uwzględnieniu wykładni prawa zaprezentowanej przez sąd, d) wydanie aktu lub podjęcie czynności w celu zlikwidowania bezczynności[46]. Po nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, która weszła w życie z dniem 11 kwietnia 2011 r., rozszerzającej m.in. zakres kognicji sądów administracyjnych o kontrolę działalności administracji publicznej w sprawach skarg na przewlekłe prowadzenie postępowania[47], wykonanie wyroku obejmować będzie również wydanie aktu lub podjęcie czynności w celu zlikwidowania przewlekłości organu administracji publicznej.

Zasadniczo wykonanie wyroku wymaga od organu podjęcia czynności wynikających wprost z jego sentencji lub też motywów uzasadnienia. Z tego też względu bardzo istotne jest z punktu widzenia efektywności funkcjonowania sądów administracyjnych sformułowanie w wyroku uwzględniającym skargę wskazań co do dalszego postępowania. Stanowi to naturalną konsekwencję i dopełnienie oceny prawnej sądu, a ich brak może powodować niepewność względem wykonania wyroku i utrudniać ostateczne i zgodne z prawem załatwienie sprawy[48]. Propozycja więc „przyznania sądom administracyjnym kompetencji do określenia w wyroku uwzględniającym skargę sposobu załatwienia sprawy, a nawet przyszłego rozstrzygnięcia, jeżeli będzie to uzasadnione ze względu na okoliczności sprawy”[49], zdaje się wychodzić naprzeciw potrzebie zwiększenia skuteczności ochrony praw w procedurze sądowoadministracyjnej.

Argumentem przemawiającym za tym, iż w postępowaniu sądowoadministracyjnym nie mamy zasadniczo do czynienia z wykonalnością orzeczeń skutkującą bezpośrednim wyegzekwowaniem przez sąd administracyjny stanu zgodnego z prawem w sposób dobrowolny lub przy zastosowaniu środków przymusu jest również to, że dział VIII Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi zatytułowany *Wykonywanie orzeczeń sądowych* nie zawiera przepisów dotyczących samodzielnego egzekwowania przez sąd zapadłych wyroków, a obejmuje postanowienia pozwalające na stworzenie warunków umożliwiających zastosowanie się przez organ do wskazań wynikających z prawomocnego rozstrzygnięcia[50].

[46] Szerzej: M. Romańska, *Skuteczność orzeczeń sądów administracyjnych*, Warszawa 2010, s. 449−468.

[47] W brzmieniu ustalonym przez art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2011 r. Nr 6, poz. 18 i Nr 76, poz. 409.

[48] Wyrok NSA z 9 listopada 2007 r., II FSK 833/07, CBOSA (22.07.2014).

[49] R. Hauser, *Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*…, s. 20.

[50] M. Jagielska, J. Jagielski, M. Cherka, *Komentarz do art. 286 p.p.s.a.* [w:] *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2013, s. 1073.

Zgodnie z zamieszczonym tam art. 286 p.p.s.a. po stwierdzeniu prawomocności orzeczenia sądu pierwszej instancji należy zwrócić akta administracyjne sprawy organowi wraz z odpisem orzeczenia zawierającego stwierdzenie prawomocności. Od dnia doręczenia tychże akt rozpoczyna biec określony prawem lub wyznaczony przez sąd termin do załatwienia sprawy. Z chwilą więc zwrócenia akt wraz z odpisem prawomocnego rozstrzygnięcia sądu względem organu aktualizują się obowiązki, które są zróżnicowane w zależności od charakteru orzeczenia sądowego, natomiast strona zyskuje uprawnienie do żądania podjęcia działań zgodnych z wyrażoną w orzeczeniu oceną prawną i wskazaniami co do dalszego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 153 p.p.s.a.: „Ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w orzeczeniu sądu wiążą w sprawie ten sąd oraz organ, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania było przedmiotem zaskarżenia". W wyroku z 15 stycznia 2014 r. Naczelny Sąd Administracyjny, odwołując się do poglądów nauki prawa, przyjął, że „pojęcie oceny prawnej dotyczy szeroko pojętej wykładni prawa, która obejmuje różnego rodzaju egzegezy tekstów prawnych, łącznie z regułami walidacyjnymi (dotyczącymi obowiązywania określonej normy prawnej, a nie sposobu pojmowania jej treści, takimi jak *lex superior*, *lex specialis*, *lex generali*, reguły intertemporalne), reguły wynikania norm prawnych z innych norm prawnych, a także kwestie dotyczące subsumcji (np. kwalifikacji prawnej faktów) oraz wyboru konsekwencji prawnej faktu uznanego za udowodniony, a nie tylko rezultatu zastosowania tzw. dyrektyw wykładni prawa (dyrektyw językowo-logicznych, systemowych, funkcjonalnych, historycznych itp.), których użycie ograniczone zostaje jedynie do ustalenia znaczenia (sposobu pojmowania) normy prawnej uznanej wcześniej za obowiązującą (mającą zastosowanie do ustalonego stanu faktycznego)"[51]. Natomiast wskazania „stanowią konsekwencję oceny prawnej, zwłaszcza oceny przebiegu postępowania przed organami administracyjnymi i rezultatu tego postępowania w postaci materiału procesowego zebranego w sprawie. Ich celem jest zapobieżenie w przyszłości błędom stwierdzonym przez sąd administracyjny w trakcie kontroli zaskarżonego orzeczenia. Związanie sądu administracyjnego oraz organów administracyjnych oceną prawną oznacza, że w tym zakresie nie mogą one formułować nowych ocen prawnych, sprzecznych z wyrażonymi wcześniej w orzeczeniu sądowym i zobowiązane są do podporządkowania się mu w pełnym zakresie. Przy tym przedmiotem takiej oceny mogą być zarówno przepisy prawa materialnego, jak i postępowania.

[51] Taki pogląd wyraził NSA w wyroku w sprawie II GSK 1762/12 za: W. Sanetrą, *Kilka uwag o uzasadnieniach orzeczeń Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy" 2002, nr 9, s. 57; M. Łochowskim, *Wiążąca sądowa wykładnia prawa, ocena prawna, wskazania co do dalszego postępowania*, „Przegląd Sądowy" 1997, nr 10, s. 24−25; E. Wengerek, *Glosa do uchwały siedmiu sędziów SN z 25 lutego 1957 r. sygn. akt: I CO 44/56*, „Nowe Prawo" 1956, nr 7−8, s. 189; wyrok SN z 25 lutego 1998r., III RN 130/97, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1999, z. 3, poz. 101 z glosą B. Adamiak, s. 263 i n.

Granicą obowiązywania tego związania jest tożsamość istotnych okoliczności faktycznych sprawy oraz brak zmiany stanu prawnego”[52].

Art. 286 p.p.s.a. ustanawia tzw. „zasadę realnej możliwości wykonania wyroku sądowego”, wedle której dla niniejszego wykonania niezbędne jest to, aby właściwy organ administracji dysponował kompletnymi aktami sprawy[53]. Określony w tym przepisie obowiązek spoczywa na sądzie, jednakże nie oznacza to, że organ może biernie oczekiwać na zwrot akt sądowych. W orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażony bowiem został pogląd, że brak aktywności właściwych w sprawie organów w tej kwestii może być oceniany jako bezczynność organu[54]. W wyroku z 29 grudnia 2011 r. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, iż „Okoliczność, że organ nie dysponuje aktami nie oznacza, iż nie może podejmować w sprawie czynności i jej zakończyć. Istnieje bowiem możliwość wystąpienia przez organ o nadesłanie akt w celu ich wykorzystania do wydania decyzji, względnie sporządzenia odpisów niezbędnych dokumentów”[55].

W wyszczególnionym w Prawie o postępowaniu przed sądami administracyjnymi dziale poświęconym wykonaniu orzeczeń sądowych odnaleźć można również przepis statuujący prawo strony, która poniosła szkodę do odszkodowania od organu, który wydał decyzję, w przypadku gdy sąd w orzeczeniu: 1) uchyli zaskarżoną decyzję, a organ, rozpatrując sprawę, ponownie umorzy postępowanie; 2) stwierdzi nieważność aktu albo ustali przeszkodę prawną uniemożliwiającą stwierdzenie nieważności aktu[56]. Regulacja ta konkretyzuje ogólne reguły odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 417−417² Kodeksu cywilnego, a dokładniej precyzuje adresata roszczenia i podstawy odpowiedzialności[57]. Jakkolwiek nie stanowi ona samodzielnej podstawy odszkodowawczej, szczególnej wobec reguły odpowiedzialności ukształtowanej kodeksowo[58], to jednak jest jednym z instrumentów, który ma przyczyniać się do respektowania przez organy wyroków zapadłych w postępowaniu sądowoadministracyjnym, w tym ich wykonania zgodnie z oceną prawna i wskazaniami sądu.

[52] *Ibidem.*

[53] M. Jagielska, J. Jagielski, M. Cherka, *Komentarz do art. 286 p.p.s.a...*, s. 1073−1074.

[54] Wyrok WSA w Gdańsku z 14 kwietnia 2010 r., II SAB/Gd 5/10, CBOSA (21.07.2014).

[55] Wyrok NSA z 29 grudnia 2011 r., II OSK 2237/11, CBOSA (22.07.2014).

[56] Art. 287 p.p.s.a.

[57] M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2004, s. 72−73; B. Dauter, *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*, Warszawa 2012, s. 594−595; S. Marciniak, *Wykonywanie orzeczeń sądowych,* [w:] S. Babiarz, B. Dauter, S. Marciniak, A. Mudrecki, *Doradca podatkowy przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2009, s. 487−498; wyrok NSA z 3 grudnia 2013 r., II OSK 2142/13,CBOSA (21.07.2014); wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 czerwca 2013 r., I ACa 44/13.

[58] A. Drywa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wydanie niezgodnej z prawem decyzji podatkowej*, Warszawa 2014, s. 204−205.

3. Skarga na niewykonanie wyroku jako instrument egzekwowania przez sąd administracyjny obowiązku wykonania wyroku

Problem niewykonywania przez organy wyroków sądu administracyjnego oczywiście istnieje, ale jego rozmiar jest trudny do oceny, a to z tego względu, iż niniejsze sądy nie posiadają środków prawnych, za pomocą których mogą kontrolować działalność organów w zakresie realizacji orzeczeń. Powzięcie informacji w tej kwestii przez sąd możliwe jest w świetle brzmienia art. 153 i 170 p.p.s.a., ale tylko wtedy, gdy zaskarżony zostanie akt wydany po uprzednim kasacyjnym wyroku sądu[59]. Ponadto, sąd będzie dysponował wiedzą na ten temat wówczas, gdy złożona zostanie skarga na niewykonanie wyroku w trybie art. 154 p.p.s.a. Zgodnie z brzmieniem jego § 1: „W razie niewykonania wyroku uwzględniającego skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania oraz w razie bezczynności organu lub przewlekłego prowadzenia postępowania po wyroku uchylającym lub stwierdzającym nieważność aktu lub czynności strona, po uprzednim pisemnym wezwaniu właściwego organu do wykonania wyroku lub załatwienia sprawy, może wnieść skargę w tym przedmiocie, żądając wymierzenia temu organowi grzywny”[60].

Przywołana skarga służy zmobilizowaniu organów do wykonania rozstrzygnięć sądu oraz ochronie jednostki przed ignorowaniem wyroków. Zawiera ona środki, które „spełniają zadanie zbliżone do działań egzekucyjnych w postępowaniu cywilnym czy administracyjnym”[61]. Przedmiotem jej żądania jest wymierzenie właściwemu organowi grzywny[62] za niewykonanie wyroku przez co należy rozumieć „pozostawanie w bezczynności w podjęciu lub kontynuacji postępowania administracyjnego mającego na celu zakończenie sprawy decyzją administracyjną lub w innej formie przewidzianej prawem”[63]. Powyższe oraz brzmienie § 4 art. 154 p.p.s.a., wedle którego wykonanie wyroku lub załatwienie sprawy po wniesieniu niniejszej skargi nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania lub oddalenia skargi, pozwala na stwierdzenie, że grzywna za

[59] R. Hauser, *Wstępne założenia nowelizacji ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami*..., s. 21.

[60] „Grzywnę […] wymierza się do wysokości dziesięciokrotnego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w roku poprzednim, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie odrębnych przepisów”.

[61] W. Sawczyn, *Środki dyscyplinowania administracji publicznej w prawie o postępowaniu przed sądami administracyjnym*i, Warszawa 2010, s. 126.

[62] T. Woś, *Komentarz do art. 154 p.p.s.a*..., s. 707.

[63] Por. np.: wyrok NSA z 4 listopada 2010 r., II OSK 1767/10,CBOSA (26.07.2014);wyrok NSA z 22 maja 2012 r., II OSK 578/12, CBOSA (26.07.2014); wyrok WSA w Poznaniu z 25 kwietnia 2013 r., IV SA/Po, CBOSA (26.07.2014); wyrok WSA w Poznaniu z 7 listopada 2012 r., II SA/Po 772/12,CBOSA (26.07.2014);wyrok WSA w Białymstoku z 22 lutego 2011 r., II SA/Bk 752/10,CBOSA (26.07.2014); wyrok WSA w Krakowie z 11 maja 2011 r., III SA/Kr 1194/10 CBOSA (26.07.214); wyrok WSA w Olsztynie z 30 września 2010 r., II SA/Ol 637/10, CBOSA (26.07.2014).

niewykonanie wyroku stanowi nie tylko środek, za pomocą którego sąd dyscyplinuje czy też – mocniej – przymusza organ do wykonania wyroku, ale również stanowi swoistą „karę" dla organu za ignorowanie tych rozstrzygnięć[64]. Określona w art. 154 § 6 p.p.s.a. górna granica grzywny pozwala sądowi na jej miarkowanie i wymierzenie jej w kwocie adekwatnej do okoliczności sprawy. Generalnie jednak, określając jej wysokość, sądy mają na względzie nie tylko to, aby była ona impulsem do wykonania orzeczenia, ale także stanowiła na przyszłość bodziec do terminowego podporządkowania się rozstrzygnięciu sądu. Szczególnie uwzględnia się tu podane przez organ okoliczności, które uniemożliwiły wykonanie wyroku, a które mogą dotyczyć charakteru sprawy, aktywności stron w prowadzonym postępowaniu, czy też problemów organizacyjnych organu[65].

Jakkolwiek, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 154 § 1 p.p.s.a., skargę zawierającą żądanie wymierzenia grzywny za niewykonanie wyroku można wnieść w przypadku: a) niewykonania wyroku uwzględniającego skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania lub b) w razie bezczynności organu lub przewlekłego prowadzenia postępowania po wyroku uchylającym lub stwierdzającym nieważność aktu lub czynności, to jednak Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że ograniczenie się w tej kwestii do wykładni gramatycznej nie jest zasadne. W wyroku z dnia 4 kwietnia 2013 r. wyraził on bowiem pogląd, że interpretując powyższy przepis, należy dać pierwszeństwo regułom wykładni systemowej i funkcjonalnej przed językową i rozszerzyć zakres zastosowania art. 154 § 1 p.p.s.a. o możliwość nałożenia grzywny na organ także w sytuacji, gdy po wyroku stwierdzającym bezskuteczność czynności materialno-technicznej oraz jednocześnie uznającym obowiązek wynikający z przepisów prawa organ pozostaje w bezczynności lub przewlekle prowadzi postępowanie. Przyjęcie poglądu przeciwnego – zdaniem tegoż Sądu – skutkowałoby pozostawieniem jednostki, wobec której Sąd ustalił istnienie uprawnienia lub obowiązku poza marginesem ochrony[66].

Analizując wskazane przez ustawodawcę okoliczności, w jakich możliwe jest wystąpienie ze skargą na niewykonanie wyroku, należy zauważyć, że w aktualnym stanie prawnym, w przypadku gdy organ po wyroku kasacyjnym nie załatwił sprawy pomimo upływu ustawowego terminu, strona może złożyć zarówno skargę na bezczynność, o której mowa w art. 3 § 2 pkt 8 p.p.s.a., jak i skargę na niewykonanie wyroku. W jej

[64] J. Gawron, *Skutki niewykonania orzeczenia sądu administracyjnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 2003, t. LXVII, s. 96; wyrok NSA z 12 marca 2010 r., I OSK 1704/09,CBOSA (28.07.2014); wyrok NSA z 22 listopada 2013 r., I OSK 1641/13, CBOSA (28.07.2014); wyrok WSA w Warszawie z 30 listopada 2012 r., I SA/Wa 2110/12, CBOSA (26.07.2014).

[65] M. Jaworska, *Okoliczności wpływające na wysokość orzekanej grzywny za niewykonanie wyroku w świetle orzecznictwa sądowoadministracyjnego*, „Studia Lubuskie" 2012, t. VIII, s. 97 i n.

[66] Wyrok NSA z 4 kwietnia 2013 r., I OSK 2673/12, CBOSA (26.07.2014).

dyspozycji pozostają zatem w istocie dwa środki prawne zwalczania bezczynności[67]. Ponieważ w praktyce rozwiązanie takie budziło wiele wątpliwości, w prezydenckim projekcie zmiany ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi przedstawiono rozwiązania, które wykluczą istniejącą „dwutorowość". W tym celu zaproponowano nowelizację art. 149 p.p.s.a., w taki sposób, aby kompleksowo regulował on metody załatwienia skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania w sprawach określonych w art. 3 § 2 pkt 1−4a p.p.s.a. przy jednoczesnym zniesieniu w art. 154 p.p.s.a. uprawnienia do złożenia skargi na niewykonanie wyroku „w razie bezczynności organu lub przewlekłego prowadzenia postępowania po wyroku uchylającym lub stwierdzającym nieważność aktu lub czynności". Tym samym możliwość złożenia skargi na niewykonanie wyroku ograniczono jedynie do przypadku niewykonania wyroku uwzględniającego skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania[68].

Warunkiem koniecznym złożenia niniejszej skargi jest uprzednie pisemne wezwanie właściwego organu do wykonania wyroku lub załatwienia sprawy. Powyższy wymóg formalny służy zdyscyplinowaniu organu i stanowi dla niego sygnał, że dalsze zaniechanie może spowodować negatywne konsekwencje w postaci wymierzenia grzywny[69]. Ponadto, jego *ratio legis* sprowadza się do stworzenia okoliczności przyczyniających się do wyegzekwowania wykonania wyroku bez konieczności ingerowania samego sądu[70], co też potwierdza, że to organ administracji publicznej jest podmiotem zobligowanym do wykonania orzeczenia, a aktywność w tej kwestii sądu powinna mieć charakter wyjątkowy. Nie można wszak nie podzielić prezentowanego zarówno w nauce prawa, jak i judykaturze poglądu, że uprawnienie sądów do reagowania w sytuacji niewykonywania ich orzeczeń jakkolwiek jest rzeczą konieczną, to jednak bardzo złożoną i delikatnej natury, a to z tego względu, iż dotyka jednej z podstawowych zasad ustrojowych państwa – podziału równowagi władzy wykonawczej i sądowniczej[71].

---

[67] T. Woś, *Komentarz do art. 154 p.p.s.a*…, s. 707−708.

[68] Przedstawiony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, druk sejmowy nr 1633, http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1633

[69] Wyrok NSA z 5 czerwca 2008 r., II OSK 1934/07, CBOSA (28.07.2014); postanowienie NSA z 6 września 2013 r., II OSK 1949/13, CBOSA (28.07.2014); postanowienie WSA w Krakowie z 24 kwietnia 2014 r., III SA/Kr 1351/13, CBOSA (28.07.2014); postanowienie WSA w Łodzi z 23 października 2013 r., II SA/Łd 735/13, CBOSA (28.07.2014); postanowienie WSA w Warszawie z 5 listopada 2013 r., II SA/Wa 1149/13, CBOSA (28.07.2014); postanowienie WSA w Warszawie z 3 lipca 2013 r., I SAB/Wa 72/13,CBOSA (28.07.2014).

[70] B. Dauter, *Metodyka pracy sędziego*..., s. 597.

[71] W. Sawczyn, *Środki dyscyplinowania administracji publicznej w prawie o postępowaniu przed*..., s. 126 [za:] Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 623; wyrok WSA w Poznaniu z 13 marca 2013 r., IV SA/Po 79/13, CBOSA (26.07.2014).

W świetle przyjętych przez ustawodawcę założeń stwierdzenie przez sąd administracyjny zaniechania wykonania wyroku sądu skutkuje nie tylko wymierzeniem grzywny, ale również aktywuje jego uprawnienie do podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia. Jeżeli pozwala na to charakter sprawy oraz niebudzące uzasadnionych wątpliwości okoliczności jej stanu faktycznego i prawnego, Sąd może bowiem orzec o istnieniu lub nieistnieniu uprawnienia lub obowiązku. Jednocześnie stwierdza, czy bezczynność organu lub przewlekłe prowadzenie postępowania przez organ miały miejsce z rażącym naruszeniem prawa[72], co następnie umożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa na zasadach art. 5 ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (Dz.U. z 2011 r. Nr 34, poz. 173)[73].

Przyznane sądom administracyjnym prawo do rozpoznania sprawy co do istoty jest kolejną, obok grzywny, sankcją stanowiącą reakcję na zaniechanie wykonania orzeczenia i – jak zauważa Z. Kmieciak – ma zapewnić stronie dodatkową ochronę przed bezprawnym zachowaniem organu[74]. W praktyce jej zastosowanie może jednakże napotykać znaczne problemy spowodowane trudnością w bezspornym uznaniu przez Sąd, że wystąpiły przesłanki do zastosowania tegoż środka[75]. Wynika to przede wszystkim z tego, że art. 154 § 2 p.p.s.a. nie precyzuje, kiedy „charakter sprawy pozwala" na wydanie wyroku *in merita*[76]. Sprawa nie wygląda wcale prościej, jeżeli idzie o drugą podstawę, od której uzależniono wydanie rozstrzygnięcia w trybie art. 154 § 2 p.p.s.a. – tj. uznanie, że okoliczności faktyczne i prawne sprawy nie budzą uzasadnionych wątpliwości. Analizować ją bowiem należy w kontekście kompetencji dowodowych sądów administracyjnych[77], a te sprowadzają się wyłącznie do prawa przeprowadzenia dowodu z dokumentu[78]. Ogranicza to więc w sposób zasadniczy możliwość ustalenia przez sąd we własnych zakresie okoliczności faktycznych sprawy, a w konsekwencji prawidłowe zastosowania normy prawa materialnego. Przyjęte w powyższym przepisie podstawy do wydania merytorycznego wyroku spotykają się oczywiście z krytyką w doktrynie, która zarzuca, że sąd nie dysponuje niezbędnymi narzędziami do zrealizowania tejże kompetencji[79]. Można jednak też natrafić na pogląd, że tak uregulowane przesłanki dowodzą, że ustawodawcy nie tyle zależało na częstotliwości korzystania z uprawnienia

[72] Art. 154 § 2 p.p.s.a.
[73] J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami…*, s. 408.
[74] Z. Kmieciak, *Czy sądy administracyjne stosują przepisy prawa materialnego?* „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2011, nr 2, s. 18.
[75] R. Hauser, *O konieczności dyscyplinowania administracji*, „Rzeczpospolita" 2011, nr 79, s. 7.
[76] W. Sawczyn, *Środki dyscyplinowania administracji publicznej w prawie o postępowaniu przed…*, s. 167.
[77] *Ibidem*, s. 169.
[78] Art. 106 § 3 p.p.s.a.
[79] M. Bogusz, *Uwagi na tle przepisu art. 154 § 2 ustawy – Prawo o postępowaniu…*, s. 160.

przyznanego art. 154 § 2 p.p.s.a., ile miał on na względzie samą konieczność uświadomienia organom, że sąd dysponuje środkami ich dyscyplinowania[80].

Instrumentem przyczyniającym się do zwalczania bezprawności wynikającej z niewykonywania wyroku sądu administracyjnego, a powiązanym z uregulowaną w art. 154 p.p.s.a. skargą jest także odpowiedzialność odszkodowawcza organu. Zgodnie bowiem z art. 154 § 4 p.p.s.a.: „Osobie, która poniosła szkodę wskutek niewykonania orzeczenia sądu służy roszczenie o odszkodowanie na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym". Przepis ten stanowi podstawę do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania wyroku. Szczególny charakter niniejszego rozwiązania nie wymaga od osoby, która na skutek niewykonania wyroku poniosła szkodę, uzyskania prejudykatu, a zatem stwierdzenia we właściwym postępowaniu niezgodności z prawem niewydania orzeczenia lub decyzji. Podmiotem uprawnionym do dochodzenia odszkodowania jest każdy, kto poniósł szkodę, gdyż prawodawca nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do skarżącego czy osoby uczestnika postępowania[81]. Zgodnie z przyjętym rozwiązaniem wniosek o odszkodowanie należy w pierwszej kolejności złożyć do właściwego organu, a jeżeli ten w terminie trzech miesięcy nie wypłaci odszkodowania, uprawniony podmiot może wnieść powództwo do sądu cywilnego[82].

Rozważając konsekwencje zaniechania wykonania wyroku zapadłego w postępowaniu sądowoadministracyjnym, na zakończenie warto jeszcze raz wspomnieć o projektowanej zmianie art. 154 p.p.s.a., a dokładniej o propozycji dodania § 7, zgodnie z którym sąd, uwzględniając skargę na niewykonanie wyroku, „może przyznać od organu na rzecz skarżącego sumę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej ½ wymierzonej organowi grzywny". Celem tej regulacji, która bazuje na rozwiązaniu przyjętym w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. Nr 179, poz. 1843 z późn. zm.), jest wzmocnienie ochrony interesów skarżącego[83], a przyznawana suma pieniężna ma stanowić rekompensatę w związku ze stwierdzonym faktem niewykonania wyroku.

[80] W. Sawczyn, *Środki dyscyplinowania administracji publicznej w prawie o postępowaniu przed…*, s. 171.

[81] R. Suwaj, *Sądowa ochrona przed bezczynnością administracji publicznej*, Warszawa 2014, s. 241−242.

[82] Art. 154 § 5 p.p.s.a.

[83] Przedstawiony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, druk sejmowy nr 1633, http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1633.

4. Zakończenie

Reasumując, zapewnienie efektywnej wykonalności orzeczeń sądu administracyjnego jest zagadnieniem złożonym, a przez to budzącym niemałe wątpliwości. Dotyka nie tylko prawidłowości przyjętych rozwiązań w ustawie procesowej, ale również pozycji ustrojowej sądów administracyjnych. Tym samym zapewnienie środków prawnych, za pomocą których możliwe będzie wyegzekwowanie prawomocnych rozstrzygnięć musi zostać dostosowane do szczególnej formy sprawowania przez sądy administracyjne wymiaru sprawiedliwości przejawiającej się w kontroli pod względem legalności działalności administracji publicznej i wynikających z tego uprawnień kasacyjnych. Wymaga zatem z jednej strony zagwarantowania instrumentów umożliwiających wykonanie przez organy administracyjne – które są w tej kwestii właściwe − wyroków sądu, a z drugiej – przyznania jednostce skutecznych środków, które w sytuacji bezczynności administracji, pozwolą na zainicjowanie postępowania przed niezależnym i bezstronnym sądem w celu skłonienia organu do uczynienia zadość dyspozycji zawartej w orzeczeniu. Zagwarantowane jednostce prawo do wykonania wyroku sądowego, będące prawem podmiotowym, wymaga więc ze strony państwa przedsięwzięcia takich rozwiązań, aby zapewniały one skuteczne wyegzekwowanie prawomocnego wyroku sądu administracyjnego rozstrzygającego o uprawnieniach i obowiązkach.

Postanowienia w tej kwestii ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi pozwalają na skonstatowanie, że ustawodawca za niezbędne uznał przyznanie jednostce prawa do złożenia szczególnego rodzaju skargi, jaką jest skarga na niewykonanie wyroku. Ma to stanowić swoiste *remedium* zapobiegające opieszałości organów w tym przedmiocie. Jakkolwiek przedmiotem niniejszej skargi jest żądanie wymierzenia organowi grzywny, to jednak niniejsza sankcja stanowi tylko jeden ze środków, za pomocą których prawodawca zwalcza bezczynność administracji w tym przedmiocie. Obok bowiem grzywny statuuje również możliwość dochodzenia od organu odpowiedzialności odszkodowawczej, a przede wszystkim prawo sądu do podjęcia merytorycznego orzeczenia, które w postępowaniu sądowoadministracyjnym przewidziane jest wyjątkowo. Dowodzi to, że problematyka wykonalności orzeczeń sądu administracyjnego stanowi istotne zagadnienie z punktu widzenia zapewnienia skutecznej ochrony sądowej i wymaga przedsięwzięcia środków nie tylko o charakterze dyscyplinującym, ale i represyjnym. Temu ostatniemu służy chociażby zaproponowany w projekcie zmiany ustawy zamiar przyznania sądom uprawnienia do przyznania skarżącemu od organu sumy pieniężnej w wysokości nieprzekraczającej ½ wymierzonej organowi grzywny. Rozwiązanie to, wzmacniające prawa procesowe jednostki, potwierdza też, że wykonanie prawomocnych orzeczeń sądu jest istotne nie tylko w celu ochrony ukształtowanego porządku prawnego, ale przede wszystkim w świetle obowiązku strzeżenia praw i wolności jednostki.

Tomasz Jurczyk
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Trzy źródła praw podstawowych Unii Europejskiej

1. Wstęp

Oparcie Unii na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka[1] stanowi jeden z fundamentów jej funkcjonowania. Początki tworzenia systemu ochrony praw człowieka przez ówczesną Wspólnotę sięgają lat 60. ubiegłego wieku, kiedy to głównym celem Wspólnoty była ekonomiczna integracja kilku gospodarek państw zachodnioeuropejskich. Po sformułowaniu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Trybunał) zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego, okazało się, że spełnienie ekonomicznych celów Wspólnoty nie będzie możliwe bez uwzględnienia i poszanowania przez wspólnotowe instytucje praw człowieka, co było warunkiem uznania przez sądy konstytucyjne państw członkowskich powyższej zasady w prawie wspólnotowym. Tak więc Trybunał ze względów czysto praktycznych dodał kolejny konstytucyjny element do istniejącego już systemu prawa wspólnotowego, uznając ochronę praw podstawowych za część wspólnotowego porządku prawnego w formie zasad ogólnych[2]. Dzisiaj, po kilkudziesięciu latach, jesteśmy już w innym punkcie integracji i oprócz „niepisanej karty praw" będącej rezultatem działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości UE mamy „zewnętrzną kartę praw" w postaci Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Konwencja), jak również od niedawna „pisaną kartę praw", zwaną Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Karta)[3].

2. Zasady ogólne jako źródło praw podstawowych w Unii Europejskiej

Jak już zostało wspomniane powyżej, to właśnie wypracowanie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego oraz skutku bezpośredniego i obawa o zakwestionowanie

[1] Traktat o Unii Europejskiej (TUE), Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010, art. 2.
[2] P. Pescatore, *Les droits de l'homme de l'integration europeenne,* (1968) 4 „Cahiers de droit europeen" 629.
[3] Powyższe trzy źródła praw zostały wymienione wprost, chociaż w odwrotnej kolejności w art. 6 TUE.

tych zasad przez sądy państw członkowskich skłoniły Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej do uznania praw podstawowych za część prawa Unii. Zostało to po raz pierwszy potwierdzone w sprawie *Stauder*, w której Trybunał skonstatował, iż odnalazł podstawowe prawa człowieka będące częścią zasad ogólnych prawa europejskiego[4]. W następnych latach Trybunał wydał szereg interesujących orzeczeń, w których dopracował i rozwinął doktrynę ochrony praw podstawowych w prawie Unii. I tak w sprawie *Handelsgesellschaft*[5] uznał istnienie gwarancji dla ochrony praw podstawowych w prawie Unii, analogicznych do tych istniejących w państwach członkowskich, odmawiając przy tym bezpośredniego zastosowania praw podstawowych będących częścią prawa krajowego, uznając wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich za pośrednie źródło praw Unii. Dało to podstawy do stworzenia własnego systemu praw podstawowych, niezależnego od systemów państw członkowskich.

W kolejnej, interesującej sprawie *Nold*[6] Trybunał wyjaśnił, na czym mają polegać pośrednie związki między krajowym a unijnym systemem ochrony praw podstawowych, uznając, iż „prawa podstawowe stanowią część zasad ogólnych prawa, do których przestrzegania Trybunał jest zobligowany" oraz że w celu ochrony tych praw Trybunał czerpie inspirację z konstytucyjnych tradycji wspólnych dla państw członkowskich i dlatego nie może podtrzymywać przepisów stojących w sprzeczności z prawami podstawowymi uznanymi i chronionymi przez konstytucje państw członkowskich. Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, których państwa członkowskie są sygnatariuszami. W ten sposób Trybunał nawiązał po raz pierwszy pośrednio do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, która odtąd będzie stanowić bardzo ważny punkt odniesienia przy interpretacji praw podstawowych istniejących w unijnym porządku prawnym[7] (pierwsza bezpośrednia wzmianka o Konwencji miała miejsce w sprawie *Hoechst*)[8].

---

4 Wyrok TSUE 29/69 *Stauder przeciwko Ulm*, Zb. Orz. 1969, s. 419, podobnie w wyroku TSUE 25/70 *Koster przeciwko Einfuhr-und Vorratsstelle Fuer Getriede Und Futtermittel*, Zb. Orz. 1970, s. 1161.

5 Wyrok TSUE 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft przeciwko Einfuhr-und Vorratsstelle fur Getriede und Futtermittel*, Zb. Orz. 1970, s. 1125.

6 Wyrok TSUE 4/73 *Nold przeciwko Komisji*, Zb. Orz 1974, s. 491.

7 Wyrok TSUE w połączonych sprawach 46/87 i 227/88 *Hoechst przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1989, s. 2859.

8 Warto w tym momencie zwrócić uwagę na polityczne poparcie dla doktryny praw podstawowych rozwijanej przez Trybunał, którego udzieliły Trybunałowi instytucje Unii w postaci Wspólnej Deklaracji Parlamentu, Rady i Komisji z 1977 roku, w której, powołując się m.in. na już istniejące orzecznictwo Trybunału, potwierdziły swoje zaangażowanie w kwestii ochrony praw podstawowych (1977 OJ C103/1). Stanowiło to przeciwwagę dla późniejszej krytyki Trybunału i wysuwanych oskarżeń ze strony niektórych przedstawicieli doktryny o tzw. aktywizm judykacyjny, mający na celu poszerzenie kompetencji Trybunału, a nie rzeczywistą ochronę praw podstawowych; zob. J. Coppel, A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, (1992) 29, „Common Market Law Review" 669.

Oscylując między z jednej strony tradycjami konstytucyjnymi wspólnymi dla wszystkich państw członkowskich, a z drugiej traktatami międzynarodowymi, w szczególności Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Trybunał musiał odpowiedzieć na pytanie o standardy ochrony praw podstawowych w prawie UE – do jakiego stopnia był związany standardami ochrony wspólnymi dla państw członkowskich, a do jakiego standardami Konwencji? Czy należało przyjąć wspólny mianownik i w ten sposób zaakceptować najniższy możliwy standard ochrony oraz narazić się na zarzuty o lekceważenie istotnej przecież kwestii ochrony praw człowieka w prawie Unii, co mogłoby spowodować sformułowanie bardzo poważnych zarzutów natury konstytucyjnej, przede wszystkim ze strony sądów konstytucyjnych państw członkowskich, a w konsekwencji być może doprowadzić do erozji fundamentalnej przecież dla istnienia całego systemu prawa zasady pierwszeństwa prawa unijnego? Przyjmując z kolei teorię maksymalnego standardu, Trybunał mógłby zbyt głęboko ingerować w systemy prawne niektórych państw członkowskich. Kwestia uwzględnienia specyfiki prawa Unii też jest tutaj istotna, ponieważ będąc organizacją przede wszystkim o charakterze ekonomicznym, której instytucje stoją na straży prawidłowego funkcjonowania wspólnego rynku, mogą mieć inną optykę w kwestii zakresu ochrony niektórych praw, niż np. Europejski Trybunał Praw Człowieka. Ostatecznie Trybunał wybrał chyba najbardziej racjonalne rozwiązanie, przyjmując własny autonomiczny standard ochrony praw podstawowych uwzględniający specyfikę prawa unijnego[9].

W sprawie *Hauer*[10] Trybunał posłużył się zasadą proporcjonalności w celu znalezienia równowagi pomiędzy interesem jednostki a interesem publicznym, tak więc uznał istnienie zasady ograniczającej prawa podstawowe, jednakże nie w sposób bezwarunkowy[11], jak również absolutny charakter niektórych praw, które ze względu na swoją specyfikę nie mogą podlegać żadnym ograniczeniom[12].

Kolejna istotna do rozstrzygnięcia kwestia dla prawidłowego funkcjonowania systemu ochrony praw podstawowych w prawie Unii dotyczyła zasięgu aplikacji unijnych praw podstawowych przez państwa członkowskie w sytuacji stosowania przez nie prawa UE.

Na początku należałoby zdefiniować pojęcie „zakresu prawa europejskiego", pojęcia, którym Trybunał posługuje się bardzo często, a które warunkuje, jak pokażą przytoczone orzeczenia poniżej, kontrolę nad pokaźną częścią ustawodawstwa krajowego. Czy

[9] T. Jurczyk, *Poziom ochrony praw podstawowych w prawie Wspólnot Europejskich*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej" 2006, nr 5.

[10] Wyrok TSUE 44/79 *Hauer przeciwko Land Rheinland-Pfalz*, Zb. Orz. 1979, s. 3727.

[11] Wyrok TSUE C-34/09 *Zambrano przeciwko Office national de l`emploi*, Zb. Orz. 2011, s. I-1177.

[12] Wyrok TSUE C-112/00 *Schmidberger przeciwko Republika Austrii*, Zb. Orz. 2003, s. I-5659, w której Trybunał uznał prawo do życia, zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania i karania za sferę wolną od nakładania jakichkolwiek ograniczeń.

też pojęcie to oznacza tyle co zasięg istniejącej obecnie unijnej legislacji[13] rozumianej jako kluczowe kryterium kontroli ustawodawstwa krajowego, czy ma znacznie szerszy potencjalnie zakres zastosowania i odnosi się do kompetencji ustawodawczych Unii? Ten ostatni przypadek musiałby obejmować również wszystkie potencjalne rodzaje stosunków społecznych, które ze względu na kompetencje ustawodawcze Unii mogłyby się znaleźć w przyszłości w zasięgu regulacji unijnych. W takiej sytuacji termin „zakres prawa UE" miałby o wiele szersze znaczenie, a kontrola Trybunału Sprawiedliwości UE sięgałaby znacznie głębiej w ustawodawstwo krajowe.

W sprawie *Wachauf*[14] państwa członkowskie zostały zobligowane do przestrzegania praw podstawowych przy implementacji prawa unijnego. W sprawach *Grogan*[15] i *ERT*[16] Trybunał ustalił kryteria warunkujące oddziaływanie prawa unijnego na prawo krajowe. Ponieważ każdorazowo ocena tych kryteriów zależy tylko od Trybunału, który musi zdecydować, czy istnieje wystarczająco mocna i bezpośrednia więź pomiędzy przepisami unijnymi a krajowymi, nie jest łatwo ustalić, gdzie przebiega granica pomiędzy normami krajowymi, które nie znajdują się w zasięgu oddziaływania norm unijnych, a tymi, które są tym zasięgiem objęte[17]. Ponadto, w sprawie *ERT* Trybunał uznał, że zakres kontroli praw podstawowych dotyczy również sytuacji, w których państwa członkowskie powołują się na klauzule derogacyjne.

3. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności jako zewnętrzne źródło praw podstawowych w prawie UE

Europejska Konwencja o ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Konwencja) wraz z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka od kilku dekad stanowi podstawę dla realizacji idei upowszechniania praw człowieka w Europie. Interpretacja przepisów Konwencji przez Europejski Trybunał Praw Człowieka wyznacza standardy ochrony praw człowieka we wszystkich państwach członkowskich UE i ma również istotny wpływ na działalność orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości UE. Relacje pomiędzy systemem ochrony praw człowieka działającym w oparciu

[13] Np. wyrok TSUE C-323/08 *Rodriguez przeciwko Herencia yacente de Rafael de las Heras Davila, Zb. Orz.* 2009, s. I-11621.

[14] Wyrok TSUE 5/88 *Wachauf przeciwko Niemcy*, Zb. Orz. 1989, s. 2689.

[15] Wyrok TSUE C-159/90 *Grogan przeciwko The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, Zb. Orz. 1991, s. I-4605.

[16] Wyrok TSUE C-260/89 *ERT przeciwko DEP*, Zb. Orz. 1991, s. I-2925.

[17] Wyrok TSUE C-299/95 *Kremzow przeciwko Republika Austrii*, Zb. Orz. 1997, s. I-2629; wyrok TSUE C-60/00 *Carpenter przeciwko Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002, s. I-6279; wyrok TSUE C-117/01 *K.B przeciwko National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Zb. Orz. 2004, s. I-541.

o Konwencję, a tym stworzonym przez UE podlegają ciągłej ewolucji. Znana opinia Trybunału Sprawiedliwości UE z 1992 r. o braku podstaw prawnych do przystąpienia Unii do Konwencji i konieczności nowelizacji traktatów, jeżeli cel ten miałby zostać zrealizowany, po wejściu w życie Traktatu z Lizbony straciła na aktualności[18].

Traktat z Lizbony w art. 6 ust. 2 zobligowuje Unię do przystąpienia do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Przystąpienie takie nie może mieć wpływu na kompetencje Unii określone w Traktatach[19]. Według Protokołu nr 8 dotyczącego art. 6 ust. 2 TUE w sprawie przystąpienia Unii do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności umowa dotycząca przystąpienia Unii do Konwencji „musi odzwierciedlać konieczność zachowania szczególnych cech Unii i prawa Unii, zwłaszcza w odniesieniu do: a) szczególnych warunków ewentualnego udziału Unii w organach kontrolnych Konwencji Europejskiej; b) mechanizmów niezbędnych do zapewnienia, aby skargi państw członkowskich i skargi indywidualne były kierowane prawidłowo przeciwko Państwom Członkowskim lub Unii, w zależności od danego przypadku"[20]. Ponadto, w art. 2 niniejszego Protokołu zawarte są gwarancje, że przystąpienie Unii do Konwencji nie będzie miało wpływu na kompetencje Unii ani na uprawnienia jej instytucji, a także nie będzie mieć wpływu na szczególną sytuację państw członkowskich w odniesieniu do Konwencji, w szczególności protokołów do niej, środków podjętych przez państwa członkowskie w drodze odstępstwa od Konwencji zgodnie z jej artykułem 15 i zastrzeżeń do Konwencji dokonanych przez państwa członkowskie zgodnie z jej artykułem 57[21].

Ponieważ na chwilę obecną Unia nie jest jeszcze stroną Konwencji, chociaż jest to kwestia niedalekiej przyszłości, przepisy Konwencji nie mogą być stosowane bezpośrednio do kontrolowania systemu ochrony praw podstawowych obowiązującego w Unii. Z kolei Europejski Trybunał Praw Człowieka posiada kompetencje do kontrolowania systemów prawnych państw członkowskich pod względem zgodności z Konwencją. Pytanie, które należałoby tutaj zadać, brzmi: w jakim zakresie Europejski Trybunał Praw Człowieka sprawuje kontrolę nad tymi kompetencjami państw członkowskich Unii, które zostały Unii przekazane w ramach transferu kompetencji, nie mając jednocześnie prawa do kontrolowania aktów normatywnych Unii pod względem zgodności z przepisami

[18] Opinia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nr 2/94 w sprawie dopuszczalności przystąpienia Wspólnoty Europejskiej do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dn. 28.03.1996, Zb. Orz. 1996, s. I-1759.

[19] Art. 6 ust. 2 TUE: „Unia przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności". Można powiedzieć, że niniejszy artykuł nakłada konstytucyjny obowiązek na Unię w kwestii przystąpienia do Konwencji.

[20] Art. 1 Protokołu nr 8 dotyczącego art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie przystąpienia Unii do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

[21] Art. 2 Protokołu nr 8 dotyczącego art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie przystąpienia Unii do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Konwencji? Logiczne jest zatem, że w powyższym przypadku jakaś forma pośredniej kontroli prawa UE musiała zostać przez Europejski Trybunał Praw Człowieka wypracowana. W sprawie *M&Co przeciwko Niemcy*[22] Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, że transfer kompetencji przez państwo członkowskie UE na rzecz Unii nie jest niezgodny z Konwencją, o ile prawa podstawowe uzyskają równorzędną ochronę, a zatem taki transfer kompetencji nie jest generalnie zabroniony, ale nie wyłącza odpowiedzialności państwa, w świetle przepisów Konwencji, w odniesieniu do wykonywania tychże kompetencji, które takie kompetencje przekazało. W sprawie *Bosphorus*[23] Europejski Trybunał Praw Człowieka wyjaśnił powyższą kwestię bardziej szczegółowo. Uznał, że Konwencja nie zabrania przekazania kompetencji na rzecz organizacji międzynarodowej. Potwierdził jednocześnie, że organizacja taka, będąc adresatem kompetencji, nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne naruszenia tekstu Konwencji, dopóki nie jest jej stroną. Natomiast strona Konwencji, na podstawie art. 1 Konwencji, ponosi odpowiedzialność za wszystkie działania i zaniechania swoich organów, bez względu na fakt, że takie działanie lub zaniechanie było konsekwencją prawa krajowego, czy też wynikało z konieczności wypełnienia zobowiązań międzynarodowych. Gdyby przyjąć przeciwne założenie i zwolnić państwa członkowskie z odpowiedzialności za ten obszar kompetencji, które zostały przekazane organizacji międzynarodowej czy ponadnarodowej, wówczas pewna część systemu prawnego znalazłaby się poza zakresem oddziaływania Konwencji i powstałaby próżnia w odniesieniu do ochrony praw człowieka, a byłoby to niezgodne z celami Konwencji[24]. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że legalność takiego przekazania jest uwarunkowana istnieniem na poziomie organizacji międzynarodowej ekwiwalentnego, a więc porównywalnego systemu ochrony praw podstawowych. Istnienie takiego systemu oznacza domniemanie, że prawa podstawowe są chronione należycie przez organizację międzynarodową/ponadnarodową (UE) i dopiero w przypadku „wyraźnie niedostatecznej" ochrony tych praw Trybunał uznałby, że Konwencja została naruszona, za co odpowiedzialność poniosłoby państwo członkowskie, a nie Unia. Takie założenie implikuje zasadniczy wniosek: Trybunał godzi się tutaj na niższy standard pośredniej kontroli w odniesieniu do UE. Powstaje pytanie, czy po przystąpieniu UE do Konwencji i zastąpienia pośredniej kontroli kontrolą bezpośrednią Unia nadal będzie mogła liczyć na specjalne traktowanie w przedmiocie poziomu ochrony praw podstawowych gwarantowanych przez Konwencję i Europejski

[22] Decyzja Komisji *M&Co przeciwko Niemcy* z 9 lutego 1990 r., skarga nr 13258/87, DR 64/138.

[23] Wyrok ETPCz z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi przeciwko Irlandii*, nr skargi 45036/98.

[24] *Ibidem*.

Trybunał Praw Człowieka[25]. Trudno jednoznacznie w obecnej chwili odpowiedzieć na powyższe pytanie, ale z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że rozciągnięcie bezpośredniej kontroli przez Konwencję nad całym systemem prawnym Unii i zamiana kontroli pośredniej na bezpośrednią może skutkować chęcią stosowania jednolitych standardów zarówno do Unii, jak i państw członkowskich, a specyfika i odrębność prawa UE może nie być tu wystarczającym argumentem na rzecz utrzymania *status quo*.

4. Karta Praw Podstawowych

Proklamowanie Karty Praw Podstawowych w grudniu 2000 r., a następnie prawie dekadę później jej wejście w życie jako integralnej części Traktatu z Lizbony stanowiło duży krok naprzód w uregulowaniu kwestii ochrony praw podstawowych w prawie Unii. Ponieważ istniał już wcześniej nieskodyfikowany system ochrony, a od czasu Traktatu z Maastricht pojawiły się pierwsze wzmianki o ochronie praw podstawowych w prawie materialnym, głównym celem Karty było usystematyzowanie oraz „wzmocnienie ochrony praw podstawowych poprzez wyszczególnienie tych praw w Karcie i przez to uczynienie ich bardziej widocznymi"[26]. Ponadto, „Karta potwierdza prawa wynikające zwłaszcza z tradycji konstytucyjnych i zobowiązań międzynarodowych wspólnych państwom członkowskim, Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Kart Społecznych przyjętych przez Unię i Radę Europy oraz z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka"[27]. Karta zatem nie tworzy żadnych nowych praw, a jedynie kodyfikuje źródła już istniejących.

Struktura Karty odzwierciedla w przeważającej większości to, co znajduje się w rozdziałach poświęconych materii dotyczącej ochrony praw i wolności jednostki w państwach demokratycznych, umiejscowionych zwykle w rozdziałach drugich konstytucji. Karta podzielona jest na siedem tytułów, dodatkowo zawiera preambułę i protokół nr 30 dotyczący stosowania postanowień Karty wobec Polski i Wielkiej Brytanii. Trzy pierwsze tytuły Karty (*Godność*, *Wolności*, *Równość*) dotyczą praw wolnościowych, tytuł IV zawiera prawa pracownicze, w tym prawa dotyczące rodziny i ochrony zdrowia[28]. Rozdział V reguluje kwestie związane z obywatelstwem Unii, a VI z wymiarem sprawiedliwości. Na szczególną uwagę zasługuje Tytuł VII Karty zawierający postanowienia ogólne dotyczące wykładni i stosowania Karty. Przede wszystkim postanowienia Karty

[25] T. Lock, *EU Accession to the ECHR: Implications for judicial review in Strasbourg*, [2010] 35 European Law Review 777.

[26] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010, preambuła, akapit 4.

[27] *Ibidem,* preambuła, akapit 5.

[28] *Ibidem*, art. 33 i 35.

mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii[29]. Co więcej, Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii[30].

Najważniejszy jednakże dla interpretacji postanowień Karty wydaje się podział na prawa, będące podstawą roszczeń jednostki, oraz na zasady, które „mogą być wprowadzane w życie przez akty prawodawcze i wykonawcze przyjęte przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez akty państw członkowskich, gdy wykonują one prawo Unii […] można się na nie powoływać w sądzie jedynie w celu wykładni tych aktów i kontroli ich legalności"[31]. Niestety, Karta nie zawiera katalogu zasad, które byłyby zgrupowane w jednym z jej tytułów. Niewątpliwie taka konstrukcja Karty utrudnia zidentyfikowanie samych zasad; trudno określić, czy mają one charakter rozłączny w stosunku do praw i nie zawierają punktów stycznych, czy też przeciwnie. Być może niniejsza kwestia wyklaruje się w przyszłym orzecznictwie Trybunału[32].

Materia ograniczeń praw będąca elementem składowym każdego systemu ochrony praw człowieka została uregulowana w Karcie w art. 52 ust. 1, który stanowi, że „wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w niniejszej Karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób"[33]. Mamy tu do czynienia z ograniczeniami praw i wolności w aspekcie formalnym i materialnym[34]. Aspekt formalny oznacza, że wszelkie ograniczenia praw i wolności mogą być nakładane tylko i wyłącznie w drodze ustawy, a więc przez podmiot posiadający demokratyczną legitymację[35]. Z kolei aspekt materialny wylicza wartości będące celem ograniczeń (ograniczenia muszą zostać

[29] *Ibidem*, art. 51 ust. 1.

[30] *Ibidem*, art. 51 ust. 2.

[31] *Ibidem* art. 52 ust. 5.

[32] Więcej na temat relacji między zasadami a prawami w: R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002.

[33] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *op. cit.*, art. 52 ust. 1.

[34] Zob. L. Garlicki, *Polskie Prawo Konstytucyjne. Zarys wykładu*, Liber 2012, s. 101–102.

[35] Warto zwrócić tutaj uwagę na angielską wersję tekstu art. 52 ust. 1 Karty, gdzie jest mowa o ograniczeniach nakładanych przez prawo, a nie ustawę, jak w polskiej wersji językowej: „Any limitation […] provided for by law". Może to rodzić obawy, czy takie ograniczenia mogłyby być również nakładane przez organy egzekutywy. Zgodnie z teorią prawa konstytucyjnego nie wydaje się to możliwe, tak więc przy uchwalaniu aktów normatywnych zawierających ograniczenia praw i wolności, które są wymienione w Karcie, niezbędny jest współudział Parlamentu Europejskiego jako jedynego podmiotu posiadającego demokratyczną legitymację; zob. D. Triantafyllou, *The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": Restricting Fundamental Rights by Reference*, [2002] 39 Common Market Law Review, s. 53–64.

uznane za konieczne i rzeczywiście odpowiadać celom interesu ogólnego uznawanego przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób).

Aby na skutek dopuszczalnych prawem ograniczeń nie doszło do erozji gwarantowanych przez Kartę praw i wolności, w każdym porządku konstytucyjnym muszą istnieć tzw. ograniczenia ograniczeń[36]. Karta nie wprowadza tutaj nic nowego i odwołuje się do dwóch tradycyjnych i dobrze znanych w prawie konstytucyjnym narzędzi: ograniczenia relatywnego w postaci zasady proporcjonalności oraz absolutnego w postaci zakazu naruszania istoty praw i wolności[37].

5. Zakończenie

Istniejące trzy źródła praw podstawowych w Unii Europejskiej (a właściwie cztery, jeżeli weźmiemy pod uwagę również konstytucje państw członkowskich) odzwierciedlają skomplikowany charakter systemu prawnego Unii, który podlega ciągłej ewolucji. Z jednej strony od lat 60. ubiegłego wieku trwa mozolna budowa systemu ochrony praw podstawowych w oparciu o zasady ogólne zakotwiczone we wspólnych tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich, która spoczywa na barkach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Z drugiej strony, Unia posiada od niedawna Kartę Praw Podstawowych, która jako „pisana karta praw" oferuje obywatelom UE uporządkowany katalog praw i ułatwia w ten sposób korzystanie z niego. Po trzecie, mamy system ochrony praw podstawowych oparty na Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który bezpośrednio oddziałuje na porządek normatywny państw członkowskich, a pośrednio na system unijny. W tym przypadku, po wejściu w życie Traktatu z Lizbony zobowiązującego Unię do przystąpienia do Konwencji, sytuacja jest klarowna. Problem istnieje natomiast na poziomie prawa Unii, gdzie mamy do czynienia z dwoma systemami ochrony praw podstawowych (Karta i zasady ogólne), których wzajemne relacje nie zostały dotychczas należycie uporządkowane.

[36] Zob. L. Garlicki, *op. cit*., s. 102.
[37] *Ibidem*, s. 102–103.

Piotr Kapusta
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Nowe technologie w służbie prawa do sądu

1. Wprowadzenie

Normatywne uregulowanie prawa do sądu zawarto w przepisie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który wskazuje, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd[1]. Na podstawie przytoczonego brzmienia przepisu przyjmuje się, że prawo do sądu to „zapewnienie każdemu możliwości poddania jego sprawy pod osąd bezstronnego, niezależnego i niezawisłego sądu"[2]. Przytoczone rozumienie prawa do sądu nie wprowadza jednak nowej jakości w definiowaniu tego pojęcia, albowiem ogranicza się ono jedynie do przeformułowania treści wyrażonej w Konstytucji. Jak słusznie wskazuje się w literaturze[3], treść prawa do sądu została wypracowana w nauce prawa oraz orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK)[4]. Ze względu na rozmiar i charakter niniejszego opracowania, nie wdając się w szczegółowe rozważania teoretyczno-prawne, godzi się jedynie przypomnieć za TK elementy prawa do sądu, które to obejmuje „prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem – organem niezależnym, bezstronnym i niezawisłym; prawo do odpowiedniego kształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności; prawo do wyroku sądowego rozumiane jako prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez

[1] W literaturze reprezentowane jest stanowisko, że art. 45 ust. 1 Konstytucji nie ustanowił prawa do sądu jako takiego, ale wyłącznie potwierdził już prawo istniejące – tak m.in. J. Jodłowski, [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne,* Warszawa 2012, s. 267.

[2] A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny,* Warszawa 2012, s. 251.

[3] Por. m.in. Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym,* Warszawa 2010, s. 75.

[4] Na temat prawa do sądu por. A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego,* Łódź 2006; J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *Prawo do sądu,* [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP,* Warszawa 2002; L. Garlicki, *Prawo do sądu (rozważania de lege fundamentale ferenda),* „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" Sectio G, vol. XXXVIII, Lublin 1990; Z. Czeszejko-Sochacki, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu,* „Państwo i Prawo" 1992, z. 10; H. Mądrzak, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka (studium na tle polskiego prawa konstytucyjnego, prawa cywilnego materialnego i procesowego),* [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona,* Warszawa 1997; P. Osowy, *Problemy dotyczące dostosowania polskiego prawa sądowego cywilnego do prawa europejskiego – ochrona praw i wolności na przykładzie prawa do sądu*, „Rejent" 2000, nr 12; A. Zieliński, *Prawo do sądu i organizacja władzy sądowniczej,* [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego,* Warszawa 2006.

sąd”[5]. Nadmienić jednocześnie wypada, że „w państwie prawnym prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie, jako dostępność drogi sądowej w ogóle, lecz i materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej”[6]. W swoim orzecznictwie TK podkreśla równocześnie rolę tzw. prawa do wysłuchania, stwierdzając, że „przejawem naruszenia prawa do sądu może być także pozbawienie [...] tzw. prawa do wysłuchania, które wprawdzie nie zostało wyrażone w Konstytucji, jednak jest powszechnie uznane za składową prawa do sądu”[7]. Zważywszy jednocześnie na przeważające zdanie przedstawicieli nauki prawa[8], którzy stoją na stanowisku, że „prawo do sądu w ujęciu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP rozumiane jest szeroko”[9], nie tylko teoretyczne, ale również praktyczne znaczenie prawa do sądu jest przemożne. „Choćby już samo pojęcie sprawy, do której rozpatrzenia każdy ma prawo, ma zakres znaczeniowy szerszy niż w ujęciu ustaw istotnych dla poszczególnych gałęzi prawa”[10]. Myśl tę podkreśla i rozwija Sąd Najwyższy, który w jednym ze swoich orzeczeń stwierdził, że pojęcie „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji ma charakter autonomiczny i obejmuje również sprawy, które nie są sprawami cywilnymi, sądowoadministracyjnymi lub karnymi[11].

Przy tak określonym rozumieniu treści prawa do sądu konieczne jest takie ukształtowanie instytucji prawnych, by w możliwie najpełniejszy sposób umożliwiały one jego realizację. Tradycyjne instytucje już na dobre zadomowiły się w polskim porządku prawnym. Niestety, wraz z rozwojem technologicznym – w szczególności związanym z postępem w zakresie komunikacji na odległość, w tym elektronicznej – wydają się one być coraz bardziej archaiczne. Ich nieprzystawalność do aktualnej rzeczywistości wynika właśnie z faktu możliwości sprawniejszego komunikowania się nie tylko z wymiarem sprawiedliwości, ale także organami administracji publicznej z wykorzystaniem nowych technologii. Z kolei kurczowe trzymanie się przez ustawodawcę klasycznych form komunikacji obywatela z sądem poczytywane może być za naruszenie prawa do sądu. Z tych względów niezbędnym jawi się dokonanie przeglądu dotychczas wprowadzonych w polskim porządku prawnym możliwości wykorzystania nowych technologii w relacji interesanta z sądem, ze wskazaniem zagranicznych tendencji tzw. informatyzacji sądownictwa, jak również wysunięcie postulatów *de lege ferenda* w analizowanym obszarze.

---

5 B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne,* Warszawa 2008, s. 500.

6 Wyrok TK z 25 stycznia 1995 r., W 14/94, OTK 1995, nr 1, poz. 19, LEX nr 25547.

7 Wyrok TK z 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14, LEX nr 54048.

8 Wyrok TK z 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK-A-2002, nr 2, poz. 14, LEX nr 54048. Por. m.in. A. Wróbel, *Prawo do sądu – tezy referatu*, [w:] *Konferencja Naukowa Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1999, s. 207 i n.

9 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Warszawa 2012, SIP Legalis.

10 B. Banaszak, *Konstytucja*...

11 Postanowienie SN z 19 grudnia 2003 r., III CK 319/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 31, LEX nr 106639.

2. Wykorzystania nowych technologii w komunikacji obywatela z sądem

W coraz większej liczbie obszarów związanych z działalnością sądownictwa możliwe jest posiłkowanie się nowoczesnymi rozwiązaniami. Jednym z nich jest dostęp do KRS. Wszystkie elementy Rejestru, tj. rejestr przedsiębiorców, rejestr stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji, publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz rejestr dłużników niewypłacalnych, prowadzone są w systemie informatycznym. Tworzy on jednolity system w skali całego kraju. Przy wykorzystaniu bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu możliwe jest od początku 2007 r. składanie do KRS wniosków o wpis drogą elektroniczną. Dostęp do danych – na równych zasadach dla każdego – zawartych w KRS również możliwy jest z wykorzystaniem Internetu. Wyszukiwanie podmiotów i przeglądanie treści wpisów możliwe jest 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu i wolne jest od jakichkolwiek opłat. Z dniem 1 stycznia 2012 r. wszedł w życie przepis art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS: „Pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację […], jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze”[12]. Wprowadzone rozwiązanie pozwala pobierać zainteresowanym wydruki z KRS bez konieczności uiszczania opłat, tak jak w przypadku pozyskiwania odpisów papierowych. Bez wątpienia krok ten ułatwia dostęp do informacji, pozwala znacząco skrócić czas oczekiwania na odpis, jak też jest przejawem ograniczenia formalizmu, który w razie uznania go za zbędny stanowi naruszenie konstytucyjnego prawa do sądu[13].

Bez wątpienia dużym ułatwieniem dla osób pragnących założyć spółkę z o.o. było umożliwienie zainteresowanym założenia tzw. S24, czyli spółki z o.o. zawiązywanej z wykorzystaniem wzorca umowy spółki udostępnionego w systemie teleinformatycznym. Spółka zostaje zawiązana poprzez wypełnienie formularza i opatrzenie go podpisem elektronicznym, który nie musi być uwierzytelniany za pomocą bezpiecznego certyfikatu. Wprawdzie spółka powinna być wpisana do Rejestru w ciągu 24 godzin, jednak praktyka wskazuje, że rejestracja odbywa się wyłącznie w godzinach pracy sądów rejestrowych, o czym Ministerstwo Sprawiedliwości informuje na stronie internetowej. Rozwiązanie to ze wszech miar wykazuje znaczące walory ekonomiczne, wynikające

[12] Art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1203.

[13] Por. C. Kosikowski, *Przedsiębiorczość na Podlasiu. Problemy prawne i funkcjonowanie,* Białystok 2009, s. 198–199.

nie tylko z oszczędności środków pieniężnych, ale również rozpatrywane z czasowego punktu widzenia.

Wraz z pracami nad pełną funkcjonalnością elektronicznego dostępu do KRS prowadzono prace informatyczne zmierzające do elektronicznego dostępu do ksiąg wieczystych[14]. „Treść ksiąg wieczystych objętych systemem NKW gromadzona jest w Centralnej Bazie Danych Ksiąg Wieczystych mieszczącej się w Centralnym Ośrodku Przetwarzania Danych Ministerstwa Sprawiedliwości"[15]. W chwili obecnej zgodnie z przepisem art. 36^4 ust. 4 ustawy o księgach wieczystych i hipotece w przypadku złożenia za pośrednictwem systemu teleinformatycznego wniosku o wydanie odpisu księgi wieczystej, wyciągu z księgi wieczystej oraz zaświadczenia o zamknięciu księgi wieczystej, prowadzonej w systemie informatycznym, Centralna Informacja umożliwia samodzielne wydrukowanie tych dokumentów za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Wydruki tych dokumentów mają moc dokumentów wydawanych przez sąd, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w centralnej bazie danych ksiąg wieczystych. Kolejne udoskonalenia funkcjonalności systemu informatycznego, dzięki któremu możliwy jest dostęp do ksiąg wieczystych drogą elektroniczną, zmierzają do przyspieszenia postępowań wieczystoksięgowych (planuje się możliwość elektronicznego składania wniosków), a przez to także zwiększenia pewności obrotu prawnego. Teletransmisja danych jest istotna również m.in. z perspektywy postępowań egzekucyjnych zmierzających do jak najszybszego zaspokojenia wierzyciela.

Instytucją, która wydaje się najpełniej oddawać sens wykorzystania nowych technologii dla jak najszerszego urzeczywistnienia prawa do sądu, jest elektroniczne postępowanie upominawcze (dalej EPU)[16]. Wprowadzone ono zostało do polskiego porządku prawnego 1 stycznia 2010 r. i znacząco wpłynęło na spadek liczby przetwarzanych na papierowe elektronicznych dokumentów przygotowywanych przez strony postępowania. EPU oparte jest na wykorzystaniu systemu teleinformatycznego, który dane do niego wprowadzone automatycznie importuje do bazy e-sądu[17]. „Dzięki temu akta sprawy mają postać jedynie elektroniczną, a oryginał nakazu zapłaty znajduje się w systemie

[14] Projekt informatyczny „Nowa Księga Wieczysta" pilotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości przewiduje przede wszystkim zakładanie i prowadzenie ksiąg wieczystych w systemie informatycznym, migrację treści ksiąg wieczystych prowadzonych w formie tradycyjnej do tegoż systemu oraz wydawanie odpisów z ksiąg wieczystych na wzór wydruków z KRS.

[15] S. Kotecka, *Obywatelski wymiar e-sądownictwa w Polsce. O wykorzystaniu technologii informacyjno-komunikacyjnych w relacji interesanta z sądem,* „Analizy i Opinie" 2014, nr 142, s. 11.

[16] Elektroniczne postępowanie upominawcze stanowi podtyp postępowania upominawczego, do którego w zakresie nieuregulowanym wprost stosuje się przepisy o postępowaniu upominawczym (por. art. 505^{28} k.p.c.). Trzeba jednak zaznaczyć, że szeroka realizacja prawa do sądu z wykorzystaniem nowych technologii w ramach EPU dotyczy w szczególności powoda.

[17] Jako właściwy do rozpoznawania spraw w EPU należących do właściwości innych sądów rejonowych ustalono Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie (rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie ustalenia sądu rejonowego, któremu przekazuje się rozpoznawanie spraw

teleinformatycznym e-sądu, co pozwala te dokumenty udostępniać stronom elektronicznego postępowania upominawczego zdalnie, przez Internet"[18]. Ta sama zasada dotyczy klauzuli wykonalności. Celem zabezpieczenia obrotu prawnego przed fałszowaniem dokumentów pobieranych z systemu e-sądu każdy dokument opatrywany jest identyfikatorem umożliwiającym sprawdzenie jego autentyczności. Bez konieczności opatrywania wydruku pieczęcią ma on moc dokumentu urzędowego. Do korzystania z EPU zachęcają nie tylko rozwiązania o charakterze technicznym umożliwiające ograniczenie wykorzystania papieru i oszczędność czasu w porównaniu z tradycyjnym postępowaniem upominawczym, ale także przepisy poświęcone opłatom w EPU. Podobnie jak w przypadku postępowania nakazowego, zgodnie z przepisem art. 19 ust. 2 pkt 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od pozwu w EPU pobiera się czwartą część opłaty. W konsekwencji wykorzystania systemu teleinformatycznego strony, co jest dla nich istotne, mają cały czas dostęp do akt sprawy. Obserwacja praktyki stosowania przepisów przed e-sądem doprowadziła nowelizacji przepisów dotyczących postępowania cywilnego, wskutek której od 7 lipca 2013 r. powód ma obowiązek podać PESEL pozwanego i nie może dochodzić roszczeń, które stały się wymagalne w okresie trzech lat przed dniem wniesienia pozwu.

Dalszymi rozwiązaniami wykorzystującymi osiągnięcia technologiczne jest wdrożony w sądach Portal Informacyjny Sądów Powszechnych oraz tzw. protokół elektroniczny. Oba uzupełniają się i w braku możliwości pełnej komunikacji z sądem w sposób elektroniczny znacznie ułatwiają pracę sekretariatów oraz dostęp strony chociaż do części akt sprawy. Portal Informacyjny jest narzędziem pozwalającym uprawnionemu lub upoważnionemu podmiotowi na dostęp do informacji o sprawie toczącej się z jego udziałem. Zarejestrowany w Portalu Informacyjnym użytkownik otrzyma dostęp do danych o sprawie obejmujących m.in. stan sprawy, tzn. na jakim etapie procedowania znajduje się aktualnie proces sądowy; czynności wykonane przez sąd wraz z określeniem osoby odpowiedzialnej za jej wykonanie oraz daty (np. przekazanie akt biegłemu celem wydania opinii); wyznaczone terminy posiedzeń; dokumenty w sprawie wygenerowane przez sąd w postaci elektronicznej (pisma wychodzące, wyroki, postanowienia, uzasadnienia, protokoły z rozpraw); dane dotyczące postępowania w niższej instancji, o ile takie istnieją, oraz protokół elektroniczny z możliwością odsłuchania. Korzystanie z Portalu jest bezpłatne, dzięki czemu strona oszczędza czas i pieniądze, które należałoby poświęcić na tradycyjny kontakt z sądem. Jednocześnie zauważalne jest przyspieszenie samych postępowań sądowych, ponieważ sekretariaty wydziałów zwolnione zostały

w elektronicznym postępowaniu upominawczym należących do właściwości innych sądów rejonowych).

[18] S. Kotecka, *op. cit.*, s. 12.

z obowiązku udzielania informacji uczestnikom postępowania na ich życzenie, kiedy te widoczne są po zalogowaniu w systemie teleinformatycznym. Dodatkową funkcją Portalu jest system powiadomień wysyłanych na skrzynkę poczty elektronicznej użytkownika. Dzięki niej strona może na bieżąco zaznajamiać się ze wszystkimi czynnościami podejmowanymi w jej sprawie i monitorować stan postępowania.

Z kolei protokół elektroniczny, zwany powszechnie e-protokołem, stanowi nową postać protokołu sądowego wprowadzoną ustawą z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego[19], która weszła w życie 1 lipca 2010 r. Protokół elektroniczny to nagranie obrazu i dźwięku albo samego dźwięku, czyli tego, co dzieje się na sali sądowej. Szczegółowe kwestie związane z nową formą utrwalenia przebiegu rozprawy reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 sierpnia 2011 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego[20]. Wprowadzona cztery lata temu reforma bez wątpienia przyczyniła się do skrócenia czasu trwania posiedzeń, a w konsekwencji również całych postępowań sądowych. Ponadto dokładnie odzwierciedlany jest przebieg posiedzenia sądowego, co znacznie ograniczyło liczbę wniosków o sprostowanie protokołu. Nagrywanie rozpraw stanowi także gwarancję pełnej przejrzystości postępowania sądowego. Całość rozprawy jest utrwalona w nagraniu o wysokiej jakości dźwięku, a niekiedy i obrazu, przez co w razie jakichkolwiek wątpliwości można je rozstrzygać z pełną pewnością. Tradycyjny protokół (obecnie tzw. pisemny protokół skrócony) zredukowano do postaci zwięzłych opisów najważniejszych etapów posiedzenia. W swym skrótowym kształcie pełni on przede wszystkim rolę spisu treści tego, co nagrano w trakcie przebiegu rozprawy. Już po zakończeniu rozprawy protokół skrócony pozwala sprawnie poruszać się po utrwalonym materiale i precyzyjnie wyszukiwać potrzebne fragmenty nagrań. W ten sposób w sprawach, w których posiedzenie sądowe jest nagrywane, akta sprawy składają się z dwóch wzajemnie uzupełniających się części: tradycyjnej, prowadzonej w formie papierowej, oraz elektronicznych nagrań[21]. Protokół elektroniczny stanowi uzupełnienie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych. Gdy posiedzenie w postępowaniu cywilnym rejestrowane jest przy pomocy systemu cyfrowego, nagranie audio udostępniane jest na Portalu Informacyjnym w przeciągu kilkunastu godzin od zakończenia posiedzenia, w związku z czym strona ma do niego dostęp przez całą dobę za pośrednictwem

[19] Dz. U. Nr 108, poz. 684, dalej k.p.c.

[20] Dz. U. Nr 175, poz. 1046.

[21] Niemiecki kodeks postępowania cywilnego (*Zivilprozessordnung, ZPO)* przewiduje możliwość prowadzenia akt w formie elektronicznej. W przeciwieństwie jednak do sytuacji, która została wykreowana w Polsce, możliwość prowadzenia e-akt sądowych dotyczy nie tylko EPU, albowiem przepisy ZPO dają uczestnikom postępowania prawo wyboru, czy akta sprawy mają być prowadzone w formie tradycyjnej, czy też elektronicznej – wykluczono przy tym prawo różnicowania formy dokumentów włączonych do akt.

swojego konta. Wdrożenie cyfrowej rejestracji rozpraw zostało zakończone 16 lipca 2012 r.

W ramach programu pilotażowego na obszarze apelacji białostockiej od 17 lutego 2014 r. wdrażany jest przez Polska Grupę Pocztową system elektronicznego potwierdzenia odbioru. W przypadku korespondencji sądowej kwestia doręczenia – a dla sądu dowodu odbioru przesyłki przez adresata – jest równie ważna jak treść nadanego pisma. Właściwe zawiadomienie strony stanowi jeden z gwarantów prawa do sądu. Stąd też odejście od tradycyjnego modelu doręczeń, tkwiącego swymi korzeniami w XIX w., wymaga szczegółowego przygotowania i wcześniejszego testowania. Nie jest jednak tak, że polski ustawodawca został postawiony przed sytuacją wymagającą wieloletnich prac, albowiem „technologia potrzebna do wdrożenia EPO istnieje od ponad 30 lat"[22]. W założeniu system oparty ma być na wyposażeniu doręczających przesyłki sądowe w urządzenia mobilne ze skanerem, na którym podpis składać będą adresaci. Po powrocie do placówki pocztowej dane będą przenoszone do systemu teleinformatycznego i przesyłane do bazy, do której mają mieć dostęp pracownicy sekretariatów. Nie będą oni już zajmować się wpinaniem tradycyjnych zwrotek do akt, ale przyporządkowaniem EPO do danej sprawy znajdującej się w bazie. Bez wątpienia model ten pozytywnie wpłynie na funkcjonowanie organów wymiaru sprawiedliwości, a to za sprawą skrócenia obiegu informacji o doręczeniu. W ten sposób sądy będą mogły również szybciej reagować na fakt niedoręczenia przesyłki i podejmować odpowiednie kroki w zakresie kierowania rozprawą. Strony zaś będą mogły liczyć na szybsze rozpoznanie ich sprawy.

W kontekście skuteczności doręczeń z nietypowym dla realiów polskiego wymiaru sprawiedliwości zachowaniem mieliśmy do czynienia w brytyjskiej sprawie z powództwa AKO Capital LLP i AKO Master Fund przeciwko TFS Derivatives, Fabio de Biasemu oraz Anjamowi Ahmedowi. Pozwana spółka TFS Derivatives stanowczo zaprzeczyła twierdzeniom pozwu, wskazując jednocześnie na zamiar wystąpienia z roszczeniami regresowymi przeciwko Fabio de Biasemu w razie ustalenia jego odpowiedzialności za przedstawione w pozwie nadużycia. Z kolei kwestia doręczenia pozwu Fabio de Biasemu okazała się niezwykle utrudniona ze względu na niemożność ustalenia jego ostatniego miejsca zamieszkania. Podejmowane czynności zmierzały do urzeczywistnienia jednej z zasad Civil Procedure Rules (CPR), zgodnie z którą strona pozwana powinna mieć możliwość wypowiedzenia się co do zarzutów pozwu. Choć powód podejmował działania mające na celu ustalenie miejsca zamieszkania powoda (obowiązek na podstawie zasady 6.9 CPR), to jednak okazały się one bezskuteczne. Stąd też na podstawie zasady

[22] P. Dobrowolski, *Raport. Elektroniczne potwierdzenie odbioru zamiast papierowego awizo. Szansa na usprawnienie postępowań sądowych,* Warszawa 2014, s. 9.

6.15 CPR[23] powód zwrócił się do sądu o zezwolenie na doręczenie pozwu drogą alternatywną. „Z uwagi na niemożność ustalenia ostatniego miejsca zamieszkania pozwanego (Fabio de Biase), sąd uwzględnił wniosek powoda odnośnie do doręczenia pozwu przy pomocy Facebooka, po uprzednim przedstawieniu dowodu, iż dane konto na portalu społecznościowym należy do pozwanego oraz, że pozwany aktywnie z niego korzysta"[24]. Na mocy postanowienia sądu pozew w formacie PDF zamieszczono na koncie profilowym pozwanego. Tak przeprowadzone doręczenie wywarło skutek procesowy, nie pozwalając na obstrukcję postępowania.

W literaturze wskazuje się, że ustawodawca nie nadąża za zmieniającą się rzeczywistością[25], a obowiązujące rozwiązania prawne dotyczące przebiegu postępowania dowodowego są anachroniczne. Przejawem wprowadzania w życie niezbędnych reform jest nowelizacja art. 235 k.p.c., której od dawna domagali się zarówno przedstawiciele doktryny, jak też praktycy[26]. Zmiana ta skutkuje szerszym korzystaniem z dobrodziejstw nowych technologii w toku postępowania. Szczególnie doniosłe procesowo znaczenie ma przesłuchanie na odległość (wideokonferencja) oraz dowód z dokumentu elektronicznego. Zgodnie z uproszczoną definicją rozpowszechnioną w naukach informatycznych wideokonferencja to „połączenie realizowane w sieci komputerowej, podczas którego uczestnicy wymieniają w czasie rzeczywistym pliki dźwiękowe i wideo"[27]. B. Erdmann dodaje ponadto, że w czasie wideokonferencji zapewniony jest „dwukierunkowy przepływ sygnału głosu i kolorowego obrazu ruchomego pomiędzy grupami użytkowników w dwu lub więcej oddzielnych lokalizacjach. Wymagania minimalne zakładają, że w warunkach normalnych transmitowana informacja wideo jest wystarczająca do odpowiedniego odwzorowania płynnych ruchów dwóch lub więcej osób w sytuacji typowej dla posiedzenia, w ujęciu przedstawiającym głowę i ramiona"[28]. Normatywną podstawę przeprowadzenia dowodu w postępowaniu cywilnym w drodze wideokonferencji stanowi przepis art. 235 ust. 2 k.p.c. stanowiący, że jeżeli charakter dowodu się temu nie sprzeciwia, sąd orzekający może postanowić, że jego przeprowadzenie nastąpi przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających dokonanie tej czynności na odległość. Sąd

[23] Zasada 6.15 CPR stanowi, że: "Where it appears to the court that there is a good reason to authorise service by a method or at a place not otherwise permitted by this Part, the court may make an order permitting service by an alternative method or at an alternative place".

[24] I. Konopacka, *Podstawy prawne doręczania pozwów przez Facebooka,* „Przegląd Radcowski" 2013, nr 1, s. 70.

[25] B. Kaczmarek, *Nowe technologie, nowe możliwości – nowoczesne formy komunikowania się sądu i stron procesu cywilnego, a także sądów między sobą,* „e-Biuletyn" 2007, nr 3.

[26] M. Muliński, M. Krakowiak, *Przesłuchanie świadka w postępowaniu cywilnym za pomocą środków nowoczesnych techniki – postulat de lege ferenda,* „Przegląd Sądowy" 2005, nr 3.

[27] P. Adamczewski, *Słownik informatyczny,* Gliwice 2005.

[28] B. Erdmann, *Model komunikacji multimedialnej H.320, H.323,* plik dostępny na stronie internetowej Politechniki Wrocławskiej http://zstux.ita.pwr.wroc.pl/projekty/ezenia/itut.html (dostęp 10.08.2016 r. godz. 10:32).

orzekający przeprowadza dowód w obecności sądu wezwanego lub referendarza sądowego w tym sądzie. W sytuacji nagminnego odraczania rozpraw z powodu – i to nazbyt często również nieusprawiedliwionej – nieobecności świadków, biegłych czy też samych stron możliwość przeprowadzenia dowodu na odległość stanowi znaczący krok w usprawnieniu prowadzenia postępowania oraz redukcji jego kosztów. Celowe usprawiedliwione nieobecności będące wcześniej środkiem obstrukcji procesowej[29] zostały ukrócone. Wątpliwości mógł tu stanowić wyłom od zasady bezpośredniości, która jednak doznaje tu jedynie ograniczenia. Korzyści płynące z wykorzystania nowych technologii dla przeprowadzenia dowodu na odległość oraz udział sędziego lub referendarza sądowego w posiedzenie po stronie sądu wezwanego pozwalają na pełne zaaprobowanie tej formy przeprowadzenia dowodu.

Problemowym zagadnieniem jest w praktyce wykorzystanie dokumentu elektronicznego – po pierwsze, dotyczy ono znaczenia tego pojęcie, po drugie zaś jego wartości dowodowej. W doktrynie słusznie wysuwa się postulaty *de lege ferenda* wskazujące, że „w dobie rozwoju elektronicznych środków informatycznych zakres znaczeniowy pojęcia dokumentu nie powinien być zawężany jedynie do ich papierowej postaci"[30]. Podstawowym zagadnieniem jest moc dowodowa dokumentu elektronicznego. W doktrynie podkreśla się przede wszystkim problematykę podpisu, nośnika oraz postaci zapisu treści dokumentu elektronicznego[31]. W literaturze brak nadal rozstrzygnięcia co do zawartości dokumentu elektronicznego. Choć cel postępowania dowodowego oraz względy praktyczne przemawiają za uznaniem za dopuszczalne multimedialnych dokumentów elektronicznych (np. w formie dźwięku czy obrazu), to jednak sprawa nie jest do końca jasna i wskazuje się na ewentualny zarzut wykładni *contra legem*, zważywszy na treść art. 308 k.p.c. Stąd pożądana byłaby stosowna nowelizacja przepisów prawa dowodowego. Dla skutecznej realizacji prawa do sądu ważne jest domniemanie autentyczności dokumentu elektronicznego.

Wykorzystanie nowych technologii w kontakcie z wymiarem sprawiedliwości w Polsce jest coraz większe. Wciąż jednak kontakt z sądem w sferze procesowej jest ograniczony jedynie w zakresie dopuszczalnym przepisami postępowania. W szczególności nadal ograniczona jest rola elektronicznej skrzynki podawczej. Choć każdy podmiot publiczny, w tym także sąd, powinien posiadać elektroniczną skrzynkę podawczą, to jednak nadal wnoszenie pism procesowych drogą elektroniczną jest znacznie ograniczone. Sąd

[29] A. Zalesińska, *Przesłuchanie na odległość w Polsce – postulaty de lege lata i de lege ferenda na tle konstrukcji prawnych przyjętych w innych krajach,* „e-Biuletyn" 2007, nr 2.

[30] J.W. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów,* Warszawa 2004, s. 335.

[31] Por. m.in. D. Szostek, M. Świerczyński, *Moc dowodowa dokumentu elektronicznego w postępowaniu cywilnym,* „Monitor Prawniczy" 2007, nr 17, s. 935 oraz B. Kaczmarek, *Moc dowodowa dokumentu elektronicznego w postępowaniu cywilnym – polemika,* „Monitor Prawniczy" 2008, nr 5.

Najwyższy w swoim orzecznictwie podkreśla, że wniesienie pozwu lub aktu oskarżenia do sądu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej nie zawsze wywiera skutek procesowy. Postanowieniem z 26 marca 2009 r. Sąd Najwyższy wskazał, że nie wywołuje skutku procesowego w postaci wniesienia środka odwoławczego oświadczenie procesowe strony, przesłane w formie dokumentu elektronicznego, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, albowiem zarówno w procedurze wykroczeniowej, jak i w procedurze karnej taka forma czynności procesowej nie jest przewidziana[32]. W podobnym duchu wypowiedział się SN w postanowieniu z 19 czerwca 2013 r., stanowiąc, że wykładnia przepisów art. 5 ust. 2 ustawy z 2001 r. o podpisie elektronicznym oraz art. 125 § 21 i art. 126 § 5 k.p.c. dokonywana z uwzględnieniem celu dyrektywy 1999/93/WE w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpisów elektronicznych nie uprawnia do przyjęcia, że wobec braku w k.p.c. przepisu szczególnego, który by to dopuszczał, strona postępowania sądowego, uregulowanego w tym kodeksie, może wnieść środek odwoławczy lub środek zaskarżenia w postaci elektronicznej albo opatrzyć go podpisem elektronicznym[33]. Stąd też, dopóki nie zostaną poczynione stosowne kroki legislacyjne, wnoszenie pism procesowych odnosić będzie skutek wyłącznie w przewidzianych prawem sytuacjach, a „elektroniczna skrzynka podawcza, a także poczta elektroniczna mogą być używane przez interesantów do kontaktu z sądem w sprawach innych niż procesowe, np. w sprawach dotyczących wniosków o udzielenie informacji publicznej”[34].

3. Wnioski

Przedstawione formy wykorzystania nowych technologii w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w konsekwencji, pośrednio lub bezpośrednio, wpływają na sposób realizacji przez jednostkę prawa do sądu. Przedstawione wyżej zastosowania nowych technologii stanowią jedynie wyliczenie przykładowe, nie obejmujące wszystkich, innych niż tradycyjne, form kontaktu jednostki z sądem. Opisane rozwiązania nakreślone zostały w wymiarze wzorcowym, który jednak nie we wszystkich częściach kraju realizowany jest w jednakowy sposób[35]. Podkreślenia wymaga również fakt, że pomimo wdrażania kolejnych nowych form pracy sądów, środków komunikacji z jednostkami wymiaru sprawiedliwości oraz prowadzenia postępowania, to jednak wciąż polskie rozwiązania normatywne są daleko w tyle za regulacjami obowiązującymi w innych państwach. Za pozytywne poczytywać należy kroki podjęte w celu skracania czasu trwania

[32] Postanowienie SN z 26 marca 2009 r., I KZP 39/08, OSNKW 2009, nr 5, poz. 36, LEX nr 1360186.
[33] Postanowienie SN z 19 czerwca 2013 r., I CZ 59/13, niepubl., LEX nr 1360186.
[34] S. Kotecka, *op. cit.*, s. 12.
[35] Por. S. Kotecka, *op. cit.*, s. 21.

postępowań, m.in. przez wprowadzenie tzw. rekwizycji biernej czy testowanie systemu elektronicznego potwierdzenia odbioru oraz uruchomienie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych, jak też uruchomienie elektronicznego postępowania upominawczego, cieszącego się coraz większym zainteresowaniem. Działania te w niewątpliwie pozytywny sposób wpływają na korzystanie przez jednostki z prawa do sądu w różnych jego wymiarach. Wciąż jednak polskie ustawodawstwo wymaga dalszych reform w kierunku tzw. informatyzacji wymiaru sprawiedliwości. Na drodze do stworzenia e-sądownictwa konieczne jest stworzenie jednolitego i kompleksowego systemu informacji o strukturze sądownictwa i wszelkich danych ułatwiających korzystanie z niego. W dobie wzrastającego wykorzystania Internetu w kontakcie między jednostkami konieczne jest zwiększenie możliwości inicjowania postępowań sądowych właśnie tą drogą. Na wzór innych państw (np. Niemiec) pisma sądowe, odpowiednio zabezpieczone, wnoszone drogą sądową powinny wymierać skutek procesowy. Szansa takiego prowadzenia postępowania powinna być dana w szczególności tym, którzy prowadzenie swojej sprawy powierzają profesjonalnemu pełnomocnikowi, a na pewno do takiego kształtowania postępowania powinno obligować się organy administracji. Za zbyteczny formalizm uznaję zobowiązanie jednostki do przedkładania wyciągów z rejestrów już teraz prowadzonych w systemach teleinformatycznych (KRS, księgi wieczyste). Sąd, mając również dostęp do systemu, powinien samodzielnie sięgać do danych, bez obligowania do ich przedkładania w formie papierowej. Jak pokazały przykłady z innych krajów, wykorzystanie w nich nowych technologii w sądownictwie jest o wiele bardziej zaawansowane niż w Polsce, która jednak kroczy właściwą ścieżką. Kreowane prawo nie może jednak wywoływać bezkrytycznego zachwytu nowymi technologiami, a sam ustawodawca powinien być wyczulony na powiązane z ich wykorzystaniem kwestie gwarancji prawa do prywatności oraz ochrony praw osób wykluczonych cyfrowo, których wciąż jest wiele w zdigitalizowanym świecie.

Robert Kropiwnicki
Poseł na Sejm RP

System wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce

1. Wprowadzenie

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności ustanowiła Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej Trybunał lub ETPC), który jest jednym z podstawowych filarów ochrony praw człowieka w Europie. W Polsce Konwencja obowiązuje od 1993 r., od tego czasu można składać skargi do Trybunału. Polacy od połowy lat dziewięćdziesiątych chętnie zaczęli korzystać z tego mechanizmu i szybko upowszechniła się wiedza o możliwości składania skarg do kolejnego organu sądowego.

Wraz ze wzrostem liczby państw-stron i gwałtownym zwiększeniem spraw rozpatrywanych powstała kwestia skutecznego egzekwowania orzeczeń ETPC. Konwencja w art. 46 stanowi, że Komitet Ministrów Rady Europy jest odpowiedzialny za nadzór nad wykonywaniem wyroków Trybunału. Jego działalność jest ważnym mechanizmem zabezpieczającym przed ignorowaniem skutków wyroków. Jednak w czasie wielu lat praktyki orzeczniczej powstało dużo problemów z nadzorowaniem działalności suwerennych państw, które dobrowolnie poddają się kontroli organu zewnętrznego i zobowiązują się do działań wymuszonych przez organ Konwencji.

Pomimo działań Komitetu wiele państw ma dość duży problem z bieżącym obsługiwaniem wyroków wydanych przez Trybunał. Stąd na forach Rady Europy wywiązała się dyskusja o potrzebie stworzenia systemu monitorowania wykonywania wyroków. Bezsprzecznie odpowiedzialny za ten system jest Komitet Ministrów, jednak ma on ograniczone możliwości wpływania na państwa członkowskie. Również Polska nie uniknęła nawarstwienia dużej ilości spraw nie wykonanych, zwłaszcza jeśli dotyczyły one rozwiązań systemowych. Powstał problem opanowania dużej ilości spraw polskich w Trybunale. W latach 1997–2006 lawinowo rosła liczba skarg i to niestety skutecznych. Rocznie Polska przegrywała kilkadziesiąt spraw, zwłaszcza związanych z naruszeniem art. 5. i art. 6. Konwencji. Wykonywanie wyroków przestało polegać tylko na wypłacie odszkodowań w realizacji konkretnych postanowień Trybunału, ale stało się sprawą systemowego działania państwa.

Po wielu latach różnych doświadczeń dotyczących wykonywania wyroków w 2007 r. Prezes Rady Ministrów zarządzeniem nr 73 z 19 lipca 2007 r. powołał zespół

do spraw Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Obecnie Zespół ten działa na podstawie Zarządzenia nr 20 Prezesa Rady Ministrów z 8 marca 2013 r. W zarządzeniu tym sformułowano najważniejsze cele zespołu:

1. Wypracowanie propozycji stanowisk dotyczących najważniejszych problemów wynikających ze skarg kierowanych do Trybunału oraz wydanych przez niego orzeczeń przeciwko Polsce.
2. Wypracowanie i przedstawianie Radzie Ministrów propozycji działań mających na celu zapobieganie naruszeniu przez Polskę Konwencji.
3. Monitorowanie wykonywania wyroków Trybunału, w oparciu o informacje przedstawiane przez właściwych ministrów.
4. Przygotowanie rocznych informacji ze stanu wykonywania wyroków Trybunału.
5. Opiniowanie projektów aktów prawnych budzących szczególne wątpliwości co do ich zgodności z Konwencją.
6. Omawianie najważniejszych problemów dotyczących orzecznictwa Trybunału wobec innych państw, zwłaszcza tych mogących mieć znaczenie dla Polski.
7. Analizowanie innych problemów związanych z problematyką ochrony prawa człowieka.

Obsługę Zespołu zapewnia Minister Spraw Zagranicznych i faktycznie funkcjonuje on w ramach tego ministerstwa. Tym samym zwyciężyła słuszna koncepcja, aby centrum zarządzania wykonywania wyroków było MSZ, jako najbardziej odpowiedzialne za realizację postanowień umów międzynarodowych, jak również odpowiedzialne za reprezentowanie Polski przed Trybunałem i innymi organami Konwencji. Wedle konkurencyjnej koncepcji za wykonywanie wyroków miałoby być odpowiedzialne Ministerstwo Sprawiedliwości, jako merytorycznie właściwe do wdrażania problemów praw człowieka, ale też dlatego, że najwięcej postępowań przed Trybunałem było związanych z działalnością sądownictwa.

W skład Zespołu wchodzą przedstawiciele wszystkich ministerstw i prokuratorii generalnej. Przewodniczącym Zespołu jest Pełnomocnik Ministra Spraw Zagranicznych do spraw postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka.

Zespół jest głównym organem koordynującym działania władz polskich w postępowaniach przed Trybunałem. W ostatnich latach wzrosła też jego rola w wykonywaniu wyroków.

Decyzją nr 121 z 29 września 2012 r. Minister Spraw Zagranicznych powołał dwie osoby na stanowisko Zastępcy Pełnomocnika i dodatkowego Zastępcę do spraw koordynacji wykonywania wyroków ETPC. Jest to pierwsze w Polsce stanowisko o wysokiej randze, które zajmuje się tylko koordynowaniem wykonywania wyroków. Od tego czasu tempo prac nad realizacją orzeczeń Trybunału zostało znacznie zwiększone.

Ważnym elementem jest możliwość współpracy przedstawicieli wielu ministerstw w jednym miejscu, ponieważ wiele orzeczeń wykracza poza zakres jednego resortu.

Zespół obligatoryjnie spotyka się w pełnym składzie co najmniej raz na kwartał, a do realizacji konkretnych spraw Pełnomocnik powołuje grupy robocze, w skład których wchodzą przedstawiciele zainteresowanych instytucji. Sprawozdania z prac zespołu są publikowane na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

Zadaniem Zespołu jest również przygotowywanie dorocznych raportów z wykonywania wyroków ETPC przez Polskę. Dotychczas opracowano trzy raporty: jeden zbiorczy dotyczący lat 2008–2011 i dwa roczne za lata 2012 i 2013. Raporty obejmują informacje o dokumentach przekazanych do Komitetu Ministrów, są to głównie plany działań, które zawierają strategie realizacji poszczególnych wyroków oraz raporty z podjętych działań, które omawiają wszelkie podjęte działania, zmierzające do wykonania wyroków i odnoszą się do wcześniej przyjętych strategii i ich wykonania. Komitet Ministrów narzucił dość szczegółową procedurę opracowywania planów działań i raportów z podjętych działań. Bardzo często dokumenty te zawierają dokładne dane statystyczne związane z dziedziną, której dotyczy wyrok. Przykładem może być podawanie powierzchni sądów powszechnych i sądów administracyjnych, które mają zobrazować polepszenie warunków pracy i obsługi interesantów.

Wykonanie wyroków polega na realizacji środków indywidualnych i generalnych. Te pierwsze polegają na wypłaceniu skarżącemu odszkodowania lub zadośćuczynienia i przywrócenie jego stanu sprzed zaistnienia naruszenia konwencji np.: wypuszczenie z aresztu czy załatwienie konkretnie postulowanej sprawy, do której przychylił się Trybunał.

Drugie, znacznie trudniejsze, to realizacja środków generalnych, polegających zazwyczaj na trwałym usunięciu przyczyn naruszenia Konwencji. Polega to na zmianach przepisów lub wywarciu wpływu na zmianę praktyki stosowania prawa przez organy władzy publicznej. Służy temu wiele działań rozpowszechniających orzeczenia Trybunału: szkolenia, instrukcje wydawane przez organy nadrzędne.

2. Algorytm wykonywania wyroków

W roku 2013 Zespół wypracował procedurę postępowania z wyrokami, tak aby najszybciej i najskuteczniej je wykonywać i wdrażać zalecane rozwiązania. Omawiany zestaw działań nazwano Algorytmem wykonania wyroków ETPC. Jak słusznie zauważają członkowie Zespołu, wdrożenie stałej procedury wykonywania wyroków ma na celu usystematyzowanie działań wielu instytucji, których wyroki dotyczą zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio. Poprzez precyzyjnie określone zadania, każdy z członków

Zespołu wie, jakie zadania ma do wykonania. Powoduje to pewną automatyzację poszczególnych działań. Większość instytucji ma świadomość, że może zapaść wyrok, który dotyczy ich obszaru merytorycznego, ponieważ wcześniej ich przedstawiciele uczestniczyli w przygotowywaniu stanowiska rządu przed Trybunałem. Z tego względu wydanie orzeczenia nie jest zaskoczeniem. Wiele elementów można przygotować przed wydaniem wyroku przez Trybunał, dotyczy to szczególnie procesów, które mieszczą się w pewnych stałych grupach, jak na przykład przewlekłość postępowań przed sądami czy zbyt długie tymczasowe aresztowanie. Wprowadzenie algorytmu uściśla obowiązki instytucji i ich przedstawicieli. Przyczynia się również do transparentności działań władz publicznych w tym zakresie, poprzez opisanie terminów i obowiązków. Opinia publiczna, poprzez media i działanie organizacji pozarządowych, łatwo może stwierdzić, kto wywiązuje się z zadań, a kto i jak często ma opóźnienia.

Zespół zaproponował 6 etapów Algorytmu.

Etap I

Cała procedura rozpoczyna się od wydania wyroku przez Trybunał, który stwierdza naruszenie Konwencji. Strony postępowania mają 3 miesiące na złożenie odwołania poprzez skierowanie wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby. Jeśli żadna ze stron tego nie uczyni, to wyrok staje się prawomocny. Po wydaniu wyroku Pełnomocnik przekazuje informacje o wyroku instytucji właściwej ze względu na jego zakres merytoryczny. Najczęściej jest to odpowiednie ministerstwo.

Etap II

Właściwa instytucja, której merytorycznie dotyczy wyrok, dokonuje jego tłumaczenia na język polski i przeprowadza analizę wyroku co do słuszności składania apelacji do Wielkiej Izby. Jeśli brak jest podstaw do odwołania, to Pełnomocnik wraz z właściwym ministrem przystępują do wykonania wyroku. Zarówno w zakresie środków indywidualnych, jak i środków generalnych. Jeśli jednak są podstawy do złożenia odwołania, to instytucja jest zobowiązana do przekazania w terminie 2 miesięcy uzasadnienia do wniosku o przekazanie do Wielkiej Izby. Ostateczną wersję wniosku przygotowuje i składa Pełnomocnik. Określenie konkretnych terminów powoduje większą mobilizację administracji, ale i zapobiega przepadkowi terminu na złożenie odwołania.

Etap III

W dwa tygodnie po uprawomocnieniu się wyroku, bez względu na to, w której instancji zapadł, odpowiedni minister lub szef innej instytucji przekazuje do Ministra Spraw Zagranicznych pełne tłumaczenie wyroku wraz z informacjami, jakie podjął, aby upowszechnić treść wyroku pośród administracji publicznej. Informacja musi zawierać szczegóły planu wdrożenia i ich terminy.

Etap IV

W okresie 3 miesięcy od uprawomocnienia się wyroku właściwy minister uzgadnia z Pełnomocnikiem wszystkie działania merytoryczne, które mają na celu wdrożenie wyroku w życie. Ministerstwo Spraw Zagranicznych tłumaczy materiały i przesyła je do Komitetu Ministrów Rady Europy, a dokładnie do Sekcji Wykonywania Wyroków.

Etap V

Ministerstwo właściwe we współpracy z Pełnomocnikiem wykonuje wyrok, głównie poprzez realizację zadań wpisanych do planu wykonania. W okresach kwartalnych ministerstwo właściwe przesyła do Pełnomocnika raport z realizacji planu z określeniem postępu prac.

Etap VI

Po zakończeniu realizacji planu działań ministerstwo właściwe przesyła wstępny projekt raportu, który po uzgodnieniach z Pełnomocnikiem jest przesyłany do Komitetu Ministrów.

Tak usystematyzowane działania pozwalają znacznie usprawnić pracę Pełnomocnika i całego Zespołu. Wymusza to na właściwych ministerstwach stworzenie komórek organizacyjnych odpowiedzialnych za wdrożenie działań do wykonania poszczególnych wyroków. Koordynacja działań i ich raportowanie do Komitetu Ministrów powoduje bardziej elastyczny przepływ informacji pomiędzy polskimi instytucjami i Sekcją do Spraw Wykonywania Wyroków.

Stworzenie powyżej opisanej procedury daje wymierne efekty − w 2013 przygotowano i wysłano do Rady Europy 54 plany działań i raporty z działań podjętych w celu wykonania wyroków, była to największa ilość od czasu obowiązywania Konwencji w Polsce. Warto zaznaczyć, że każdy plan to opracowanie liczące wiele stron, zawierający szerokie informacje z dziedziny, której dotyczy wyrok. W planach pokazywane są zadanie zrealizowane, jak również oczekujące na realizację wraz z terminami i podmiotami odpowiedzialnymi.

Sekcja do Spraw Wykonywania Wyroków Rady Europy (dalej Sekcja) jest organem pomocniczym Komitetu Ministrów odpowiedzialnym za opracowywanie materiałów uzyskanych od państw stron Konwencji w zakresie wykonywania wyroków. To z urzędnikami Sekcji Pełnomocnik utrzymuje bieżący kontakt. Po przeprowadzeniu analizy Sekcja może zwrócić się do Państwa Strony o uzupełnienie Raportu lub skorygowanie planowanych działań. W oparciu o opinie Sekcji Komitet Ministrów wydaje rezolucje dotyczące wykonania poszczególnych wyroków lub grup wyroków.

W sprawach szczególnie skomplikowanych lub dotyczących dużej ilości spraw Pełnomocnik corocznie opracowuje zaktualizowany plan działań. Zawiera on aktualny

stan prac nad uregulowaniem danej grupy spraw, zarówno w zakresie indywidualnym, jak i generalnym.

Sekcja dokonuje przydziału wyroków do poszczególnych grup spraw. Największą grupą wyroków dotyczących Polski jest obecnie grupa: *Kudła i Podbielski przeciwko Polsce*, dotycząca przewlekłości postępowań sądowych, zawiera ona 307 spraw. Sprawy z tej grupy dotyczą zarówno postępowań karnych, jak i cywilnych. Pełnomocnik corocznie w raportach przedstawia działania podejmowane na rzecz skrócenia postępowań sądowych. Ujmowane są w nich wszelkie informacje mające wpływ na stan sądownictwa, od ilości etatów sędziów i pracowników po zmiany legislacyjne.

Jednym z największych problemów w zakresie wykonania wyroków Trybunału jest realizacja środków generalnych, szczególnie tych, które wymagają zmian legislacyjnych, ale również tych, które zależą od instytucji niezależnych od władzy wykonawczej czy ustawodawczej.

W ostatnich latach dokonano wielu zmian ustaw, które miały na celu dostosowanie przepisów ustaw do standardów Konwencji. Można wymienić tutaj zmiany w kodeksie postępowania karnego, które w znacznym stopniu przyczyniły się do zwiększenia wolnościowych środków zapobiegawczych i tym samym zmniejszenia ilości tymczasowych aresztowań. Szczególnie istotne było wprowadzenie konieczności szczegółowych uzasadnień do wniosków o areszt, zarówno w pierwszym wniosku, jak i wnioskach o przedłużenie. Skutkiem zmian w prawie, ale i zwiększania świadomości sędziów jest znaczne zmniejszenie ilości aresztowań podejrzanych, na koniec 2012 r. było ich 19 363, podczas gdy na koniec 2005 r. było to 35 142 osób[1]. Można uznać, że dokonała się w tym obszarze znaczna zmiana systemowa. W ostatnich dwóch latach przestały wpływać do Trybunału skargi z tego zakresu, co może skłonić Komitet Ministrów do uznania całej grupy spraw z tego tematu za wykonane, a jest to obecnie ponad 180 wyroków.

3. Rola Sejmu i Senatu w wykonywaniu wyroków

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wielokrotnie zwracało uwagę na konieczność włączania parlamentów narodowych do wykonywania wyroków Trybunału. Wynikało to ze słusznego założenia, że parlamenty oprócz funkcji ustawodawczych pełnią funkcje kontrolne dla władz wykonawczych. W ten sposób chciano zwiększyć presję na wykonywanie wyroków przez rządy poszczególnych państw. W jednej z ostatnich rezolucji Zgromadzenia w tej sprawie nr 1787 z 26 stycznia 2011 r. sformułowano szereg postulatów do parlamentarzystów krajów członkowskich, w tym również polskich.

[1] Załącznik B do Raportu z wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę za 2013 r.

Za wzorce działań parlamentarnych uznano regulacje zastosowane w Wielkiej Brytanii i Holandii[2]. W krajach tych zastosowano dwa różne modele nadzoru parlamentarnego nad procedurami wykonywania wyroków. W Wielkiej Brytanii powołano specjalną komisję wspólną Izby Gmin i Izby Lordów, której zadaniem jest stałe monitorowanie działań rządu i parlamentu w tym zakresie[3]. W Holandii nie powołano specjalnej komisji, ale uczyniono przedmiotem debaty parlamentarnej specjalne sprawozdanie Ministra Spraw Zagranicznych na temat wyroków ETPC przeciwko Holandii i innych wyroków mogących mieć znaczenie dla holenderskiego porządku prawnego.

W Polsce wybrano inny model, który dopiero zaczyna się kształtować. W latach 2012 i 2013 sejmowa Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka odbyła posiedzenia, w takcie których dyskutowano o wykonywaniu wyroków. Jednym z wniosków z tych dyskusji było wskazanie na konieczność stałego zajmowania się tą problematyką przez organy Sejmu. Z tego względu wskazano na zasadność powołania stałej podkomisji do monitorowania wyroków Trybunału. Skutkiem tego na wspólnym posiedzeniu Komisji Spraw Zagranicznych i Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka 5 lutego 2014 r. powołano Podkomisję stałą do spraw wykonywania przez Polskę wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Powodem powołania podkomisji spośród posłów dwóch komisji stałych był zakres właściwości merytorycznej tych gremiów. Komisja Spraw Zagranicznych sprawuje nadzór nad Ministerstwem Spraw Zagranicznych, przy którym funkcjonuje Pełnomocnik. Jej członkowie biorą również aktywny udział w pracach Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy. Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka zajmuje się nadzorem nad Ministerstwem Sprawiedliwości, z którym bardzo mocno związane jest wykonywanie wielu wyroków i jest właściwa do rozpatrywania większości spraw związanych z zakresem praw człowieka. Z tego względu należy uznać, że skład podkomisji jest optymalny dla jej zakresu merytorycznego.

Podkomisja na swoich posiedzeniach zapoznaje się ze stanowiskiem Pełnomocnika w poszczególnych grupach spraw. Planowane są również działania koordynujące prace komisji sejmowych, które mogą przyspieszyć zmiany legislacyjne służące wykonywaniu wyroków. W dalszych pracach należy się zastanowić, czy coroczny raport z wykonywania wyroków ETPC przygotowywany przez Pełnomocnika i przekazywany do Komitetu Ministrów Rady Europy nie powinien stać się elementem debaty na forum Sejmu, podobnie jak Sejm odbywa debaty nad wieloma sprawozdaniami różnych instytucji.

[2] Pkt 8. Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1787 z 26 stycznia 2011 r.

[3] Joint Committee on Human Rights, więcej na ten temat [w:] E. Gierach, *Analiza prawna dotycząca obowiązków parlamentu narodowego w związku z wdrażaniem wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w wykonywanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Sejm*, Biuro Analiz Sejmowych 2012.

Może to być ważny element debaty publicznej nad stanem wykonywania wyroków Trybunału w Polsce.

W piśmiennictwie zgłaszane są również postulaty, aby Sejm dokonywał przeglądu wszystkich projektów ustaw pod kątem zgodności z Konwencją. Z punktu widzenia praktyki parlamentarnej należy uznać, że byłoby to niepotrzebne skomplikowanie procedury legislacyjnej. Głównie z tego względu, że zdecydowana większość aktów wydawanych przez Sejm i Senat nie ma nic wspólnego z prawami człowieka i postanowieniami Konwencji. Bardziej zasadne wydaje się podjęcie „miękkich" kroków na rzecz zwiększenia wiedzy o ważnych wyrokach Trybunału zarówno w sprawach przeciwko Polsce, jak i innym krajom, wśród posłów i senatorów oraz pracowników Biura Legislacyjnego i Biura Analiz Sejmowych. Konwencja jest jednym z wielu aktów prawa międzynarodowego obowiązującego w Polsce, które z mocy Konstytucji przy rozstrzyganiu wątpliwości ma pierwszeństwo przed ustawami.

Ważnym zagadnieniem pozostaje przygotowywanie projektów ustaw, które mają pomóc w wykonaniu wyroków Trybunału. Naturalnym projektodawcą w tych sprawach powinna być Rada Ministrów, jednak ze względu na złożoność procedury przygotowania projektów ustaw przez rząd należy rozważyć zastosowanie modelu podobnego do wykonywania wyroków Trybunału Konstytucyjnego. Przez dość długi czas istniał problem, która instytucja powinna wziąć na siebie ciężar przygotowania projektów ustaw, które miały wykonać wyroki Trybunału Konstytucyjnego. Zadania tego, z dużym powodzeniem, podjął się Senat, który regularnie przedkłada projekty ustaw z tym związane, przez co zaległości w tym zakresie znacznie się zmniejszyły. Można rozważyć model, w którym to Senat będzie przygotowywał projekty ustaw zmierzające do wykonania wyroków ETPC. Może to dotyczyć zwłaszcza spraw incydentalnych, w których potrzebne są zmiany prawa na poziomie ustawowym, aby móc zrealizować środki generalne. W sprawach systemowych wymagających poważnych zmian, zwłaszcza kodeksowych, inicjatywa powinna pozostać po stronie rządu.

Pomimo wielu słów krytyki jakie padały pod adresem władz polskich, bardzo rzadko o problemach wynikających z orzeczeń ETPC informowany był parlament. Można przypuszczać, że powołanie stałej podkomisji zmieni tę sytuację i przyczyni się do szybszego reagowania Polski na wyroki Trybunału. Należy również rozważyć stworzenie mechanizmu oficjalnego przekazywania przetłumaczonych wyroków członkom stałej podkomisji Sejmu, właściwej komisji Senatu, jak również legislatorom.

4. Rola sądownictwa w wykonywaniu wyroków

Bardzo duża liczba wyroków była i jest związana z wymiarem sprawiedliwości. Wykonanie wyroków indywidualnych nie budzi żadnych wątpliwości, jednak powstają one przy sprawach powtarzających się. Od momentu kiedy Trybunał stosuje zasadę spraw repetytywnych, wiadomo, że wszystkie skargi o zbliżonym charakterze będą miały taki sam koniec. Ze względu na powszechny szacunek do niezawisłości sędziów nie ma możliwości zastosowania jakiegokolwiek środka instruktażowego, możliwe jest tylko działanie na dwa sposoby. Z jednej strony to zmiany przepisów prawa, tak aby unikać możliwości skarżenia do Trybunału, a z drugiej szkolenia i szerokie informowanie sędziów o stosowanej praktyce orzecznictwa strasburskiego. Dobrym przykładem zastosowania obu sposobów była redukcja stosowanych aresztowań. Po serii skarg z tego zakresu uznanych za słuszne, Ministerstwo Sprawiedliwości podjęło cykl działań informujących sędziów i prokuratorów o skutkach wyroków ETPC. Równocześnie wprowadzono zmiany do kodeksu postępowania karnego, które wymusiły inne podejście prokuratorów i sędziów do stosowania aresztu, zwiększono też rolę wolnościowych środków zapobiegawczych.

Wyroki ETPC były również przedmiotem obrad Krajowej Rady Sądownictwa, która w swoim stanowisku z 16 grudnia 2011 r. w przedmiocie wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyraziła pogląd o dużym znaczeniu orzecznictwa Trybunału w sprawach polskich dla krajowego sądownictwa. Zwrócono uwagę na konieczność pilnego podejmowania działań na rzecz upowszechniania wiedzy o wyrokach przeciwko Polsce wśród sędziów. Od tego czasu KRS regularnie organizuje spotkania robocze poświęcone propagowaniu dorobku ETPC w środowisku sędziowskim. Rada zwróciła uwagę na niejednorodny system przepływu informacji w poszczególnych apelacjach i okręgach sądowych o sprawach, które były przedmiotem badania Trybunału. W omawianym stanowisku zalecono ujednolicenie procedur postępowania z informacjami o polskich sprawach w Trybunale.

Duże znaczenie ma działalność orzecznicza i informacyjna Sądu Najwyższego. Od ponad 10 lat regularnie wydawany jest przez Izbę Karną Sądu Najwyższego „Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych". Jest to pismo, na którego łamach są omówienia wyroków przeciwko Polsce i niektóre wyroki przeciwko innym krajom, które mogą mieć istotne znaczenie dla spraw polskich. To bardzo dobry periodyk, który pozwala polskim sędziom i wszystkim zainteresowanym problematyką, zapoznać się z bieżącym orzecznictwem Trybunału.

Przez wiele lat trwała dyskusja na temat możliwości egzekwowania linii orzeczniczej ETPC w polskich sądach. Konieczne było podejmowanie działań na rzecz zwiększania świadomości sędziów, ale brak było wyroków Trybunału Konstytucyjnego czy

Sądu Najwyższego, które dawałyby jednoznaczne wytyczne do stosowania przez polskie sądy dorobku strasburskiego. Od kilku lat sytuacja ta zmieniła się, zwłaszcza Sąd Najwyższy odważnie zaczął stosować wykładnię prokonwencyjną krajowych norm prawnych.

W judykaturze Sądu Najwyższego znajdujemy bardzo ważne stwierdzenie dla wykonywania wyroków również przez władzę sądowniczą. Sąd po przytoczeniu art. 46 Konwencji stwierdza: „z przytoczonego postanowienia trzeba wyprowadzić wniosek, że ostateczny wyrok Trybunału uwzględniający skargę wiąże państwo, przeciwko któremu została skierowana. Państwo to zatem nie może kwestionować stwierdzonego tym wyrokiem naruszenia praw gwarantowanych Konwencją. Odmienna wykładnia przekreślałaby zresztą sens utworzenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który ma zapewniać przestrzeganie zobowiązań wynikających z Konwencji i jej protokołów. Ostateczny wyrok Trybunału stwierdzający naruszenie praw człowieka oznacza, że państwo naruszyło swoje zobowiązania do przestrzegania standardów wynikających z umowy międzynarodowej. Stwierdzone nim naruszenie Konwencji wiąże przy tym wszystkie władze tego państwa, zarówno władzę ustawodawczą, jak i wykonawczą oraz sądowniczą. Obowiązek respektowania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka spoczywa zatem także na sądach. Chodzi tu nie tylko o uwzględnienie stanowiska Trybunału przy wykładni postanowień Konwencji i tłumaczenie przepisów prawa krajowego w zgodzie z tą wykładnią, lecz o podjęcie konkretnych działań zmierzających do zadośćuczynienia wyrokowi Trybunału”[4].

Znaczenie tego wyroku daleko przekracza jego indywidualny charakter. Sąd Najwyższy przyznał, że również władza sądownicza musi w swoich działaniach uwzględniać wykonywanie wyroków Trybunału. To bardzo ważna teza wygłoszona przez jeden z najwyższych autorytetów sądowych w Polsce. Podobnie w jednym z ostatnich wyroków Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów zastosował bardzo przyjazną Konwencji wykładnię przepisów kodeksu postępowania karnego. W uchwale uznano, że „potrzeba” wznowienia postępowania, o której mowa w art. 540 § 3 k.p.k., może dotyczyć nie tylko postępowania w sprawie, do której odnosi się rozstrzygnięcie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka o naruszenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ale także do innych postępowań karnych, w których zaistniało naruszenie postanowień Konwencji tożsame w układzie okoliczności faktycznoprawnych do stwierdzonego w orzeczeniu tego Trybunału wydanym przeciwko Polsce”[5]. Niestety, Sąd Najwyższy nie nadał tej uchwale mocy zasady prawnej, pomimo tego jest to bardzo ważna uchwała, która może nadać kierunek interpretowaniu i stosowaniu

[4] Wyrok SN z 28 listopada 2008 r. w sprawie V CSK 271/08.

[5] Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2014 r., I KPZ 14/14.

wielu przepisów w duchu zgodnym z orzeczeniami Trybunału. Może się to przyczynić do znacznego zmniejszenia ilości skarg przeciwko Polsce, jak również do szybszego wykonywania wyroków już zapadłych. Zastosowanie tej uchwały powinno zwrócić uwagę sędziów pierwszych instancji i apelacyjnych na orzecznictwo Trybunału i jeszcze częstsze stosowanie jego dorobku w wydawaniu wyroków. Słusznie zauważył Sąd Najwyższy, że obowiązek przestrzegania Konwencji w pierwszej kolejności należy do władz państwa-strony. Konwencja ma charakter subsydiarny w stosunku do krajowego systemu ochrony praw i wolności – z tego względu, jeśli jakiś przypadek jest zbliżony do już rozpatrzonego, to nie powinien on być oddalony przez sądy krajowe.

5. Podsumowanie

W ostatnich latach znacznie spadła liczba skarg wpływających do Trybunału przeciwko Polsce. W podsumowaniu roku 2013 Polska zajęła 12 miejsce w liczbie skarg. W roku 2011 było ich 6305, a w 2013 − 5031.

Spada również liczba skarg zakomunikowanych rządowi RP przez Trybunał: w 2011 r. było ich 246, a w 2013 już tylko 154. Oznacza to, że coraz mniej skarg jest przyjmowanych do rozpatrzenia. Przekłada się to również na wyroki przeciwko Polsce − w 2013 r. były tylko 23, jest to jedna z najmniejszych liczb w ostatnich 10 latach.

Wyraźnie rośnie liczba spraw zamkniętych przez Komitet Ministrów Rady Europy. Oznacza to, że wedle Komitetu dana sprawa została zakończona zarówno w środkach indywidualnych, jak i środkach generalnych: w 2011 r. było 58 spraw, w 2012 − 164 i w 2013 − 278. Jest to wynik przedkładania i uzgadniania planów działań z Sekcją, ale również systemowego podejścia ze strony rządu polskiego do realizacji wyroków. Na koniec 2013 r. do wykonania wedle Komitetu Ministrów było jeszcze 730 spraw polskich (w 2012 r. – 908) spośród 11 017 wszystkich spraw przeciwko państwom-stronom Konwencji. Jeśli w 2014 lub 2015 r. zostanie zamknięta grupa aresztów tymczasowych, to liczba wyroków niewykonanych zmniejszy się jeszcze bardziej..

Niewątpliwie największą grupą spraw zawisłych jest grupa *Fuchs, Podbielski i Kudła*, czyli przewlekłość postępowań sądowych jest to ok. 300 spraw, pomimo wielu wysiłków strony polskiej grupa ta objęta jest procedurą wzmożonego nadzoru, podobnie jak grupy: *Kaprykowski* – leczenie w zakładach karnych, *Horych* – status więźnia niebezpiecznego, *Orchowski* – przeludnienie w Zakładach Karnych, *Dzwonkowski* – użycie środków przymusu przez funkcjonariuszy publicznych. Oznacza, to że skargi z tego zakresu w dalszym ciągu napływają do Trybunału, chociaż należy zauważyć, że ich skuteczność jest znacznie mniejsza niż kilka lat wcześniej.

System wykonywania wyroków w Polsce dopiero zaczyna funkcjonować, polega on na stworzeniu jednoznacznie odpowiedzialnej struktury za realizacje orzeczeń Trybunału. Główną rolę odgrywa i musi odgrywać w nim władza wykonawcza, rolę wspomagającą pełni władza ustawodawcza i sądownicza. Ważne, że wszystkie podmioty uznały, że wyroki Trybunału dotyczą różnorodnych aspektów działania władz publicznych i nie są wyłączną domeną rządu. Stąd zwiększone zaangażowanie Sejmu i reprezentacji sądownictwa może wymiernie przyczynić się do skuteczniejszej ochrony praw człowieka poprzez sprawniejsze wykonywanie wyroków ETPC. Specyfika orzeczeń strasburskich jest tak wszechstronna i dotyczy tak różnych obszarów życia społecznego, że nie jest możliwe efektywne dostosowywanie norm prawnych i stosowania ich wykładni przez jeden podmiot władzy publicznej. Z pełnym przekonaniem można stwierdzić, że wykonywanie wyroków jest procesem ciągłym i będzie trwało tak długo, jak będzie funkcjonował Trybunał, nie można uznać, że zakończy się wraz z zakończeniem spraw najtrudniejszych. Ważne jest, aby krajowy system ochrony praw człowieka był na tyle sprawny, żeby ograniczać ilość spraw wpływających do organów międzynarodowych. Jeśli jednak dojdzie do stwierdzenia naruszenia norm umów międzynarodowych, to Polska musi być skuteczna w realizowaniu zobowiązań takich jak wyroki Trybunału.

Małgorzata Masternak-Kubiak
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Znaczenie zasady proporcjonalności w procesie inwestycyjno-budowlanym

Na proces inwestycyjno-budowlany składa się sekwencja prawnie zdeterminowanych czynności, których celem jest prawidłowe (fachowe) jego ukończenie przy jednoczesnym zagwarantowaniu ochrony uprawnień właściciela nieruchomości oraz interesu publicznego wyrażającego się m.in. w zapewnieniu, w równym stopniu, prawa zabudowy osobom trzecim[1].

Proces inwestycyjno-budowalny wiąże się z korzystaniem przez jednostkę z przysługujących jej wolności i praw konstytucyjnych. Prawo do swobodnej zabudowy nieruchomości – posadowienia budynku na nieruchomości – składa się na istotną treść prawa własności chronionego na podstawie art. 21 i art. 64 Konstytucji RP. Norma art. 21 wyraża zasadę ochrony przez Rzeczypospolitą Polską własności i prawa dziedziczenia. Z kolei norma art. 64 gwarantuje prawo podmiotowe jednostki do własności i innych praw majątkowych oraz ich równą ochronę. Teza ta odnosi się także do sytuacji osoby, która na podstawie tytułu prawnego innego niż własność (np. użytkowanie wieczyste, dzierżawa), jest uprawniona do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Wówczas prawo takiej osoby do zabudowy gruntu jest chronione na podstawie art. 64 ust. 1 i 2 ustawy zasadniczej jako inne niż własność prawo majątkowe[2].

Wolność zabudowy jest elementem konstytucyjnego prawa własności, albowiem swoboda zabudowy nieruchomości stanowi szczególny przykład korzystania z rzeczy. Właścicielowi nieruchomości przysługuje nie tylko ochrona i swoboda kształtowania swoich uprawnień w sferze prawnej, lecz również – jako inwestorowi – możliwość wystąpienia z roszczeniem wobec władzy publicznej. Zasada wolności budowlanej pojmowana w znaczeniu podmiotowym – jako prawo do zabudowy − ma zatem dwa aspekty: cywilnoprawny i publicznoprawny. W aspekcie cywilnoprawnym prawo do zabudowy jest pochodną prawa własności nieruchomości (ewentualnie innego prawa majątkowego, w którym mieści się „prawo dysponowania nieruchomością na cele budowlane"),

[1] Zob. W. Piątek, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 56.
[2] Zob. R. Hauser, *Konstytucyjne aspekty regulacji procesu inwestycyjno-budowlanego*, referat wygłoszony na Konferencji Izby Ogólnoadministracyjnej NSA, Płock 3–5 czerwca 20013 r., maszynopis powielony, s. 109.

można więc przyjąć, że jest ono zakotwiczone w art. 64 Konstytucji[3]. Natomiast aspekt publicznoprawny przejawia się w tym, że o wolności zabudowy nie decyduje podmiotowe prawo własności, lecz normy prawa publicznego, zwłaszcza normy planistyczne. Mając jednak na uwadze konstytucyjną legitymację prawa własności, należy przyjąć, że wolność zabudowy ma swoje źródło właśnie w tym prawie podmiotowym. Normy ustawy zasadniczej są bowiem źródłem najszerszego prawa podmiotowego obejmującego wszystkie aspekty prawa własności – zarówno w sferze prywatnoprawnej, jak i publicznoprawnej.

Zgodnie z treścią art. 64 ust. 3 Konstytucji „własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności". Wskazany przepis pełni podwójną rolę. Po pierwsze – stanowi jednoznaczną i wyraźną konstytucyjną podstawę dla wprowadzania ograniczeń prawa własności. Po drugie – zawarte w nim przesłanki dopuszczalności ograniczenia własności z pewnością stanowić mogą – tak formalne, jak i materialne – kryterium dla kontroli dokonanych przez prawodawcę ograniczeń, nie będąc jednakże wszystkimi konstytucyjnymi klauzulami zawężającymi w tym zakresie jego swobodę[4].

Wolność zabudowy, stanowiąc element konstytucyjnego prawa własności, może zostać ograniczona wyłącznie w drodze ustawy. W pierwszej kolejności ograniczenie tej wolności wynika z norm ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane[5], które wprowadzają administracyjną reglamentację procesu inwestycyjno-budowlanego. Czynią to zasadniczo poprzez instytucję pozwolenia na budowę oraz inne władcze akty administracyjne reglamentujące proces budowlany. Zaznaczyć przy tym trzeba, że stanowiąc wyjątek od zasady swobody zabudowy, wszelkie ustawowe ograniczenia tego procesu muszą być interpretowane zawężająco. Sfera nieobjęta przedmiotem regulacji ustawowej nie może bowiem stanowić podstawy do sformułowania skonkretyzowanych nakazów i zakazów w indywidualnym akcie administracyjnym[6]. Należy też mieć na uwadze, że ograniczenia (wyłączenia) wolności zabudowy są przewidziane w szczególnych ustawach prawa materialnego[7].

---

[3] Zob. wyrok TK z 20 kwietnia 2011 r., Kp 7/09, OTK ZU 2011, nr 3A, poz. 26.

[4] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 334–335; L. Garlicki *Komentarz do art. 31*, [w:] L. Garlicki (red. nauk.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 14–15.

[5] Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm., dalej Pr. bud.

[6] Zob. Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. 5, C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 99–100.

[7] Zob. np.: ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 647 z późn. zm.); ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1232 z późn. zm.); ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 627 z późn. zm.); ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.).

Przepis art. 4 Pr. bud., stanowiąc, że: „Każdy ma prawo zabudowy nieruchomości gruntowej, jeżeli wykaże prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, pod warunkiem zgodności zamierzenia budowlanego z przepisami", wprost wyraża zasadę wolności budowlanej w znaczeniu przedmiotowym − jako zasadę prawa, pełniącą rolę interpretacyjną w procesie wykładni norm Prawa budowlanego i innych ustaw regulujących proces inwestycyjno-budowlany[8].

Poza uprawnieniami bezpośrednio związanymi z tytułem prawnym do nieruchomości, angażując się w proces inwestycyjno-budowlany, osoby czy jednostki organizacyjne korzystają również z wolności działalności gospodarczej podlegającej ochronie na podstawie art. 20 i 22 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 20 Konstytucji – społeczna gospodarka rynkowa, oparta między innymi na wolności działalności gospodarczej, stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej. Owa wolność działalności gospodarczej należy do konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Z kolei art. 22 Konstytucji wyraża jedną z zasad polskiego ustroju gospodarczego (w tym zakresie stanowi konkretyzację zasady ogólnej, wyrażonej w art. 20), jak również stanowi podstawę konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą. „Wolność działalności gospodarczej" oznacza swobodę działalności jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji niepaństwowych (czy też – szerzej – niepublicznych), mających prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, o zakresie i formach tego udziału, w tym swobodnego podejmowania działań faktycznych i prawnych. Obejmuje ona osoby fizyczne i inne podmioty korzystające z praw i wolności przysługujących jednostce.

Biorąc pod uwagę konieczność ochrony konstytucyjnych zasad i wartości w procesie inwestycyjno-budowlanym, należy mieć na uwadze ochronę praw i wolności osób trzecich, niezaangażowanych bezpośrednio w realizację tego procesu. Chodzi tu przede wszystkim o osoby władające nieruchomościami, na które realizowana inwestycja może oddziaływać. Nie ulega bowiem wątpliwości, że skorzystanie przez właściciela czy użytkownika z prawa zabudowy może negatywnie oddziaływać na możliwość korzystania z nieruchomości należących do innych podmiotów i to nie tylko tych bezpośrednio graniczących z nieruchomością zabudowywaną. „Oddziaływanie wznoszonego (wzniesionego) obiektu może np. mieć różny stopień uciążliwości i charakter, od dyskomfortu estetycznego (obiekt jest w odczuciu sąsiada, a często również obiektywnie – brzydki), czy uniemożliwienia lub utrudnienia odbioru programu telewizyjnego, przez zasłonięcie widoku, ograniczenie nasłonecznienia lub dopływu świeżego powietrza, aż po znaczący

[8] Zob. np. Z. Leoński, M. Szewczyk, *Podstawowe instytucje planowania przestrzennego i prawa budowlanego*, Poznań 1999, s. 37 i n.; W. Szwajdler, *Zniesienie instytucji pozwolenia na budowę a prawo zabudowy nieruchomości gruntowych*, Toruń 2009, s. 21 i n.; Z. Niewiadomski (red.), *op. cit*., s. 96–99.

spadek wartości rynkowej sąsiednich nieruchomości. Oddziaływaniem tym są również nadmierny hałas, wstrząsy, dymy czy spaliny emitowane w czasie trwania procesu budowlanego lub w czasie eksploatacji obiektu”[9].

W toku postępowania poprzedzającego wydanie pozwolenia na budowę ocenie organu administracji budowlanej podlega więc nie tylko spełnienie przez inwestora budowlanego warunków techniczno-organizacyjnych i architektoniczno-urbanistycznych, ale również to, czy dochodzi lub może dojść do naruszenia interesów osób trzecich, a zwłaszcza właścicieli sąsiednich nieruchomości[10]. Osoby trzecie mają zagwarantowaną ochronę przed ewentualnymi uciążliwościami związanymi z realizacją inwestycji budowlanej. Norma art. 5 ust. 1 pkt 9 Pr. bud., wyraźnie bowiem nakazuje − na etapie projektowania i budowania obiektu budowlanego – poszanowanie występujących w obszarze jego oddziaływania uzasadnionych interesów osób trzecich (właścicieli sąsiednich nieruchomości). Z punktu widzenia ochrony praw tych osób istotne znaczenie ma też zagwarantowanie im odpowiedniej procedury, w ramach której możliwe będzie dochodzenie praw i uzyskanie ochrony interesów. NSA zwrócił uwagę, że: „w sytuacji, gdy właściciel sąsiedniej nieruchomości, graniczącej z nieruchomością inwestora, kwestionuje wykonanie robót budowlanych przez inwestora z tego powodu, że oddziaływują na sposób zagospodarowania i korzystania z jego nieruchomości, nie można przyjąć, że nie jest on stroną w takiej sprawie, ponieważ nie dotyczy to jego interesu prawnego. W takim przypadku jego interes prawny, w rozumieniu art. 28 k.p.a., wynika z przepisów prawa cywilnego, które gwarantują właścicielowi prawo korzystania z przedmiotu własności, a także z art. 5 ust. 1 pkt 9 Pr. bud., który nakazuje poszanowanie uzasadnionych interesów osób trzecich. To czy wykonanie określonych robót narusza interes właściciela sąsiedniej nieruchomości, w tym także z uwagi na warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie jest przedmiotem postępowania administracyjnego, w którym podlega to wyjaśnieniu i rozstrzygnięciu, a więc nie można z góry zakładać, że właściciel sąsiedniej nieruchomości nie jest stroną, albowiem wykonywane (wykonane) roboty budowlane nie naruszają przepisów rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie” [11].

Norma art. 4 Pr. bud. eksponuje wprawdzie prawo inwestora budowlanego, jednak – przez odwołanie do przepisów, z którymi zamierzenie budowlane musi być zgodne − wskazuje intencję prawodawcy ochrony praw osób trzecich i interesu publicznego, które mogłyby być zagrożone realizacją określonej inwestycji. Za poszanowaniem unormowań regulujących proces budowlany przemawia także bezsporny interes publiczny

[9] Wyrok TK z 20 kwietnia 2011 r., Kp 7/09, *op. cit*.
[10] Zob. wyrok NSA z 18 lutego 1999 r., IV SA 244/97, CBOSA.
[11] Wyrok NSA z 8 września 2010 r., II OSK 1373/09, LEX nr 746497.

w zapewnieniu bezpieczeństwa i komfortu nie tylko właścicielom i użytkownikom obiektów budowlanych, ale także całym wspólnotom sąsiedzkim, z zachowaniem dbałości o należyte wykorzystanie i ukształtowanie terenu[12]. W procesie stosowania norm Prawa budowlanego trzeba w pierwszym rzędzie kierować się troską o należyte, harmonijne współżycie członków wspólnoty, co obejmuje zarówno ochronę interesów poszczególnych osób, jak i określonych dóbr społecznych, w tym mienia publicznego[13].

W świetle poczynionych rozważań trzeba dojść do przekonania, że ustalając reguły realizacji przedsięwzięć inwestycyjno-budowlanych, powinno się odpowiednio wyważyć kolidujące ze sobą wartości i zasady konstytucyjnoprawne. Kolizja taka bowiem w ostatecznym wyniku nie może prowadzić do całkowitej eliminacji jednego z praw czy jednej z wolności jednostki. Zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia jest w takim wypadku znalezienie pewnego punktu równowagi – balansu dla chronionych przez Konstytucję wartości oraz wyznaczenie obszaru stosowania każdego z praw i wolności.

Na pewno sposób, w jaki należy wyważać wchodzące w grę wartości, określa zasada proporcjonalności wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Stanowi ona, że 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 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. Ingerencja w sferę prawa do nieruchomości (własności, użytkowania wieczystego) musi, zatem pozostawać w racjonalnej, odpowiedniej proporcji do wskazanych celów[14].

Wymóg proporcjonalności, zwany także zakazem nadmiernej ingerencji, oznacza konieczność zachowania proporcji pomiędzy ograniczeniem danego konstytucyjnego prawa lub wolności (czyli nałożonymi na jednostkę obciążeniami) a zamierzonym celem (pozytywnym efektem) danej regulacji prawnej. Oznacza on też konieczność wyważania dwóch dóbr (wartości), których pełna realizacja jest niemożliwa[15].

Dla oceny, czy doszło do naruszenia zasady proporcjonalności (zakazu nadmiernej ingerencji), należy w pierwszej kolejności ustalić, czy ograniczenie było konieczne, to

[12] Zob. wyrok TK z 20 grudnia 2007 r., P 37/06, OTK ZU, nr 11/A/2007, poz. 160.

[13] Zob. wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2. Konieczność wnikliwego analizowania argumentów związanych z ochroną interesu ogółu jest w pełni uzasadniona również w świetle art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175), gwarantującego każdej osobie fizycznej i prawnej niezakłócone korzystanie z jej własności, a jednocześnie potwierdzającego prawo państwa do wydawania przepisów, które − wedle jego oceny − są konieczne dla kontroli, czy korzystanie z własności odbywa się zgodnie z interesem powszechnym.

[14] Zob. wyrok NSA z 4 stycznia 2010 r., II OSK 1708/09, CBOSA.

[15] Zob. J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 27–28.

znaczy, czy tego samego celu nie udałoby się osiągnąć przy zastosowaniu innych, mniej dotkliwych – bo płycej ingerujących w sferę wolności i praw jednostki – środków. W związku z tym należy udzielić odpowiedzi na trzy następujące pytania:

1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków;
2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana;
3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela[16].

Nakaz konieczności wymaga zachowania optymalizacyjnego charakteru doboru środków w realizacji założonych celów. Należy więc wybierać te, które są najmniej uciążliwe dla jednostki. Jednak sama ocena stopnia dostępnych środków, równie skutecznie realizujących cel, wymaga już ważenia interesów wchodzących w grę. Dotyczy to sytuacji, gdy możliwe środki dotykają różnego kręgu osób i wywołują różne skutki, np. jeden ze środków jest mniej uciążliwy dla adresatów, ale dotyka szerszego kręgu osób, drugi natomiast jest bardziej uciążliwy, ale dotyka mniejszego kręgu osób[17]. Jednakże w tym wypadku pojawia się wątpliwość odnośnie do zacierania się różnic pomiędzy zasadą konieczności i zasadą proporcjonalności *sensu stricto.* Dla przejrzystości rozróżnienia tych szczegółowych dyrektyw składających się na zasadę proporcjonalności należałoby właśnie ten ostatni aspekt uznać za charakterystyczny dla zasady proporcjonalności *sensu stricto,* oceny zaś naruszenia interesów innych niż te dotyczące bezpośrednich adresatów badanych rozwiązań prawnych dokonywać na płaszczyźnie tej ostatniej dyrektywy[18].

W procesie stanowienia i stosowania prawa nie można ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcję pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. W tym ujęciu zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki. Jego adresatem jest państwo, które powinno działać wobec jednostki tylko w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą ochrony jej wolności i praw.

Istota działania zasady wyważenia przeciwstawnych interesów opiera się na prawidłowej realizacji dwóch elementów tej zasady: wyważania wartości interesów i rezultacie

[16] Zob. wyrok TK z 11 maja 1999 r., K 13/98, OTK 1999, nr 4, poz. 74.

[17] Zob. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 685.

[18] Zob. M. Korycka, *Zasada proporcjonalności – refleksje na gruncie aksjologicznych podstaw Konstytucji z 1997 r. i orzecznictwa TK*, [w:] L. Morawski (red.), *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Toruń 2005, s. 54.

wyważania. Dokonując zatem ingerencji w sferę prywatnych interesów właścicieli, organ powinien bezwzględnie kierować się zasadą proporcjonalności, rozumianą jako zakaz nadmiernej w stosunku do chronionych wartości ingerencji w sferę praw i wolności jednostek. Oznacza to konieczność dbania o właściwe ustalenie proporcji pomiędzy ochroną interesu publicznego z jednej strony a ograniczeniem prywatnych interesów właścicieli z drugiej. Ingerencja w sferę prawa własności musi bowiem pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, dla osiągnięcia których wprowadza się określone ograniczenia. Gdyby okazało się, że skala ingerencji w prawo własności nie znajduje żadnego uzasadnienia w interesie publicznym bądź jest w stosunku do niego nierzeczywista lub nieproporcjonalna, można by wówczas mówić o nadużyciu władztwa publicznego.

Nie ma wprawdzie podstaw do twierdzenia, że interes publiczny zawsze jest przeciwstawny interesom jednostek, jednak do sprzeczności pomiędzy tymi interesami może niekiedy dochodzić[19]. W takich właśnie sytuacjach zadaniem władz publicznych jest dążenie do harmonizowania tych interesów, które nie występują w stosunku nadrzędności i podrzędności, a w związku z tym konieczne jest dążenie ustawodawcy i organów stosujących prawo − również w ramach kształtowania procesu inwestycyjno-budowlanego − do wyważania obu tych interesów[20]. Odwołanie do „ważnego interesu publicznego" nie oznacza pełnej swobody określania rodzaju chronionego interesu, ponieważ przy jego ustalaniu muszą być uwzględniane regulacje konstytucyjne i hierarchia wartości wynikająca z zasady demokratycznego państwa prawnego[21].

W kontekście norm Prawa budowlanego interes publiczny zasadniczo przejawia się w zapewnieniu ładu architektoniczno-przestrzennego i bezpieczeństwa użytkowników obiektów budowlanych. Właściwe zrównoważenie interesu prywatnego i publicznego jest gwarancją zachowania proporcjonalności ograniczania praw jednostki. Kolizja interesów, a co za tym idzie potrzeba ich ważenia, jest charakterystyczna dla stosunków regulowanych przez Prawo budowlane, w którym stykają się interes publiczny, interes inwestora oraz uprawnienia osób trzecich wynikające z ich praw na nieruchomości sąsiadującej z nieruchomością inwestora. Granice tych praw i interesów określają przepisy Prawa budowlanego i innych aktów prawnych wydanych na podstawie i w wykonaniu przepisów tego prawa.

Brzmienie przepisów ustawy – Prawo budowlane jednoznacznie wskazuje, że „interes publiczny" nie uzyskał pierwszeństwa w odniesieniu do interesu jednostki. Jednak

[19] Zob. M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 50.

[20] Zob. m.in. wyroki TK: z 8 października 2007 r., K 20/07, OTK ZU 2007, nr 9A, poz. 102; z 26 listopada 2007 r., P 24/06, OTK ZU 2007, nr 10A, poz. 126.

[21] Zob. wyrok TK z 17 grudnia 2003 r., SK 15/02, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 103.

trzeba mieć na uwadze, że realizacja inwestycji budowlanych, mimo że stanowi przejaw korzystania z wolności i praw konstytucyjnych, pozostaje pod nadzorem państwa, gdyż daje to gwarancję ochrony interesu publicznego i praw osób trzecich. Właściwe zrównoważenie interesu prywatnego i publicznego jest zatem gwarancją zachowania proporcjonalności ograniczania praw jednostki zasadniczo w celu realizacji interesu publicznego. W wyroku z 12 stycznia 1999 r., P 2/98[22], Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że unormowanie art. 48 Pr. bud. (nakaz rozbiórki samowolnie wzniesionego obiektu budowlanego) pozostaje w ścisłym związku z ochroną wartości konstytucyjnych określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał stanął na stanowisku, że wynikający z tego przepisu wymóg bezwzględnego przestrzegania obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę odpowiada sformułowanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji warunkom ograniczenia praw jednostki jako „koniecznych w demokratycznym państwie dla porządku publicznego, ochrony środowiska i wolności i praw innych osób". Zwrócił uwagę, że nie chodzi przy tym o przeciwstawienie sobie tych wartości, ale ich porównanie na tle obowiązującej regulacji. „Łączna analiza wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji prowadzi do wniosku, że wyrażają one koncepcję interesu publicznego, jako ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki. [...] Przesłanka porządku publicznego jest zorientowana na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego i – tym samym – nie jest bezpośrednio czy wyłącznie powiązana z «państwem», a jest bliższa – niż przesłanka «bezpieczeństwa państwa» – ochronie praw i wolności jednostki przed codziennymi zagrożeniami. Po drugie, jest to przesłanka bardzo ogólna i m.in. mieszczą się w niej działania związane z ochroną środowiska, zdrowia i moralności publicznej"[23].

Odnosząc się do przesłanki „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie", Trybunał wskazał wartości konstytucyjne, które usprawiedliwiają wprowadzenie ograniczeń, tj.: konieczność zagwarantowania porządku publicznego, ochronę środowiska, ochronę praw lub wolności innych osób. Skonfrontował unormowanie zawarte w art. 48 Pr. bud. z postulatem doboru takiego środka ograniczenia prawa jednostki, który służyć będzie osiągnięciu zamierzonego celu, uwzględniając w swych rozważaniach postulat adekwatności. Dokonał również oceny zakwestionowanego przepisu w świetle zakazu naruszania istoty prawa podmiotowego, w tym przypadku prawa własności. Jednocześnie stwierdził, że w ramach prawnej i politycznej swobody ustawodawcy w kreowaniu rozwiązań normatywnych mieści się niewątpliwie konieczność późniejszej, permanentnej weryfikacji przyjmowanych w danym stanie faktycznym

[22] Zob. wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98, *op. cit*.

[23] Zob. wyrok TK z 26 marca 2002 r., SK 2/01, OTK ZU 2002, nr 2A, poz. 14; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności*, „Państwo i Prawo" 2001, z. 10, s. 20.

(gospodarczym, społecznym) unormowań prawnych, zarówno wtedy, gdy w rzeczywistości okaże się, że nie służą one należycie realizacji założonych uprzednio celów, jak i wówczas, gdy cele te zostają osiągnięte w stopniu umożliwiającym zastąpienie wysoce restrykcyjnych środków rozwiązaniami mniej uciążliwymi dla zainteresowanych.

Z uwagi na konieczność zapewnienia dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych, które mogą być zagrożone w związku z realizacją inwestycji budowlanej, nie jest możliwe „wyjęcie" procesu budowlanego spod nadzoru państwa. Legalność inwestycji budowlanej powinna być przedmiotem odpowiednio ukształtowanego postępowania administracyjnego. Tylko w taki sposób, kontrolując prewencyjnie, a nie następczo projekt inwestycji, można zapewnić skuteczną ochronę m.in. środowiska naturalnego, porządku publicznego czy bezpieczeństwa innych osób. Jednak zgodnie z zasadą proporcjonalności stopień intensywności ochrony ze strony ustawodawcy wartości kolidujących z wolnością budowlaną i wolnością działalności gospodarczej powinien pozostać w odpowiedniej proporcji do stopnia ingerencji w te wolności. Nie negując potrzeby wprowadzenia ułatwień w procesie inwestycyjnym, Trybunał Konstytucyjny opowiedział się przeciwko całkowitemu zlikwidowaniu instytucji pozwolenia na budowę i zastąpienia go zawiadomieniem o rozpoczęciu budowy. Konstytucja wymaga bowiem, aby inwestycja budowlana została – jeszcze przed jej rozpoczęciem – zbadana zarówno z punktu widzenia praw osób trzecich, jak i interesu publicznego. Efektywna ochrona tych wartości wymaga stworzenia odpowiednich procedur administracyjnych, poprzedzających przystąpienie do realizacji inwestycji budowlanej[24].

Stale powiększająca się liczba ograniczeń administracyjnych prawa własności, mająca wpływ na prawo zabudowy, rodzi też pytanie o zachowanie proporcjonalności ustanawianych wyjątków oraz o stopień ingerencji w to prawo. Jest to szczególnie dostrzegalne w procedurze przewidzianej w tzw. specustawach[25]. Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012[26], wprowadzając odstępstwa od ogólnych postanowień materialnego i procesowego prawa administracyjnego oraz ogólnych regulacji prawa cywilnego, ograniczyła konstytucyjne prawa podmiotowe m.in. właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości objętych wnioskiem o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięć Euro 2012 (m.in. prawo własności, równą ochronę praw majątkowych, prawo do zaskarżenia decyzji administracyjnych)[27]. Z kolei stosując ustawę z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg

[24] Zob. wyrok TK z 20 kwietnia 2011 r., Kp 7/09, *op. cit*.
[25] Zob. W. Piątek, [w:] A. Gliniecki (red.), *op. cit*., s. 55–56.
[26] Dz. U. z 2010 r. Nr 26, poz. 133 i Nr 127, poz. 857 oraz z 2012 r. poz. 441 i 951.
[27] Zob. wyrok TK z 6 marca 2013 r., Kp 1/12, OTK ZU 2013, nr 3A, poz. 25.

publicznych[28], NSA stwierdził, że: „W sytuacji, gdy właściciel nieruchomości bezpośrednio graniczącej z inwestycją drogową, wskazuje na ograniczenia w swobodzie korzystania z prawa własności i prowadzenia działalności gospodarczej to nie można przyjąć, że nie jest on stroną w takiej sprawie, ponieważ nie dotyczy to jego interesu prawnego. W takim przypadku jego interes prawny, w rozumieniu art. 28 k.p.a., wynika z norm, które gwarantują prawo korzystania z przedmiotu własności (art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP oraz art. 140 k.c.), oraz umożliwiają podmiotowi swobodne prowadzenie działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP)”[29]. Ograniczenia w korzystaniu z własności przewiduje też ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu[30]. W myśl art. 16 ust. 1 zd. 1 specustawy, w pozwoleniu na budowę inwestycji w zakresie terminalu regazyfikacyjnego, wojewoda zezwala na usunięcie drzew lub krzewów, które znajdują się na nieruchomościach objętych decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji. Z treści tego przepisu wynika norma wskazująca, że zasadniczo zezwolenie na usunięcie odnosi się do drzew lub krzewów znajdujących się generalnie na jakichkolwiek nieruchomościach objętych decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie terminalu[31].

Działalność inwestycyjno-budowlana – poza tym, że wiąże się z realizacją prawa własności i innych praw majątkowych do gruntu – jest objęta również ochroną konstytucyjną jako przejaw wolności działalności gospodarczej. Jak już wskazano wyżej, z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. Na pewno w pojęciu „ograniczenia koniecznego” zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych do zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej. Każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się również w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, jednak w zakresie tej klauzuli mieszczą się ponadto wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest – przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń – szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji. Istnieją zatem pewne granice, które nie mogą być przekroczone przez ustawodawcę. Generowanie

[28] Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194 z późn. zm.

[29] Wyrok NSA z 25 stycznia 2013 r., II OSK 2763/12, LEX nr 1354938.

[30] Dz. U. Nr 84, poz. 700, z późn. zm.

[31] NSA w wyroku z 20 października 2011 r., II OSK 1792/11 (LEX nr 1152049), uznał, że „interpretacja postanowień art. 16 ust. 1 specustawy, na gruncie językowych i systemowych dyrektyw wykładni, prowadzi do rezultatu, że zezwoleniu i opłacie za wycięcie podlegają wszystkie drzewa i krzewy znajdujące się na nieruchomościach w pasie budowy gazociągu, także te, które leżą na terenie lasów”.

kolejnych formalności, wymogów procesowych, zbędnych postępowań, które nie są ani potrzebne, ani konieczne dla zapewnienia ochrony wartości konstytucyjnych w procesie inwestycyjno-budowlanym, trzeba ocenić jako nieproporcjonalną ingerencję w sferę wolności i praw jednostki. Nie jest dopuszczalne, aby na kolejnych etapach jednego postępowania administracyjnego, poprzedzającego rozpoczęcie inwestycji, różne organy władzy publicznej kontrolowały projekt inwestycji z punktu widzenia tych samych kryteriów ocennych. Skoro jeden organ państwa prawomocnie (ostatecznie) stwierdza zgodność inwestycji z przepisami prawa, czyli potwierdza, że nie zagraża ona bezpieczeństwu państwa ani porządkowi publicznemu, nie szkodzi środowisku, zdrowiu ani moralności publicznej, ani nie narusza wolności i praw innych osób, to nakładanie na inny organ obowiązku dokonywania tych samych ustaleń, w toku innego postępowania, musi być uznane za całkowicie zbędne, a jako takie – za niemogące uzasadniać ograniczenia wolności działalności gospodarczej[32].

Jak podniesiono wyżej realizacja procesu inwestycyjno-budowlanego powinna uwzględniać konieczność zapewnienia ochrony konstytucyjnych praw i wolności w aspekcie zarówno ochrony prawa własności, jak i wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Ochrona wskazanych wartości konstytucyjnych może też uwzględniać wprowadzenie ograniczeń wolności działalności gospodarczej w zakresie kontraktów zawieranych w ramach procesu inwestycyjno-budowlanego po to, aby rozwiązać problem tzw. zatorów płatniczych. W proces budowlany zazwyczaj jest zaangażowanych wielu przedsiębiorców (inwestor, wykonawcy, podwykonawcy). W praktyce na rynku usług budowlanych występują coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wobec przedsiębiorców występujących w procesie inwestycyjnym w charakterze podwykonawców. Niewywiązywanie się ze zobowiązań finansowych przez wykonawców wobec podwykonawców niejednokrotnie paraliżowało proces inwestycyjno-budowlany. Dochodzi w ten sposób do zachwiania zasady pewności obrotu gospodarczego stanowiącej element porządku publicznego, a tym samym wartość chronioną konstytucyjnie. Legitymuje to ustawodawcę, na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji, do ingerencji w stosunki prywatnoprawne pomiędzy przedsiębiorcami. Taka ingerencja jest szczególnie uzasadniona w odniesieniu do umów o „publiczne" roboty budowlane, w których zamawiającymi są państwo i samorząd terytorialny, a przedmiotem – duże inwestycje infrastrukturalne (mosty, drogi, oczyszczalnie ścieków itp.)[33]. Z tego powodu za dopuszczalne należy uznać działania ustawodawcy ograniczające

[32] Zob. wyrok TK z 8 lipca 2008 r., K 46/07, OTK ZU 2008, nr 6A, poz. 104; R. Hauser, *Konstytucyjne aspekty regulacji…*, s. 115–116.

[33] Zob. wyrok TK z 27 listopada 2006 r., K 47/04, OTK ZU 2006, nr 10A, poz. 153; R. Hauser, *Konstytucyjne aspekty regulacji…*, s. 116.

swobodę kontraktowania w zakresie umowy o roboty budowlane, których celem jest zabezpieczenie należytego wywiązywania się ze zobowiązań przez podmioty zaangażowane w proces inwestycyjno-budowlany. Takie gwarancje wprowadzają przepisy art. 649^1–649^5 k.c. dodane ustawą z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny[34]. Gwarancja zapłaty polega na zobowiązaniu gwaranta, którym z zasady jest bank, do zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej beneficjentowi gwarancji, którym jest wykonawca lub dalszy wykonawca. Jej celem jest zabezpieczenie terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia. Gwarancja ta ma chronić wykonawcę oraz – w myśl art. 649^5 k.c. – dalszych wykonawców nie tylko przed uchylaniem się inwestora od zapłaty należnego im wynagrodzenia, ale także przed jego nieterminową zapłatą, ponieważ z uwagi na szeroki rozmiar świadczenia, nadmierna zwłoka inwestora doprowadzić może do upadłości wykonawcy lub podwykonawców[35].

Rozwiązaniem problemów płatniczych w związku z realizacją inwestycji drogowych zajmuje się ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych[36]. Celem tej regulacji jest rozwiązanie problemu społecznego, który ujawnił się w związku z realizacją zamówień publicznych na budowę dróg, polegającego na masowych niewypłacalnościach przedsiębiorców świadczących usługi, dostawy lub roboty budowlane w roli podwykonawców (kontrahentów wykonawców, którym Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad udzieliła zamówienia publicznego), co miało negatywny wpływ na obrót gospodarczy, rentowność przedsiębiorstw, rynek pracy, jak również na zdolność organów państwa do realizacji inwestycji celu publicznego (dróg publicznych). „Chęć ograniczenia następstw tak zdefiniowanego problemu społecznego, z jednej strony, była deklarowanym uzasadnieniem interwencji ustawodawcy, z drugiej zaś – punktem odniesienia treści norm prawnych, które doraźnie «przełamały» ogólne zasady dotyczące prowadzenia przedsięwzięć infrastrukturalnych”[37].

Niejednokrotnie inicjatorami procesu inwestycyjno-budowlanego, a zarazem osobami bezpośrednio zainteresowanymi jego rzetelnością, gospodarnością i terminowością,

[34] Dz. U. Nr 40, poz. 222.

[35] Zob. T. Sokołowski, *Komentarz do art. 649^1 Kodeksu cywilnego*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III Zobowiązania – część szczególna*, LEX 2010.

[36] Dz. U. poz. 891.

[37] Wyrok TK z 18 czerwca 2013 r., K 37/12, OTK-A 2013, nr 5, poz. 60. Trybunał zwrócił uwagę, że mechanizm zaspokajania należności określony w ustawie o spłacie ma charakter uzupełniający względem obowiązujących środków ochrony podwykonawców robót budowlanych przed skutkami nieregulowania lub nieterminowego regulowania przysługujących im należności. *Novum* ustawy o spłacie jest natomiast objęcie jej zakresem przedmiotowym nie tylko prac wykonanych w ramach umowy o roboty budowlane (obowiązujące art. 647^1 i art. 649^1–649^5 k.c. regulują wyłącznie tę problematykę), ale również należności za usługi i dostawy, które zostały ukształtowane na innej podstawie niż kodeksowa umowa o roboty budowlane.

są osoby prywatne nieprowadzące działalności gospodarczej w sektorze budowlanym. Osoby takie, np. jako klienci firm deweloperskich, występują wobec tych firm z pozycji słabszej strony umowy. W postanowieniu sygnalizacyjnym z dnia 2 sierpnia 2010 r., S 3/10[38], TK zwrócił uwagę na konieczność zwiększonej ochrony osób fizycznych, będących kontrahentami deweloperów. Zdaniem Trybunału: „W istniejącym stanie prawnym, ze względu na fakt, że upadłości firm deweloperskich działających na polskim rynku nie są jednostkowymi sytuacjami, niezbędne jest wprowadzenie szczególnych mechanizmów chroniących interesy nabywców, zwłaszcza wobec faktycznych dysproporcji w kontraktowej pozycji stron umowy deweloperskiej. Konieczne jest zatem określenie wzajemnych praw i obowiązków stron takiej umowy, sposobu jej wykonania, a także odpowiedzialności stron w razie jej niewykonania lub nienależytego wykonania. Niezbędne jest ponadto wprowadzenie mechanizmów ochronnych dla nabywców mieszkań, w sytuacji gdy umowa zobowiązująca lub przedwstępna nie zostały zawarte w formie aktu notarialnego. Istniejąca w tym obszarze luka prawna nie tylko nie sprzyja spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej, ale również zagraża realizacji wartości konstytucyjnych wyrażonych w art. 75 i art. 76 Konstytucji". Funkcję ochronną w tej materii pełni ustawa z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego[39], stanowiąca – w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji – ingerencję uzasadnioną koniecznością zapewniania ochrony wolności i praw konsumentów – nabywców lokali mieszkalnych czy domów jednorodzinnych. Ustawa ta w kompleksowy sposób reguluje stosunek zobowiązaniowy pomiędzy deweloperem a nabywcą, ze szczególnym uwzględnieniem ochrony praw nabywcy – osoby fizycznej. Przepis art. 1 tej ustawy określa zasady ochrony praw: 1) nabywcy, wobec którego deweloper zobowiązuje się do ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę; 2) nabywcy, wobec którego deweloper zobowiązuje się do przeniesienia własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość[40].

Podsumowując, należy dojść do przekonania, że w procesie inwestycyjno-budowlanym zasada proporcjonalności stanowi istotny element ochrony praw osób trzecich oraz interesu publicznego w celu zapewnienia w nim wartości i zasad konstytucyjnych. Gwarantuje, że stopień intensywności ochrony wartości kolidujących z wolnością budowlaną

[38] OTK-B 2010, nr 6, poz. 407.

[39] Dz. U. Nr 232, poz. 1377.

[40] Ustawa deweloperska może regulować zarówno stosunki pomiędzy przedsiębiorcą (deweloperem) a osobą fizyczną, jak też stosunki między przedsiębiorcami, co będzie miało miejsce wówczas, gdy nabywcą będzie osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą i zawierająca umowę deweloperską w ramach tej działalności; zob. A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, LEX 2012.

i wolnością prowadzenia działalności gospodarczej pozostawał będzie w odpowiedniej proporcji – był adekwatny – do stopnia ingerencji w te wolności. Przez to zasada proporcjonalności jest skutecznym narzędziem ochrony praw i wolności jednostki na każdym etapie realizacji procesu inwestycyjno-budowlanego.

Justyna Michalska
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie

1. Prawny charakter roszczenia za niesłuszne skazanie

Już w okresie II Rzeczpospolitej w doktrynie pojawiały się głosy, że roszczenia odszkodowawcze z tytułu niesłusznego skazania mają charakter publicznoprawny. Uzasadnienia dla tych poglądów należy szukać w umiejscowieniu w strukturze kodeksu postępowania karnego z 1928 r. przepisów, które regulowały tą materię, co nie budziło wątpliwości, jako że podobnie jak przepisy prawa karnego materialnego, procedura karna należy do prawa publicznego[1]. Zwolennicy odmiennej teorii podkreślali z kolei cywilnoprawny charakter odszkodowania za niesłuszne skazanie[2].

Po II wojnie światowej także przeważały koncepcje opowiadające się za publicznoprawnym charakterem tego roszczenia odszkodowawczego. Dopiero wejście w życie ustawy z dnia 15 listopada 1956 r. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych[3] znacząco wpłynęło na postrzeganie charakteru prawnego tego roszczenia, nadając mu charakter cywilnoprawny[4]. Tym samym polskie prawo przyjęło zasadą odpowiedzialności cywilnej Skarbu Państwa za działania wykonywane przez funkcjonariuszy przy powierzonych im czynnościach. Regulacja dotycząca odpowiedzialności Skarbu Państwa za jego działania została umieszczona również w kodeksie cywilnym – art. 417–421 k.c., a następnie po nowelizacji – art. 417, art. 417^1, art. 417^2 i art. 421 k.c. Spowodowało to zerwanie z przedwojennym podziałem na czynności gospodarcze, za które państwo ponosiło odpowiedzialność, i akty władzy, za które odpowiedzialności państwo nie ponosiło.

Warto jednak zaznaczyć, że odpowiedzialność ta kształtuje się jednak w inny sposób niż w myśl zasad ogólnych z uwagi na art. 421 k.c., który stanowi, że przepisów art. 417, art. 417^1 i art. 417^2 k.c. nie stosuje się w przypadku, gdy odpowiedzialność ta jest uregulowana w przepisach szczególnych. Ponadto wciąż obowiązuje pojęcie przepisu

[1] Zob. K. Angerman, J. Nowotny, J. Przeworski, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1930, s. 480.

[2] M.in. A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, s. 948; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1929, s. 406.

[3] Dz. U. z 1956 r. Nr 54, poz. 243.

[4] Koncepcja ta została również wyrażona przez Sąd Najwyższy w uchwale Zgromadzenia Ogólnego nr 729/58 z dnia 7 czerwca 1958 r., która dotyczyła „Wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie stosowania art. 510–516 k.p.k.", OSNICiIK 1958, z. IV.

szczególnego sformułowane przez Sąd Najwyższy – jeszcze na gruncie ustawy z dnia 15 listopada 1956 r. – w uchwale z dnia 14 stycznia 1960 r., w której wskazano jako przepis szczególny taki, który „normuje odpowiedzialność państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności i normuje ją inaczej niż ta ustawa”[5].

Dokonując analizy charakteru prawnego roszczenia odszkodowawczego poprzez zestawienie przepisów art. 417 i n. k.c. i przepisów rozdziału 58 k.p.k., należy stwierdzić, że Skarb Państwa odpowiada na zasadzie ryzyka za sam skutek spowodowania niesłusznego skazania, które musi spowodować szkodę majątkową lub niemajątkową lub też obie jednocześnie. W tym przypadku nie musi wystąpić przesłanka winy organu wymiaru sprawiedliwości.

Model odpowiedzialności Skarbu Państwa na zasadzie ryzyka w odniesieniu do art. 552 i n. k.p.k. zapewnia gwarancje praw obywatelskich, które stanowią *ratio legis*: „[…] w tej materii istnieje obiektywna odpowiedzialność za szkody (także niemajątkowe), jakich doznała jednostka w związku z nieprawidłowościami w działalności funkcjonariuszy państwowych. Dlatego na pierwszy plan wysuwa się motyw ochrony dóbr osobistych poszkodowanego. Tym tłumaczy się okoliczność, że przepisy art. 552 i n. k.p.k. nie wymieniają winy funkcjonariusza jako przesłanki żądania odszkodowania”[6]. Pogląd ten znajduje poparcie również w doktrynie karnistycznej[7] oraz w orzecznictwie[8].

2. Konstytucyjne i konwencyjne podstawy prawa do odszkodowania za niesłuszne skazanie

Art. 41 ust. 5 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. jest uzupełnieniem gwarancji ujętych w art. 41 ust. 1–4, który zapewnia każdemu bezprawnie pozbawionemu wolności prawo do odszkodowania. W konstytucyjnym ujęciu odszkodowanie powinno być rozumiane szeroko, czyli jako jakakolwiek forma wynagrodzenia szkody powstałej na skutek bezprawnego pozbawienia wolności.

Odniesienia do regulacji zawartej w Konstytucji należy szukać w normach prawa międzynarodowego, w tym przede wszystkim w Międzynarodowym Pakcie Praw

[5] Uchwała Izby Cywilnej SN z dnia 14 stycznia 1960 r., I CO 45/59, OSN 1961, nr 1, poz.1.

[6] A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 237.

[7] Por. T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1999, s. 805.

[8] Uchwała SN z dnia 15 września 1999 r., I KZP 27/99, OSN 1999, nr 11, poz. 72, w której to stwierdzono, że wzajemny układ przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania karnego pozwala wyraźnie rozstrzygnąć, że w przypadkach przewidzianych w art. 552 kodeksu postępowania karnego Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za nieprawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości.

Obywatelskich i Politycznych[9], który w art. 9 ust. 5 stwierdza, że każdy, kto został bezprawnie aresztowany, zatrzymany, ma prawo do odszkodowania, którego może dochodzić na drodze sądowej. Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[10] również określa prawo do odszkodowania, gdzie w art. 5 ust. 5 stanowi, że każdy, kto został pokrzywdzony przez niezgodne z treścią tego artykułu zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo do odszkodowania. Tym samym, zgodnie z art. 91 ust. 1 Konstytucji RP: „Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy". Ponadto art. 87 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że źródłami powszechnie obowiązującego prawa, poza Konstytucją i ustawami, są ratyfikowane umowy międzynarodowe. Należy także pamiętać, że postanowienia zawarte w konwencjach ustanawiają tylko podstawowy (minimalny) standard na płaszczyźnie ochrony prawa i wolności człowieka, pozostawiając państwom w tym zakresie swobodę działania.

Zasada odpowiedzialności zawarta w Konstytucji RP opiera się na konstrukcji bezprawności, czyli dla powstania podstawy do odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest, aby pozbawienie wolności było bezprawne, nie zaś niesłuszne. Należy mieć przy tym na uwadze, że bezprawność w tym przypadku oznacza oczywisty brak podstawy prawnej bądź też stosowanie obowiązujących przepisów z obejściem ich istoty, które prowadzą do nadużycia prawa.

Samo niesłuszne skazanie nie staje się bezprawne tylko z powodu braku potwierdzenia postawionego oskarżenia w wyroku wydanym przez sąd. W tym miejscu można przytoczyć wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 stycznia 2005 r., SK 60/03, w którym Trybunał wskazał, że: „czynności organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości (prokuratury i sądu), związane z wypełnianiem ich ustawowych obowiązków, nie mają w żadnym sensie charakteru działań nielegalnych ze względu na to, że postępowanie karne zakończyło się prawomocnym wyrokiem uniewinniającym"[11]. Tak więc nie tylko błąd organów, ale także odmienny sposób oceny dowodów oraz kwalifikacji prawnej zachowania jednostki przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości czy też brak możliwości obiektywnego wskazania prawdziwych zarzutów nie przesądzają o nielegalności działania tych organów. W związku z tym zwrot kosztów postępowania w przypadku uniewinnienia nie będzie mieć charakteru odszkodowania, ale pokrywać będzie tylko koszty poniesione przez stronę, która utrzymała swoje stanowisko w procesie.

[9] Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

[10] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

[11] Wyrok TK z dnia 11 stycznia 2005 r., SK 60/03, LEX nr 143515.

Problematyczne wydaje się określenie zawarte w art. 552 § 4 k.p.k., który stanowi o „niewątpliwym" charakterze niesłuszności w odniesieniu do konstytucyjnej zasady bezprawności. Wskazać tu należy, że kodeksowa regulacja uwzględnia procesowy charakter stosowanych środków oraz samą ich istotę na etapie, na którym potrzeba budowy hipotezy jego zastosowania wymaga jeszcze potwierdzenia. Należy zatem „niewątpliwą niesłuszność" rozumieć w odniesieniu do bezprawności działania, a początkowe ustawowe rozszerzenie zakresu prawa do odszkodowania za stan niesłuszności zostało zredukowane pojęciem „niewątpliwości". Takie rozwiązanie znajduje oparcie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z 1 kwietnia 2008 r., SK 77/06, wskazał, że: „rodzaj wydanego orzeczenia, a w szczególności to, czy orzeczenie kończy postępowanie w sprawie, może uzasadniać zróżnicowanie w zakresie procedur realizacji prawa do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie organów władzy publicznej. Nie można również z góry wykluczyć, że szczególne względy mogą przemawiać za odejściem od zasady pełnej kompensacji przy wynagradzaniu szkody wyrządzonej przez niektóre rodzaje orzeczeń sądowych niekończących postępowania. Z kolei to, że prawomocne orzeczenie nie kończy postępowania w sprawie, nie uzasadnia natomiast zróżnicowania polegającego na całkowitym wyłączeniu możliwości dochodzenia wynagrodzenia szkód wyrządzonych przez wszelkie prawomocne orzeczenia niekończące postępowania. Takie zróżnicowanie nie pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji, ani nie znajduje oparcia w wartościach, zasadach czy normach konstytucyjnych"[12].

3. Kodeksowa regulacja prawa do odszkodowania za niesłuszne skazanie

W przepisie art. 417^2 k.c. zostały określone ogólne zasady ponoszenia przez Skarb Państwa odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez władzę publiczną, czyli niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej[13]. Następnie przepis art. 421 stanowi, że przepisy kodeksowe nie mają zastosowania, jeżeli odpowiedzialność ta uregulowana jest w przepisach szczególnych. Jako przepisy szczególne można wskazać m.in. unormowania prawnomaterialne zamieszczone w rozdziale 58 k.p.k. Rozdział ten zawiera zarówno normy o charakterze prawnomaterialnym, jak i normy o charakterze procesowym. Kodeksowa regulacja opiera się i jednocześnie stanowi wykonanie konstytucyjnych norm z art. 41 ust. 5 i art. 77 ust. 1, które to ponadto zgodne są w tym zakresie z wymogami zawartymi w art. 14 ust. 6 Międzynarodowego

[12] Wyrok TK z dnia 1 kwietnia 2008 r., SK 77/06, LEX nr 362870.

[13] Szerzej m.in. G. Bieniek, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania,* t.1, Warszawa 2013, s. 322.

Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art. 5 ust. 5 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Jednakże rozdział 58 k.p.k. nie zawiera wszystkich unormowań prawnomaterialnych oraz procesowych koniecznych do rozstrzygnięcia kwestii odszkodowania za niesłuszne skazanie, tym samym niezbędne jest, w zakresie nieunormowanym, korzystanie z przepisów k.c., a w przypadku przepisów procesowych należy sięgnąć do unormowań z innych rozdziałów k.p.k., a jedynie w kwestiach nieuregulowanych w tym kodeksie, także przepisów k.p.c.

Prawnomaterialne podstawy roszczeń o odszkodowanie lub zadośćuczynienie zostały wskazane w art. 552 k.p.k. i są nimi:

1) niesłuszne skazanie, w którego wyniku wykonana zastała kara w całości lub części – art. 552 § 1 i 2,
2) niesłuszne orzeczenie i wykonanie środka zabezpieczającego – art. 552 § 3,
3) niewątpliwe niesłuszne tymczasowe aresztowanie, również w związku z wykonywaniem europejskiego nakazu aresztowania,
4) niewątpliwe niesłuszne zatrzymanie – art. 552 § 4.

Niesłusznym skazaniem będzie takie skazanie, które nastąpiło w sprawie, w której następnie po wznowieniu postępowania lub rozpatrzeniu kasacji oskarżony został prawomocnie uniewinniony albo też orzeczona została łagodniejsza kara niż ta, którą poniósł on na podstawie poprzedniego prawomocnego wyroku. Podobnie umorzenie postępowania w oparciu o przepisy ustawy o amnestii nie pozbawia wnioskodawcy prawa do odszkodowania w oparciu o art. 552 § 1 k.p.k.

Jednakże skazanemu, względem którego, w drodze kasacji, stwierdzono niesłuszność zarządzenia wykonania warunkowo zawieszonej kary pozbawienia wolności, prawo do odszkodowania za poniesioną krzywdę lub zadośćuczynienie od Skarbu Państwa na podstawie art. 552 § 1 za doznaną krzywdę, powstałe w wyniku wykonania całości lub części kary, której to jednak nie powinien odbyć, nie będzie przysługiwać[14]. Odszkodowania będzie mógł dochodzić na drodze postępowania cywilnego, na podstawie art. 417–420 k.c.

Warto dodać, że sądy powołane do orzekania w sprawach karnych nie są właściwe do rozstrzygania o skutkach prawych niewykonania lub nienależytego wykonania przez Skarb Państwa zobowiązań, które wynikają z tytułu odszkodowań prawomocnie zasądzonych w oparciu o przepisy zawarte w rozdziale 58 k.p.k. Sądami właściwymi do rozstrzygnięcia w tej kwestii są sądy powołane do orzekania w sprawach cywilnych[15]. Sądy te również są właściwe w sprawach dotyczących szkód powstałych w wyniku

[14] Zob. postanowienie SN z dnia 23 lipca 1996 r., WZ 89/96, LEX nr 25801.
[15] Zob. postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 1992 r., WZ 55/92, LEX nr 20548.

niewłaściwego wykonania kary lub środka karnego orzeczonych przez sąd czy też inny uprawniony w drodze ustawy organ.

Zakres dochodzonych roszczeń w przypadku niesłusznego skazania obejmuje odszkodowanie lub zadośćuczynienie. Artykuł 552 k.p.k., używając określenia „odszkodowanie", wskazuje na konieczność rekompensaty powstałej szkody, z kolei pojęcie „szkoda" z ramach tego przepisu nie zostało zdefiniowane. Dodać należy, że „szkoda" nie została również zdefiniowana na gruncie prawa cywilnego, jednakże art. 361 § 2 k.c. zakreśla zakres szkody, która winna zostać naprawiona, będąc jednocześnie przesłanką będącą odpowiedzialności odszkodowawczej. W nauce prawa cywilnego rozumie się pod pojęciem „szkoda" nie tylko uszczerbek majątkowy, ale również uszczerbek o charakterze niemajątkowym, czyli zadośćuczynienie za doznaną krzywdę[16]. Brak było wątpliwości, że taki sam zakres odszkodowania jest również na gruncie art. 552 k.p.k., czyli że roszczenie może objąć także zadośćuczynienie. Nie przysługują jednak na podstawie tego przepisu niepieniężne środki rehabilitacji osób niesłusznie skazanych, np. przywrócenie do pracy w oparciu o art. 66 § 2 k.p.[17]

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie istnieje zgodne stanowisko, że ze względu na cywilistyczny charakter odszkodowania za poniesioną szkodę oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w przypadku braku określenia tej kwestii w k.p.k. należy odwołać się do unormowań z k.c., w tym przede wszystkim przepisów art. 361, 362, 363 § 2, 444, 445, 446 oraz 447 k.c. Podkreśla się jednak, że odszkodowanie i zadośćuczynienie z art. 552 k.p.k. jest jak najbardziej instytucją prawa karnego, tym samym należy mieć na uwadze, że nadal zachowuje ono pewne odrębności w odniesieniu do zasad stosowanych w trakcie dochodzenia roszczeń na podstawie prawa cywilnego. W związku z tym odsetki od sumy pieniężnej stanowiącej odszkodowanie za niesłuszne skazanie są wynagrodzeniem za opóźnienie w zapłacie sumy pieniężnej, która stała się już wymagana, za czas do wydania przez sąd prawomocnego rozstrzygnięcia odszkodowawczego odsetki nie przysługują[18].

Z uwagi na cywilnoprawny charakter odszkodowania bądź też zadośćuczynienia, które jest dochodzone, oraz odwołanie się do odpowiednich regulacji z k.c. w postępowaniu o odszkodowanie lub zadośćuczynienie można wnioskować, że jedynie na wnioskodawcy ciąży udowodnienie faktów, na których opiera swoje roszczenie. Jednakże nie można zapominać, że pomimo wskazania przez ustawodawcę w art. 553 § 3 k.p.k. zastosowania art. 362 k.c. postępowanie o odszkodowanie lub zadośćuczynienie nadal ma

[16] Szerzej A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 25 i n.

[17] Por. P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Warszawa 2007, s. 92 i n.

[18] Zob. P. Cioch, *op. cit.*, s. 92.

charakter karnoprocesowy i stosować należy zasady obowiązujące w ramach procesu karnego. Zastosowanie znajduje przede wszystkim zasada prawdy materialnej z art. 2 § 2 k.p.k. zobowiązująca sąd, również w tym postępowaniu, do przeprowadzania z urzędu dowodów uzasadniających istnienie szkody, związku przyczynowego czy też odnośnie do wysokości odszkodowania oraz zadośćuczynienia. W związku z tym sąd nie jest związany wysokością żądania wnioskodawcy i może także orzec o odsetkach od zasądzonej sumy pieniężnej, nawet mimo braku żądania w tym zakresie. Gdy zaistnieje niemożność lub też trudność w ustaleniu wysokości żądanej kwoty pieniężnej, sąd może zasądzić, na podstawie swojej oceny i po uprzedniej analizie wszelkich okoliczności sprawy, sumę pieniężną[19].

Odszkodowanie lub zadośćuczynienie służy od Skarbu Państwa, tym samym we wniosku kierowanym do sądu właśnie Skarb Państwa należy wskazać jako zobowiązany podmiot. Pamiętać należy, że taki wniosek powinien spełniać wymogi przewidziane dla pozwu wskazane w art. 187 k.p.c. Sąd, uznając zasadność roszczenia, zasądzi odpowiednią kwotę od Skarbu Państwa. Należności zasądzone z tego tytułu wypłacane są na polecenie prezesa sądu okręgowego, który orzekał w danej sprawie w I instancji, ze środków uzyskanych przez Ministra Sprawiedliwości w oparciu o ustawę budżetową.

W świetle prawa cywilnego odszkodowanie za poniesioną szkodę obejmuje jej naprawienie, czyli wyrównanie powstałego uszczerbku o charakterze majątkowym powstałym na mieniu poszkodowanego (szkoda na mieniu) lub na osobie poszkodowanego (szkoda na osobie). Odszkodowanie za szkodę materialną przysługuje oskarżonemu lub podejrzanemu, a nie innym osobom. Szkoda na mieniu to zarówno poniesione straty, czyli – szkoda bezpośrednia (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*). Jako poniesione straty, tj. szkodę rzeczywistą, określa się stratę na mieniu poszkodowanego. Będzie to zmniejszenie aktywów lub też zwiększenie pasywów wskutek m. in. niesłusznego skazania. Ponadto szkoda majątkowa będąca normalnym, niewynikającym z innych przyczyn następstwem bezzasadnego pozbawienia wolności może również powstać po odzyskaniu wolności, pod warunkiem, że jest jednocześnie jego bezpośrednim skutkiem.

Do ustalenia tego rodzaju szkody dochodzi przy zastosowaniu metody dyferencyjnej, która służy do zbadania różnicy w stanie majątkowym jeszcze przed zastosowaniem środków represji oraz już po uniewinnieniu, umorzeniu postępowania lub też orzeczeniu łagodniejszej kary[20]. Pod uwagę są brane przede wszystkim utracone zarobki oraz wszelkie inne dochody, jakie poszkodowany mógłby uzyskać, gdyby nie był

[19] Por. K. Cesarz, *Szkody wynikłe z uniemożliwienia poszkodowanemu pracy zarobkowej wskutek niesłusznego pozbawiania wolności (zagadnienia wstępne)*, „Przegląd Sądowy" 2002, nr 2, s. 44 i n.

[20] Zob. A. Duży, *Dyferencyjna metoda ustalania szkody*, „Państwo i Prawo" 1993, nr 10, s. 55 i n.

niesłusznie represjonowany. W zakres *damnum emergens* wliczy się również koszty poniesione przez oskarżonego na opłacenie obrońcy w trakcie postępowania karnego oraz po uprawomocnieniu się wyroku. Z kolei za utracone korzyści uważa się korzyści, jakie poszkodowany mógłby uzyskać, gdyby nie wyrządzono mu szkody, czyli jest to brak przyrostu majątku w wyniku niesłusznego represjonowania. Ustalenia utraconych korzyści dokonuje się w sposób hipotetyczny. W orzecznictwie szerokie poparcie zyskał pogląd, że art. 361 § 2 k.c., w części odnoszącej się do utraconych korzyści wymaga hipotetycznego przebiegu zdarzeń, a także wskazania wysokiego prawdopodobieństwa utraty korzyści. Jednakże ustawodawca nie określił bliżej kryteriów, jakimi należy się kierować, budując hipotezy. Ich wskazanie pozostawił natomiast wiedzy i doświadczeniu życiowemu sądu[21]. Nie można również wykluczyć, że osoba niesłusznie represjonowana nie poniesie szkody w tej postaci w ogóle.

Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę to odszkodowanie za szkodę niematerialną, powstałą w wyniku niesłusznego skazania. Krzywdę tę stanowią negatywne przeżycia psychiczne wiążące się nie tylko z samym faktem skazania, ale również np. z utratą dobrego imienia. Ustalając wysokość zadośćuczynienia za szkodę wyrządzoną, należy brać pod uwagę wszelkie ustalone w sprawie okoliczności, które wpływają na określenie rozmiaru doznanej krzywdy.

Dla rozumienia pojęcia „zadośćuczynienie" użytego w art. 552 k.p.k. pomocne jest wsparcie się przepisami k.c., w tym zwłaszcza art. 445 § 1 k.c., który wskazuje, że zadośćuczynienie powinno być odpowiednie. Jako odpowiednią sumę zadośćuczynienia należy traktować taką, która co najmniej równoważy przeżycia związane z niesłusznym skazaniem, w szczególności niesłusznym tymczasowym aresztowaniem, gdzie uwzględnić należy wszelkie okoliczności towarzyszące, w tym okres jego stosowania, wiek osoby aresztowanej, stan zdrowia itp. oraz skutki, jakie wywarło ono na osobę w środowisku, w jakim egzystuje[22].

Podmiotem uprawnionym do dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia, w myśl art. 552 § 1 k.p.k., jest oskarżony. W doktrynie panuje powszechny pogląd, że posługiwanie się w tym przypadku określeniem „oskarżony" jest nie do końca właściwe, ponieważ osoba dochodząca odszkodowania lub zadośćuczynienia nie powinna już występować z pozycji sprawcy przestępstwa. Podkreślić również trzeba, że osobę określaną tu jako „oskarżony" w postępowaniu o odszkodowanie lub zadośćuczynienie może reprezentować pełnomocnik, a nie obrońca. Dlatego też postuluje się, że osobę dochodzącą

[21] Zob. wyrok SN z 14 października 2005 r., III CK 101/05, LEX 187041.
[22] Zob. wyrok SA w Lublinie, II AKa 268/11, „Krakowskie Zeszyty Sądowe" 2012, z. 9, poz. 74.

odszkodowania lub zadośćuczynienia powinno się określać jako „poszkodowanego", co bez wątpienia zdecydowanie lepiej odzwierciedla sytuację procesową[23].

4. Wnioski końcowe

Gwarancje wolności i nietykalności osobistej zapewniają wszystkie współczesne konstytucje państw demokratycznych, a prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie jest niewątpliwie gwarancją realizacji wolności i nietykalności.

Prawo osoby niesłusznie skazanej do wynagrodzenia jej poniesionych szkód i krzywd wynika z Konstytucji RP – art. 41 ust. 5 i art. 77 ust. 1 – oraz z aktów międzynarodowych, m.in. z art. 5 ust. 5 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Rozdział 58 k.p.k. reguluje instytucję odszkodowania za niesłuszne skazanie. Ma ona charakter kompensacyjny i służy naprawieniu błędów wymiaru sprawiedliwości skutkujących niesłusznym skazaniem. Odszkodowanie za niesłuszne skazanie to zarówno kompensacja szkody majątkowej, jak i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę o charakterze niemajątkowym.

Przepisy kodeksowe regulują postępowanie w przedmiocie odszkodowania za niesłuszne skazanie, a także zawierają unormowania prawnomaterialne określające przesłanki ubiegania się o odszkodowanie, termin dochodzenia roszczeń, rodzaje roszczeń.

Należy jednak mieć na uwadze, że w zakresie nieuregulowanym w k.p.k. zastosowanie znajdują przepisy prawa cywilnego, zarówno proceduralnego, jak i materialnego. Jednakże przepisów k.c. określających podstawy i rozmiar odpowiedzialności odszkodowawczej nie stosuje się w takim zakresie, w jakim odpowiedzialność ta została uregulowana w przepisach szczególnych.

Odpowiedzialność Skarbu Państwa może jednak zostać wyłączona, jeżeli okoliczności danej sprawy wskazują, że pomimo iż ostateczne rozstrzygnięcie, np. dotyczące tymczasowego aresztowania, było niesłuszne, stosowanie tego środka zapobiegawczego było niezbędne do zabezpieczenia właściwego toku postępowania, w szczególności, jeżeli w toku postępowania oskarżony swoim zachowaniem celowo utrudniał jego przebieg[24].

W przypadku naprawienia szkody oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę Skarbowi Państwa przysługuje roszczenie zwrotne od osób, a dokładniej funkcjonariuszy publicznych, które swoim bezprawnym działaniem spowodowały niesłuszne skazanie. Roszczeń regresowych Skarb Państwa może dochodzić wyłącznie w procesie

[23] Zob. P. Cioch, *op. cit.*, s. 149 i n.

[24] D. Świecki, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 890.

cywilnym. Powództwo może wytoczyć prokurator lub organ, który jest powołany do reprezentowania Skarbu Państwa. Jeżeli prokurator nie dopatrzy się podstaw do wytoczenia powództwa, wydaje w tej kwestii postanowienie i zawiadamia o tym właściwy organ.

Mateusz Radajewski
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Ochrona podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela jako zasada stanów nadzwyczajnych

1. Wstęp

Stan nadzwyczajny zdefiniować należy jako szczególnego rodzaju reżim prawny, który wprowadzany jest w sytuacji szczególnego zagrożenia dla państwa lub jego części[1]. Obecnie obowiązująca Konstytucja RP[2] przewiduje trzy rodzaje stanów nadzwyczajnych – stan wojenny, stan wyjątkowy oraz stan klęski żywiołowej. Podstawowe kwestie związane z każdą z tych instytucji uregulowane zostały w ustawie zasadniczej. Oprócz przepisów odnoszących się indywidualnie do każdego z wymienionych stanów nadzwyczajnych Konstytucja RP zawiera również przepisy dotyczące jednolicie ich wszystkich. Przepisy te formułują tzw. zasady stanów nadzwyczajnych, które nie tylko współkształtują konstrukcję prawną każdego stanu nadzwyczajnego, ale również stanowią dyrektywę interpretacyjną przy wykładni pozostałych przepisów rozdziału XI Konstytucji oraz ustaw o stanach nadzwyczajnych[3].

W doktrynie nie występują w zasadzie poważniejsze spory dotyczące katalogu zasad stanów nadzwyczajnych. Zwykle zalicza się do nich wyłącznie normy wyrażone w art. 228 Konstytucji RP[4]. Niektórzy autorzy dołączają do nich również tzw. klauzulę antydyskryminacyjną, o której mowa w art. 233 ust. 2 Konstytucji RP[5].

---

1 Zob. K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Białystok 2005, s. 9. Szerzej o problemie zdefiniowania tego pojęcia – zob. M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 11−21.

2 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

3 Zaliczyć do nich należy: ustawę z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 156, poz. 1301 z późn. zm.; ustawę z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym, Dz. U. Nr 113, poz. 985 z późn. zm.; ustawę z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej, Dz. U. Nr 62, poz. 558 z późn. zm. oraz ustawę z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela, Dz. U. Nr 223, poz. 1955.

4 Tak np. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 392−394. Podobnie – K. Prokop, *op. cit.*, s. 17−43. W tym miejscu wskazać jednak należy, że autor ten dostrzega, że nie tylko w art. 228 Konstytucji znalazły się normy wspólne dla wszystkich stanów nadzwyczajnych (zob. *ibidem*, s. 17), niemniej jednak nie przyznaje on tym normom waloru zasad stanów nadzwyczajnych.

5 Zob. M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 180.

Biorąc pod uwagę treść poszczególnych przepisów rozdziału XI Konstytucji, wydaje się, że do katalogu zasad stanów nadzwyczajnych zaliczyć należy zasady: ostateczności[6], legalności[7], wyrównywania strat majątkowych[8], proporcjonalności[9], celowości[10], tymczasowości[11], ochrony podstaw systemu prawnego[12] oraz ochrony organów przedstawicielskich, wyborów i referendów[13], a także ochrony podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela[14]. Niniejsze opracowanie poświęcone jest ostatniej z nich.

[6] Przewidziana została ona w art. 228 ust. 1 Konstytucji RP. Zgodnie z nią stan nadzwyczajny może zostać wprowadzony wyłącznie w sytuacji szczególnego zagrożenia, gdy zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające. Szerzej na ten temat – zob. K. Działocha, uwagi do art. 228 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, s. 1−3; K. Prokop, *op. cit.*, s. 18−23; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 168−170.

[7] Przewidziana została ona w art. 228 ust. 2 i 3 Konstytucji RP. Zgodnie z nią stan nadzwyczajny może zostać wprowadzony jedynie na podstawie ustawy (która określa zasady działania organów władzy publicznej oraz zakres, w jakim mogą zostać ograniczone prawa i wolności człowieka i obywatela w trakcie trwania stanu nadzwyczajnego), w drodze rozporządzenia, które podlega dodatkowemu podaniu do publicznej wiadomości. Szerzej na ten temat – zob. K. Prokop, *op. cit.*, s. 23−30; K. Działocha, *op. cit.*, s. 5−9; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 170−172.

[8] Przewidziana została ona w art. 228 ust. 4 Konstytucji RP. Zgodnie z nią ustawa może określić podstawy, zakres i tryb wyrównywania strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela. Szerzej na ten temat – zob. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 393; K. Prokop, *op. cit.*, s. 25−27; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 172−173; K. Działocha, *op. cit.*, s. 9−11.

[9] Przewidziana została ona w art. 228 ust. 5 Konstytucji RP. Zgodnie z nią działania podejmowane w ramach stanu nadzwyczajnego muszą odpowiadać stopniowi trwającego zagrożenia. Szerzej na ten temat – zob. K. Działocha, *op. cit.*, s. 11−14; K. Prokop, *op. cit.*, s. 31−32; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 173−174.

[10] Przewidziana została ona również w art. 228 ust. 5 Konstytucji RP. Zgodnie z nią działania podejmowane w ramach stanu nadzwyczajnego powinny zmierzać do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa. Szerzej na ten temat – zob. K. Prokop, *op. cit.*, s. 33−35; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 174−175.

[11] Nie została ona przewidziana wprost w żadnym przepisie konstytucyjnym, wynika ona natomiast pośrednio z zasad ostateczności i celowości. Zgodnie z nią stany nadzwyczajne powinny trwać jak najkrócej, wyłącznie do chwili, w której skuteczne przeciwdziałanie zagrożeniu będzie możliwe przy zastosowaniu zwykłych środków konstytucyjnych – por. L. Garlicki, *op. cit.*, s. 393; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 174.

[12] Przewidziana została ona w art. 228 ust. 6 Konstytucji RP. Zgodnie z nią w trakcie trwania stanu nadzwyczajnego nie mogą zostać zmienione: Konstytucja, ustawy wyborcze (z wyjątkiem ustaw odnoszących się do wyborów do Parlamentu Europejskiego) oraz ustawy o stanach nadzwyczajnych. Szerzej na ten temat – zob. K. Działocha, *op. cit.*, s. 14−17; K. Prokop, *op. cit.*, s. 35−38; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 175−176.

[13] Przewidziana została ona w art. 228 ust. 7 Konstytucji RP. Zakazuje ona w trakcie trwania stanów nadzwyczajnych oraz w okresie 90 dni po ich zakończeniu skracania kadencji parlamentu, przeprowadzania wyborów (poza wyborami do Parlamentu Europejskiego oraz organów tych jednostek samorządu terytorialnego, na których obszarze nie został wprowadzony stan nadzwyczajny), a także referendum ogólnokrajowego. Szerzej na ten temat zob. K. Prokop, *op. cit.*, s. 39−43; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 176−180.

[14] Nazwy drugiej, czwartej, piątej, szóstej i siódmej zasady zaproponowane zostały przez L. Garlickiego (zob. *idem*, *op. cit.*, s. 392−394). Posługuje się nimi również K. Prokop (zob. *idem*, *op. cit.*, s. 17−18). Zasadę określoną przez L. Garlickiego mianem zasady wyjątkowości (subsydiarności) M. Brzeziński nazywa zasadą ostateczności (zob. *idem*, *op. cit.*, s. 168−169), co uznać należy za właściwsze.

2. Prawa człowieka w stanach nadzwyczajnych

Przed przystąpieniem do szczegółowego omówienia konstytucyjnej zasady ochrony podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela w stanach nadzwyczajnych zasadne wydaje się przedstawienie najważniejszych kwestii związanych z funkcjonowaniem praw i wolności człowieka i obywatela w ramach tych stanów. Zasada ta odnosi się bowiem do tej problematyki bezpośrednio i poprawnie odczytana może zostać jedynie w jej kontekście.

Zauważyć należy, że ograniczanie praw i wolności stanowi – obok modyfikacji reguł funkcjonowania organów władzy publicznej – istotę stanów nadzwyczajnych[15]. Jak wiadomo, ograniczenia takie możliwe są jednak również w warunkach normalnego funkcjonowania państwa. Wynika to z faktu, że niemal żadne prawa czy wolności nie mogą mieć charakteru absolutnego, ponieważ niekiedy pozostają w sprzeczności z prawami lub wolnościami innych podmiotów albo innymi szczególnie istotnymi wartościami, takimi jak np. bezpieczeństwo czy porządek publiczny[16]. W stanach nadzwyczajnych ograniczenia praw człowieka przyjmują jednak szczególny wymiar, są w znacznie większym stopniu restrykcyjne i uciążliwe dla podmiotów z tych praw korzystających.

Polska Konstytucja wyraźnie rozróżnia sytuację ograniczeń praw człowieka w warunkach normalnego funkcjonowania państwa oraz w ramach stanów nadzwyczajnych. W tym pierwszym wypadku kwestię ograniczeń praw i wolności reguluje ona w formie tzw. klauzul limitacyjnych, tj. przepisów, które szczegółowo określają, w jakich warunkach i formach oraz w jakim stopniu ograniczone mogą zostać prawa i wolności[17]. Konstytucja RP zawiera w swojej treści zarówno ogólną klauzulę limitacyjną (odnoszącą się jednolicie do wszystkich praw i wolności[18]), jak i kilka klauzul szczegółowych (dotyczących jedynie określonego prawa lub wolności). Klauzula ogólna przewidziana została w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem 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 albo dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej lub wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą jednak naruszać istoty wolności i praw. Szczegółową klauzulę limitacyjną odnaleźć można z kolei np. w art. 22 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest

[15] Por. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 374; *idem*, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, s. 1086; K. Prokop, *op. cit.*, s. 9; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 18−19.

[16] Por. B. Banaszak, *Prawo...*, s. 371.

[17] Por. T. Jasudowicz, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 35.

[18] Nie dotyczy ona jednak godności – zob. dalsza część opracowania.

dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Generalnie przyjmuje się, że szczegółowe konstytucyjne klauzule limitacyjne nie stanowią *leges speciales* w odniesieniu do art. 31 ust. 3 Konstytucji[19], a tym samym ograniczanie praw, których one dotyczą, wymaga łącznego spełnienia warunków określonych zarówno w klauzuli generalnej, jak i w odnoszących się do nich klauzulach szczegółowych[20].

Jak już zostało wskazane, powyższe regulacje odnoszą się do zwykłych ograniczeń praw i wolności charakterystycznych dla normalnego funkcjonowania państwa[21]. Oprócz nich Konstytucja RP w rozdziale XI przewiduje szczególne zasady ograniczania praw człowieka w stanach nadzwyczajnych. Jak wskazuje jej art. 228 ust. 1, stany nadzwyczajne mogą zostać wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające, a zgodnie z jej art. 228 ust. 3 na treść stanu nadzwyczajnego składają się ograniczenia praw i wolności człowieka i obywatela oraz szczególne zasady funkcjonowania organów władzy publicznej. Zestawienie tych dwóch przepisów każe przyjąć, że w przypadku ograniczeń praw i wolności podejmowanych w ramach stanów nadzwyczajnych nie będą miały zastosowania ani klauzula generalna z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ani jakakolwiek inna klauzula limitacyjna zamieszczona w ustawie zasadniczej. Klauzule te zaliczyć bowiem trzeba do zwykłych środków konstytucyjnych, których uchylenie jest cechą charakterystyczną stanów nadzwyczajnych[22]. Oznacza to, że ograniczenia praw i wolności w stanach nadzwyczajnych mogą naruszać istotę danego prawa lub wolności[23]. Pozwala to władzom publicznym na głęboką ingerencję w sferę konstytucyjnych praw i wolności. Nie oznacza to jednak, że może ona mieć charakter nieograniczony. Do

[19] Zob. B. Banaszak, *Prawo...*, s. 372; L. Garlicki, *op. cit.*, s. 100.

[20] Zauważyć przy tym należy, że dochowanie warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zawsze skutkować będzie spełnieniem warunków przewidzianych w szczegółowych klauzulach limitacyjnych. Prezentowany pogląd czyni zatem klauzule te zbędnymi. Z tego względu należałoby rozważyć, czy nie traktować tych klauzul jako przepisów szczególnych w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji i legalność ograniczeń praw i wolności, do których się one odnoszą, oceniać wyłącznie z ich perspektywy, tj. z pominięciem wymogów klauzuli generalnej. Odpowiedź na to pytanie wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

[21] Nie oznacza to jednak, że nie mogą one być stosowane również w stanach nadzwyczajnych. Co więcej – zgodnie z zasadą proporcjonalności – władze publiczne powinny poprzestać wyłącznie na nich w każdej sytuacji, w której okażą się one wystarczające.

[22] Do zwykłych środków konstytucyjnych zaliczyć należy wszystkie normy konstytucyjne wyrażone poza rozdziałem XI i XII ustawy zasadniczej. Pogląd ten co do zasady podziela K. Prokop. Stwierdza on jednak, że nie można do zwykłych środków konstytucyjnych zaliczyć również stanu wojny oraz mobilizacji (zob. *idem*, *op. cit.*, s. 19−21).

[23] Zob. K. Działocha, *op. cit.*, s. 9. Pozostałe warunki przewidziane w art. 31 ust. 3 – mimo jego niestosowania w tym wypadku – muszą zostać zachowane ze względu na treść przepisów dotyczących stanów nadzwyczajnych. Tym samym muszą one zostać ustanowione w ustawie (wymaga tego art. 228 ust. 3 Konstytucji) oraz – zgodnie z zasadą proporcjonalności – mogą zostać zastosowane tylko wtedy, gdy są konieczne dla ochrony wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, takich jak np. bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny czy zdrowie.

omawianej kwestii bowiem – a może zwłaszcza do niej – odnoszą się wspomniane na początku zasady proporcjonalności i celowości wyrażone w art. 228 ust. 5 Konstytucji. Tym samym omawiane ograniczenia nie mogą być stosowane dowolnie, lecz muszą odpowiadać stopniowi zagrożenia oraz powinny zmierzać do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa.

Warto wspomnieć, że nadzwyczajne sposoby ograniczania konstytucyjnych praw i wolności w sytuacjach szczególnych zagrożeń przewidują również niektóre wiążące Polskę umowy międzynarodowe, takie jak np. Europejska Konwencja Praw Człowieka[24] oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych[25]. Normują one tę kwestię w formie tzw. klauzul derogacyjnych. Zdefiniować należy je jako regulacje prawne określające warunki i zasady, na jakich – w przypadku szczególnego zagrożenia – dopuszczalne jest uchylenie określonych praw i wolności człowieka i obywatela[26]. W Europejskiej Konwencji Praw Człowieka klauzula derogacyjna znalazła się w jej art. 15. Zgodnie z tym przepisem w wypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu każda ze stron Konwencji może podjąć środki uchylające stosowanie zobowiązań z niej wynikających, w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego. Powyższa klauzula nie pozwala jednak na uchylenie prawa do życia (za wyjątkiem śmierci stanowiącej konsekwencję zgodnych z prawem działań wojennych), wolności od niewoli lub poddaństwa, a także zasady *nullum crimen sine lege* oraz zakazu wymierzania kary surowszej od tej, która obowiązywała w czasie popełnienia czynu. Warunkiem zastosowania omawianej klauzuli jest wyczerpujące poinformowanie Sekretarza Generalnego Rady Europy o podjętych w jej ramach środkach oraz powodach ich użycia.

W przypadku Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych klauzula derogacyjna przewidziana została w jego art. 4. Zgodnie z tym przepisem w wypadku, gdy wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagraża istnieniu narodu i zostało ono urzędowo ogłoszone, strona Paktu może podjąć kroki mające na celu zawieszenie stosowania zobowiązań z niego wynikających, w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że kroki te nie są sprzeczne z innymi jej zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego i nie pociągają za sobą dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego. Klauzula ta nie pozwala jednak na zawieszenie takich praw i wolności lub zasad jak: prawo do

[24] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

[25] Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

[26] Por. T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 35.

życia, wolność od tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, wolność od niewoli i poddaństwa, zakaz pozbawiania wolności za długi, zasada *nullum crimen sine lege*, zakaz wymierzania kary surowszej od tej, która obowiązywała w czasie popełnienia czynu, prawo do uznawania podmiotowości prawnej, a także wolność myśli, sumienia i wyznania. Warunkiem zastosowania omawianej klauzuli jest poinformowanie pozostałych stron Paktu – za pośrednictwem Sekretarza Generalnego ONZ – o podjętych środkach oraz powodach ich użycia.

3. Normy art. 233 ust. 1 i 2 Konstytucji RP jako zasada stanów nadzwyczajnych

Zauważyć należy, że swobodę władz publicznych w ograniczaniu konstytucyjnych praw i wolności w ramach stanów nadzwyczajnych – poza zasadami proporcjonalności i celowości – krępują również postanowienia art. 233 Konstytucji RP. Przepis ten składa się z trzech ustępów. Pierwszy z nich wskazuje, że ustawa określająca zakres dopuszczalnych ograniczeń praw i wolności człowieka i obywatela w trakcie trwania stanu wojennego i wyjątkowego nie może przewidywać ograniczenia praw i wolności określonych w art. 30, art. 34, art. 36, art. 38−40, art. 41 ust. 4, art. 42, art. 45, art. 47−48, art. 53, art. 63 oraz art. 72 Konstytucji RP. Kolejny ustęp omawianego przepisu stanowi, że niedopuszczalne jest w trakcie trwania stanów nadzwyczajnych[27] ograniczanie wolności i praw człowieka i obywatela wyłącznie z powodu rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku. Artykuł 233 ust. 3 Konstytucji RP wskazuje z kolei, że ustawa określająca zakres dopuszczalnych ograniczeń praw i wolności człowieka i obywatela w trakcie trwania stanu klęski żywiołowej może przewidywać ograniczenia wyłącznie praw i wolności wskazanych w art. 22, art. 41 ust. 1, 3 i 5, art. 50, art. 52 ust. 1, art. 59 ust. 3, art. 64, art. 65 ust. 1 oraz art. 66 ust. 1 i 2 Konstytucji. Analiza powyższych przepisów każe przyjąć, że w treści art. 233 ust. 1 i 2 polskiej ustawy zasadniczej zamieszczony został zbiór ogólnych norm odnoszących się jednolicie do wszystkich trzech stanów nadzwyczajnych, który z tego względu określić możemy mianem zasady stanów nadzwyczajnych. Do norm tych zaliczyć należy przede wszystkim klauzulę antydyskryminacyjną określoną w art. 233 ust. 2 Konstytucji, której obowiązywanie w reżimie każdego stanu nadzwyczajnego nie powinno budzić większych kontrowersji. Wydaje się jednak, że za regułę odnoszącą się do wszystkich stanów nadzwyczajnych uznać należy również normę wyrażoną w art. 233 ust. 1 Konstytucji. Literalnie odnosi się ona co prawda wyłącznie do stanu wojennego i stanu wyjątkowego,

[27] O kontrowersjach, czy przepis ten ma również zastosowanie do stanu klęski żywiołowej – zob. dalsza część opracowania.

lecz analiza art. 233 ust. 3 Konstytucji każe przyjąć, że obowiązuje ona również w czasie stanu klęski żywiołowej. W stanie tym ograniczać na szczególnych zasadach można jedynie prawa wprost określone w tym przepisie. Oznacza to, że takie ograniczanie pozostałych praw i wolności w tym stanie nadzwyczajnym jest zabronione. Zauważyć przy tym należy, że żadne prawo lub wolność wymienione w art. 233 ust. 1, jako niemogące być ograniczane w stanie wojennym i wyjątkowym, nie zostało wskazane w art. 233 ust. 3, jako mogące być ograniczane w stanie klęski żywiołowej, a zatem z woli ustrojodawcy również prawa i wolności określone w pierwszym z tych przepisów nie mogą zostać naruszone w trakcie tego stanu. Z tego względu przyjąć można, że reguły, o których mowa w art. 233 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, mają walor zasady stanów nadzwyczajnych. Ze względu na jej treść wydaje się zasadne, by określić ją mianem zasady ochrony podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela.

4. Zakaz ograniczania podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela

Biorąc pod uwagę treść art. 233 Konstytucji RP, przyjąć można, że analizowana zasada ochrony praw człowieka składa się z dwóch zasadniczych elementów – zakazu ograniczania podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela oraz klauzuli antydyskryminacyjnej.

Pierwszy ze wskazanych elementów, jak już zostało określone, uregulowany został w odniesieniu do stanu wojennego i wyjątkowego wprost w art. 233 ust. 1, a w stosunku do stanu klęski żywiołowej pośrednio w art. 233 ust. 3 Konstytucji RP. Z tego względu do jego omówienia wystarczające jest przeanalizowanie pierwszego z tych przepisów, albowiem wszelkie uzyskane w ten sposób wnioski będą miały odpowiednie zastosowanie również do stanu klęski żywiołowej.

Prezentację problematyki art. 233 ust. 1 Konstytucji RP trzeba, jak się wydaje, rozpocząć od przedstawienia katalogu praw i wolności, które polska Konstytucja uznaje za nienaruszalne. Zgodnie z tym przepisem należą do nich: godność człowieka (art. 30), prawo do nabycia obywatelstwa polskiego i zakaz jego przymusowego pozbawiania (art. 34), prawo obywatela polskiego do opieki konsularnej (art. 36), prawo do życia (art. 38), zakaz przymusowego poddawania eksperymentom naukowym (art. 39), wolność od tortur lub poniżającego traktowania lub karania (art. 40), nakaz humanitarnego traktowania osoby zatrzymanej (art. 41 ust. 4), zasada *nullum crimen sine lege*, prawo do obrony oraz domniemanie niewinności (art. 42), prawo do sądu (art. 45), prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47), prawo rodziców do wychowania dzieci

zgodnie z własnymi przekonaniami (art. 48), wolność sumienia i wyznania (art. 53), prawo składania petycji, wniosków i skarg (art. 63) oraz prawa dziecka (art. 72). Zestawienie tego katalogu z listą praw niederegowalnych zawartych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych[28] prowadzi do wniosku, że nie stanowi on prostego powtórzenia norm prawnomiędzynarodowych. W pierwszej kolejności zwraca uwagę brak w art. 233 ust. 1 Konstytucji RP niektórych praw wymienionych w Pakcie jako praw niepodlegających nigdy ograniczeniu. Zaliczyć do nich można: wolność od niewoli i poddaństwa, zakaz wymierzania kary surowszej od tej, która obowiązywała w czasie popełnienia czynu, zakaz pozbawiania wolności za długi oraz prawo do uznawania podmiotowości prawnej. Pominięcie ich w katalogu określonym w art. 233 ust. 1 Konstytucji RP nie zawsze da się wyjaśnić faktem, że w ogóle milczy ona na ich temat, uznając ich deklarowanie za zupełnie niepotrzebne w polskich warunkach społeczno-politycznych[29]. Pamiętać jednak przy tym należy, że zarówno Europejska Konwencja Praw Człowieka, jak i Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych stanowią na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej akty prawa powszechnie obowiązującego, a zatem wszelkie prawa człowieka, o których w nich mowa, uznać należy w Polsce za obowiązujące.

Zauważyć trzeba, że art. 233 ust. 1 Konstytucji RP poza pominięciem niektórych praw wymienionych w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych modyfikuje zawarty w nim katalog praw i wolności niederegowalnych przez poszerzenie go o takie prawa jak: godność, prawo do nabycia obywatelstwa i zakaz jego przymusowego pozbawiania, prawo obywatela do opieki konsularnej, zakaz przymusowego poddawania eksperymentom naukowym, nakaz humanitarnego traktowania osoby zatrzymanej, prawo do obrony oraz domniemanie niewinności, prawo do sądu, prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym, prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami, prawo składania petycji, wniosków i skarg oraz prawa dziecka. Choć generalnie stworzenie standardu ochrony praw człowieka wyższego od standardów prawnomiędzynarodowych ocenić należy pozytywnie, to jednak uznanie niektórych z wymienionych wyżej praw za niemogące być ograniczane w stanach nadzwyczajnych

[28] Akt ten rozszerza katalog praw niederegowalnych określony w Konwencji, a zatem dla oceny zgodności danej regulacji z oboma tymi aktami wystarczające jest jej porównanie z normami samego Paktu.

[29] Por. K. Działocha, uwagi do art. 233 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, s. 2; T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 67; L. Wiśniewski, *Stany nadzwyczajne w projekcie nowej Konstytucji RP*, [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych ze szczególnym uwzględnieniem prawa i praktyki polskiej*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1997, s. 157−158. Trudno odnieść taką argumentację do np. milczenia Konstytucji na temat zakazu wymierzania kary surowszej niż obowiązująca w czasie popełnienia czynu. Normę taką da się oczywiście wywieść z art. 2 Konstytucji RP, niemniej jednak nie została ona objęta zakazem jej zawieszania w stanach nadzwyczajnych, co ocenić należy krytycznie.

jest kontrowersyjne. Wątpliwości budzić może np. pełne zagwarantowanie w stanach nadzwyczajnych prawa do ochrony życia prywatnego, czci i dobrego imienia, podczas gdy jego ograniczenie stanowić mogłoby jeden z podstawowych instrumentów stanu wojennego lub wyjątkowego[30]. Również z punktu widzenia tych stanów nadzwyczajnych krytycznie ocenić można zapewnienie rodzicom prawa do wychowania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami, a więc również z przekonaniami politycznymi[31]. Pozostałe gwarancje zawarte w art. 233 ust. 1 Konstytucji RP nie powinny natomiast budzić żadnych wątpliwości.

Zauważyć należy, że z problematyką omawianego przepisu (jak i zresztą art. 233 ust. 3 Konstytucji) wiąże się również kwestia szczególnego sposobu jego zredagowania. Na gruncie polskiej ustawy zasadniczej jest to sposób wyjątkowy, nieznajdujący swojego powtórzenia w innych jej przepisach. Polega on na wskazaniu praw i wolności niepodlegających ograniczeniom w stanach nadzwyczajnych nie tylko przez odesłanie do przepisów je formułujących, ale również przez ich hasłowy opis. W doktrynie panuje spór co do znaczenia normatywnego tych opisów, tj. tego, czy powinny one wpływać na interpretację art. 233 ust. 1[32] Konstytucji. Zdaniem części autorów hasłowy opis prawa lub wolności, do której odsyła omawiany przepis ustawy zasadniczej, doprecyzowuje zakres tego odesłania[33]. Zwolennicy przeciwnego poglądu wskazują z kolei, że specyficzna technika legislacyjna przyjęta w art. 233 ust. 1 i 3 Konstytucji pełni wyłącznie rolę dydaktyczną i nie niesie ze sobą żadnych istotnych konsekwencji prawnych[34]. Jak się wydaje, pogląd ten zasługuje na uwzględnienie. Odesłania zawarte w art. 233 ust. 1 i 3 są bowiem jasne i nie zachodzi potrzeba ich doprecyzowania. Co więcej, nawet jeśli uznać, że doprecyzowanie takie w niektórych wypadkach byłoby potrzebne, to niewątpliwie stopień ogólności haseł, którymi posługuje się ustrojodawca w art. 233 ust. 1 i 3 Konstytucji, czyniłby taki zabieg nieskutecznym, a wręcz mógłby wprowadzać w tym zakresie jeszcze większą dezorientację. Z tego względu wydaje się, że omawiana technika legislacyjna ma jedynie charakter dydaktyczny i ma na celu głównie ułatwienie odbioru omawianych przepisów ich czytelnikom[35].

---

[30] Np. poprzez działania propagandowe wymierzone w przedstawicieli środowisk destabilizujących sytuację w kraju.

[31] W stanie wojennym lub wyjątkowym konieczne dla przeciwdziałania zagrożeniu może być np. prowadzenie odpowiednich działań propagandowych wśród młodzieży, co – przynajmniej teoretycznie – może pozostawać w sprzeczności z prawem rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami.

[32] Spór ten dotyczy również art. 233 ust. 3 Konstytucji.

[33] Zob. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 439−440; M. Brzeziński, *op. cit.*, s. 193.

[34] Zob. K. Działocha, uwagi do art. 233…, s. 2.

[35] Za argumentem tym przemawia również fakt, że tylko art. 233 ust. 1 i 3 Konstytucji zawiera tak rozbudowane katalogi odesłań do innych przepisów. Być może przyjąć trzeba, że jeżeli ustrojodawca w innym miejscu ustawy zasadniczej stanąłby przed koniecznością sformułowania równie rozbudowanego

Przy okazji szczegółowego omawiania art. 233 ust. 1 i 3 Konstytucji nie można również pominąć kwestii adresata norm w nich zawartych. Przepisy te wyraźnie wskazują, że są one kierowane wyłącznie do ustawodawcy[36]. To jego obowiązuje zakaz zamieszczania w ustawach o stanach nadzwyczajnych przepisów ograniczających prawa i wolności, które te przepisy uznają za nienaruszalne w ramach reżimu stanu nadzwyczajnego. Takie ujęcie tych przepisów ocenić należy krytycznie. Skierowanie norm w nich wyrażonych wyłącznie do ustawodawcy nie pozwala na uznanie za ich adresatów organów władzy publicznej, które w ramach stanów nadzwyczajnych decydować będą o ograniczaniu konstytucyjnych praw i wolności. Oznacza to, że w przypadku dokonania w ramach stanu nadzwyczajnego ograniczenia praw wskazanych w art. 233 ust. 1 Konstytucji wyłącznym podmiotem odpowiedzialnym za tę sytuację będzie ustawodawca, który przyjął niezgodną z Konstytucją ustawę, nigdy zaś organ decydujący bezpośrednio o takim naruszeniu[37]. Taki stan rzeczy nie może zasługiwać na aprobatę, albowiem zwolnienie z odpowiedzialności za tego typu działania podmiotów faktycznie o nich decydujących sprzyjać może poważnym nadużyciom. Z tego względu wydaje się konieczna nowelizacja art. 233 ust. 1 i 3 Konstytucji, która uczyni adresatem norm w nich zawartych nie tylko ustawodawcę, ale wszelkie organy władzy publicznej, które w ramach stanów nadzwyczajnych decydują o ograniczaniu konstytucyjnych praw i wolności[38].

Z problematyką zakazu ograniczania podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela w ramach stanów nadzwyczajnych wiąże się również konieczność odpowiedzi na pytanie, na ile zakaz ten rozciąga się także na sytuację normalnego funkcjonowania państwa. Innymi słowy, czy wskazanie w Konstytucji, że określone prawa nie podlegają ograniczeniu w ramach stanów nadzwyczajnych, oznacza, iż prawa te w każdej sytuacji mają charakter bezwzględny? Z pozoru odpowiedź na to pytanie wydaje się oczywista. Wnioskowanie *a maiori ad minus* każe bowiem przyjąć, że jeżeli w stanach nadzwyczajnych, które cechuje większa swoboda w ograniczaniu praw i wolności, dane prawo jest nienaruszalne, to tym bardziej pozostaje ono takie w wypadkach normalnego funkcjonowania państwa, kiedy nie są konieczne żadne radykalne ograniczenia praw

katalogu odesłań, to wówczas także posłużyłby się omawianą techniką legislacyjną. Pogląd taki jest jednak trudny do zweryfikowania.

[36] Zob. K. Działocha, uwagi do art. 233…, s. 1.

[37] Oczywiście pod warunkiem, że ograniczenia takie dokonane byłyby z zachowaniem zasad proporcjonalności i celowości.

[38] Do osiągnięcia tego celu w przypadku art. 233 ust. 1 Konstytucji wystarczające byłoby zastąpienie fragmentu: „Ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie może ograniczać wolności i praw określonych w [...]" zwrotem: „W czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie można ograniczać wolności i praw określonych w [...]". Analogiczne rozwiązanie można byłoby przyjąć w przypadku art. 233 ust. 3 Konstytucji.

człowieka[39]. Pogląd ten słuszny jest jednak wyłącznie z pozoru, wydaje się bowiem, że przepisy konstytucyjne regulują tę kwestię w sposób odmienny. Jak już zostało wskazane, w trakcie trwania stanów nadzwyczajnych dopuszczalne są dwa rodzaje ograniczeń praw i wolności: zwykłe (dokonywane na podstawie klauzuli limitacyjnej określonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji) oraz szczególne (dokonywane na podstawie ustawy o danym stanie nadzwyczajnym, które nie wymagają dochowania warunków opisanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji). Tylko ten drugi rodzaj jest instrumentem reżimu stanów nadzwyczajnych, a w konsekwencji tylko do niego odnoszą się regulacje rozdziału XI Konstytucji, a zatem również i jej art. 233. Oznacza to, że zakaz ograniczania niektórych praw i wolności wyrażony w tym przepisie odnosi się jedynie do ograniczeń podejmowanych w ramach stanów nadzwyczajnych – tj. dokonywanych z pominięciem zasad wyrażonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (tzn. bez konieczności zachowania istoty danego prawa lub wolności). Nie dotyczy on zatem zwykłych ograniczeń dopuszczalnych w warunkach normalnego funkcjonowania państwa, które jeżeli są wystarczające, mogą być również stosowane w trakcie stanu nadzwyczajnego, niejako niezależnie od jego wprowadzenia[40]. W konsekwencji uznać należy, że z zakazu sformułowanego w art. 233 Konstytucji nie wynika zakaz ograniczania wymienionych w nim praw na zasadach określonych w jej art. 31 ust. 3[41]. Absolutny zakaz ograniczania danego prawa wynikać może zatem jedynie z wyraźnego przepisu Konstytucji, który stanowić będzie, że nie może ono zostać ograniczone ani na zasadach ogólnych, ani w następstwie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. W obecnej polskiej ustawie zasadniczej regulację taką odniesiono wyłącznie do godności. Zgodnie z art. 30 jest ona nienaruszalna, a na podstawie art. 233 Konstytucji RP nie może ona zostać ograniczona również w ramach stanów nadzwyczajnych[42].

Tezę o możliwości ograniczania praw określonych w art. 233 Konstytucji pod zwykłymi warunkami potwierdzają również niektóre z przepisów konstruujących te prawa. Przykładowo za nienaruszalne w stanach nadzwyczajnych Konstytucja RP uznaje

[39] Tak np. K. Prokop, *op. cit.*, s. 134.

[40] Ta ich niezależność od stanu nadzwyczajnego przejawia się również tym, że nie muszą one respektować zasady celowości (ich proporcjonalność jest natomiast wymagana przez art. 31 ust. 3 Konstytucji). Należy bowiem konsekwentnie przyjmować, że nie są one instrumentem stanów nadzwyczajnych, a zatem nie dotyczą ich żadne przepisy rozdziału XI Konstytucji.

[41] Zob. K. Działocha, uwagi do art. 233…, s. 3.

[42] Niejasne jest, czy samo sformułowanie art. 30 Konstytucji byłoby wystarczające dla uznania, że godność jest nienaruszalna również w ramach stanów nadzwyczajnych. Wydaje się jednak, że odpowiedź na to pytanie jest negatywna, bowiem art. 30 Konstytucji – jak wszystkie inne przepisy spoza jej rozdziału XI i XII – uznać należy za „zwykły środek konstytucyjny", który skoro dotyczy praw człowieka, w czasie stanu nadzwyczajnego może zostać zawieszony. Przyjąć jednak należy, że zadeklarowanie danego prawa jako nienaruszalnego z jednoczesnym umożliwieniem jego ograniczenia w stanach nadzwyczajnych byłoby rozwiązaniem niespójnym, które należałoby wyeliminować poprzez odpowiednią nowelizację ustawy zasadniczej.

wskazane w jej art. 45 prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Ten sam przepis (w ust. 2 zd. 1) wprost jednak wskazuje, że prawo do jawnego rozpoznania sprawy przez sąd może zostać ograniczone ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Podobna sytuacja występuje w przypadku art. 48 Konstytucji, który ustanawia nienaruszalne w stanach nadzwyczajnych prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniami. Ustęp 2 tego przepisu wprost natomiast określa, że prawo to może zostać ograniczone, albowiem dopuszcza się – ale tylko w przypadkach określonych w ustawie i na mocy prawomocnego wyroku sądu – ograniczanie, a nawet pozbawianie praw rodzicielskich. W związku z powyższym uznać należy, że omawiany zakaz ograniczania podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela odnosi się jedynie do działań podejmowanych w ramach stanów nadzwyczajnych, a zatem nie ma charakteru absolutnego.

5. Klauzula antydyskryminacyjna

Jak już zostało wskazane, drugim elementem zasady ochrony podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela w stanach nadzwyczajnych jest tzw. klauzula antydyskryminacyjna wyrażona w art. 233 ust. 2 Konstytucji RP. Stanowi ona, że w czasie stanów nadzwyczajnych niedopuszczalne jest ograniczanie wolności i praw człowieka i obywatela wyłącznie z powodu: rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku. Klauzula ta nawiązuje do podobnej regulacji zawartej w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, choć nie jest z nią zbieżna. Z jednej strony pomija ona bowiem taki czynnik jak kolor skóry[43], z drugiej strony rozszerza zakaz dyskryminacji o przypadki ograniczania praw lub wolności z powodu majątku, urodzenia lub braku wyznania[44].

Podstawową kwestią związaną z omawianą klauzulą jest jej rola w reżimie stanów nadzwyczajnych. Rozważania tej kwestii rozpocząć należy od wskazania, że polska Konstytucja przewiduje generalną klauzulę antydyskryminacyjną obowiązującą w czasie normalnego funkcjonowania państwa. Została ona uregulowana w jej art. 32 ust. 2. Zgodnie z tym przepisem nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny. Klauzulę tę – jako normę wyrażoną poza rozdziałem XI i XII Konstytucji – uznać należy za zwykły środek konstytucyjny, którego

[43] Kwestia ta mieści się jednak w zakazie dyskryminacji ze względu na rasę, więc jej pominięcie w art. 233 ust. 2 Konstytucji nie ma w zasadzie żadnego znaczenia.

[44] Niektórzy autorzy stoją jednak na stanowisku, że czynniki te mieszczą się w pojęciach użytych w art. 4 Paktu – zob. np. B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 1109.

zawieszenie dopuszczalne jest w reżimie stanów nadzwyczajnych. W przypadku ograniczeń praw i wolności dokonywanych w ich ramach nie jest ona zatem stosowana, a jej miejsce zastępuje klauzula wyrażona w art. 233 ust. 2 Konstytucji[45]. W porównaniu do normy art. 32 ust. 2 zapewnia ona zdecydowanie mniejszy stopień ochrony praw i wolności. Jej sformułowanie w postaci katalogu zamkniętego nakazuje bowiem przyjąć, że dyskryminacja ze względu na czynniki w niej niewymienione w ramach stanów nadzwyczajnych jest – w granicach zasad proporcjonalności i celowości – w pełni dopuszczalna. Jej rola sprowadza się zatem do zapewnienia w stanach nadzwyczajnych jednostkom jedynie pewnego minimum ochrony przed dyskryminacją.

Zakres omawianej klauzuli antydyskryminacyjnej co do zasady nie powinien budzić większych kontrowersji. Pojęcia takie jak płeć, język, wyznanie (oraz jego brak), pochodzenie społeczne czy majątek są jasne i nie wymagają szerszego komentarza. Pewne wątpliwości budzić może jedynie rozumienie – jako czynnika, z powodu którego niedopuszczalna jest dyskryminacja – terminu „urodzenie". Jak się wydaje, w tym kontekście zdefiniować należy je jako rodowód, przynależność do określonej – szeroko rozumianej – rodziny. Odróżnić trzeba je zatem od pochodzenia społecznego, które odnosi się do przynależności do określonej grupy społecznej czy etnicznej.

Wskazany powyżej zakres klauzuli antydyskryminacyjnej, o której mowa w art. 233 ust. 2 Konstytucji, prowadzi do wniosku, że obejmuje on wyłącznie czynniki neutralne z punktu widzenia jakiegokolwiek zagrożenia, które mogłoby uzasadnić wprowadzenie stanu nadzwyczajnego. W tym kontekście zasadne jest pytanie o sens tego przepisu. Zakaz dyskryminowania z powodów, które w żaden sposób nie mogą ujemnie wpływać na skuteczność przeciwdziałania zagrożeniom, z powodów których wprowadzono stan nadzwyczajny, wywieść można bowiem już z samej zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 228 ust. 5 Konstytucji. Zgodnie z tym przepisem, jak już zostało wskazane, działania podejmowane w wyniku wprowadzenia stanu nadzwyczajnego muszą odpowiadać stopniowi zagrożenia. Oznacza to, że niedopuszczalna jest dyskryminacja, która nie pozostaje w ścisłym związku z trwającym zagrożeniem. W tym kontekście – z czysto jurydycznego punktu widzenia – art. 233 ust. 2 Konstytucji uznać można za przepis zbędny, niemniej jednak jego sensu doszukiwać się można w uwypukleniu przez niego konieczności ochrony podstawowych praw i wolności nawet w stanach nadzwyczajnych.

Z omawianą problematyką wiąże się również kwestia adresata norm zawartych w art. 233 ust. 2 Konstytucji RP. W przeciwieństwie do pozostałych ustępów tego przepisu jest on bowiem skierowany nie tylko do ustawodawcy, ale i do wszelkich organów władzy publicznej, które w ramach stanów nadzwyczajnych decydują o ograniczaniu

[45] Zob. *ibidem*, s. 1109; K. Działocha, uwagi do art. 233…, s. 6.

praw i wolności człowieka i obywatela[46]. Może mieć to szczególne znaczenie w przypadku naruszenia tego przepisu. Gdyby bowiem nawet ustawy o stanach nadzwyczajnych – niezgodnie z Konstytucją – dopuszczały możliwość dyskryminacji ze względu na którykolwiek z czynników wymienionych w jej art. 233 ust. 2, to zastosowanie tego typu środków przez osoby decydujące o ograniczaniu praw i wolności należałoby uznać za naruszenie przez nie ustawy zasadniczej[47], co mogłoby się wiązać z pociągnięciem ich np. do odpowiedzialności konstytucyjnej.

Przy okazji omawiania problematyki art. 233 ust. 2 Konstytucji RP wspomnieć warto o wyrażonych w doktrynie wątpliwościach dotyczących jego zakresu obowiązywania, tj. tego, czy odnosi się on jednolicie do wszystkich trzech stanów nadzwyczajnych, czy też tylko do stanu wojennego i wyjątkowego. Wskazane kontrowersje wynikają z dość osobliwej systematyki art. 233 Konstytucji. Przepis ten bowiem składa się z trzech ustępów: pierwszy z nich wprost odnosi się wyłącznie do stanu wojennego i wyjątkowego[48], trzeci jedynie do stanu klęski żywiołowej, natomiast w przypadku drugiego Konstytucja milczy na temat jego zakresu obowiązywania[49]. Reguły wykładni systemowej pozwalają więc przyjąć, że skoro dopiero ostatni ustęp omawianego przepisu odnosi się do stanu klęski żywiołowej, to jego ust. 2 należy odczytywać w perspektywie ust. 1, a zatem omawiana klauzula antydyskryminacyjna ma zastosowanie wyłącznie do stanu wojennego i stanu wyjątkowego[50]. Pogląd taki jest jednak nieracjonalny, albowiem skutkuje koniecznością uznania, że Konstytucja RP w odniesieniu do stanu wojennego i wyjątkowego sformułowała wyższy standard ochrony praw i wolności niż w przypadku znacznie mniej restrykcyjnego stanu klęski żywiołowej. Z tego względu w tym wypadku pierwszeństwo należy przyznać wykładni funkcjonalnej omawianego przepisu, która każe przyjąć, że zapewnienie minimum ochrony przed dyskryminacją powinno być cechą wszystkich stanów nadzwyczajnych, a zatem klauzula, o której mowa w art. 233 ust. 2 Konstytucji, odnosi się zarówno do stanu wojennego i wyjątkowego, jak i stanu klęski żywiołowej[51]. Tym samym uznać możemy ją za zasadę stanów nadzwyczajnych albo za jeden z dwóch podstawowych elementów zasady ochrony podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela.

[46] Zob. K. Działocha, uwagi do art. 233…, s. 1.

[47] Zgodnie z przywołanymi wcześniej argumentami działanie takie zakwalifikowane byłoby również jako naruszenie zasady proporcjonalności.

[48] Choć, jak zostało wskazane, norma w nim zawarta – na mocy art. 233 ust. 3 – ma też zastosowanie do stanu klęski żywiołowej.

[49] Nie wspomina on o żadnym ze stanów nadzwyczajnych, co więcej jest to jedyny przepis rozdziału XI Konstytucji, w którym w ogóle nie występuje pojęcie stanu nadzwyczajnego ani nawet odesłanie do przepisu takim pojęciem się posługującym.

[50] Tak np. K. Działocha, uwagi do art. 233…, s. 7.

[51] Tak np. K. Prokop, *op. cit.*, s. 135.

6. Podsumowanie

Zauważyć należy, że problematyka stanów nadzwyczajnych pozostaje niejako na uboczu głównych kierunków badań nad polskim prawem konstytucyjnym. Z tego powodu kwestia funkcjonowania praw i wolności człowieka i obywatela w ramach tych instytucji nie doczekała się do tej pory wielu szczegółowych analiz. Za analizę taką nie może zostać uznane również niniejsze opracowanie, które dotyczy zaledwie części tej problematyki. Pozwala ono jednak na sformułowanie wniosków, które mogą stanowić podstawę do dalszych badań zarówno nad rozdziałem XI Konstytucji, jak i ustawami o stanach nadzwyczajnych.

Zauważyć przede wszystkim należy, że niektóre przepisy odnoszące się do ograniczeń praw i wolności człowieka i obywatela w stanach nadzwyczajnych mają – wbrew dominującemu w doktrynie stanowisku – rangę zasad konstytucyjnych. Z tego względu powinny one rzutować na interpretację postanowień rozdziału XI Konstytucji, jak i ustawodawstwa zwykłego.

Wydaje się, że normy art. 233 ust. 1 i 2 Konstytucji RP ocenić należy pozytywnie. Mimo zgłoszonych powyżej pewnych zastrzeżeń, uznać trzeba je za co do zasady spójne z wiążącymi Polskę aktami prawa międzynarodowego oraz za generalnie zachowujące odpowiednie proporcje między potrzebą ochrony konstytucyjnych praw i wolności a koniecznością przeciwdziałania nadzwyczajnym zagrożeniom.

Refleksje na omawiany temat zakończyć wypada zastrzeżeniem, że nawet najlepiej sformułowane prawo stanów nadzwyczajnych nie daje jednak pełnej gwarancji jego przestrzegania. Konieczność szybkich działań w takich sytuacjach skutkować może bowiem nie tylko nadużyciami, ale i nawet niezamierzonymi błędami, których konsekwencje rozciągać się będą również na sferę konstytucyjnych praw i wolności. Z tego względu konieczne jest zintensyfikowanie wysiłków badaczy prawa konstytucyjnego w celu dogłębnego przeanalizowania prawa stanów nadzwyczajnych i rozstrzygnięcia kluczowych wątpliwości z nim związanych zawczasu, zanim konieczne stanie się sięgnięcie po tę dziedzinę prawa przez organy władzy publicznej.

Jakub Rzucidło

Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych a prawo do sądu podmiotu leczniczego prowadzącego szpital

1. Wstęp

W dniu 1 stycznia 2012 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych[1]. Regulacją tą wprowadzono do polskiego porządku prawnego szczególnego rodzaju pozasądowe postępowanie, które doprowadzić ma do kompensacji szkody majątkowej, jak i niemajątkowej wyrządzonej pacjentowi[2] (lub jego spadkobiercom) w związku z udzielaniem przed podmiot medyczny prowadzący szpital świadczeń opieki zdrowotnej. W tym celu utworzono szczególnego rodzaju organy − 16 wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych (dalej także: komisje wojewódzkie lub WKOZM)[3].

W związku z powyższym proponowane unormowania rodziły nadzieje, że oto w końcu ustawodawca wprowadza postępowanie, które w miarę prosty i szybki sposób pozwoli na uzyskanie odszkodowania i zadośćuczynienia od podmiotu leczniczego[4]. Szybko pojawiły się także liczne wątpliwości związane zarówno z pozycją komisji wojewódzkich, jak i z samym postępowaniem zmierzającym do uzyskania

---

1 Ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych, Dz. U. z 2011 r. Nr 113, poz. 660.

2 Którym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (dalej także: u.p.p. lub ustawa o prawach pacjenta), tekst jedn. Dz. U. z 2012 r. poz. 159 z późn. zm., jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny.

3 Por. art. 67e u.p.p.

4 Zob. np. K. Frąckowiak, H. Frąckowiak, *Organizacja i funkcjonowanie wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych – rozważania na tle nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta*, „Palestra" 2013, nr 9−10, s. 131 i n.; I. Zduński, *Zadośćuczynienie i odszkodowanie w świetle działalności wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, [w:] I. Zgoliński (red.), *Oblicza Temidy. Aspekty prawne ochrony zdrowia (Zagadnienia wybrane)*, Bydgoszcz 2013, s. 45 i n.

stosownej rekompensaty przez podmiot składający wniosek[5] o wszczęcie przez nią ustalonej procedury[6]. Kwestie związane z powyższą regulacją stały się też przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego (dalej także: TK lub Trybunał)[7].

Specyfika postępowania przed komisjami wojewódzkimi sprowadza się do tego, że nie podlega ono w zasadzie[8] kontroli sądu powszechnego. *Prima facie* budzi to obawy co do poprawności przyjętego rozwiązania. O ile podmiot składający wniosek sam decyduje, którą z dróg dochodzenia roszczeń wybierze (np. sądową, czy właśnie przed WKOZM), o tyle inne strony tego postępowania są wyborem tym związane. Może dojść więc niejako do zamknięcia dla nich drogi sądowej.

2. Wybrane aspekty postępowania przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć, czy sprawa, która należy do kognicji komisji wojewódzkich, mieści się w zakresie pojęcia „sprawy" w rozumieniu art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[9] (dalej także: Konstytucji RP). Stosownie do poglądów doktryny sprawę stanowi zespół okoliczności, tworzących wyodrębniony przedmiot zainteresowania. Dotyczy ona konkretnych wolności i praw. We wskazanej jednostce redakcyjnej ustawy zasadniczej sprawa ujęta została szeroko, tj. obejmuje ona sprawy cywilne, karne oraz administracyjne, przy czym interpretacja tego konstytucyjnego pojęcia nie powinna być dokonywana przez pryzmat konkretnej procedury, ponieważ mogłoby to doprowadzić do niedopuszczalnego jego zawężenia[10]. W wyroku TK

[5] Zgodnie z art. 67b ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.p. pod pojęciem tym należy rozumieć pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, gdy doszło do kwalifikowanego (tzn. spełniającego przesłanki określone w art. 67a ust. 1 u.p.p.) zakażenia, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta. Ponadto do kręgu tych podmiotów zaliczyć można spadkobierców pacjenta, gdy w przypadkach określonych również w art. 67a ust. 1 u.p.p. doszło do śmierci pacjenta.

[6] Zob. np. E. Bagińska, *Działalność wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych a wykonywanie władzy publicznej*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 145 i n.; M. Ziemiak, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Wybrane aspekty*, [w:] E. Kowalewski (red.), *op. cit.*, s. 165 i n.

[7] Zob. wyrok TK z 11 marca 2014 r., K 6/13, OTK. Wszystkie orzeczenia TK dostępne są w internetowym zbiorze Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego (dalej: OTK) udostępnianym pod adresem: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ [dostęp: 04.09.2014].

[8] Z nielicznymi wyjątkami, o których mowa w dalszej części opracowania.

[9] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 7,8 poz. 483 z późn. zm.

[10] D. Lis-Staranowicz, *Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw*, [w:] M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze 2006, s. 245. Podobnie: J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *Prawo do sądu*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 737; B. Banaszak, M. Jabłoński, *Wewnątrzkrajowe systemy ochrony wolności i praw jednostki*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieru-

z 27 maja 2008 r.[11] stwierdzono, że „Kierowanie sprawy do sądu musi prowadzić do wymierzania sprawiedliwości, a więc do rozstrzygania o prawach danego podmiotu. Bez wątpienia do kategorii takich praw, o których rozstrzyga sąd sprawujący wymiar sprawiedliwości, należą nie tylko te, które są objęte bezpośrednio gwarancjami konstytucyjnymi, ale także wszelkie inne prawa, których istnienie wynika z całokształtu obowiązujących regulacji prawa materialnego, niesprzecznych z przepisami Konstytucji". W konsekwencji prowadzi to do wniosku, iż „urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu będzie obejmowało wszelkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne − w których pojawia się konieczność rozstrzygania o prawach danego podmiotu, a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygania o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku; należy w tym miejscu podkreślić, że z tych właśnie powodów wykluczone są w zasadzie z drogi sądowej spory na tle podległości służbowej".

W kwestii szerokiego rozumienia wymienionego pojęcia TK wypowiedział się także wcześniej, bo już w wyroku z 10 maja 2000 r.[12] Podniósł on w nim m.in., że konstytucyjne ujęcie pojęcia „sprawa" jest niezależne od tego, jakie znaczenie nadaje się mu w różnych procedurach, ważne jest przy tym, aby sporna kwestia nadawała się do dochodzenia na drodze sądowej. Nie ma także znaczenia, czy strony ewentualnego postępowania w ogóle łączy stosunek materialnoprawny. Udowodnienia nie wymaga też zagrożenie interesu jednostki czy jego określenie[13]. Prawo do sądu jest zaś realizowane już poprzez samą wolę podmiotu, który pragnie uzyskać ochronę z jego strony[14].

Mając na uwadze powyższe, należy zastanowić się nad przedmiotem postępowania przed WKOZM. Jest ono ograniczone tylko do rozstrzygnięcia jednej kwestii – ustalenia, czy przedstawiony jej w stosownym wniosku przypadek wypełnia przesłanki uznania go za zdarzenie medyczne (art. 67b u.p.p.). Zdarzeniem medycznym jest zaś zakażenie pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenie ciała lub

szewski, K. Wójtowicz, *Systemy ochrony praw człowieka*, Zakamycze 2003, s. 335. W tej kwestii na tle art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC) wypowiedział się także Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC). W sprawie *Reingeisen* ETPC uznał, iż pojęcie to odnosi się to wszelkich postępowań, które dotyczą kształtowania praw i obowiązków i są z zakresu prawa prywatnego. Jeśli zaś idzie o sprawy zaliczane do sfery prawa publicznego to, aby móc stosować przepis 6 ust. 1 EKPC, muszą one spełniać trzy kryteria, tj.: dotyczyć autentycznego roszczenia i związanego z nim sporu dotyczącego praw i obowiązków uznawanych przez prawo danego kraju; mieć charakter cywilny; przy czym działanie na podstawie prawa cywilnego, gdy poddane jest kontroli lub wymaga zgody organu administracyjnego, nie pozbawia go takiego charakteru. Za: J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *op. cit*., s. 738−739.

[11] Wyrok TK z 27 maja 2008 r., SK 57/06, OTK.

[12] Wyrok TK z 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK.

[13] M. Jaworska, *Prawo do sądu*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 143.

[14] *Ibidem*.

rozstrój jego zdrowia albo jego śmierć będące następstwem niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną:

1) diagnozy, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby;
2) leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego;
3) zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego (art. 67a u.p.p.).

Przy czym WKOZM zajmie się tylko takimi zdarzeniami medycznymi, które są następstwem udzielania świadczeń zdrowotnych w szpitalu. Wprawdzie ustawa o prawach pacjenta tego ostatniego pojęcia nie wyjaśnia, lecz jego definicja legalna znajduje się w art. 2 ust. 1 pkt 9 ustawy o działalności leczniczej[15]. Z racji przedmiotu regulacji obydwu ustaw, wyjaśnieniem tym można się posłużyć także na gruncie u.p.p. Szpitalem jest przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, w którym podmiot ten wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne[16]. Ustawodawca bezzasadnie determinuje możliwość wszczęcia szczególnej procedury kompensacji szkód od tego, w jak zorganizowanym przedsiębiorstwie udzielone zostały świadczenia opieki zdrowotnej[17], przy czym – od razu trzeba zaznaczyć – nie muszą to wcale być świadczenia w rodzaju świadczenia szpitalne[18], lecz mają to być świadczenia zdrowotne[19]. Już z prostego porównania zakresu obydwu pojęć wynika, że te drugie są szerszą kategorią oraz mogą być udzielanie przed podmioty świadczące swe usługi w innym przedsiębiorstwie niż szpital. Nie może także budzić wątpliwości, że do zdarzeń medycznych w rozumieniu ustawy o prawach pacjenta może dojść w każdym podmiocie leczniczym.

---

[15] Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, Dz. U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654 z późn. zm.

[16] W literaturze niekiedy nie do końca dokładnie przyjmuje się, że rozróżnienie to prowadzi do podmiotowego zawężenia odpowiedzialności egzekwowanej na gruncie ustawy o prawach pacjenta. Tak np.: M. Świderska, *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych*, [w:] I. Zgoliński (red.), *Odszkodowanie i zadośćuczynienie w prawie polskim*, Bydgoszcz 2012, s. 220. Podobnie zdaje się rozumować I. Zduński, *op. cit*., s. 46−47. Dodać wypada, że określony podmiot leczniczy może prowadzić działalność leczniczą zarówno w przedsiębiorstwie (jego części) zorganizowanym jako szpital, jak i obok niego w innym przedsiębiorstwie (odrębnej części przedsiębiorstwa).

[17] Nie jest przekonywające w tym zakresie wyjaśnienie znajdujące się w uzasadnieniu do projektu nowelizacji u.p.p. Por. *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych*, druk sejmowy nr 3488 Sejmu VI kadencji, s. 5.

[18] Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy o działalności leczniczej są to wykonywane całą dobę kompleksowe świadczenia zdrowotne polegające na diagnozowaniu, leczeniu, pielęgnacji i rehabilitacji, które nie mogą być realizowane w ramach innych stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych lub ambulatoryjnych świadczeń zdrowotnych; świadczeniami szpitalnymi są także świadczenia udzielane z zamiarem zakończenia ich udzielania w okresie nieprzekraczającym 24 godzin.

[19] Stosownie do art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej są to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania.

Komisja wojewódzka, na skutek przeprowadzonego postępowania może wydać dwa rozstrzygnięcia co do istoty sprawy: ustalające że dany przypadek jest zdarzeniem medycznym, bądź odmawiające takiego ustalenia (por. art. 61j ust. 1 u.p.p.). Zgodzić należy się z poglądem, wedle którego orzeczenia te powinny być podobne w swej treści do wyroków sądowych w sprawach powództw o ustalenie (art. 189 kodeksu postępowania cywilnego[20] [dalej: k.p.c.])[21]. Rozwijając tę myśl, należy stwierdzić, że w ogóle charakter całego postępowania przed komisją jest podobny do tego prowadzonego przez sąd powszechny rozpatrującego wymienione powództwo (sprawa cywilna[22]). Stwierdzenie to jest bardzo dużym uproszczeniem, ale oddaje w pewien sposób specyfikę sprawy, którą może rozpatrzyć WKOZM. Tym niemniej wniosek taki pozwala wysunąć dalszy, który jest już w zasadzie oczywisty – sprawę rozpatrywaną przez komisję wojewódzką może rozpatrzyć także sąd powszechny, albowiem należy ona do drogi sądowej (art. 2 k.p.c.), a zatem i jest sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Dla rozstrzyganego problemu istotne jest także zagwarantowanie określonego stopnia profesjonalizmu i niezależności osobom wchodzącym w skład organu pozasądowego rozstrzygającego określony spór. W wyroku z 12 maja 2011 r.[23], w którym Trybunał rozstrzygał możliwość wykonywania przez referendarzy sądowych niektórych czynności z zakresu ochrony prawnej, stwierdził m.in., że „Powierzenie urzędnikowi rozstrzygania sporu o prawo musi odpowiadać standardom, jakie wyznacza konstytucyjna zasada sprawiedliwości proceduralnej (szerzej o samej zasadzie zob. np. wyroki TK z: 1 lipca 2008 r., sygn. SK 40/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 101, s. 1027−1028; 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05, OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 2, s. 37−38; 2 października 2006 r., SK 34/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 118, s. 1255)", zaś w dalszej części tego orzeczenia, iż „Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem konstytucyjnym, zasada sprawiedliwości proceduralnej znajduje zastosowanie zarówno w odniesieniu do rozstrzygania sporów o prawo na etapie poprzedzającym «postępowanie sądowe» (zob. np. wyrok z 15 grudnia 2008 r., sygn. akt P 57/07, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 178, s. 1882 i n.), jak na etapie postępowań nadzwyczajnych – takich jak postępowanie kasacyjne oraz postępowanie w sprawie wznowienia prawomocnie zakończonego postępowania

[20] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. − Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.

[21] M. Ziemniak, *Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, [w:] E. Kowalewski (red.), *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, Toruń 2011, s. 179. Ustawa o prawach pacjenta nie wskazuje bowiem, jakie elementy treści musi zawierać orzeczenie WKOZM.

[22] W kwestii tego pojęcia zob. J. Sadowska, *Status prawny wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny" 2014, nr 2, s. 85 i przytoczona tam literatura.

[23] Wyrok TK z 12 maja 2011 r., P 38/08, OTK.

(zob. np. wyrok z 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 68/06, OTK ZU nr 6/A/2007, poz. 53)".

W przypadku wojewódzkich komisji ustawodawca zamierza osiągnąć ten standard poprzez:

- Ustalenie wieloosobowego składu każdej z komisji (art. 67e ust. 3 u.p.p.);
- Ustalenie, że w skład komisji mają wchodzić specjaliści z dziedziny nauk prawnych i medycznych (art. 67e ust. 3 pkt 1 i 2 u.p.p.);
- Wyłączenie możliwości pełnienia funkcji członka komisji w przypadku skazania za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe, lub prawomocne ukaranie karą z tytułu odpowiedzialności dyscyplinarnej albo zawodowej lub przez osobę, wobec której prawomocnie orzeczono środek karny polegający na zakazie zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zakazie prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi (art. 67e ust. 4 u.p.p.);
- Powoływanie członków przez różne organy (przy czym największą rolę przypisano właściwemu wojewodzie) (art. 67e ust. 5 u.p.p.);
- Wprowadzenie kadencyjności komisji (art. 67e ust. 7 u.p.p.);
- Możliwość odwołania członka przed upływem kadencji przez organ, który go powołał jedynie w enumeratywnie wymienionych przypadkach (art. 67e ust. 9 u.p.p.);
- Orzekanie przez komisję w składzie czteroosobowym, przy czym dwóch członków musi być specjalistami z dziedziny nauk prawnych zaś dwóch z dziedziny nauk medycznych[24] (art. 67f ust. 1 u.p.p.);
- Zakaz łączenia funkcji członka, gdy osoba taka lub jej małżonek, zstępny lub wstępni w linii prostej zajmują się określonego rodzaju działalnością lub posiadają określonego rodzaju papiery wartościowe lub udziały ubezpieczyciela lub w podmiocie leczniczym prowadzącym szpital (art. 67g ust. 1 u.p.p.);
- Wyłączenie możliwości orzekania w danej sprawie w przypadku zaistnienia określonych okoliczności (art. 67g ust. 2 u.p.p.)[25];

[24] Warto podkreślić, że w analogicznej sprawie w postępowaniu sądowym sąd pierwszej instancji orzeka w składzie jednego sędziego zawodowego (art. 47 § 1 k.p.c.), zaś w drugiej instancji w składzie trzech sędziów zawodowych (art. 367 § 3 k.p.c.).

[25] Choć tutaj wypadałoby uzupełnić katalog o przesłankę wyłączenia znaną choćby z procedury cywilnej, tj. członek powinien podlegać wyłączeniu zawsze, gdy istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie (por. art. 49 k.p.c.). Regulacja taka jest tym bardziej uzasadniona, gdy wziąć pod uwagę treść art. 69g ust. 4 u.p.p. Z drugiej zaś strony, zważając na cel, jaki miał zostać osiągnięty poprzez wprowadzenie postępowania przed komisją wojewódzką, a mianowicie przyspieszenie uzyskania odszkodowania, można by mieć obawy, czy takie unormowanie nie spowodowałaby jego nadmiernego wydłużenia.

– Prawo członków komisji do wynagrodzenia za pracę w komisji (art. 67h)[26].

Wydaje się, że powyższe wymagania i restrykcje stawiane członkom komisji są wystarczające w świetle demokratycznego standardu, o którym stanowi TK. Członkowie komisji nie spełniają przy tym standardu ustanowionego w art. 45 ust. 1, ponieważ „nie są sędziami i nie korzystają z ukształtowanego przez Konstytucję statusu sędziego, w szczególności nie obejmują ich konstytucyjne gwarancje niezawisłości, niezależności i nieusuwalności (art. 178 ust. 1, art. 180 ust. 1, art. 181)"[27]. Nie ma zatem potrzeby, by przyznawać im taki status jak sędziom i wymagać tym samym od nich takiego samego stopnia profesjonalizmu. Nie oznacza to jednak, że skład komisji nie musi być na tyle wyspecjalizowany, by mógł rzetelnie rozpatrzyć przedstawioną mu do rozstrzygnięcia sprawę.

Wątpliwości budzi jednak art. 67e ust. 2 u.p.p., który stanowi, że działalność wojewódzkiej komisji nie stanowi wykonywania władzy publicznej. Skoro tak, to powstaje problem, czy powyższe standardy sprawiedliwości proceduralnej mogą w ogóle stanowić adekwatne odniesienie. W literaturze podjęto już próbę rozstrzygnięcia, czy poprzez wskazany zabieg legislacyjny osiągnięto zamierzony cel[28]. W ocenie E. Bagińskiej pomimo jednoznacznego stwierdzenia ustawodawcy, odmawiającego działalności komisji wojewódzkiej przymiotu wykonywania władzy publicznej, to są one instytucjonalnie powiązane z państwem oraz pełnią funkcje publiczne[29]. Już samo to stwierdzenie pozwala przyjąć, że nawet jeśli uznać, iż zachowanie standardów, o których mowa w judykaturze, nie jest konieczne, to z całą pewnością jest pożądane. Uważam jednak, że powinny one stanowić minimum, które ustawodawcy udało się osiągnąć[30].

Podkreślić wreszcie wypada, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazano, że prawodawca ma możliwość powierzenia rozpatrywania niektórych spraw podmiotom innym niż sąd, choćby sprawy te należały także do kompetencji sądów. TK stwierdził, że „Ustawodawca nie może zamknąć drogi sądowej. Jednakże łączna interpretacja art. 45 ust. 1 (w zakresie, w jakim występują w nim pojęcia «sprawa» i «sąd»), art. 175 ust. 1 (w zakresie, w jakim występuje w nim pojęcie «wymiar sprawiedliwości») i art. 176 ust. 1 (w zakresie, w jakim występuje w nim pojęcie «postępowanie sądowe»), nie wyklucza możliwości zaangażowania innych niż sądy organów w rozstrzyganie sporów o prawo (por. na przykładzie postępowania mediacyjnego lub arbitrażowego w ramach procedury cywilnej; L. Garlicki, uwaga 7 do art. 175, [w:] *Konstytucja*…, s. 7).

[26] Jego maksymalna wysokość nie jest wprawdzie wygórowana, ale wydaje się być wystarczająca.

[27] Wyrok TK z 11 marca 2014 r., K 6/13, OTK.

[28] Zob. E. Bagińska, *op. cit*., s. 145 i n.

[29] *Ibidem*, s. 149.

[30] Choć E. Bagińska stwierdza kategorycznie, że ustawa nie przewiduje dla stron postępowania żadnych gwarancji proceduralnych powszechnie uznawanych za wystarczające w państwie praworządnym. E. Bagińska, *op. cit*., s. 157. Wniosek taki jest jednak zbyt daleko posunięty.

W konsekwencji o ile sprawowanie wymiaru sprawiedliwości zawsze polega na rozstrzygnięciu sporu o prawo, o tyle nie każde rozstrzygnięcie sporu o prawo jest sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości [...] Determinowana przedmiotowo przez art. 45 ust. 1 Konstytucji podmiotowa konstrukcja art. 175 ust. 1 Konstytucji oznacza, że rozstrzygnięcie sporu o prawo, którego dokonał organ inny niż sąd, nie jest sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości"[31]. W powyższy wywód dobrze wpisuje się konstrukcja działania komisji wojewódzkiej. Nie tylko nie sprawują one wymiaru sprawiedliwości, ale ustawodawca przewidział wręcz, że ich działalność nie stanowi nawet wykonywania władzy publicznej[32]. Jednocześnie sprawa przedłożona komisji wojewódzkiej mogłaby być z powodzeniem samodzielną sprawą rozpatrywaną przez sąd powszechny, ale także i stanowić pewien wycinek powództwa o świadczenie (ustalenie istnienia związku przyczynowego między działalnością podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, a szkodą pacjenta).

Podstawowy problem niniejszego opracowania dotyczy kwestii konstytucyjności jednego z rozwiązań zastosowanego przez ustawodawcę w procedurze rozpatrywania sprawy przez komisję wojewódzką. Kwestia ta została wprawdzie zakreślona już w temacie niniejszego opracowania, jednak jej wyjaśnienie wymaga przedstawienia wybranych regulacji postępowania w sprawie ustalenia zdarzenia medycznego[33].

Przede wszystkim powtórzyć należy, że uprawnionym do wszczęcia postępowania przed WKOZM jest pacjent (lub jego spadkobiercy) podmiotu leczniczego, który doznał uszczerbku na zdrowiu (lub poniósł śmierć) w okolicznościach wskazanych w art. 67a ust. 1 u.p.p., pod warunkiem że do zdarzenia tego doszło w szpitalu. Postępowanie takie wszczynane jest tylko na jego wniosek (lub wniosek jego spadkobierców), które to pismo musi spełniać określone w art. 67d u.p.p. wymagania. Wniosek ten jest następnie przekazywany kierownikowi podmiotu leczniczego, w którym wedle twierdzeń pacjenta doszło do zdarzenia medycznego oraz ubezpieczycielowi, z którym podmiot ten ma zawartą odpowiednią umowę ubezpieczenia[34]. Strony te przedstawiają swoje stanowisko w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku wraz z dowodami na poparcie swojego stanowiska. Nieprzedstawienie „odpowiedzi na wniosek" jest równoznaczne z jego akceptacją w zakresie dotyczącym okoliczności w nim wskazanych oraz proponowanej wysokości odszkodowania i zadośćuczynienia (art. 67d ust. 6 u.p.p.). Powyższa regulacja jest o tyle istotna, że prowadzi do zakończenia postępowania poprzez

[31] Wyrok TK z 12 maja 2011 r., P 38/08, OTK.

[32] Co zostało słusznie skrytykowane w literaturze. E. Bagińska stwierdza wręcz, że przyjęcie takiej ustawowej fikcji stoi w sprzeczności z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, zamyka bowiem możliwość kompensacji szkody wyrządzonej przez funkcjonowanie wojewódzkiej komisji. Zob. E. Bagińska, *op. cit.*, s. 160.

[33] Szczegółowo procedurę omówił M. Ziemiak, *op. cit*, s. 165 i n. Warto także zwrócić uwagę na opracowanie I. Zduńskiego, *op. cit.*, s. 45 i n.

[34] Por. art. 17 ust. 1 pkt 4 lit. a ustawy o działalności leczniczej.

wydanie orzeczenia ustalającego zdarzenie medyczne. Ubezpieczyciel (lub podmiot leczniczy[35]) nie ma już możliwości złożenia propozycji odszkodowania (lub zadośćuczynienia), a w konsekwencji komisja wojewódzka wystawia odpowiednie zaświadczenie (art. 67k ust. 4 u.p.p.)[36]. Jeśli jednak do tego nie dojdzie postępowanie trwa według wszelkich zasad ustalonych w u.p.p. Może ono doprowadzić – co już było wskazywane – do wydania orzeczenia przez WKOZM, w którym ustali ona, że zdarzenie którego następstwem była szkoda majątkowa lub niemajątkowa, stanowiło zdarzenie medyczne lub też wskaże na brak takiej okoliczności (art. 67j ust. 1 u.p.p.). Orzeczenie wraz z uzasadnieniem jest doręczane stronom postępowania. Mają one 14 dni na wniesienie środka odwoławczego – wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 67j ust. 7 u.p.p.). Jeśli wniosek ten nie zostanie przedstawiony, komisja powiadamia strony o bezskutecznym upływie terminu (art. 67j ust. 9 u.p.p.). W takim wypadku ubezpieczyciel (lub podmiot leczniczy) zostaje związany orzeczeniem WKOZM ustalającym zdarzenie medyczne. Musi wobec tego w terminie 30 dni od dnia otrzymania wyżej wskazanego powiadomienia lub orzeczenia komisji o zdarzeniu medycznym wydanego w wyniku złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, przedstawić podmiotowi składającemu wniosek propozycję odszkodowania i zadośćuczynienia (art. 67k ust. 2 u.p.p.). Gdy tego zaniecha zobowiązany zostaje do wypłaty odszkodowania i zadośćuczynienia w wysokości określonej we wniosku (art. 67k ust. 4 u.p.p.). W tym drugim przypadku postępowanie przed wojewódzką komisją w zasadzie się kończy. W pierwszym zaś inicjatywa przekazana zostaje wnioskodawcy. Może on przyjąć tę propozycję lub ją odrzucić. W jednym i drugim przypadku postępowanie przed wskazywanym organem kończy się, lecz z różnym skutkami. Jeśli zaakceptuje on propozycję ubezpieczyciela (lub podmiotu leczniczego), musi równocześnie zrzec się wszelkich roszczeń o odszkodowanie i zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę mogących wynikać ze zdarzeń uznanych przez wojewódzką komisję za zdarzenie medyczne w zakresie szkód, które ujawniły się do dnia złożenia wniosku[37] (art. 67k ust. 6 u.p.p.). W takim przypadku propozycja przedstawiona przez ubezpieczyciela (lub podmiot leczniczy) stanowi tytuł wykonawczy. Gdy zaś podmiot składający wniosek odrzuci propozycję ubezpieczyciela (lub podmiotu leczniczego), wówczas pozostaje mu dochodzenie swego roszczenia na

[35] Por. art. 67k ust. 10 u.p.p.

[36] Podobnie: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 7 stycznia 2014 r., I C 1039/13. Wyrok dostępny w Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych (dalej także: POSP), pod adresem: www.orzeczenia.ms.gov.pl [dostęp: 04.09.2014].

[37] Co nie zamyka temu podmiotowi zupełnie prawa do żądania dalszego odszkodowania i zadośćuczynienia, w przypadku gdyby ujawniła się nowa szkoda. Nadto wnioskodawca może także ewentualnie poszukiwać ochrony na podstawie art. 23 i 24 k.c. w ramach zakreślonych w tych przepisach roszczeń niepieniężnych (niemajątkowych) nawet za tę samą szkodę. W tym wypadku wnioskodawca będzie jednak zobligowany do ponownego udowodnienia swego roszczenia, a to z uwagi na treść art. 67k ust. 9 u.p.p.

drodze sądowej. Postępowanie przed komisją nie rodzi zaś dla niego w zasadzie żadnych pozytywnych czy negatywnych skutków procesowych (poza zebraniem określonego materiału dowodowego, który przynajmniej w części może zostać wykorzystany w postępowaniu sądowym i przerwaniem biegu przedawnienia w zakresie zgłoszonego roszczenia).

Trzy spośród czterech opisanych wyżej sytuacji powodują negatywne skutki dla podmiotu leczniczego: brak odpowiedzi na wniosek w przepisanym terminie, brak propozycji ubezpieczyciela (lub podmiotu leczniczego) po wydanym orzeczeniu ustalającym zdarzenie medyczne, oraz zaakceptowanie przez wnioskodawcę propozycji odszkodowania i zadośćuczynienia wystosowanej przez ubezpieczyciela (lub podmiot leczniczy). Konsekwencją jest bowiem brak możliwości rozpoznania tej sprawy przez sąd powszechny[38]. Istotne jest przy tym, że gdy ubezpieczyciel (lub podmiot leczniczy) nie przedstawi propozycji odszkodowania, komisja wojewódzka wystawia zaświadczenie, w którym stwierdza złożenie wniosku o ustalenie zdarzenia medycznego, wysokość odszkodowania lub zadośćuczynienia oraz fakt nieprzedstawienia propozycji. Zaświadczenie takie stanowi tytuł wykonawczy (art. 67k ust. 4 u.p.p.), a zatem uprawnia do wszczęcia postępowania egzekucyjnego prowadzonego przez właściwego komornika sądowego. Podobnie jest w przypadku, gdy ubezpieczyciel przedstawi swą propozycję, a ta zostanie zaakceptowana przez wnioskodawcę i złoży on wyżej wskazane oświadczenie o zrzeczeniu się roszczeń. Wówczas ta propozycja staje się tytułem wykonawczym (art. 67k ust. 8 u.p.p.). Niesie to daleko idące konsekwencje, albowiem tytuł taki niemal zupełnie wymyka się spod kontroli sądowej. Sąd powszechny nie jest bowiem uprawniony nawet do przeprowadzenia postępowania w sprawie nadania klauzuli wykonalności temu zaświadczeniu (lub propozycji). Jest to znacząca różnica między postępowaniem przed komisją wojewódzką a postępowaniem prowadzonym przed sądem polubownym, uregulowanym w k.p.c.[39] Stanowi ona z jednej strony wyraz zaufania ustawodawcy dla jakości pracy komisji, z drugiej zaś realizuje postulat, który przyświecał prawotwórcy – stworzenia szybkiej i skutecznej procedury dochodzenia roszczeń. Warto zaznaczyć, że w literaturze pojawił się pogląd sugerujący, że być może na etapie prac legislacyjnych pojawił się błąd i ustawodawcy w rzeczywistości nie chodziło o nadanie powyższym dokumentom waloru tytułu wykonawczego, lecz jedynie egzekucyjnego[40]. Taka interpretacja obowiązującej obecnie regulacji nie znajduje żadnego

[38] I oczywiście konieczność wypłaty stosownego odszkodowania (lub zadośćuczynienia) bądź to przez ubezpieczyciela, bądź przez podmiot leczniczy.

[39] Por. w szczególności art. 1212 i n. k.p.c.

[40] Tak: M. Ziemiak, *op. cit*., s. 192−193.

uzasadnienia, natomiast należałoby się zastanowić nad postulatem jej odpowiedniej zmiany[41].

Nie można także pominąć faktu, że ostatecznie podmiot zobowiązany do wypłaty odszkodowania (ubezpieczyciel lub podmiot leczniczy) może skorzystać z powództwa przeciwegzekucyjnego wtedy, gdy zaistnieją ku temu przesłanki określone w art. 840 w zw. z art. 840^2 k.p.c.[42]

Prawo do sądu, niewątpliwie przysługujące przeważającej części podmiotów leczniczych, nie ma charakteru absolutnego. Może zatem podlegać ograniczeniom z zachowaniem konstytucyjnych standardów. Podstawowe znaczenie będzie tutaj miał art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej oraz art. 77 ust. 2 tego aktu prawnego (zakazujący zamykania drogi sądowej)[43]. P. Winczorek wskazał kategorycznie, że jeśli postępowanie prowadzone jest w sprawie w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP, musi zawsze zakończyć się w sądzie (powszechnym lub administracyjnym), nawet jeśli jest inicjowane przed innymi organami[44]. Jest oczywiste, że postępowanie przed wojewódzką komisją tego wymogu nie spełnia. Nie oznacza to jednak jeszcze, że regulacja taka musi zostać uznana za sprzeczną z Konstytucją RP.

Wobec powyższego uwagę zwraca wyrok TK z 11 marca 2014 r., K 6/13. Orzeczenie to istotne jest z kilku względów. Przede wszystkim Trybunał zauważył, że nie da się z art. 45 Konstytucji RP wyprowadzić generalnego zakazu kreowania pozasądowych metod rozstrzygania sporów i formułować oczekiwania, że wszystkie spory, w szczególności – wszystkie roszczenia odszkodowawcze, będą poddane wyłącznej kognicji sądów państwowych. Wskazał także na liczne przykłady ustawodawstw państw demokratycznych, które wprowadziły pozasądowy tryb kompensacji szkód medycznych (Nowa Zelandia, USA, kraje skandynawskie, Francja, Belgia). Dalej ustalił, że poszukiwanie skutecznego sposobu dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia za uszczerbek na zdrowiu stanowi wyzwanie współczesnego państwa. Trybunał stwierdził, że pozasądowe metody rozstrzygania sporów mieszczą się w standardach demokratycznego państwa prawnego, a ich rozwijanie zasługuje na wsparcie ze strony organów władzy publicznej.

---

[41] *Ibidem*, s. 193. Z drugiej strony taka nowelizacja wydłużyłaby całe postępowanie, jak i powodowałaby konieczność złożenia przez wierzyciela (podmiot składający wniosek w rozumieniu u.p.p.) pisma procesowego wszczynającego dość rygorystyczne postępowanie klauzulowe (zob. w szczególności art. 781 i nast. k.p.c.).

[42] Zob. M. Ziemiak, *op. cit*., s. 188; E. Bagińska, *op. cit*., s. 157.

[43] Uwzględniając oczywiście specyfikę wynikającą z funkcjonowania państwa w stanach nadzwyczajnych, ale nie ma ona dla poruszanej problematyki większego znaczenia.

[44] Podaję za M. Jaworską, *op. cit*., s. 143.

Co wymaga szczególnego podkreślenia, TK stanął na jednoznacznym stanowisku, że życie i zdrowie człowieka są najcenniejszymi dobrami, jakie państwo ma obowiązek chronić.

Nie bez znaczenia jest także wskazywana już okoliczność, że ustalenie wystąpienia zdarzenia medycznego w danym przypadku może być poddane zarówno kognicji sądu powszechnego, jak i komisji wojewódzkiej (ale także np. sądu polubownego, czy być przedmiotem ugody zawartej przez zainteresowane podmioty). To, który ze sposobów postępowania zostanie uruchomiony, zależy wyłącznie od uprawnionego (pacjenta, podmiotu składającego wniosek). Ustawodawca nie wyłączył zatem tego zakresu spod właściwości sądów powszechnych, a jedynie umożliwił uprawnionemu podmiotowi dokonanie wyboru takiej drogi dochodzenia roszczeń, którą ten będzie uważał za bardziej dla siebie korzystną. Przedmiotem ochrony w takim postępowaniu są bowiem przede wszystkim jego dobra – życie i zdrowie.

Wydaje się, że w tym konflikcie (kolizji) trzech wartości konstytucyjnych – życia i zdrowia ludzkiego z jednej strony oraz prawa do sądu z drugiej − ta ostatnia musi ustąpić. Do wniosku takiego prowadzi dotychczasowy dorobek orzeczniczy TK. W wyroku z 9 lipca 2009 r.[45] orzekł on, że życiu i zdrowiu człowieka należy dać pierwszeństwo przed prawem do prywatności[46]. Podobnie w wyroku z 26 lutego 2014 r.[47] Natomiast w wyroku z 10 listopada 2004 r.[48] podkreślił, iż są to dobra fundamentalne. Nadto stwierdził, iż wartości te uzasadniają zakaz zgromadzeń, jak i rozwiązanie zgromadzenia (traktowane jako ostateczność), a to w przypadku gdy zgromadzenia takie będą stanowić poważne zagrożenie dla wyszczególnionych dwóch dóbr. Konieczność ochrony życia ma także pierwszeństwo przed prawem własności[49].

---

[45] Wyrok TK z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK.

[46] Wyrok dotyczył konstytucyjności regulacji art. 39 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, Dz. U. z 2012 r., poz. 1137 z późn. zm. nakazującego zapinanie pasów bezpieczeństwa w czasie poruszania się pojazdem samochodowym.

[47] TK dał też pierwszeństwo realizacji prawa do ochrony zdrowia przed prawem do prywatności osoby pozbawionej wolności. Zob. wyrok TK z 26 lutego 2014 r., K 22/10, OTK.

[48] Wyrok TK z 10 listopada 2004 r., Kp 1/04, OTK.

[49] Wyrok TK z 16 października 2007 r., K 28/06, OTK. Dla porównania można także dodać, że w wyroku z 23 marca 1999 r. TK zdecydowanie wypowiedział się, że życie i zdrowie ludzkie stanowi wartość oczywiście wyższą niż interes fiskalny państwa. „Żaden przepis prawny, w tym także przepisy nakładające obowiązek ewidencji obrotu i kwot podatku należnego przy zastosowaniu kas rejestrujących nie zwalnia nikogo z obowiązku udzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu". Zob. wyrok TK z 23 marca 1999 r., K. 2/98, OTK.

W kontekście omawianych zagadnień uwagę zwraca także orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K. 26/96, OTK. Dotyczy ono jednak przede wszystkim zupełnie innego problemu, zaś jego omówienie wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Za powyższymi wnioskami przemawia także po części treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w którym wprost stanowi się o możliwości – z zachowaniem określonych warunków – ograniczenia wolności i praw ze względu na ochronę zdrowia publicznego.

Trzeba jednak zaznaczyć, że powyższe orzeczenia dotyczyły wprost życia i zdrowia człowieka i środków podejmowanych w celu ich bezpośredniej ochrony bądź ratowania. Środkiem takim nie jest z pewnością uprawnienie poszkodowanego do wyrównania mu zarówno szkód niemajątkowych, jak i majątkowych, jakich doznał na skutek wyrządzonego mu uszczerbku na zdrowiu. Prawo do życia, wynikające przede wszystkim z art. 38 Konstytucji RP, ma rzecz jasna przede wszystkim wymiar wertykalny, a zatem obowiązuje na linii państwo–jednostka. Nie ma wprawdzie charakteru prawa podmiotowego, ale jest niewątpliwie prawem podstawowym. W literaturze wskazuje się jednak także na horyzontalny wymiar prawa do życia. Przejawia się on m.in. w stworzeniu przez państwo takich gwarancji, które chronią wskazaną wartość. Pozbawienie życia (ale także i spowodowanie uszczerbku na zdrowiu) rodzi bowiem określone konsekwencje o charakterze odszkodowawczym na gruncie prawa cywilnego[50]. Konsekwencje te znajdują także swój mechanizm kompensacji w komentowanych postanowieniach ustawy o prawach pacjenta.

Warto wreszcie zauważyć, że uruchamiając procedurę przed komisją wojewódzką, żaden z uczestników postępowania – nie wyłączając wnioskodawcy – nie jest uprawniony do sądowej kontroli rozstrzygnięcia komisji[51]. Wszyscy posiadający tę cechę szczególną są zatem w tym zakresie takiej samej sytuacji prawnej od momentu wszczęcia postępowania do chwili jego zakończenia. Jednocześnie podkreślić wypada, że pozycja podmiotu składającego wniosek różni się jednak od pozycji ubezpieczyciela i podmiotu leczniczego prowadzącego szpital[52]. To nie ich dobra zostały bowiem naruszone i to nie oni żądają wyrównania odniesionego uszczerbku[53].

Pozostaje jeszcze kwestia charakteru orzeczenia wydanego przez komisję wojewódzką. Należy rozważyć, które z orzeczeń w istocie powinno ewentualnie podlegać weryfikacji przez sąd. Przypomnieć należy, że rozstrzygnięcie, które podejmuje komisja w efekcie przeprowadzonego przez siebie postępowania prowadzi jedynie do ustalenia, czy badany przez nią przypadek jest zdarzeniem medycznym, czy też nie (art. 67j ust. 1 u.p.p.). Orzeczenie ustalające istnienie zdarzenia medycznego rodzi oczywiście określone następstwa i zmusza do działania ubezpieczyciela (lub podmiot leczniczy). Poza tym nie ma jednak żadnych dalszych skutków. W szczególności ustawodawca nie

[50] Tak: P. Kuczma, *Prawna ochrona życia,* [w:] M. Jabłoński (red.), *op. cit*., s. 34. Jednocześnie należy zauważyć, że Konstytucja RP w odrębnej jednostce redakcyjnej chroni zdrowie człowieka (art. 68 Konstytucji RP, ale także art. 39, art. 40 i art. 41 Konstytucji RP).

[51] Zauważa to zresztą i TK w przytoczonym wyroku z 11 marca 2014 r.

[52] W odniesieniu do nich TK uznał, że cechą prawnie relewantną, która zadecydowała o określeniu kręgu uczestników postępowania przed wojewódzką komisją, jest ponoszenie przez te podmioty odpowiedzialności majątkowej za skutki zdarzenia medycznego, w postaci egzekwowanego w trybie k.p.c. obowiązku zapłaty odszkodowania i zadośćuczynienia.

[53] Por. np. wyrok TK z 6 października 2004 r., SK 23/02, OTK; wyrok TK z 2 października 2013 r., SK 10/13, OTK.

przewidział, że orzeczenie komisji wojewódzkiej (niezależnie od jego treści) wiąże sąd powszechny. Nadto przedstawienie przez ubezpieczyciela (lub podmiot leczniczy) propozycji odszkodowania i zadośćuczynienia bądź ich wypłata, nie stanowi uznania roszczenia dla celów ich dochodzenia w postępowaniu cywilnym. Tytułem wykonawczym jest zaś zaświadczenie wydane przez WKOZM w trybie art. 67k ust. 4 u.p.p. Wydaje się zatem, że ewentualnej weryfikacji powinno podlegać orzeczenie o zdarzeniu medycznym bądź o jego braku. Natomiast w przypadku wydania zaświadczenia dodatkowo również i to zaświadczenie winno podlegać stosownemu sprawdzeniu. Charakterystyka postępowania przed komisją wojewódzką wskazuje na jeszcze jeden tytuł wykonawczy – zaakceptowaną przez wnioskodawcę propozycję wypłaty odszkodowania (lub zadośćuczynienia) przez ubezpieczyciela (art. 67k ust. 8 u.p.p.). Trudno jednak oczekiwać od ustawodawcy, by i taki tytuł wykonawczy podlegał kontroli sądowej (poza możliwością wniesienia powództwa przeciwegzekucyjnego)[54].

3. Uwagi końcowe

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że nawet ustalenie, iż postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych narusza konstytucyjne prawo do sądu podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, a to dlatego, że nie przewiduje procedury weryfikacji orzeczenia (lub zaświadczenia) wydanego przez komisję wojewódzką, nie oznacza jeszcze, że ograniczenie takie nie mieści się w granicach dopuszczalnych przez ustawę zasadniczą. Podstawowym celem postępowania przed WKOZM jest szybkie uzyskanie przez wnioskodawcę odszkodowania (lub zadośćuczynienia) za doznany uszczerbek na zdrowiu. Regulacja ta stanowi zatem, jeśli podzielić pogląd zaprezentowany powyżej, realizację zadań państwa w sferze ochrony życia (i zdrowia) człowieka poprzez stworzenie kolejnej możliwości kompensacji wyżej opisanych szkód. Przy czym nie oznacza to, że zakres spraw podejmowanych przez komisje wojewódzkie został zupełnie wyłączony spod kognicji sądów powszechnych. Wybór sposobu dochodzenia roszczeń został pozostawiony wyłącznie

[54] M. Ziemiak słusznie zauważa zresztą, że powyższa regulacja stwarza pole do licznych nadużyć ze strony ubezpieczycieli. Skoro tytułem wykonawczym jest propozycja ubezpieczyciela, to równocześnie powinna ona zostać tak sformułowana, by nadawała się do egzekucji (musi posiadać wyraźne oznaczenie stron − wierzyciela i dłużnika − dokładnie określać świadczenie dłużnika, być sformułowana w sposób zrozumiały i możliwy do wykonania pod względem faktycznym i prawnym). Gdy propozycja będzie nieprecyzyjna to w praktyce nie będzie możliwe prowadzenie na jej podstawie przymusowej egzekucji. Tak: M. Ziemiak, *op. cit*., s. 190. Zasadne byłoby więc rozważenie, czy prawodawca nie powinien ustanowić jednolitego wzoru takiej propozycji, którego stosowanie byłoby ustawowym wymogiem. Nadto znane w praktyce są przypadki proponowania rażąco niskich odszkodowań (lub zadośćuczynień), u.p.p. nie przewiduje bowiem minimalnej wysokości odszkodowania (zadośćuczynienia). Wówczas wnioskodawca i tak musi skorzystać z drogi sądowej.

podmiotowi składającemu wniosek. Skłania to jednak do poglądu, że regulacja ta w prezentowanym tutaj zakresie nie narusza prawa podmiotu leczniczego prowadzącego szpital do sądu. Taki wniosek zdaje się także sugerować wywód TK poczyniony w wyroku z 11 marca 2014 r. Trybunał bowiem stwierdził w nim tylko, że „ze względu na treść art. 30 Konstytucji – niedopuszczalne byłoby takie ukształtowanie procedury pozasądowej, które wykluczałoby sądową kontrolę zapadających w niej rozstrzygnięć na żądanie poszkodowanego pacjenta". Choć na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że z taką właśnie sytuacją do czynienia mamy w przypadku postępowania przed komisjami wojewódzkimi, trzeba pamiętać, że postępowanie to jest o tyle wiążące dla jego uczestników, o ile orzeczenie komisji oraz wysokość odszkodowania będzie odpowiadała wnioskodawcy. W innym razie postępowanie to ma ograniczony, ale pozytywny, wpływ na prawa wnioskodawcy[55].

Powyższy wniosek nie oznacza jednak, że postępowanie przed komisjami wojewódzkimi nie budzi innych wątpliwości co do poprawności przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań. W literaturze krytycznie oceniono np. sposób weryfikacji orzeczeń wydanych przez komisję wojewódzką, nazywając przewidziane przez ustawodawcę środki „karykaturalnymi"[56]. Ze słuszną krytyką spotyka się także regulacja art. 67e ust. 2 u.p.p., co do której podniesiono zarzut niekonstytucyjności[57]. Nadto z punktu widzenia zgodności z ustawą zasadniczą negatywnie odniesiono się do możliwości stosowania przez WKOZM środków przymusu (art. 248 § 1 k.p.c., art. 250 k.p.c. oraz art. 252 k.p.c., 253 k.p.c. 287 k.p.c. wszystkie w zw. z art. 67o u.p.p.)[58]. Nie można zatem wykluczyć, że ostatecznie domniemanie konstytucyjności określonego aspektu (przepisu) tego nowego i ciągle nie do końca poznanego postępowania zostanie skutecznie obalone.

[55] Poza przerwaniem biegu przedawnienia zgłoszonego roszczenia.

[56] Tak: E. Bagińska, *op. cit*., s. 157. Co do samych środków zaskarżenia (tj. wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz skarga o stwierdzenia niezgodności z prawem orzeczenia wojewódzkiej komisji) zob. odpowiednio 67j ust. 7 i n. u.p.p. i art. 67m u.p.p.

[57] *Ibidem*, s. 159.

[58] Tak: M. Ziemiak, *op. cit*., s. 208 i n.

Rozdział V

Obowiązki konstytucyjne

Kazimierz Działocha
Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Warszawie
Wydział Prawa i Administracji

Agnieszka Łukaszczuk
Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Warszawie
Wydział Prawa i Administracji

Dylematy konstytucyjnej regulacji obowiązków jednostki w Konstytucji RP

I.

Instytucją dopełniającą status prawny jednostki we współczesnym prawie konstytucyjnym, obok wolności i praw jednostki, są na ogół jej obowiązki. Zasadność ich konstytucyjnego uregulowania nie zawsze była jednak oczywista. Dotyczy to także okresu prac nad projektem konstytucji w latach 1989–1997. Postawom liberalnym w myśli politycznej, wyznaczającym indywidualistyczną wizję statusu jednostki, bliska była na ogół tendencja pomniejszania lub pomijania powinności jednostek wobec państwa i społeczeństwa. Natomiast postawom solidarystycznym i konserwatywnym odpowiadała bardziej koncepcja statusu jednostki, uwzględniająca także jej obowiązki wobec państwa i wspólnot społecznych, w których jednostka żyje i winna być za nie odpowiedzialna.

Przegląd projektów nowej konstytucji Polski[1], powstałych po rozpoczęciu prac nad projektem konstytucji, najpierw w Komisjach Konstytucyjnych Sejmu i Senatu (1991–1993), a następnie po uchwaleniu ustawy konstytucyjnej z dnia 23 kwietnia 1992 r. o trybie opracowania i uchwalenia Konstytucji projektów wnoszonych do Zgromadzenia Narodowego, z trudem daje się przyporządkować dwom wspomnianym ideowym koncepcjom statusu jednostki. Niemniej są wśród nich takie projekty, które w małym lub wręcz w minimalnym stopniu odnoszą się do problematyki obowiązków, i takie, w których proponuje się uwzględnić obowiązki liczne; nie przekraczają one jednak na ogół liczby 4 do 5 obowiązków. Do pierwszej grupy projektów należy projekt posłów i senatorów klubu parlamentarnego UD, wniesiony do Zgromadzenia Narodowego, uwzględniający tylko obowiązek przestrzegania konstytucji i praw Rzeczypospolitej oraz obowiązek obrony RP łącznie z obowiązkiem służby wojskowej (art. 42). Zbieżny był on pod tym względem z prywatnym projektem J. Zakrzewskiej i J. Ciemniewskiego. Podobnie prezentował się projekt KPN, którego wstrzemięźliwość w zakresie regulacji

[1] Powołujemy się na zbiór *Projekty konstytucji 1993–1997*, cz. 1, Warszawa 1997, przygotowane do druku przez R. Chruściaka.

obowiązków może dziwić, gdy zważyć na jego ideowe proweniencje. Uwzględniał on obowiązek wierności Rzeczypospolitej oraz rzetelnego spełniania obowiązków nakładanych przez państwo w drodze ustaw (art. 22). Do tej grupy projektów należy także projekt komisji konstytucyjnej „Przymierza dla Polski", nieobjęty inicjatywą konstytucyjną, traktujący o obowiązkach przyczyniania się do dobra wspólnego oraz ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, a także obowiązek służby wojskowej, przewidzianych w ustawie (art. 47–48). Bliski mu ideowo projekt Porozumienia Centrum (wycofany ze Zgromadzenia Narodowego w trakcie obrad) przewidywał w zwięzły sposób ujęty obowiązek wierności Rzeczypospolitej i rzetelne spełnianie „obowiązków nakładanych przez państwo", których charakter i zakres określić miały ustawy (art. 22).

Do projektów drugiego rodzaju zaliczyć można:

1) Projekt przygotowany przez Komisję Konstytucyjną Sejmu, powołujący się w deklaracji wstępnej na ideę „zapisu praw, swobód i powinności każdego, kto znajdzie się pod opieką praw państwa polskiego". Zaliczano w nim do kategorii obowiązków „każdego": obowiązek przestrzegania przepisów konstytucji i ustaw, płacenia podatków, ponoszenia innych ciężarów i świadczeń publicznych określonych w ustawie oraz obowiązek dbałości o środowisko naturalne, a do obowiązków obywateli: obowiązek ochrony RP i służby wojskowej (art. 45–48);
2) Projekt uchwalony przez Komisję Konstytucją Senatu, uwzględniający obowiązek obywatela do wierności RP, jej obrony, szanowania konstytucji i nakazujący posłuszeństwo prawom RP, obowiązek przyczyniania się do dobra wspólnego i ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, obowiązek służby wojskowej oraz – nieokreślony bliżej – obowiązek „służby cywilnej, ilekroć tego zażąda Rzeczpospolita" (art. 45–48);
3) Projekt klubu parlamentarnego posłów i senatorów SLD, uwzględniający obowiązek obywateli do wierności RP, płacenia podatków oraz ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych ustanowionych na podstawie ustaw „uwzględniających ich sytuację majątkową", obowiązek służby cywilnej, w tym służby wojskowej, oraz obowiązek – przypisany „każdemu" – wypełniania sumiennie obowiązków publicznych, do których został powołany (art. 64–67);
4) Projekt obywatelski NSZZ „Solidarność", zgłoszony do Zgromadzenia Narodowego, zapowiadał nałożenie na każdego obywatela obowiązku wierności Rzeczypospolitej, jej obrony, szanowania konstytucji i posłuszeństwo jej prawom, obowiązek – ujęty w formule zaczerpniętej z konstytucji z 1935 r. – wzywający do tego, by „wysiłkiem własnym wzmóc siłę i powagę Państwa, przyczyniania się do dobra wspólnego oraz ponoszenia świadczeń i ciężarów publicznych przewidzianych prawem, a także obowiązek służby wojskowej (art. 45–50);

5) Projekt Polskiego Stronnictwa Ludowego i kół poselskich UP, mniejszości niemieckiej, Partii Rencistów i Emerytów „Nadzieja" uwzględniał 4 obowiązki podstawowe. Trzy z nich odnosił do „każdego" – obowiązek przestrzegania przepisów konstytucji i ustaw (art. 45), obowiązek płacenia podatków oraz ponoszenia innych ciężarów i świadczeń publicznych określonych w ustawach (art. 47), obowiązek dbania o środowisko naturalne (art. 48). Czwarty obowiązek – obrony RP, w tym służby wojskowej na podstawie ustawy, uwzględniający instytucję służby zastępczej, uzasadnionej klauzulą sumienia – odnosił się do obywateli (art. 46).

Problematyki obowiązków jednostki nie dotyczyła Karta Praw, której idea powstała w środowisku Komitetu Helsińskiego i której projekt przesłał Prezydent L. Wałęsa do Sejmu w 1992 r. Autorzy projektu Karty wychodzili z założenia, że „obowiązki nie powinny być związane z wolnościami i prawami, które przysługują każdemu z tytułu jego godności, a nie w zamian za wypełnianie obowiązków". Te miała nakładać na jednostkę przyszła konstytucja w części niepoświęconej wolnościom i prawom[2]. Do czasu uchwalenia Karty obowiązywać miały przepisy o obowiązkach z konstytucji 1952 r., co w nowej sytuacji politycznej kraju było wyraźnym dysonansem.

To, że wszystkie projekty konstytucji, chociaż w różnym stopniu opowiadały się za konstytucjonalizacją obowiązków jednostki, mogłoby uzasadniać przypuszczenie, że dylemat, czy regulować w konstytucji obowiązki jednostki, czy też pozostawić je poza konstytucją, nie pojawi się w oficjalnej debacie KKZN. Podstawą do takiego przypuszczenia było także wcześniejsze uchwalenie przez KKZN systematyki przyszłej konstytucji, zawierającej rozdział poświęcony wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela z wyodrębnioną częścią zawierającą obowiązki, a także powołanie podkomisji stałej (posła J. Gwiżdża), której przedmiotem pracy prócz problematyki wolności i praw miały być obowiązki jednostki. Pomimo tego rodzaju okoliczności w debacie na forum KKZN – jeszcze wtedy, gdy przedmiotem dyskusji był już jednolity projekt konstytucji opracowany przez Komisję – nie brakowało głosów przeciwnych czy sceptycznych co do zasadności regulowania obowiązków jednostki w konstytucji (głosy poseł M. Kurnatowskiej i przedstawiciela Rady Ministrów w Komisji – prof. S. Gebethnera). Dowodzono także, że propozycje projektu dotyczące obowiązków ujęte są zbyt ogólnie, by mogły prawnie coś znaczyć, a obowiązki prawne mylone są z obowiązkami moralnymi, takimi jak lojalność i wierność, pozbawionymi sankcji. Argumentom tym przeciwstawiano to, że co najmniej kilka obowiązków, o których traktował projekt konstytucji, ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia właściwych relacji między państwem a jednostką. Powoływano się też na tradycje konstytucyjne Polski, zwracano uwagę, że

[2] Por. W. Osiatyński, [w:] R. Chruściak, W. Osiatyński, *Tworzenie konstytucji w Polsce w latach 1989–1997*, Warszawa 2001, s. 199.

w społeczeństwie „występuje silna tendencja do omijania prawa, co wymaga zaakcentowania w konstytucji obowiązków, a nie tylko praw jednostki (wiceprzewodniczący Komisji Konstytucyjnej (dalej KK), senator S. Pastuszka). Apelowano tylko o to, by obowiązki te były dobrze, czyli jasno, lapidarnie i bez zbędnych ozdobników, zapisane[3].

Osobną i wysoce sporną kwestią było ustalenie katalogu (zestawu) obowiązków jednostki, które miały podlegać uregulowaniu w konstytucji. W trakcie długotrwałych prac w KKZN i jej podkomisjach (podkomisji wolności, praw i obowiązków oraz podkomisji spraw ogólnych i redakcyjnych) zmierzających do opracowania jednolitego tekstu konstytucji, który miała uchwalić KKZN celem przekazania do debaty w Zgromadzeniu Narodowym, katalog obowiązków podlegał ustawicznym zmianom. Uwidoczniły się dwie podstawy – redukowania katalogu obowiązków i przeciwstawna jej postawa poszerzania go o nowe obowiązki, wychodząca nieraz poza osnowę projektów konstytucji zgłoszonych do Zgromadzenia Narodowego (dalej ZN). Pierwsza wyraziła się w pominięciu propozycji umieszczania w zestawie wspomnianego już obowiązku służby cywilnej jako zupełnie niedookreślonego, a także obowiązku sumiennego wypełniania obowiązków publicznych, do których obywatel został powołany (z projektu SLD) oraz analogicznej propozycji zgłoszonej przez przedstawiciela prezydenta RP w postaci obowiązku sumiennego i ofiarnego wypełniania obowiązków przez obywateli wybranych lub powołanych na stanowiska publiczne. Z tą postawą zderzała się tendencja do powiększania katalogu obowiązków, w szczególności o obowiązek pracy (S. Pastuszka), chociaż trudno było go pogodzić z zasadą wolności pracy (ekspert Komisji Konstytucyjnej, prof. P. Winczorek), czy o obowiązek rodziców do wychowywania dzieci. Wątpliwości budził charakter prawny tego rodzaju obowiązków, mających – jak mówiono – bardziej wymiar moralny niż prawny.

Redukcja obowiązków do nielicznych, zapisanych w czterech zwięzłych artykułach, przez jednych chwalona i uważana za cnotę konstytucji, przez innych uczestników debaty była oceniona krytycznie (przedstawiciel Prezydenta RP, prof. A. Rzepiński) i przewodniczący zespołu ekspertów KKZN, prof. K. Działocha). Podkreślano także, że na dobrą sprawę wystarczą „trzy konkretne obowiązki – płacenie podatków, obrona ojczyzny i troska o środowisko" (poseł J. Madej)[4]. Nie brakło jednak w późniejszym stadium prac nad projektem konstytucji głosów podkreślających widoczną redukcję obowiązków. Poseł Z. Tuszyński (SLD) wyrażał stanowczo swój niepokój i uznał, że „wymienianie na pierwszym miejscu wolności przed obowiązkami jest błędem redagujących konstytucję". Niepokoiła go także klauzula sumienia w przepisie o obowiązku służby wojskowej dająca podstawę do zastąpienia tego obowiązku służbą zastępczą,

[3] Biuletyn KKZN XVIII, s. 34–35.
[4] Biuletyn KKZN XVIII, s. 32.

która zdaniem mówcy będzie pretekstem do unikania obowiązku służby wojskowej przez „kosmopolitycznie nastawioną młodzież". Chciał reasumpcji głosowania, by zmienić proporcje „między szalenie rozbudowanymi wolnościami i niewielkimi obowiązkami"[5]. Tendencji pomnażania i rozbudowy obowiązków przeciwstawiano się jednak, powołując się na doświadczenia historyczne, z których wynika, że władza państwowa zawsze potrafiła zadbać o nałożenie obowiązków na obywatela i ich egzekucję, a prawa mają zabezpieczać to, co jest nadrzędne wobec państwa. Zwracano też słusznie uwagę na to, że określone obowiązki wynikają z przepisów dotyczących praw i wolności konstytucyjnych, np. obowiązki rodziców wobec dzieci. Proponowany zaś obowiązek sumiennego wypełniania funkcji publicznych powierzonych obywatelom wynika z zasad odpowiedzialności piastunów organów państwa i z tego powodu jest zbędny[6].

Tendencja redukcyjna i ograniczająca katalog obowiązków jednostki w konstytucji utrzymała się do końca dyskusji zmierzającej do opracowania jednolitego projektu konstytucji RP. Projekt taki, uchwalony w styczniu 1995 r. przez KKZN, (w wersji wariantowej), ujął całość obowiązków w czterech artykułach (art. 65–68) podrozdziału o obowiązkach[7]. Były to: 1) obowiązek obywatela polskiego do lojalności i wierności, obowiązek obrony Rzeczypospolitej, obowiązek szanowania (przestrzegania) przepisów konstytucji, a także posłuszeństwo jej prawom (art. 65); 2) obowiązek obywatela polskiego przyczyniania się do dobra wspólnego oraz ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych określonych w ustawie (art. 66); 3) obowiązek obywatela polskiego do obrony Ojczyzny, w tym obowiązek służby wojskowej określonej w ustawie, która miała uwzględnić także okoliczności zwolnienia z tego obowiązku (art. 67); 4) obowiązek każdej osoby podlegającej jurysdykcji państwa polskiego dotyczący dbałości o zachowanie środowiska przyrodniczego oraz ponoszenia odpowiedzialności za pogarszanie stanu środowiska.

Opracowanie tak skonstruowanego podrozdziału o obowiązkach jednostki w jednolitym projekcie konstytucji (w ujęciu wariantowym) nie oznaczało bynajmniej zakończenia prac nad projektem, który KK miała przedstawić Zgromadzeniu Narodowemu do debaty. Był jednak jakąś podstawą porządkującą dalsze prace nad projektem konstytucji, w szczególności w kierunku usunięcia propozycji wariantowych wielu przepisów. Przedstawiony na posiedzeniu KK w kwietniu 1997 r. spotkał się z krytyką, której powtarzające się elementy dotyczące głównie katalogu obowiązków mających podlegać uregulowaniu w konstytucji opisaliśmy wcześniej.

---

[5] Biuletyn KKZN XXXIX, s. 125.

[6] Biuletyn KKZN XVIII, s. 37.

[7] Poprzedzony był on wielowariantowym projektem jednolitym z 10.01.1995, opracowanym przez ekspertów KKZN i poddanym dyskusji na posiedzeniu podkomisji redakcyjnej, zagadnień ogólnych i przepisów wprowadzających konstytucję.

Dalsze prace nad projektem polegały na weryfikacji proponowanego zestawu obowiązków pod kątem eliminacji propozycji wariantowych i nadaniu przepisom właściwej formy językowej[8]. Przepis 1. cytowanego projektu jednolitego, oznaczony jako art. 65, został skrócony do formuły: „obowiązkiem obywatela polskiego jest wierność Rzeczypospolitej Polskiej i wobec niej lojalność", by w następstwie dalszej poprawki otrzymać brzmienie: „obowiązkiem obywatela polskiego jest wierność Rzeczypospolitej Polskiej i wobec niej lojalność oraz troska o wspólne dobro". Posłużono się terminem „wspólne dobro", chociaż w art. 1 projektu konstytucji użyto wcześniej formuły „dobro wspólne" na określenie Rzeczypospolitej Polskiej, pojęcia mającego inne znaczenie i inny rodowód ideowy. Tę niespójność usunięto dopiero w ostatniej chwili rozpatrywania poprawek do jednolitego projektu konstytucji, zmieniając kolejność wyrazów „wspólne dobro" na „dobro wspólne", bez zdawania sobie, na ogół – jak sądzić można – sprawy z zasadniczego charakteru tej zmiany dla przyszłej wykładni art. 1 i art. 82 Konstytucji RP.

W drugiej formule z art. 65 cytowanego projektu, traktującej o obywatelskim obowiązku szanowania (przestrzegania) przepisów konstytucji i przestrzeganiu prawa Rzeczypospolitej, pominięto obowiązek szanowania (przestrzegania) przepisów konstytucji, pozostawiając tylko obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej i przeniesiono go na „każdego". Nadano mu także postać osobnego artykułu, w ostatecznym tekście Konstytucji RP oznaczonego jako art. 83. „Zgubiono" część formuły art. 65 mówiącej o lojalności wobec Rzeczypospolitej Polskiej. W ten sposób bardzo rozbudowany w swej treści przepis art. 65 projektu jednolitego ze stycznia 1995 r. został zredukowany do obowiązków wierności Rzeczypospolitej i troski o dobro wspólne. Pominięto także osobny obowiązek z art. 65 tego tekstu, mówiący o obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, o którym osobno i w sposób bardziej kompleksowy traktował art. 67 projektu konstytucji.

Obowiązek obywatela polskiego ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych określonych w ustawie, z cytowanego art. 66 projektu, zastąpiono formułą ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie, rozszerzając go słusznie pod względem podmiotowym na „każdego". Pominięto fragment mówiący o obowiązku „przyczyniania się do dobra wspólnego" w związku z tym, że uwzględniony został w artykule poprzednim. Najistotniejszym elementem tej zmiany było oddzielenie obowiązku ciężarów i świadczeń publicznych od pojęcia dobra wspólnego, usuwając w ten sposób możliwą interpretację sprowadzającą dobro wspólne do obowiązku ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych.

[8] Biuletyny KKZN: XXXIX, XLIII, XLIV, XLVI.

Obowiązek obywatelski obrony Ojczyzny, z art. 67 ust. 1 cyt. projektu jednolitego, od czasu gdy zastąpił początkową wersję obowiązku ograniczonego tylko do służby wojskowej, nie był kwestionowany w dalszych pracach KKZN. Inaczej rzecz się miała z ust. 2, traktującym o służbie wojskowej i zwolnieniu z niej jako materii ustawy. Wobec wątpliwości, jakie wywoływała u części członków Komisji instytucja służby zastępczej i dlatego na pewien czas została pominięta, należało ją przywrócić, co uczyniono, wracając do klauzuli z wcześniejszej wersji przepisu ust. 2.

Obowiązek ochrony (dbałości) o stan środowiska, z art. 68 cyt. projektu, niebudzący od początku wątpliwości co do zasady, uległ ostatecznie zmianie w następstwie rozszerzenia przedmiotu ochrony – z ochrony środowiska przyrodniczego na środowisko w ogóle. Rozciągnięto także ten obowiązek na każdego. Kwestię odpowiedzialności za zawinione pogorszenie środowiska, o czym stanowił ust. 2 cyt. projektu, wkomponowano zręcznie w jednolity tekst ostatecznego przepisu art. 86 Konstytucji RP. Postanowiono też, by zasady odpowiedzialności za zawinione pogorszenie środowiska określiła osobna ustawa.

Obowiązki jednostki określone w podrozdziale rozdziału II obowiązującej Konstytucji RP (art. 82–86), aczkolwiek odpowiednio wyeksponowane ze względu na ich podstawowe znaczenie dla powinności jednostki wobec państwa, nie są jedynymi obowiązkami rangi konstytucyjnej. Zgodnie z powszechnie przyjętą wykładnią przepisów konstytucji obowiązki obywatela lub „każdego" wynikają także z przepisów innych części konstytucji. Ich egzemplifikacja może być węższa lub szersza w zależności od tego, czy pożądane zachowanie określonego podmiotu ma postać nakazu (tak, jak w art. 70 ust. 1 zd. 1–2, art. 65 ust. 2, art. 66 ust. 1 zd. 2 *in fine*) czy zakazu. W tym drugim przypadku, tj. gdy przepis ma formę zakazu, należy jednak unikać rozszerzającej wykładni konstytucji, by zbytnio nie poszerzać katalogu obowiązków[9]. Konieczne jest to dlatego, że w wielu przypadkach zakaz określonego zachowania skierowany jest do państwa (jego organów) i łączy się z realizacją dopuszczalnych ograniczeń wolności i praw jednostki, a nie z jej obowiązkami. Jeszcze ostrożniej należy poszukiwać konstytucyjnych podstaw obowiązków jednostki w postanowieniach wstępu do konstytucji. Odnosi się to w szczególności do ostatnich wersetów wstępu (od słów: „Wszystkich, którzy dla dobra III Rzeczypospolitej tę konstytucję będą stosowali […]"). Tylko formuła traktująca o obowiązku solidarności z innymi mogłaby stanowić, naszym zdaniem, podstawę zindywidualizowanej powinności jednostek, inne wezwania, o których w tej części wstępu jest mowa, zdają się być skierowane do zbiorowości, jakimi są naród i państwo.

[9] Wątpliwości takie można mieć w stosunku do drugiej i trzeciej grupy przepisów konstytucyjnych branych pod uwagę na s. 240–241 w studium B. Banaszaka i M. Jabłońskiego, *Obowiązki podstawowe człowieka i obywatela*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006.

W okresie przed podjęciem prac nad projektem konstytucji i w ich trakcie rozważano w doktrynie prawa zagadnienie stosunku konstytucyjnych obowiązków jednostki do odpowiednich postanowień prawa międzynarodowego. Jest ono aktualne do dzisiaj i sprowadza się do pytania, czy istnieją tego rodzaju przepisy prawa międzynarodowego, które określają indywidualne obowiązki jednostki i – w następstwie związania państw prawem międzynarodowym – obowiązują w krajowym porządku prawnym. Odpowiedź na to pytanie jest zasadniczo pozytywna, aczkolwiek większość obowiązków wynikających z prawa międzynarodowego kierowana jest do państw (stron traktatów), a nie ich obywateli czy osób w nich zamieszkujących. Wymienia się tutaj jako źródło obowiązków Powszechną Deklarację Praw Człowieka z 1948 r., w szczególności jej art. 29 pkt 1 („Każdy ma obowiązki wobec społeczności, w której to jedynie jest możliwy swobodny i pełny rozwój jego osobowości"). W Deklaracji nie sformułowano jednak konkretnych obowiązków człowieka, założono, że ich sformułowanie należy do wspólnoty (nie tylko państwowej). W podobny sposób odnoszą się do kwestii obowiązków wstępy do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Pomimo bardzo oszczędnego posługiwania się przez akty prawa międzynarodowego publicznego pojęciem (terminem) obowiązku w nauce prawa w oparciu o całość norm regulujących wolności i prawa jednostki rekonstruuje się – pośrednio z nich wynikający – szeroki katalog obowiązków jednostki[10]. Rozumie się je bardzo ogólnie, często w sposób daleki od precyzji właściwej instytucjom prawnym. Pisze się, że „przypisywanie im funkcji obowiązków we właściwym tego słowa znaczeniu mija się istotnie z celem owych norm, mających na uwadze regulacje praw i wolności jednostki oraz ich gwarancji. Gwarancji zaś, które miałyby stwarzać system zapewniający przestrzeganie obowiązków – i tym samym z doktrynalnych, jak na razie, koncepcji obowiązków w ujęciu prawnomiędzynarodowym uczynić prawo stosowane – generalnie brakuje[11]. Należy jednak zauważyć, że w ostatnich latach zapoczątkowane zostały znaczące zmiany w kwestii sankcji prawnych i kontroli przestrzegania niektórych obowiązków wynikających z prawa międzynarodowego. Wymownym wyrazem takiej zmiany jest w szczególności uchwalenie Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego i jego wejście w życie, także w stosunku do Polski. Na jego podstawie utworzony został Międzynarodowy Trybunał Karny. Jest on „instytucją stałą i jest władny wykonywać jurysdykcję wobec osób, które dopuściły się najważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej, wymienionych w Statucie" (art. 1 cz. I Statutu). Jego znaczenia nie pomniejsza to, że ma on

[10] Por. R. Wieruszewski, *Podstawowe obowiązki obywateli PRL*, Ossolineum 1984, s. 49 i n.; B. Banaszak, *Podstawowe obowiązki prawne jednostki*, Wrocław 1997, s. 59 i n.

[11] K. Działocha w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do Konstytucji RP, pod red. L. Garlickiego, uwagi do podtytułu „Obowiązki", tom 1, pkt 2, s. 3.

charakter komplementarny w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. W doktrynie prawa międzynarodowego sformułowano jednoznaczny pogląd uznający obowiązki jednostki za konstrukcję międzynarodowego prawa publicznego. Twierdzi się, że w ramach obowiązku przestrzegania prawa jednostka odpowiada za naruszenie prawa międzynarodowego, za działania zarówno o charakterze prywatnym, jak i popełnione w charakterze organu państwa bądź funkcjonariusza publicznego[12]. Nie zmienił się jednak zasadniczo stan rzeczy polegający na braku osobnego, jednolitego aktu międzynarodowego prawa publicznego, który by na wzór paktów i konwencji o wolnościach i prawach określał podstawowe obowiązki jednostki.

Nie inaczej rzecz się ma z regulacją obowiązków w europejskim systemie prawa regionalnego. W odróżnieniu od systemu amerykańskiego czy afrykańskiego obowiązki nie stanowią przedmiotu osobnej, całościowej czy częściowej regulacji prawnej.

Także w europejskim (w przeciwieństwie do amerykańskiego) prawie regionalnym obowiązki nie stanowią przedmiotu odrębnej, kompleksowej regulacji prawnej. Europejska Konwencja Praw Człowieka (dalej EKPC) nie pozwala na sformułowanie w oparciu o jej postanowienia żadnego obowiązku o ustalonej treści. Termin „obowiązek", używany w Konwencji (np. art. 4 ust. 2 i 3, art. 5 ust. 1 lit. b), występuje w bezpośrednim kontekście uregulowania określonego prawa lub wolności i stanowi element konstrukcji prawnej tej wolności lub prawa. W przepisie art. 10 ust. 2 mowa jest o tym, że korzystanie z wolności wyrażania opinii „pociąga za sobą obowiązki i odpowiedzialność". Sformułowanie to nie oznacza realizacji konkretnych obowiązków, lecz podkreśla istnienie uwarunkowań (wymogów formalnych, warunków, ograniczeń i sankcji) wynikających z ustaw krajowych w trakcie korzystania z tej wolności. A zatem istnienie ograniczeń analogicznych do tych, które określa art. 31 ust. 2 i 3 Konstytucji. Jedynego obowiązku o charakterze podstawowym doktryna prawa dopatruje się w art. 17 EKPC ustanawiającym zakaz nadużycia praw określonych w Konwencji[13]. Podobnie jest w prawie UE. I tutaj brakuje osobnego źródła, które określałoby obowiązki jednostki tak, jak to czyni Karta Praw Podstawowych UE w odniesieniu do wolności i praw jednostki. Mimo wszystkich zmian, jakie następują w prawie UE, aktualny jest nadal pogląd sformułowany w odniesieniu do art. 17 ust. 2 TWE, iż w TFUE ani w innych przepisach nie nakłada się na obywateli UE żadnych obowiązków o powszechnym, „obywatelskim charakterze"[14].

[12] Por. w szczególności W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia podstawowe*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 582.

[13] K. Działocha, *op. cit.*, s. 4.

[14] A. Wyrozumska, *Jednostka w Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2002, s. 330.

Wielość systemów dotyczących statusu prawnego jednostki odnoszących się także, chociaż w ograniczonym stopniu, do kwestii obowiązków jednostki względem wspólnoty państwowej oraz brak klarowności w zakresie harmonizacji wykładni i stosowania konstytucyjnych obowiązków jednostki i tych obowiązków, które wynikają z prawa międzynarodowego czy systemów regionalnych, sprawia, że uregulowania prawnomiędzynarodowe czy regionalne nie miały istotnego znaczenia w trakcie prac nad koncepcją obowiązków w Konstytucji RP. Brakowało w tym zakresie takich wypróbowanych standardów, jak akty prawa uniwersalnego czy regionalnego w postaci paktów i konwencji o wolnościach i prawach jednostki, do których twórcy konstytucji mogliby się odwołać, przenosząc je *mutatis mutandis* na grunt uregulowań konstytucyjnych[15]. Nigdy nie spełnił się w praktyce, jak wiadomo, pomysł opracowania i uchwalenia powszechnie akceptowanych obowiązków jednostki w skali międzynarodowej[16] czy tylko regionalnej, którymi mogłyby się posłużyć gremia pracujące nad projektem konstytucji. Tłumaczy to fakt, że w oficjalnych pracach nad przygotowaniem i uchwaleniem konstytucji problematyka międzynarodowych uwarunkowań obowiązków jednostki nie została zasadniczo podjęta.

W tym stanie rzeczy uregulowania obowiązków jednostki w Konstytucji uwarunkowane były głównie rodzimymi doświadczeniami prawnymi, w szczególności koncepcją prawną obowiązków w konstytucji z 1921 r., rezerwą wobec postanowień w tym zakresie konstytucji z 1935 r. oraz krytycznym stanowiskiem w stosunku do odpowiednich uregulowań w Konstytucji PRL, mimo ich obowiązywania do momentu wejścia w życie nowej Konstytucji RP. Postanowienia konstytucji marcowej nie były i nie mogły być wzorem dosłownym dla nowej konstytucji uchwalonej 76 lat później i pod wpływem przemian, jakim uległa w międzyczasie teoria konstytucji. Wszystko to zaznaczyło się:

1) innym usytuowaniem problematyki obowiązków w systematyce konstytucji; na początku jej tekstu, w rozdziale II Konstytucji, lecz dopiero po wolnościach i prawach jednostki, a więc odwrotnie niż w konstytucji z 1921 r.;
2) redukcją ilości obowiązków z 7 w ujęciu W. Komarnickiego[17] do 5, co jednak nie jest bez zastrzeżeń zaletą nowej konstytucji, o czym niżej;

[15] M. Jabłoński, *Identyfikacja wolności i praw jednostki w pracach nad treścią Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014.

[16] Idea taka w postaci powszechnej deklaracji obowiązków człowieka, wysunięta na początku lat 80. ubiegłego stulecia przez gremia międzynarodowe, podjęta oficjalnie, a później tylko prywatnie, nie została nigdy zrealizowana z wielu powodów. Por. A. Łopatka, *Obowiązki człowieka*, [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 160 i n.; R. Wieruszewski, *op. cit*., s. 56 i n.

[17] W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne. Geneza i system*, Warszawa 1922, s. 536 i n. Według P. Sarneckiego konstytucja marcowa uwzględniała 9 obowiązków; zob. P. Sarnecki, *Wolności, prawa i obowiązki*

3) istotną zmianą merytoryczną regulacji, wyrażającą się w dodaniu do katalogu obowiązków dwóch nowych elementów – obowiązku ochrony środowiska i dopuszczalności zastąpienia służby wojskowej służbą zastępczą, nieznanych w konstytucji marcowej. Obie konstytucje nie różnią się natomiast istotnie strukturą przepisów regulujących obowiązki. W jednej i drugiej prócz przepisów o charakterze prawnym mamy takie, które pochodzą bardziej ze sfery powinności moralnych. Mowa jest o wierności, trosce, dbałości (w Konstytucji RP z 1997 r.), o wierności, szanowaniu, sumiennym wypełnianiu obowiązków (w konstytucji marcowej). Niełatwo im nadać znaczenie prawne oraz przyporządkować zasadzie bezpośredniego stosowana przepisów konstytucji, które to zagadnienie nie zostało rozstrzygnięte na gruncie obydwu konstytucji[18].

II.

Wątpliwości co do kształtu konstytucji i jej poszczególnych instytucji towarzyszące długotrwałym pracom nad projektem, nazwane tutaj dylematami – z których tylko jedno z co najmniej dwóch proponowanych rozwiązań mogło być przyjęte – zostały z chwilą uchwalenia konstytucji i jej wejścia w życie prawnie rozstrzygnięte. Powstały jednak nowe w sferze wykładni i stosowania konstytucji obowiązującej. W ocenie społecznej pojawiły się też wątpliwości, czy nie należałoby podjąć innych decyzji co do sposobu uregulowania obowiązków z uwzględnieniem także tych propozycji, które w trakcie prac nad projektem konstytucji zostały *lege artis* odrzucone. Dylematy tego rodzaju są też częścią obiekcji i propozycji zmiany konstytucji, których jest wiele, chociaż nie zawsze są uzasadnione. Materia konstytucyjnych obowiązków należy jednak do tych, które wzbudzają stosunkowo najmniej zastrzeżeń; nie jest jednak od nich całkowicie wolna. Wynikają one, naszym zdaniem, ze zbyt lakonicznych uregulowań konstytucji, dających za dużą swobodę ustawodawstwu zwykłemu w procesie dookreślania kształtu prawnego obowiązku, w mniejszym stopniu z pominięcia w konstytucji obowiązku proponowanego do uregulowania, lecz ostatecznie pominiętego przez ustrojodawcę.

W niniejszym szkicu jest miejsce dla niektórych tylko uwag wynikających z ogólnego oglądu praktyki konstytucyjnej w zakresie dotyczącym obowiązków jednostki:

1. Obywatelski obowiązek wierności Rzeczypospolitej Polskiej z art. 81 Konstytucji, obecny także w konstytucji marcowej (art. 89), a więc nie nowy i tak elementarny,

obywatelskie w ujęciu Konstytucji marcowej, „Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego" 2013, nr 1(5), s. 71–72.

[18] Por. wypowiedzi przedstawicieli nauki międzywojennej na temat terminologii rozdziału V konstytucji z 1921 r., przytoczone przez P. Sarneckiego, *op. cit.*, s. 77.

że wysunięty został w jednej i drugiej konstytucji na plan pierwszy, choć nie doczekał się jak dotąd rozeznania swojej treści prawnej ani swego znaczenia moralnego. Sprowadzanie go do elementów wypełniających treści innych konstytucyjnych obowiązków, mających osobne jednostki tekstu konstytucji[19], oznacza omijanie próby ustalania normatywnego znaczenia przedmiotowego obowiązku. Także pogląd, by sprowadzać treść tego obowiązku tylko do „zachowań pasywnych", polegających na niepodejmowaniu działań mogących przynieść szkodę państwu[20], wydaje się nie wyczerpywać znaczenia obowiązku wierności Rzeczypospolitej. Złamanie obowiązku wierności może mieć także postać działań aktywnych, sprzecznych z nakazem wierności[21]. Konstytucja nie wymienia typów takich działań, nie może to być bowiem katalog zamknięty. Ich bliższe zdefiniowanie, z uwzględnieniem możliwych sankcji, należy do ustawodawcy. Z pewnością do zachowań tego typu będą należeć przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej z kodeksu karnego, w przypadku osób (obywateli) pełniących najwyższe funkcje w państwie kwalifikowane elementy pozytywnych zachowań wobec RP (także Narodu, Ojczyzny) określają roty ślubowań zamieszczone w Konstytucji (art. 104 ust. 2, art. 130, art. 151). Błędem prawnym byłoby natomiast objaśnienie obowiązku wierności RP przy pomocy klauzuli dobra wspólnego. Troska o dobro wspólne jest w art. 82 osobnym konstytucyjnym obowiązkiem obywateli RP.

Obowiązek troski o dobro wspólne stwarza istotne wątpliwości w kontekście treści art. 1 Konstytucji, w którym Rzeczpospolitą Polską określa się jako „dobro wspólne wszystkich obywateli". Już wcześniej zwracaliśmy uwagę na brak jasności co do pojęcia dobra wspólnego w pracach nad projektem konstytucji, mylonego przez dłuższy czas z leksykalnie zbliżonym pojęciem wspólnego (powszechnego) dobra. Posługiwano się nim przez pewien czas w art. 1 projektu jednolitego dla scharakteryzowania istoty ustroju Rzeczypospolitej i w sposób, jaki nadano tej formule w konstytucji kwietniowej (art. 1). Stanowiło to widoczny dysonans w stosunku do treści obowiązku obywatelskiego operującego terminem dobra wspólnego, który, jak pisaliśmy, został usunięty dopiero w końcowym momencie prac nad projektem konstytucji. Nieporozumienie to wynikało z braku szerszej debaty nad różnym znaczeniem obydwóch pojęć, chociaż dostrzegano je wcześniej w filozofii i teorii prawa. Konsekwencje tych nieporozumień przeniosły się na wykładnię wzajemnych relacji między art. 1 i art. 82 Konstytucji (w części dotyczącej formuły obowiązku troski o dobro wspólne). Dają one o sobie znać

[19] A. Mycielski w odniesieniu do art. 89 konstytucji marcowej – *idem*, *Polskie prawo polityczne*, Kraków 1947, s. 226; w odniesieniu do Konstytucji RP – L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 121.

[20] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 2, Warszawa 2001, s. 486.

[21] Wg art. 79 ust. 2 Konstytucji PRL w jej brzmieniu pierwotnym, zachowaniem godzącym w państwo była „zdrada ojczyzny polegająca na popełnieniu „szpiegostwa, osłabianie sił zbrojnych, przejście na stronę wroga", „karana z całą surowością prawa jako zbrodnia najwyższa".

także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Dostrzega się w nim uleganie etatystycznej koncepcji wspólnego dobra w rozumieniu konstytucji kwietniowej[22], co z pewnością zdziwi Trybunał, lecz nie wydaje się być bezzasadne. Jeżeli bowiem przyjąć, jak zakłada to klauzula dobra wspólnego w ujęciu klasycznej myśli filozoficznej, że w zasadzie dobra wspólnego na pierwszym miejscu jest służebna rola państwa wobec członków wspólnoty politycznej, a nie służebność obywateli i jego obowiązki wobec państwa[23], a także to, że za takim rozumieniem dobra wspólnego przemawia historyczna wykładnia konstytucji, to właściwa byłaby odpowiednia korekta orzecznictwa TK[24]. W każdym razie można by się obawiać błędnych następstw filozofii dobra wspólnego (w formule wspólnego dobra), gdyby posłużyć się nią jako samoistną podstawą (albo paranormą) w stosunku do art. 31 ust. 2 i 3 Konstytucji usprawiedliwiającą ograniczenie wolności i praw jednostki.

2. Art. 83 wyznacza obowiązek przestrzegania prawa rozumiany jako nakaz zachowania zgodnego z obowiązującym porządkiem prawnym. Zachowanie z nim sprzeczne jest przekroczeniem lub naruszeniem tak rozumianego obowiązku. Konstytucja w art. 83 nie wyróżnia poszczególnych rodzajów aktów normatywnych (źródeł prawa) tak, jak to czyniła konstytucja z 1921 r. (art. 89) czy Konstytucja PRL (art. 90). W przepisie art. 83 idzie zatem o całe prawo obowiązujące w Polsce w rozumieniu konstytucji, z konstytucją na czele.

Konstytucyjny obowiązek przestrzegania prawa jest „syntezą wszystkich konkretnych obowiązków ustanowionych jego normami" (P. Winczorek) i mógłby być jedynym gdyby nie celowość egzemplifikacji i potrzeba dookreślenia w konstytucji przedmiotu i zasięgu podmiotowego obowiązków najważniejszych (podstawowych), chociaż wybór ich jest zawsze sprawą uznania. Zdaniem TK, obowiązek przestrzegania prawa rozciąga się także, poprzez normy odsyłające pozasystemowo, na reguły, normy i zasady postępowania, które nie są normami prawnymi. Owe zasady i normy nie stają się przez to normami prawnymi, niemniej ich przestrzeganie może być obowiązkiem adresata normy odsyłającej[25].

Konstytucja RP, w przeciwieństwie do przepisów konstytucji marcowej i Konstytucji PRL, nie wymienia w ramach obowiązku przestrzegania prawa osobno obowiązku przestrzegania samej konstytucji i nie wysuwa go na plan pierwszy, nie ulega jednak wątpliwości, że jej przestrzeganie jest pierwszym obowiązkiem w ramach przedmiotowego

[22] Por. M. Piechowiak, *Prawne a pozaprawne pojęcie dobra wspólnego*, [w:] *Dobro wspólne, teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 23 i n.

[23] Podobnie B. Banaszak w: B. Banaszak, M. Jabłoński, *op. cit*., s. 237 i przypis 96.

[24] M. Piechowiak upatruje takiej zmiany w zdaniach odrębnych od wyroków TK – *idem*, *op. cit*., s. 32.

[25] J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2000, s. 517–518, w ślad za orzecznictwem TK.

obowiązku z uwagi na pozycję konstytucji w systemie źródeł prawa (art. 8). Co więcej, zgodność całego prawa Rzeczypospolitej z konstytucją jest warunkiem jego legalności (legalności konstytucyjnej), a w konsekwencji jego obowiązywania, pośrednio – przesłanką jego przestrzegania. O tym jednak, czy od obowiązku przestrzegania prawa nielegalnego zwolnieni są jego adresaci, przesądza dopiero oficjalna derogacja nielegalnej normy.

Z perspektywy czasu, jaki upłynął od wejścia w życie Konstytucji, dyskusyjne jest pominięcie obowiązku szanowania Konstytucji, który znała konstytucja marcowa (art. 90) i który znały niektóre projekty Konstytucji RP. Trudno bowiem twierdzić, że Konstytucja jest szanowana powszechnie i dostatecznie prawdziwie w zachowaniach obywateli, i co ważniejsze, funkcjonariuszy państwa i partii politycznych w publicznych wypowiedziach na jej temat, nie mających nic wspólnego z rzetelną oceną Konstytucji na forum publicznym czy w gremiach związanych z zamiarem jej nowelizacji[26]. W jakimś stopniu dotyczy to publicznych enuncjacji osób zajmujących się profesjonalnie problematyką konstytucyjną. Wszystko to nie może mieć szkodliwego wpływu dla autorytetu konstytucji w życiu publicznym i w świadomości prawnej obywateli. Klauzula nakazująca szacunek dla Konstytucji mogłaby się wyrazić w ustanowieniu święta konstytucji w rocznicę jej uchwalenia, w szerszym upowszechnianiu jej znajomości wśród obywateli, w należytym wyeksponowaniu znajomości konstytucji w programach nauczania szkolnego. Przykłady dobrych praktyk w tym zakresie, wynikające z doświadczeń innych państw, są wysoce zachęcające. Konstytucja RP z 1997 r. najdłużej ze wszystkich konstytucji polskich obowiązująca (prócz konstytucji z 1952 r.), demokratyczna konstytucja państwa polskiego, przyjęta w głosowaniu powszechnym Narodu na szacunek zasługuje. Wiele złego w tej mierze sprawiła jednak propaganda polityczna jej przeciwników w okresie referendum konstytucyjnego, a także po jej wejściu w życie.

Jak wiadomo, zrealizowanie określonych założeń i społecznych celów normy prawnej nie następuje z chwilą jej ustanowienia czy wejścia w życie, lecz wtedy, gdy jest przestrzegana i stosowana. Tak samo jest z konstytucyjną normą przestrzegania prawa – jej ustanowienie z uwzględnieniem gwarancji prawnych przestrzegania prawa nie oznacza zaistnienia stanu praworządności w państwie. Według badań CBOS ze stycznia 2013 r.[27], zdaniem aż połowy badanych (51%) większość zwykłych ludzi w Polsce często nie przestrzega prawa. O tym, że Polacy zazwyczaj postępują zgodnie z literą prawa, przekonanych jest 44% ankietowanych, zaś nieliczni (5%) nie mają w tej kwestii wyrobionej opinii. Przekonanie, iż Polacy mają problem z przestrzeganiem prawa, dominuje

[26] Por. P. Winczorek, *Autorytet konstytucji*, [w:] *O państwie, prawie i polityce*, Warszawa 2012, s. 41.

[27] Wg komunikatu z badań CBOS o przestrzeganiu prawa i funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce ze stycznia 2013 r., (BS/5/2013), http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_005_13.PDF.

w zdecydowanej większości grup społeczno-demograficznych. O motywach przestrzegania/nieprzestrzegania prawa informują dobrze badania w tym zakresie, przeprowadzone w 2011 r. na reprezentacyjnej grupie dorosłych obywateli. Wynika z nich, że jedynie 31% odpowiedziało, że prawa należy przestrzegać w każdej sytuacji, 61% wyraziło opinię, że prawa należy przestrzegać, jeżeli jest sprawiedliwe, 6% – jeżeli jest dogodne dla adresata prawa, a 2% nie określiło swojego stosunku do prawa[28].

Sygnalizowane wyżej zjawisko nieprzestrzegania prawa w dużej skali każe stawiać pytanie o przyczyny istniejącego stanu rzeczy. W jakimś stopniu należy ich szukać w instytucjonalnych gwarancjach przestrzegania prawa. Chociaż zgodnie z panującą oceną konstytucji w tym zakresie przedstawiają się one na ogół dobrze, niepokoi stan prawny, w jakim znajduje się instytucja prokuratury jako organu strzeżenia praworządności oraz czuwania nad ściganiem przestępstw. Nieustalenie w trakcie prac nad konstytucją jednoznacznego modelu ustrojowego prokuratury i pozostawienie jej poza regulacją konstytucyjną sprawia, że ustawowy model prokuratury pomimo reformy z 2009 r. nie jest optymalny i stanowi przedmiot krytyki niesłużącej jej funkcji w systemie gwarancji przestrzegania prawa. Dla poprawy stanu przestrzegania prawa ujmowanego w kategoriach obowiązków jednostki ważniejsze jest jednak przewartościowanie myśli konstytucyjnej na temat wzajemnych relacji między wolnościami i prawami jednostki a jej obowiązkami wobec innych i zbiorowości, w których jednostka funkcjonuje. Słusznie pisał P. Winczorek w 2002 r., by „ponownie uznać obowiązek za kategorię istotną w życiu indywidualnym i publicznym. Równie istotną co szlachetne idee ludzkich wolności i praw" („Rzeczpospolita" nr 127 z czerwca 2002 r.). W wykładni prawa wymaga to powrotu do częściowo poniechanej, właściwie rozumianej zasady współzależności praw i obowiązków jednostki. Konstytucja RP nie zawiera przepisu odpowiedniego do art. 67 ust. 3 w poprzednim stanie prawnym, będącego przedmiotem sporu w doktrynie prawa i w polityce. Nie znaczy to, że w obowiązującej Konstytucji wzajemna relacja wolności i praw oraz obowiązków nie istnieje. Problematyka ta była też obecna w pracach Zgromadzenia Narodowego w kontekście odwoływania się do dobra wspólnego i idei solidaryzmu. W świetle Konstytucji istnienie normatywnego związku wolności i praw oraz obowiązków jednostki wynika z „obowiązku solidarności z innymi" w ujęciu wstępu do Konstytucji, z zasady dobra wspólnego z art. 1 i obowiązku troski o dobro wspólne, o którym mowa w art. 82. Także w piśmiennictwie zakłada się istnienie związku wolności i praw oraz obowiązków jako szczególnej cechy statusu prawnego jednostki[29]. Przedmiotowej zasady nie należy rozumieć bez wątpienia

[28] T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Warszawa 2012.

[29] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 5, Warszawa 2001, s. 119 i n.; K. Działocha, *O konstytucyjnym obowiązku przestrzegania prawa*, [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka*…,

w ten sposób, że korzystanie przez obywateli z przyznanych im praw jest bezpośrednio uzależnione od wypełnienia nałożonych na nich obowiązków, a więc tak, jak rozumiano sens wspomnianego art. 67 ust. 3 w dawnych przepisach konstytucyjnych. Zasada ta nie odnosi się także z reguły do procesu stosowania prawa, ma natomiast znaczenie prawne w procesie jego stanowienia. „Wymaga w szczególności, by w procesie ustawowej regulacji obowiązków jednostki regulować je z zachowaniem nienaruszalności wolności i praw jednostki oraz w harmonii z nimi. Nie wynika z tej zasady żadna samoistna przesłanka miarkowania wolności i praw jednostki ze względu na potrzebę regulacji obowiązków. Jedyną drogą ku temu jest przyzwolenie Konstytucji na ustawowe ograniczenia korzystania z wolności i praw z zachowaniem zasad określonych w art. 31 ust. 2–3 Konstytucji”[30].

3. Konstytucyjny obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym, podatków określonych w ustawie (art. 84), traktowany w orzecznictwie TK i piśmiennictwie prawniczym w ścisłej łączności z art. 217 Konstytucji RP, określającym tzw. władztwo daninowe państwa i jemu w istocie podporządkowany, jest najszerzej pojętym, dotkliwym w konsekwencjach obowiązkiem nałożonym na „każdego”, nie tylko obywatela. Władztwo daninowe państwa – niekwestionowany w warunkach gospodarki wolnorynkowej atrybut władzy państwowej – daje jej, zdaniem TK, dużą swobodę w zakresie wyznaczania świadczeń publicznych, w szczególności podatków, a „ocena zasadności i celowości przyjmowanego modelu dotyczącego obowiązków podatkowych pozostaje zasadniczo poza zakresem kompetencji Trybunału. Tylko niebudzące wątpliwości przekroczenie przez ustawodawcę granic swobody, jeżeli chodzi o zróżnicowanie sytuacji podatników, może być przedmiotem kontroli konstytucyjnej”[31]. Wyraźnie ograniczone znaczenie dla władztwa daninowego pastwa ma – co przyznaje TK – ochrona praw majątkowych płatnika podatku (art. 64 ust. 2). Wyłączone jest także zasadniczo w prawie daninowym stosowanie klauzuli ograniczającej prawa jednostki zamieszczonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Niewielkie znaczenie – bo pozbawione substratu materialnego w zakresie prawa daninowego – ma zasada równości i skonstruowana w orzecznictwie TK „zasada sprawiedliwości podatkowej”. Ograniczające władztwo daninowe państwa znaczenie mają tylko względy formalne w sferze stanowienia podatków i innych danin publicznym, określone w art. 217 Konstytucji.

Względy materialne o charakterze gospodarczym czy społecznym, mogące wyznaczać granice władztwa daninowego, są zasadniczo poza regulacją konstytucyjną i pozostają w sferze polityki finansowej państwa. W związku z tym warto przypomnieć, że

s. 133–135.

[30] K. Działocha, *O konstytucyjnym obowiązku przestrzegania prawa…,* s. 134.

[31] Wyrok TK z 8 października 2013 r., SK 40/12, OTK ZU, nr 7, poz. 97 z powołaniem na wcześniejsze orzecznictwo.

w okresie prac nad projektem konstytucji istniały propozycje unormowań, które tego rodzaju uwarunkowania materialne obowiązku podatkowego brały pod uwagę. W przedłożonym przez Klub Parlamentarny SLD projekcie konstytucji, w części dotyczącej ochrony własności i prawa jej dziedziczenia, był przepis zakazujący nakładać wygórowane podatki od spadków, które niweczą istotę dziedziczenia własności (art. 58 projektu), a w przepisie poświęconym obowiązkowi podatkowemu napisano, że obowiązek „podatków oraz ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych […] ma uwzględniać sytuację majątkową obywateli" (art. 66)[32]. Analogiczne propozycje zawarte w jednolitym tekście projektu konstytucji utrzymywały się przez dłuższy czas. W projekcie jednolitym (w ujęciu wariantowym) z 26 stycznia 1995 r., w rozdziale dotyczącym budżetu państwa i finansów, istniała formuła mówiąca o tym, że „nakładane na obywateli świadczenia osobiste i rzeczowe, a w szczególności podatki nie mogą prowadzić do naruszenia istoty prawa własności oraz prowadzenia działalności gospodarczej" (art. 205 w wariancie 1), zaś w wariancie 2 umieszczono „zakaz nakładania takich podatków od spadków, które naruszają istotę dziedziczenia własności". Jeszcze w projekcie (bezwariantowym) z 19 czerwca 1996 r. utrzymywał się w rozdziale *Finanse publiczne* przepis: „Podatki i opłaty publiczne nie powinny pozbawiać obywateli ani innych osób dochodu lub majątku w stopniu uniemożliwiającym korzystanie z nich i powiększanie w zgodzie z treścią prawa własności" (art. 200)[33]. Pomysł ustanowienia materialnych ograniczeń władztwa państwa w części dotyczącej materii obecnego rozdziału X Konstytucji był rezultatem prac specjalnego zespołu roboczego, powołanego do przygotowania rozdziału o budżecie i finansach państwa, który sformułował m.in. zasadę, iż „nakładanie na obywateli podatków, opłat i innych danin publicznych nie może prowadzić do zagrożenia egzystencji obywateli, prawa do prowadzenia przez nich działalności gospodarczej, a także naruszać istoty prawa własności i dziedziczenia"[34].

4. Ograniczone ramy tego szkicu o podstawowych obowiązkach jednostki nie pozwalają odnieść się bliżej do dwóch pozostałych obowiązków konstytucyjnych – obowiązku obrony Ojczyzny, w tym służby wojskowej, a także do obowiązku dbałości przez każdego o stan środowiska. Nie można jednak nie zauważyć, że pierwszy z tych obowiązków uległ pewnej dekompozycji na poziomie jego ustawowej regulacji. Zmiany ustawy o powszechnym obowiązku obrony ojczyzny z dnia 21 listopada 1967 r., w szczególności zmiany tej ustawy w 2008 i 2009 r., doprowadziły do zawieszenia powszechnego obowiązku odbywania zasadniczej służby wojskowej, a w konsekwencji także służby zastępczej z dniem 1 stycznia 2010 r., chociaż w przypadku zagrożenia państwa

[32] *Projekty konstytucji 1993–1997*, część 1.
[33] *Projekty konstytucji 1993–1997*, część 2, Warszawa 1997, przygotowane do druku przez R. Chruściaka.
[34] Biuletyn KKZN XXX, s. 77–78 oraz R. Chruściak, W. Osiatyński, *op. cit*., s. 278 i przypis 166 na s. 321.

Prezydent RP, w drodze rozporządzenia, może przywrócić obowiązek zasadniczej służby wojskowej, a tym samym prawo do służby zastępczej. Druga istotna zmiana ustawy z 1967 r. zezwala obywatelom RP na odbycie służby wojskowej w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej, a także znosi w istocie odpowiedzialność za podjęcie takiej służby bez udzielonej zgody[35]. Ta ostatnia zmiana jest konsekwencją znacznej emigracji obywateli polskich zdolnych do służby wojskowej, a także wzrostu aktywności Polski w NATO i UE, była też wcześniej postulowana jako następstwo wspomnianych już czynników[36].

Powszechny obowiązek (każdego) dbałości o stan środowiska podlega także zmianom na płaszczyźnie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska. Zmiany ustawy w części dotyczącej indywidualnego obowiązku dbałości o środowisko zmierzają w kierunku jego rozbudowy i zrygoryzowania, w dużym stopniu w następstwie zobowiązań wynikających z prawa UE w zakresie ochrony środowiska. Ważnym aktem służącym optymalizacji przedmiotowego obowiązku jest ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

[35] S.M. Przyjemski, *Powszechny obowiązek obrony Rzeczypospolitej Polskiej a służba obywatela polskiego w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej (uregulowania konstytucyjne, ustawowe i wykonawcze)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2007, nr 4, s. 6 i n.

[36] J. Palus, S.M. Przyjemski, *„Europa ojczyzn" a obowiązek służby wojskowej*, „Państwo i Prawo" 1999, nr 2.

Nina Leśniak
Uniwersytet Zielonogórski
Wydział Prawa i Administracji

Realizacja konstytucyjnych obowiązków ochrony środowiska przez samorząd terytorialny w Polsce

1. Wstęp

Środowisko i jego ochrona od kilkunastu lat są przedmiotem nieustannego zainteresowania polskiego ustawodawcy. Przyczyn tego stanu rzeczy należy upatrywać zarówno w zobowiązaniach międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej, jak i konieczności realizacji wyartykułowanych przez Konstytucję RP z 1997 r. obowiązków władz publicznych w zakresie ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego. Nie bez znaczenia pozostaje także działalność międzynarodowych i lokalnych organizacji proekologicznych, które podejmując różnego rodzaju aktywność, wywierają na władzę ustawodawczą swoistego rodzaju nacisk.

W poniższym artykule, ze względu na ograniczoną jego długość, autorka pragnie przybliżyć pokrótce czytelnikowi konstytucyjne obowiązki związane z ochroną środowiska i zasygnalizować jedynie problemy, z jakimi może spotkać się samorząd terytorialny na wszystkich jego szczeblach, podejmując się próby ich realizacji. W części pierwszej zostaną wymienione i scharakteryzowane obowiązki związane z ochroną środowiska nakładane na samorząd terytorialny przez Konstytucję RP. W części drugiej natomiast autorka wymieni niektóre ustawowe obowiązki gminy, powiatu i województwa w zakresie ochrony środowiska i postara się je skorelować z obowiązkami konstytucyjnymi.

2. Konstytucyjne obowiązki władz publicznych w zakresie ochrony środowiska

Charakteryzując konstytucyjne obowiązki władz publicznych w zakresie ochrony środowiska, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, dlaczego pojęcie władz publicznych jest właściwe także w odniesieniu do samorządu terytorialnego. W tym celu należy przybliżyć czytelnikowi pojęcie samorządu terytorialnego. Instytucja samorządu terytorialnego może być rozpatrywana na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, może być ona pojmowana jako wspólnota mieszkańców, tj. grupa społeczna zamieszkująca poszczególne jednostki administracyjne w ramach podziału terytorialnego państwa. Po drugie, jako

reprezentacja wspólnoty mieszkańców wybranych w demokratycznych wyborach w celu sprawowania funkcji władczych administracji publicznej w formach zdecentralizowanych wraz z podległym im aparatem administracyjnym[1].W drugim podanym znaczeniu samorząd terytorialny jest rozumiany jako władza i administracja, a jedną z najważniejszych zasad tak pojmowanego samorządu terytorialnego jest zasada decentralizacji władzy publicznej realizowanej w postaci samorządu terytorialnego, która opiera się na art. 15 i 16 w zw. z art. 164 ust. 1 i 3 Konstytucji RP[2]. W konsekwencji powyższego wszystkie określone przez Konstytucję RP obowiązki władz publicznych w zakresie ochrony środowiska będą dotyczyły także samorządu terytorialnego pojmowanego w drugim przedstawionym znaczeniu.

Ochrona środowiska jest konstytucyjnym obowiązkiem władz publicznych, które zobowiązane są do zapewniania społeczeństwu właściwych pod względem ekologicznym warunków rozwoju poprzez działania zmierzające do utrzymania naturalnych podstaw bytu człowieka wraz z opieką nad wszystkimi elementami tych podstaw. Nałożenie na władze publiczne obowiązków z zakresu ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego oznacza, że na władze publiczne, w tym także na samorząd terytorialny, Konstytucja RP nakłada określone obowiązki prawne. Konstytucyjny obowiązek prawny to wyrażony w konstytucyjnej normie prawnej nakaz lub zakaz określonego zachowania się w danej sytuacji[3].

W oparciu o przepisy konstytucyjne wyróżnia się trzy sposoby regulacji zagadnień związanych z ochroną środowiska. Pierwszym z nich jest określanie zadań państwa w tej dziedzinie. Drugim – określanie praw powszechnych lub obywatelskich w tej materii. Trzecim – określanie obowiązków[4]. Polska ustawa zasadnicza zawiera wszystkie wyżej wymienione rodzaje norm. Konstytucyjne obowiązki państwa w zakresie ochrony środowiska należą do najliczniejszej grupy regulacji konstytucyjnych spośród ogółu wyartykułowanych obowiązków władz publicznych, co dodatkowo podkreśla znaczenie wartości, jaką jest środowisko naturalne dla polskiego ustrojodawcy.

Konstytucja RP określa następujące obowiązki władz publicznych w zakresie ochrony środowiska:

1) obowiązek zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska (art. 68 ust. 4),

[1] Szerzej na temat pojęcia samorządu terytorialnego – zob. K. Łokucijewski, *Samorząd terytorialny*, [w:] A. Szmyt (red.), *Leksykon prawa konstytucyjnego*, Warszawa 2010, s. 496–503.

[2] Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 745.

[3] *Ibidem*, s. 508.

[4] Zob. W. Radecki, *Konstytucyjny obowiązek dbałości o stan środowiska i odpowiedzialność za jego pogorszenie*, „Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka" 2000, nr 1, s. 2.

2) obowiązek prowadzenia polityki zapewniającej bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom (art. 74 ust. 1),
3) obowiązek ochrony środowiska (art. 74 ust. 2),
4) obowiązek wspierania działań obywateli na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska (art. 74 ust. 4).

Podkreślenia wymaga fakt, że wszystkie spośród wyżej wymienionych obowiązków powinny być realizowane przez samorząd terytorialny na każdym jego szczeblu. Uzasadnieniem wprowadzenia do ustawy zasadniczej RP obowiązków z zakresu ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego jest art. 1 Konstytucji RP określający, że Rzeczypospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Na podstawie tego przepisu uznano ochronę środowiska za dobro wspólne, na którego straży ma stać władza publiczna[5]. Wymienione wyżej obowiązki państwa mają zróżnicowany charakter. Również ich realizacja przez władze publiczne nie jest jednorodna[6]. Jednakże wspólnym mianownikiem łączącym je jest ochrona wartości, jaką przedstawia środowisko dla dobra obecnych i przyszłych pokoleń.

Konstytucja RP nakłada na władze publiczne obowiązki o zróżnicowanym charakterze, zarówno co do ich znaczenia, jak i treści. Można je podzielić na dwie grupy, a mianowicie:

1) obowiązki ustanowione ze względu na konieczność ochrony środowiska.
2) obowiązki, które zostały wprowadzone w celu ochrony innej wartości, ale wiążą się z ochroną środowiska.

Pierwszy spośród wymienionych wyżej obowiązków to obowiązek określony w art. 68 ust. 4 Konstytucji RP, który został ustanowiony w celu ochrony innej wartości. Cały art. 68 Konstytucji RP reguluje konstytucyjne podstawy ochrony zdrowia i jego także dotyczy ustęp 4. Obowiązki władz publicznych zostały więc ustanowione w tym przepisie z uwagi na zagwarantowanie prawa do ochrony zdrowia i umożliwienie praktycznego korzystania z tego prawa. Będą one dotyczyły władz na wszystkich szczeblach administracyjnych, organów władzy wykonawczej, ustawodawczej i sądowniczej. „Ustęp 1 tego artykułu wprowadza powszechne prawo do ochrony zdrowia, co w kontekście ustępu 4 można rozumieć także jako prawo do zapewnienia takiego stanu środowiska, który nie powoduje negatywnych następstw dla zdrowia ludzkiego”[7]. Konstytucja RP w art. 68 ust. 4 stanowi, że władze publiczne są zobowiązane do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska. Przepis powyższy nakłada na władze publiczne dwa obowiązki. Pierwszym

[5] Zob. J. Ciechanowicz-McLean, *Prawo i polityka ochrony środowiska*, Warszawa 2009, s. 20–21.
[6] Szerzej na temat zróżnicowania obowiązków dotyczących ochrony środowiska w punkcie następnym.
[7] Zob. Z. Bukowski, *Konstytucyjne podstawy obowiązków państwa w zakresie ochrony środowiska*, „Prawo i Środowisko” 2002, nr 4, s. 68.

z nich jest zwalczanie chorób epidemicznych, drugim zapobieganie negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska.

Drugi z wymienionych obowiązków to obowiązek zapewnienia przez władze publiczne bezpieczeństwa ekologicznego. Jest on obowiązkiem bezpośrednio związanym z wartością, jaką jest środowisko naturalne, i został ustanowiony w celu ochrony tej właśnie wartości. Art. 74 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, iż „władze publiczne prowadzą politykę zapewniającą bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom". Obowiązek prowadzenia polityki proekologicznej jest adresowany przez ustrojodawcę konstytucyjnego do wszelkich władz publicznych, w tym samorządu terytorialnego. Władze publiczne, aby zapewnić bezpieczeństwo ekologiczne, są zobowiązane do prowadzenia wszystkich dostępnych polityk.

Obowiązek wyrażony w art. 74 ust. 1 Konstytucji RP nie został w żaden sposób sprecyzowany. Właściwe pojmowanie znaczenia i zakresu omawianego obowiązku będzie determinowane przez rozumienie pojęcia „bezpieczeństwo ekologiczne". Do chwili obecnej ustawa zasadnicza Rzeczypospolitej Polskiej jest jedynym polskim aktem prawnym, w którym zawarto to pojęcie[8]. Jednocześnie Konstytucja RP nie zawiera żadnej definicji tego terminu. W związku z tym, podejmując się rekonstrukcji znaczenia „bezpieczeństwa ekologicznego", konieczne jest odwołanie się do regulacji konstytucyjnych związanych z ochroną środowiska, w szczególności do art. 5 oraz pozostałych ustępów art. 74 Konstytucji RP[9].

W ślad za B. Banaszakiem uznać należy, iż „z obowiązków określonych w art. 74 ust. 1 (Konstytucji RP – przyp. aut.) nie da się wyprowadzić żadnych praw podmiotowych"[10]. Jednakże na podstawie obowiązku wyrażonego w art. 74 ust. 1 Konstytucji RP władze publiczne, w tym samorząd terytorialny, zostały zobowiązane do dbałości o jakość środowiska z uwzględnieniem przyszłych pokoleń. Dbałość o zapewnienie jakości środowiska również dla następnych generacji ludzi powinna obejmować nie tylko ochronę opartą na środkach technicznych lub instrumentach ekonomicznych, ale także prowadzenie odpowiedniej polityki edukacyjnej przyczyniającej się do wzrostu wiedzy społeczeństwa w sprawach związanych z bezpieczeństwem ekologicznym. Art. 74 ust. 1 Konstytucji RP obliguje władze publiczne do takiego gospodarowania zasobami naturalnymi kraju, by szanse kolejnych pokoleń na zaspokajanie swoich potrzeb nie tylko się

[8] Pojęcie „bezpieczeństwa ekologicznego" występuje także w dokumentach dotyczących Polityki Ekologicznej Państwa, jednakże dokumentów tych nie zalicza się do kategorii aktów prawnych.

[9] Szerzej na temat pojęcia bezpieczeństwa ekologicznego – zob. N. Leśniak, *Obowiązki państwa w zakresie ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 743–744.

[10] Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 438.

nie zmniejszyły, ale nawet wzrosły, skoro zrównoważony rozwój zakłada nie stagnację, tylko postęp[11].

Trzecim spośród omawianych obowiązków państwa w zakresie ochrony środowiska jest obowiązek określony w art. 74 ust. 2 Konstytucji RP. Ochrona środowiska jest jedną z form zagwarantowania bezpieczeństwa ekologicznego. W treści art. 74 ust. 2 Konstytucji RP formułuje się obowiązek władz publicznych do ochrony środowiska. Powyższy obowiązek jest oczywiście obowiązkiem bezpośrednio związanym z wartością, jaką jest środowisko naturalne. „Ustrojodawca używając w art. 74 ust. 2 pojęcia środowiska wiąże je z koniecznością zapewniania przez władze publiczne bezpieczeństwa ekologicznego, […]"[12]. Obowiązek ten jest pochodną określenia ochrony środowiska jako jednej z podstawowych funkcji państwa w art. 5 Konstytucji RP. Zdaniem L. Garlickiego obowiązek wyrażony w art. 74 ust. 2 Konstytucji RP wskazuje, że „ochrona środowiska oznacza całokształt działań i instrumentów przeciwdziałających pogarszaniu się stanu środowiska, szczególnie istotne (art. 68 ust. 4) jest w tym zakresie przeciwdziałanie negatywnym skutkom degradacji środowiska"[13]. W związku z tym zobowiązanie wynikające z art. 74 ust. 2 Konstytucji RP dotyczy wszystkich szczebli administracji państwowej i jednocześnie obejmuje wszystkie sfery działań władz publicznych.

Zadania środowiskowe podejmowane przez organy administracji publicznej, zarówno rządowej, jak i samorządowej, mają zróżnicowany charakter. W celu sprawniejszego ich systematyzowania w doktrynie proponuje się ujęcie obowiązków państwa w kilku płaszczyznach. M. Górski dzieli zadania administracji publicznej w zakresie ochrony środowiska na cztery zasadnicze grupy: zadania o charakterze organizatorskim, zadania o charakterze bezpośrednio-wykonawczym, zadania o charakterze zobowiązująco-reglamentacyjnym, zadania o charakterze kontrolno-nadzorczym[14]. Z kolei B. Rakoczy proponuje podział na obowiązki organizacyjne, legislacyjne i finansowe[15]. Z punktu widzenia obowiązków władz publicznych określonych w Konstytucji RP do podziału przedstawionego przez B. Rakoczego, z uwagi na konieczność podnoszenia świadomości ekologicznej w społeczeństwie polskim, zasadne wydaje się dodanie jeszcze płaszczyzny edukacyjnej.

---

[11] Zob. G. Kowalski, *Zrównoważony rozwój jako naczelna zasada ustrojowa Rzeczypospolitej Polskiej*, „Prawo i Środowisko" 2010, nr 1, s. 73.

[12] B. Banaszak, *Konstytucja*…, s. 438.

[13] Zob. L. Garlicki, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2010, s. 3.

[14] Zob. M. Górski, *Zadania samorządu terytorialnego w dziedzinie ochrony środowiska a nowy podział kompetencji terenowych organów administracji publicznej*, Warszawa 1998, s. 15 i n.

[15] Zob. B. Rakoczy, *Ograniczenia praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska*, Toruń 2010, s. 251–262.

Czwartym i ostatnim spośród wymienionych wyżej obowiązków państwa w zakresie ochrony środowiska i bezpieczeństwa ekologicznego jest obowiązek władz publicznych wspierania działań obywateli na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska. Art. 74 ust. 4 Konstytucji RP zobowiązuje władze publiczne do wspierania działań obywateli zmierzających do ochrony i poprawy stanu środowiska. Innymi słowy państwo ma obowiązek materialnego wspierania działalności obywateli, która zmierza do realizacji obowiązków państwa w zakresie ochrony środowiska przy zachowaniu zasady efektywności, celowości i oszczędności wydawania funduszy publicznych[16]. Obowiązek „wspierania" oznacza, że inicjatorem działań o charakterze proekologicznym powinien być podmiot niepubliczny i to on powinien przyjąć główny ciężar realizacji danego przedsięwzięcia. Państwo ma natomiast pomóc w wykonaniu tego zadania. Realizacja tego obowiązku będzie dotyczyć także, a może przede wszystkim, samorządu terytorialnego jako instytucji, która generalnie ma za zadanie sprzyjać wzrostowi aktywności społecznej i lepszej samoorganizacji obywateli, a w konsekwencji wzmacnia mechanizmy społeczeństwa obywatelskiego.

Z art. 74 ust.4 Konstytucji RP nie można wyprowadzić żadnych praw podmiotowych. W literaturze podkreśla się, że obowiązek wyrażony w tym przepisie ma charakter najbardziej deklaracyjny spośród wszystkich konstytucyjnych obowiązków dotyczących ochrony środowiska[17] i spełnia jedynie funkcję wychowawczą. W doktrynie postuluje się, żeby ustawodawca doprecyzował ten obowiązek w taki sposób, aby z przepisu tego wynikała konstytucyjna gwarancja dla aktywnego udziału społeczeństwa w sprawach ochrony środowiska. Konkretyzacja tego obowiązku powinna nastąpić zgodnie z art. 81 Konstytucji RP w ustawach. Brak w tym zakresie konkretnych norm prawa materialnego i ustrojowego. Zgodnie z treścią art. 45 pkt 3 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko[18] – organy administracji mogą udzielać pomocy organizacjom ekologicznym w ich działalności w dziedzinie ochrony środowiska. Dotychczasowe ustawodawstwo w tym zakresie dopuszcza możliwość wspierania różnych działań podejmowanych przez obywateli i inne podmioty na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska, jednakże przepis ten nie ma charakteru zobowiązującego.

[16] Zob. J. Sommer, *Podstawy traktatowe i konstytucyjne zintegrowanej ochrony prawnej środowiska*, [w:] W. Radecki(red.), *Podstawy teoretyczne zintegrowanej ochrony prawnej środowiska*, Wrocław 2010, s. 90.

[17] Z. Bukowski, *Konstytucyjne podstawy*…, s. 70.

[18] Ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, Dz. U. z 2008 r. Nr 199, poz. 1227 ze zm.

3. Obowiązki związane z ochroną środowiska jako element funkcjonowania samorządu terytorialnego

Kompetencje poszczególnych organów samorządu terytorialnego w sprawach dotyczących ochrony środowiska są bardzo rozbudowane. Właściwość poszczególnych organów samorządowych w tych kwestiach była niejednokrotnie przedmiotem spraw rozpatrywanych przez sądy administracyjne i wojewodów przy okazji podejmowanych przez nich rozstrzygnięć nadzorczych, jednakże zauważyć trzeba, iż stosunkowo rzadko w uzasadnieniu zapadłych decyzji czy orzeczeń powoływano się na normy konstytucyjne z zakresu ochrony środowiska.

Podstawową jednostką administracji publicznej, która wykonuje zadania z zakresu ochrony środowiska, jest gmina. Zgodnie z treścią art. 163 Konstytucji RP samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję RP lub ustawy dla organów innych władz publicznych. Ustawa zasadnicza RP stanowi ponadto, iż podstawową jednostką samorządu terytorialnego jest gmina, która wykonuje wszystkie zadania samorządu terytorialnego niezastrzeżone dla innych jednostek samorządu terytorialnego. W podstawowym zakresie ustrój jednostek samorządu terytorialnego określają ustawy o samorządzie gminnym[19], o samorządzie powiatowym[20] i o samorządzie województwa[21]. W celu zobrazowania, jakie zadania o charakterze obowiązkowym i nieobowiązkowym zostały nałożone na poszczególne jednostki samorządu terytorialnego, należy odwołać się do w/w ustaw.

Art. 7 ustawy o samorządzie gminnym przedstawia otwarty katalog zadań własnych gminy, wśród których spora ich część wiąże się z szeroko pojętą ochroną środowiska. Należy do nich zaliczyć m.in. zadania z zakresu ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska (*sensu stricto*) i przyrody oraz gospodarki wodnej, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz; ochrony zdrowia; edukacji publicznej; zieleni gminnej i zadrzewień; cmentarzy gminnych; porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania gminnego magazynu przeciwpowodziowego.

Wymienione zadania dotyczą w sposób pośredni i bezpośredni ochrony środowiska. Z przedstawionego katalogu wynika, że spektrum zadań nałożonych na gminę jest bardzo duże, co niejednokrotnie prowadzi do problemu jakości i przyjętego sposobu

[19] Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz. U. z 1990 r. Nr 16, poz. 95 ze zm.
[20] Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, Dz. U. z 1998 r. Nr 91, poz. 578 ze zm.
[21] Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, Dz. U. z 1998 r. Nr 91, poz. 576 ze zm.

wykonania zleconych zadań. W konsekwencji prowadzi to do nakładania na gminy kar pieniężnych za niezrealizowanie bądź nieprawidłowe zrealizowanie obowiązków ustawowych[22]. Dodatkowo, konkretne dalsze zadania wynikają też z wielu odrębnych ustaw zawierających przepisy wprowadzające i kompetencyjne oraz w szczególności z aktów prawa materialnego[23]. Realizacja tych wszystkich zadań powinna się opierać na normach konstytucyjnych z zakresu ochrony środowiska i być z nimi skorelowana. Spoiwem łączącym działania samorządu terytorialnego powinna być zasada zrównoważonego rozwoju wyrażona w art. 5 Konstytucji RP.

Realizacja przez gminę nałożonych na nią obowiązków w zakresie szeroko rozumianej ochrony środowiska może w praktyce polegać na wprowadzaniu zakazów i nakazów dotyczących sposobu użytkowania powierzchni, przestrzeni i zasobów naturalnych oraz inspirowaniu – organizacyjnym i finansowym – budowy komunalnych urządzeń sanitarnych, inspirowaniu, opracowaniu i wdrażaniu jednostkowych proekologicznych programów rozwojowych, np. budowy obwodnicy czy propagowaniu niskiej emisji spalin.

Powiat jako element realizowania standardów ochrony środowiska na poziomie samorządu terytorialnego wykonuje zadania określone w ustawie o samorządzie powiatowym. Do zadań związanych z ochroną środowiska należą zadania określone w art. 4 ustawy o samorządzie powiatowym, są to m.in. zadania z zakresu edukacji publicznej, promocji i ochrony zdrowia, transportu zbiorowego i dróg publicznych; geodezji, kartografii i katastru; gospodarki nieruchomościami; administracji architektoniczno-budowlanej; gospodarki wodnej; ochrony środowiska i przyrody (*sensu stricto*); rolnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego; ochrony przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania powiatowego magazynu przeciwpowodziowego, przeciwpożarowej i zapobiegania innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi oraz środowiska. Należy pamiętać, że właściwość powiatu do realizacji zadań własnych dotyczyć będzie jedynie lokalnych zadań o charakterze ponadgminnym i zadania te muszą wyraźnie wynikać z przepisów prawa materialnego. Powiat zajmuje się realizacją zadań wynikających z zakresu prawa wodnego, geologicznego, ochrony środowiska, ochrony przyrody, rybactwa śródlądowego, prawa łowieckiego, gospodarki odpadami i gospodarki leśnej oraz gruntów rolnych i leśnych. Zauważyć należy, że wymieniony katalog zadań własnych powiatu ma charakter *numerus clausus*, jednakże z uwagi na przyjętą praktykę należy rozumieć go w sposób szeroki.

[22] Przykładem może być kara pieniężna nakładana na gminę przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska za brak realizacji obowiązku sprawozdawczości – art. 9z ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

[23] Przykładowo – ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 ze zm.

Zgodnie z ustawą o samorządzie województwa mieszkańcy województwa tworzą z mocy prawa regionalną wspólnotę samorządową. Ustawa stanowi w art. 11 ust. 1, iż samorząd województwa określa strategię rozwoju województwa, uwzględniającą w szczególności następujące cele: pielęgnowanie polskości oraz rozwój i kształtowanie świadomości narodowej, obywatelskiej i kulturowej mieszkańców, a także pielęgnowanie i rozwijanie tożsamości lokalnej; pobudzanie aktywności gospodarczej; podnoszenie poziomu konkurencyjności i innowacyjności gospodarki województwa; zachowanie wartości środowiska kulturowego i przyrodniczego przy uwzględnieniu potrzeb przyszłych pokoleń; kształtowanie i utrzymanie ładu przestrzennego. Spośród wymienionych strategii najważniejsze z punktu widzenia ochrony środowiska wydaje się zachowanie wartości środowiska kulturowego i przyrodniczego przy uwzględnieniu potrzeb przyszłych pokoleń, które bezpośrednio nawiązuje w swej treści do zasady zrównoważonego rozwoju. Z zakresem działania samorządu i jego strategią pozostaje w sposób ścisły skorelowana polityka władz samorządu województwa, na które składa się m.in. racjonalne korzystanie z zasobów przyrody oraz kształtowanie środowiska naturalnego zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju[24].

4. Zakończenie

Środowisko jako dobro wspólne powinno być płaszczyzną współdziałania władz publicznych i jednostek w celu podejmowania działań ochronnych. W związku z tym warty podkreślenia jest fakt, że oprócz obowiązków nałożonych na władze publiczne Konstytucja RP w art. 86 nakłada na każdego powszechny obowiązek dbałości o stan środowiska. Jednakże główny ciężar odpowiedzialności za zachowanie czystego środowiska i realizowanie zasady zrównoważonego rozwoju spoczywa na władzach publicznych, które powinny realizować na wszystkich szczeblach administracyjnych obowiązki nałożone przez Konstytucję RP. Rola samorządów jest o tyle istotna, że polityki, strategie, plany lub programy dotyczące w szczególności przemysłu, energetyki, transportu, telekomunikacji, gospodarki wodnej, gospodarki odpadami, gospodarki przestrzennej, leśnictwa, rolnictwa, rybołówstwa, turystyki i określonego wykorzystywania terenu powinny uwzględniać zasady ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. Prawidłowo funkcjonujący samorząd terytorialny, który realizuje w pełni nałożone na niego obowiązki z zakresu ochrony środowiska, daje solidną podstawę do rozwoju społeczności lokalnej w sferze środowiskowej, ale także w sferze gospodarczej i społecznej.

[24] Zob. M. Jabłoński, *Ochrona środowiska jako istotny element funkcjonowania samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2012, s. 81.

Michał Zieliński

Obowiązki konstytucyjne a ustrój państwa

1. Wprowadzenie

Obowiązek stanowi niewątpliwie jedną z podstawowych kategorii prawa w ogóle. Cały system prawny, a nawet samo istnienie państw, opierać się musi na ich istnieniu w odniesieniu do określonych podmiotów. Wiązanie się w coraz to liczebniejsze i bardziej złożone społeczeństwa, a także, co za tym idzie, coraz obszerniejsze i bardziej zinstytucjonalizowane państwa, oznaczało *ipso facto* ograniczenie wrodzonej niezależności jednostki, konieczność poświęcenia jej części w celu osiągnięcia poczucia bezpieczeństwa.

Wskazuje się, iż nie ma w prawie jednej, niepodważalnej definicji obowiązków[1]. Niewątpliwie jednak jedną z ich części są obowiązki człowieka i obywatela jako element regulowanego przez normy prawa konstytucyjnego statusu jednostki. Można przyjąć, iż jest to pewna podgrupa obowiązków, nałożonych na jednostkę, określanych jako prawne, konstytucyjne nakazy lub zakazy określonych zachowań[2]. Ich funkcją jest, jak powszechnie się uważa, „ochrona i realizacja podstawowych dla danej społeczności […] dóbr"[3]. Bywają one porównywane z obowiązkami podstawowymi, choć istnieje pewien spór co do tego, czy są to tożsame kategorie pojęciowe[4], czy też nie[5]. Tak czy inaczej nie wydają się należeć do podstawowych przedmiotów badawczych polskiego prawa ustrojowego[6]. Owszem, stanowią jak najbardziej istotne unormowania ustaw zasadniczych, o konkretnych dla jednostki implikacjach[7], i nikt poważnie nie myśli o ich usunięciu stamtąd, tym niemniej nie stanowią przedmiotu największych kontrowersji

---

1 Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 408.

2 Por. *idem*, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 507.

3 K. Działocha, *Obowiązki*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom III, Warszawa 2003, s. 9.

4 Zob. K. Łokucijewski, *Obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] A. Szmyt (red.), *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 298.

5 Szerzej: B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 222.

6 Co nie znaczy, iż nie zajmowało się ono nimi wcale, może się nawet poszczycić pozycjami monograficznymi (np. B. Banaszak, *Podstawowe obowiązki prawne jednostki*, Warszawa 1997).

7 Ich naruszenie przez przepis aktu normatywnego stanowić może chociażby podstawę skargi konstytucyjnej (tak B. Banaszak, *Prawo…*, s. 495).

w obszarze zagadnień należących do statusu jednostki[8]. Wydaje się, iż współczesna kultura ustrojowo-prawna państw demokratycznych, oparta na konstytucjonalizmie, zorientowana jest bardziej na wolności i prawa aniżeli obowiązki jednostki. Pisze się zresztą w doktrynie, iż „liberalna tradycja, na której opiera się zachodni model demokracji, jest niechętna konstytucjonalizacji obowiązków jednostki wobec państwa, według niej bowiem podstawowym celem państwa jest ochrona praw człowieka"[9]. Wynikać ma to w pierwszym rzędzie z faktu, iż człowiek rodzi się wolny i równy, nałożenie nań obowiązków w stosunku do zbiorowości natomiast ma charakter pochodny[10]. Najprostszym odzwierciedleniem tego stanu rzeczy niech będzie ilość miejsca, poświęcanego w ustawach zasadniczych obydwu tym kategoriom. Zdecydowanie należy zaś podkreślić, iż było to niespotykane w ustrojach poprzedzających, akcentujących o wiele mocniej powinności względem władcy, boga i religii, nawet na poziomie „pod materiami typowo konstytucyjnymi" w stosunku do rodziny i lokalnej społeczności, tak że ma się wręcz do czynienia z uczuciem kontrastu. Nie może to dziwić, zważywszy na rewolucyjność dążeń ojców założycieli czy członków francuskiej Konstytuanty.

Już w zasadzie od końca XIX w. ustrój większości niepodległych państw – nie tylko europejskich czy amerykańskich[11] – oparty jest na konstytucji. O jeszcze dalej idącej powszechności w tym aspekcie można mówić i dzisiaj. Były to przy tym (i są) państwa bardzo różne, w tym sensie, że ustrój części z nich można określić jako bardziej zorientowany na zapewnienie jednostce jak największego zakresu praw i wolności, inną grupę natomiast stanowić będą te o ustroju bardziej autorytarnym czy też, ogólnie mówiąc, z silniejszą pozycją władzy względem jednostki. Pochodną obranej ścieżki ustrojowej w danym państwie jest rzecz jasna takie, a nie inne ukształtowanie jej uregulowań w szczególnie ważnych zakresach. Interesujące wydaje się pytanie, czy katalog obowiązków konstytucyjnych w jakikolwiek sposób odzwierciedla ustrój państwowy, czy może jednak nie ma tu żadnej zależności. Nie jest więc celem niniejszego opracowania szerokie, typowe dla komentarzy, omówienie obowiązków, o których wspominały wszystkie dotychczasowe polskie konstytucje, ale porównanie ukształtowania obowiązków w odniesieniu do różnych form ustrojowych państwa polskiego. Tak się bowiem składa, że w jego przypadku mamy do czynienia z różnymi systemami sprawowania władzy na przestrzeni dziejów, co było oczywiście pochodną konkretnego ukształtowania norm ustawy zasadniczej. Obecnie, co może być pomocne ze względów

[8] A przynajmniej, jak się wydaje, tak wielkich, jak niektóre prawa podstawowe, chociażby prawo do życia czy wolność sumienia i wyznania.

[9] K. Wojtyczek, [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2008, s. 163.

[10] W. Zakrzewski, [w:] W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2010, s. 170.

[11] Można tu wspomnieć w pierwszym rzędzie szereg ustaw zasadniczych państw Ameryki Południowej, powstałych tuż po zdobyciu niepodległości, a także konstytucję Liberii z 1847 r., Japonii z 1868 r., a z nieco późniejszych konstytucję Persji z 1906 r.,

klasyfikacyjnych, wspomina się o prawnonaturalnej, liberalnej i solidarystycznej koncepcji obowiązków[12]. Analizując tę kwestię, należy wziąć pod uwagę trzy rzeczy: po pierwsze, jakie oraz jakiego typu obowiązki przewiduje dana konstytucja, w dalszej kolejności zaś – jak się one mają do wolności i praw umiejscowionych w ustawie zasadniczej.

2. Pierwsze „polskie" konstytucje

Przez „polskie" konstytucje należy rozumieć tu ustawy zasadnicze, obowiązujące na ziemiach polskich, w polskim państwie niepodległym lub okresie, gdy ich część stanowiła region autonomiczny[13]. O ile nie ulega wątpliwości, iż pierwszą w dziejach Polski ustawą zasadniczą była Konstytucja 3 maja, nie zajmie ona zbyt wiele miejsca w niniejszych rozważaniach. Obowiązkom, nałożonym na obywateli, poświęcono tam niewiele miejsca. Sama „ustawa rządowa" miała zresztą zupełnie inny cel aniżeli zrealizowanie oświeceniowych dążeń ustrojowo-ideologicznych, jak miało to miejsce w Stanach Zjednoczonych i we Francji – było nim zreformowanie niewydolnego i szkodliwego systemu sprawowania władzy w państwie (choć temu pierwszemu też w określony sposób czyniła zadość). Podobnie konstytucje Księstwa Warszawskiego i Królestwa Polskiego[14] (a także fragmentaryczny i chaotyczny Statut organiczny z 1832 r.) co do zasady milczą w omawianej kwestii, przy czym skonstatowanie faktu owego „milczenia" nie bierze się z braku wyodrębnienia w systematyce aktu prawnego przepisów poświęconych obowiązkom czy statusowi jednostki w ogóle, ale nieobecności jakiekolwiek odniesienie się do tej kwestii.

Taki stan rzeczy nie może dziwić i nie jest ani dla ziem polskich w żaden sposób charakterystyczny, ani na tle współczesnych uwarunkowań unikatowy. W zamyśle bowiem twórców pierwszych ustaw zasadniczych państwo konstytucyjne miało być takim, które, jak przynajmniej głosił paradygmat końca XVIII i pierwszej połowy XIX w., ma zapewnić jednostce (obywatelowi) potwierdzenie przysługujących jej niezbywalnych praw, co ma stanowić formę ochrony przed nadmierną – czy nawet, w określonych aspektach, jakąkolwiek – ingerencją państwa w prywatną sferę jej życia, oraz umożliwić jej wpływanie na bieg spraw publicznych; stanowić swego rodzaju „tarczę" chroniącą

[12] Tak K. Łokucijewski, *op. cit*., s. 296.

[13] O tych ostatnich należy tu wspomnieć, jako że ograniczenie niezależności odnosiło się w głównej mierze do spraw polityki zagranicznej i wojskowości w dużo większym stopniu aniżeli spraw wewnętrznych.

[14] Wydaje się, iż można w tych rozważaniach sprowadzić je do wspólnego mianownika; pomimo bowiem różnic genealogicznych między tymi dwoma tworami, zarówno Księstwo Warszawskie, gdzie ustawę zasadniczą oktrojował „syn" rewolucji francuskiej, Napoleon Bonaparte, jak i Królestwo Polskie, w stosunku do którego to samo uczynił car Aleksander I, pozujący na liberała, były podmiotami, których ustrój miał czerpać z wzorców, na których opierały się ówczesne, pierwsze konstytucje.

przed władzą. Obowiązki natomiast traktowane były po macoszemu, jeśli były obecne w nich w ogóle; nawet dziś zresztą twierdzi się, iż mają one charakter wtórny wobec praw i wolności[15], choć z drugiej strony wskazuje się na tendencję rozwijania koncepcji obowiązków obywatelskich[16]. Jeżeli w pierwszych konstytucjach była mowa o jakichkolwiek obowiązkach[17], to państwa i jego władz wobec jednostki, jak na przykład o obowiązku wzięcia przez „prawo i rząd krajowy" pod opiekę chłopów, o którym mowa w konstytucji majowej. Nie znaczy to jednak, iż w państwach żadnych obowiązków, ustanawianych przez prawo publiczne w jego obszarze, nie było – wręcz przeciwnie, władza bowiem nadal miała sporo do powiedzenia w odniesieniu do sytuacji prawnej jednostki, zwłaszcza że zarówno Księstwo Warszawskie, jak i Królestwo Kongresowe nie sposób uznać za państwa o ustroju demokratycznym, jakakolwiek by nie była wymowa ich konstytucji. Przed rozwojem konstytucjonalizmu bowiem obowiązki miały charakter bardziej zindywidualizowany (wyrażały istnienie osobistych więzi pomiędzy monarchą lub panem feudalnym a osobą zamieszkującą obszar poddany ich władzy) i miały charakter pochodnej statusu społecznego jednostki[18], nie zaś faktu bycia przez nią obywatelem państwa. Ponadto, choć nie mamy wglądu w tok myślenia twórców konstytucji, wydaje się, iż istnienie pewnej w określony sposób rozumianej kategorii powinności jednostek względem państwa (generalnych lub aktualizujących się w konkretnych sytuacjach) przyjmowano w sposób dorozumiany i nie widziano potrzeby umieszczania ich w tekstach ustaw zasadniczych[19].

3. Konstytucja marcowa

Konstytucja marcowa z 1921 r. była pierwszą całościowo regulującą ustrój ustawą zasadniczą odrodzonego, niezależnego państwa polskiego. W odróżnieniu jednak od jej majowej poprzedniczki nie „przecierała szlaków" dla przyszłych ustaw zasadniczych na świecie, ale powstała w takiej sytuacji, gdzie mogła całymi garściami czerpać z doświadczeń państw już istniejących. Gdy zaś chodzi o status jednostki, była też pierwszą konstytucją polską, w której nie tylko znalazły się obowiązki, o których tu mowa, ale również umiejscowione zostały one jako część odrębnej jednostki redakcyjnej, jemu tylko poświęconej. Podstawowy charakter wśród nich, co zresztą wynikało z określonego

[15] W. Zakrzewski, *op. cit*.

[16] Zob. R.R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000, s. 450.

[17] Pomijając rzecz jasna oczywistość prawnokonstrukcyjną, iż każdemu prawu jednostki odpowiada określony obowiązek po stronie państwa.

[18] K. Łokucijewski, *op. cit*., s. 295.

[19] Nawet w realiach współczesnego stanu prawnego spotyka się stwierdzenia, iż obowiązek przestrzegania prawa to oczywistość (tak P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 105).

sformułowania konstytucyjnego, niewątpliwie miał wyrażony w art. 89 obowiązek wierności w stosunku do państwa polskiego. Jednakże jako pierwszy wymieniony został niejako korespondujący z nim zakaz wielokrotnego obywatelstwa (art. 87). Pozostałe z obowiązków, które wymieniała konstytucja marcowa, to: obowiązek przestrzegania obowiązującego prawa stanowionego (art. 90) oraz obowiązek ułatwiania władzy wypełniania jej „zadań" (art. 93), które *de facto* stanowią w dużej mierze wypełnienie treściowe obowiązku z art. 91. Pierwszy z nich stanowi jednocześnie, można powiedzieć, jedną z najbardziej fundamentalnych norm prawa w ogóle, bo warunkującą w pierwszym rzędzie w ogóle jakąkolwiek jego skuteczność, a więc sens. Oprócz nich ustawa zasadnicza wspominała o obowiązku służby wojskowej (art. 91), a także obowiązku ponoszenia świadczeń publicznych (art. 92) oraz odpowiedniego, rzec można patriotycznego wychowania dzieci (art. 94). W tym zamyka się katalog obowiązków obywatelskich, o których traktuje. Warto wspomnieć jeszcze, iż w innym miejscu ustawa zasadnicza z 1921 r. wspominała o obowiązku nieodpłatnie gwarantowanej przez państwo nauki (art. 118), choć nie precyzowała, do którego roku życia miałby ten obowiązek ciążyć na obywatelu, odsyłając w tym zakresie do jeszcze nieuchwalonej ustawy.

Analizując ów katalog, wspomnieć należy o dwóch podstawowych sprawach. Po pierwsze, konstytucja marcowa była podstawowym prawem państwa tworzonego praktycznie od zera, również pod względem gospodarczo-infrastrukturalnym, tereny RP bowiem należały do najbardziej zniszczonych i wyeksploatowanych podczas I wojny światowej. Wydaje się, iż fakt zamieszczenia w ustawie zasadniczej takiej regulacji jak zakaz wielokrotnego obywatelstwa, połączony z wysunięciem jej na czoło w systematyce, miało na celu ścisłe związanie obywateli odrodzonej Rzeczpospolitej Polskiej z nią samą[20]. Państwo bowiem, wracające do życia po 123 latach przerwy, składało się – gdy chodzi o substrat osobowy – z ludzi, z których nikt nie żył w okresie Rzeczpospolitej Szlacheckiej, nie mówiąc już o pamiętaniu specyfiki ustrojowej tejże. Każdy miał obywatelstwo innego państwa, niekoniecznie zaborcy, i przeżył w nim całe dotychczasowe życie, a więc, przynajmniej z założenia, był z nim mocno związany. Tymczasem po 1918 r. chciano utworzyć organizm ustrojowy, który nie byłby dla nikogo państwem „drugiego wyboru", ale realizacją marzeń pokoleń Polaków, w związku z czym chodziło o to, ażeby jego obywatele zerwali więzy łączące ich z innymi państwami[21]. Nie dziwi więc, iż w literaturze podkreśla się też to, że dla ustrojodawcy priorytetem było

[20] Mówi się w tym kontekście także o konieczności kształtowania świadomości państwowej etnicznie zróżnicowanego narodu (zob. K. Działocha, *op. cit.*, s. 1).

[21] Co nie zmienia wszakże faktu, iż prezydent I. Mościcki, choć już pod rządami następnej ustawy zasadniczej, po klęsce wrześniowej 1939 r. chciał posługiwać się paszportem szwajcarskim, w którym to państwie pracował jako chemik przed rokiem 1918.

jednoczenie obywateli wokół nowo tworzonego państwa i tego, co ono reprezentuje[22]. Tym niemniej przesunięcie obowiązku wierności państwu na kolejne miejsce nie wydaje się właściwe z punktu widzenia ładu systematycznego konstytucji, ze względu na podstawowy, pierwotny charakter tego obowiązku. Same obowiązki zostały umieszczone w niej przed prawami, choć trzeba powiedzieć, iż te ostatnie są zdecydowanie od nich liczniejsze, sam zakres obowiązków zaś nie wykracza przedmiotowo ponad pewne minimum obowiązujące w państwie demokratycznym w tamtym okresie. Ponadto, wymienione zostały jedynie obowiązki obywatelskie; nie ma żadnych, co do których zostałoby stwierdzone *explicite*, że dotyczą tylko lub między innymi cudzoziemców oraz bezpaństwowców. Taki a nie inny kształt obowiązków obywatelskich w konstytucji marcowej nie może budzić zdziwienia. Państwo polskie, tworząc swoją podstawę ustrojową w 1921 r., nawiązywało do modnego wówczas trendu. I wojnę światową wygrały demokracje parlamentarne o silnej pozycji organu ustawodawczego, będące zarazem państwami liberalnymi, skąd nowożytna idea praw człowieka pochodziła albo zakorzeniła się najskuteczniej. W dodatku mowa tu o państwach, z których żadne nie było państwem zaborczym i które z życzliwością ustosunkowywały się do niepodległego bytu państwa polskiego. Jednocześnie obowiązków jest dosyć dużo, więc *summa summarum* nie w pełni wpisuje się owa ustawa zasadnicza w koncepcję liberalną uregulowania obowiązków konstytucyjnych[23]. O wiele więcej ma z ową koncepcją wspólnego równość w zakresie obowiązków, nie były one bowiem zróżnicowane w odniesieniu do poszczególnych obywateli[24]. Sama konstytucja marcowa, przynajmniej w zakresie systemu sprawowania władzy, czerpała najwięcej z wzorów francuskich. Tym niemniej uważana jest za jedną z ostatnich demokratycznych ustaw zasadniczych przyjętych w Europie w dwudziestoleciu międzywojennym[25].

4. Konstytucja kwietniowa

Kolejną z polskich ustaw zasadniczych była konstytucja z 23 kwietnia 1935 r. Sama stanowiąca akt dość lapidarny, przynajmniej w porównaniu z poprzedniczką, w aspekcie obowiązków również przejawia tę cechę. Zostały w niej wymienione jedynie obowiązki obywatelskie. Jako pierwszy z nich (art. 1 ust. 3) wymieniony został generalnie sformułowany obowiązek wzmacniania „siły i powagi państwa", skierowany zresztą nie w stronę konkretnych jednostek (obywateli), ale „pokoleń", a więc można powiedzieć pewnej

[22] Zob. B. Banaszak, *Podstawowe*..., s. 98.
[23] Szerzej: *ibidem*, s. 38 i n.
[24] Mowa przecież o konstytucji, która zniosła prawne przywileje i prawną ochronę związaną z posiadaniem tytułów szlacheckich.
[25] Tak A. Ajnenkiel, *Polskie konstytucje*, Warszawa 1982, s. 269.

zbiorowości narodowej. Obowiązek wierności państwu polskiemu, jak również przestrzegania jego praw, odnaleźć można dopiero później, w art. 6 oraz w art. 10, który wprowadza, mający konstrukcyjnie charakter obowiązku, zakaz podejmowania działań sprzecznych z polityką państwa pod rygorem zastosowania „środków przymusu". Na tym w zasadzie obowiązki wchodzące w skład konstytucyjnie określonego statusu jednostki się kończą. Podobnie jak miało to miejsce w konstytucji marcowej, była tu mowa jedynie o obowiązkach nałożonych na obywateli Rzeczpospolitej Polskiej.

O ile konstytucja marcowa stanowiła wyraz ogólnoeuropejskich tendencji liberalno-demokratycznych, o tyle ustawa zasadnicza z 1935 r. była odzwierciedleniem zarysowujących się od lat 20. na kontynencie tendencji autorytarnych i jako taka była fundamentem państwa, w którym wolność jednostki doznaje widocznego ograniczenia w stosunku do państwa liberalnej demokracji. Owszem, władze ustawodawcze powoływane są w drodze wolnego aktu wyborczego, zapewnione zostają też podstawowe „oświeceniowe" swobody, jednakże korzystanie z nich jest dozwolone jedynie w określonych granicach. W dodatku, na co wskazuje art. 4, mowa o państwie o społeczno-gospodarczym ustroju korporacjonistycznym, a więc, uogólniając, takim, w którym życie społeczeństwa kształtowanie jest przez państwo powołujące różne samorządy. Po konstytucji takiego państwa oczekiwać można właśnie szerokiego określenia obowiązków jednostki na jego rzecz, tymczasem tutaj ma się do czynienia z bardzo skrótowym ich określeniem, jakby ustrojodawca pragnął wymienić absolutnie najważniejsze z nich i na tym poprzestać. Mało tego, w odróżnieniu od poprzedniej ustawy zasadniczej konstytucja kwietniowa nie zawierała odrębnej jednostki redakcyjnej poświęconej obowiązkom; co więcej, te nieliczne obowiązki, które zostały w niej zamieszczone, zostały w akcie prawnym rozproszone. Widać też było tendencję do przenoszenia regulacji obowiązków na poziom ustawowy[26], a więc mniejszego uwypuklenia ich, niżby to nastąpiło, gdyby miało miejsce na poziomie konstytucyjnym. Ponadto, samo użycie zwrotu „pokolenia", jak się wskazuje, miało na celu uwypuklenie równości wobec prawa obywateli, idei *par excellence* liberalnej, jednakże odnosi się to tylko do tych, którzy utożsamiali się z ustrojem państwa i polityką prowadzoną przez jego władze[27]. Wskazuje się również, iż społeczeństwu została w stosunku do państwa zapewniona odrębność i podmiotowość[28], inaczej niż w ustroju faszystowskim, gdzie podkreślano konieczność zespolenia jednostki z państwem. Tym niemniej na stosunkowo dużą wagę obowiązków wskazuje umieszczenie ich w rozdziale I ustawy zasadniczej, określanego mianem Dekalogu, w dziesięciu bowiem artykułach wskazywał podstawowe założenia ideowo-organizacyjne państwa,

[26] Tak B. Banaszak, *Podstawowe*…, s. 100.
[27] *Ibidem*, s. 319.
[28] Tak W.T. Kulesza, *Ustawa konstytucyjna z 23 kwietnia 1935 roku*, „Przegląd Sejmowy" 2/2005, s. 44.

jak również założenia doktrynalne rządzącego obozu[29]. Wskazuje na to zresztą ust. 4 wspomnianego już art. 1, który jako specyficzną formę odpowiedzialności za spełnianie obowiązku konstytuuje odpowiedzialność „przed potomnością swoim honorem i swoim imieniem". Co więcej, generalnie określone obowiązki dają szerokie pole interpretacyjne władzy w tym sensie, iż może ona posuwać się do żądania od jednostki spełniania wielu świadczeń na jej rzecz – i nie chodzi tu tylko o daniny publiczne – czego można się po państwie autorytarnym spodziewać. Jednakże *summa summarum* nie da się powiedzieć, iż konstytucja kwietniowa jest typową ustawą zasadniczą, jakiej można by oczekiwać po państwie o takim ustroju, i to mimo tego, że stanowiła ona wzór dla konstytucji znaczących państw świata[30]. Można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż podejście ustrojodawcy do zagadnień związanych z kwestią obowiązków obywatelskich jest przejawem tego, co określane jest jako „dwoistość poglądów twórców konstytucji i ich dążenie do zachowania postawy *sui generis* «złotego środka» między nurtami totalitarnymi a rozwiązaniami typowymi dla klasycznej burżuazyjnej myśli demokratyczno-parlamentarnej"[31]. Z tego powodu, mimo pewnych istotnych podobieństw, nie można utożsamić zawartej w tej ustawie zasadniczej koncepcji obowiązków z koncepcją faszystowską, ze względu chociażby na brak stabilności swobód obywatelskich[32].

5. Konstytucja Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej

Konstytucja lipcowa, uchwalona w 1952 r., pod względem konstrukcji i charakteru norm w niej zawartych nie różniła się całkowicie od dorobku konstytucyjnego znienawidzonego przez marksistów ustroju liberalnej demokracji, choć liczne rozbieżności oczywiście zaistniały. Gdy chodzi o przewidziane w niej obowiązki obywatelskie, nie może budzić zdziwienia, że ze względu na to, iż w socjalizmie centralną kategorią jest praca (i jej konflikt z kapitałem), to wokół niej się one ogniskowały. I tak, już w 14 artykule mowa jest o niej zarówno jako o przedmiocie prawa, jak i obowiązku obywateli państwa (ust. 1). Co ciekawe, ta sama jednostka redakcyjna owej ustawy zasadniczej uzasadnia to – poza tym, że ma ona stanowić środek urzeczywistnienia ustroju socjalistycznego – faktem budowania przez pracę dobrobytu państwa i jego obywateli, tym samym odwołując się do niemal identycznej argumentacji, którą stosował zdawałoby się zupełnie inny ustrojodawca w konstytucji kwietniowej. Jest to tym bardziej paradoksalne, że przecież Polska Rzeczpospolita Ludowa na wszelkie sposoby kontestowała porządek

[29] A. Ajnenkiel, *op. cit*., s. 315.

[30] Mowa tu o konstytucji brazylijskiej z 1937 r., nazywanej wręcz „konstytucją polską", a także obecnie obowiązującej francuskiej konstytucji V Republiki z 1958 r.

[31] A. Ajnenkiel, *op. cit.*, s. 318.

[32] Zob. B. Banaszak, *Podstawowe…*, s. 41.

„sanacyjny" i ograniczenia jednostki, które on wprowadzał[33]. Na wyjątkowy charakter tego uregulowania wskazuje fakt zamieszczenia go w rozdziale *Ustrój społeczno-gospodarczy*, a więc jako pewnego rodzaju zasady ustroju. Ponadto, zastosowanie przez ustrojodawcę sformułowania „prawo i obowiązek", brzmiącego analogicznie do określeń dotyczących zajmowania się sprawami spółki przez wspólników czy też spółdzielni przez jej członków, obowiązek pracy nie musi być traktowany jako typowy konstrukcyjnie obowiązek obywatelski, jak inne formułowane w tekstach ustaw zasadniczych. Jako swoiste dopełnienie wobec tej normy konstytucja lipcowa wskazywała na obowiązki: szanowania przodowników pracy (art. 14 ust. 2), a także przestrzegania dyscypliny pracy (art. 76). Ten ostatni można zresztą uznać za element innego, zamieszczonego w tej ustawie zasadniczej obowiązku przestrzegania prawa stanowionego, jak również zasad współżycia społecznego, a także wierności państwu. Mowa była również o obowiązkach: służby wojskowej (art. 78), baczenia na wrogą aktywność „wrogów ustroju" oraz strzeżenia tajemnicy państwowej[34], a także, w aspekcie bardziej związanym z ustrojem społeczno-gospodarczym, własności społecznej (art. 77 ust. 1), która bliżej została określona później przez przepisy artykułów 126–139 Kodeksu cywilnego z 1964 r. W niezbyt bezpośredni sposób odnosiła się ta ustawa zasadnicza do obecnego wcześniej w konstytucji marcowej obowiązku nauki, wtłaczając go (art. 61 ust. 2 pkt 1) w gąszcz przepisów dotyczących prawa do nauki. W myśl omawianego uregulowania nauka miałaby być obowiązkowa w zakresie szkolnictwa podstawowego, nie precyzując wszakże, przez ile lat bądź do ukończenia którego roku życia byłaby owa nauka realizowana[35].

Konstytucja PRL usankcjonowała i przypieczętowała wprowadzenie w Polsce ustroju demokracji ludowej, wprowadzanego stopniowo od 1944 r., który z założenia miał być etapem przejściowym między „burżuazyjną" liberalną demokracją, a mającym charakter bardziej docelowy socjalizmem[36]. Stąd liczne przepisy o roli pracy, także te, których bardziej szczegółowy charakter wskazywałby raczej na umieszczenie w przepisach rangi ustawowej. Doktryna socjalistyczna była także źródłem wskazania w treści konstytucji oraz przyznania prymatu własności uspołecznionej. Należy jednak pamiętać, analizując obowiązki konstytucyjne, o jeszcze jednej sprawie, bez której obraz ich

[33] Na płaszczyźnie prawnej wskazuje na to w pierwszym rzędzie fakt, iż Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego nie uznawał konstytucji z 1935 r., opierając się przed 1952 r. na uznawanych przez siebie zasadach konstytucji marcowej.

[34] Co sprowadzało się do form niekiedy karykaturalnych, jak na przykład zakazywania fotografowania w zasadzie wszelkich obiektów publicznych.

[35] A tak się akurat składa, że w owym czasie nastąpiło skrócenie szkoły podstawowej z 9 do 8 lat.

[36] Mimo licznych wątpliwości na temat tego, czy już w 1952 r. ma się do czynienia z socjalizmem, a demokracja ludowa była tylko określeniem nieniosącym ze sobą żadnej oryginalnej treści, mówienie o niej nie jest pozbawione sensu. PRL bowiem akceptowała istnienie takich instytucji „poprzedniej epoki", jak chociażby Kościół katolicki czy indywidualne rolnictwo, a także rzemiosło i szczątkowo dopuszczalna inicjatywa prywatna w gospodarce.

unormowania będzie niepełny. Otóż państwa realnego socjalizmu, od samego momentu powstania, stale miały na uwadze potencjalną konfrontację, w ostatecznej formie także zbrojną, z państwami świata kapitalistycznego, po 1945 r. dodatkowo pod budzącym szczególnie groźne skojarzenia hasłem „trzeciej wojny światowej". Same zresztą do niej dążyły, czego przez większość swojego istnienia specjalnie nie starały się ukrywać. Stąd uwypuklenie chociażby obowiązku służby wojskowej jako przygotowania do skutecznego udziału w tejże konfrontacji. Jakkolwiek sama służba, jak również obowiązek strzeżenia tajemnicy państwowej nie stanowią czynników wyróżniających państwa socjalistyczne, to jednak podkreślanie na poziomie konstytucyjnym konieczności wykazywania czujności wobec wrogów państwa i ustroju, w domyśle Stanów Zjednoczonych i Europy Zachodniej, wskazywało na charakterystyczną dla obozu socjalistycznego paranoiczną „mentalność bunkra" (*bunker mentality*) i totalitarne dążenie do objęcia kontrolą wszelkich przejawów życia społecznego ludności. Tym niemniej Polska Ludowa starała się przynajmniej zachować pozory państwa przyjaznego swoim obywatelom, wysuwając chociażby w tekście ustawy zasadniczej na pierwszy plan prawa jednostki i wymieniając ich więcej niż obowiązków. Mimo to jednak zwraca się uwagę na to, iż „w ustroju komunistycznym przyjmowano często aksjomat, że tylko wypełnianie obowiązków przez obywateli może zagwarantować im korzystanie z praw, co niekiedy sprowadzało się do uzależnienia realizacji uprawnień od wywiązywania się z obowiązków"[37].

6. Konstytucja z 1997 r.

W świetle dotychczasowego dorobku ustrojowego niepodobna, by i w obecnie obowiązującej ustawie zasadniczej[38] nie zostały zamieszczone uregulowania dotyczące obowiązków jednostki jako elementu jej konstytucyjnoprawnego statusu. To w jej treści również jako pierwsze wyróżnione zostały obowiązki człowieka, a więc te o zasięgu podmiotowym powszechnym, obok tradycyjnie tam zapisanych obowiązków obywatela RP.

Tak więc do obowiązków każdego, podlegającego władzy państwa polskiego człowieka, definiowanych jako „elementarne powinności jednostki wobec innych ludzi wypływające z samej istoty człowieczeństwa"[39], należy w pierwszym rzędzie obowiązek przestrzegania prawa (art. 83). Chodzić tu będzie oczywiście o prawo stanowione, a więc, w myśl przepisów rozdziału III ustawy zasadniczej, w pierwszym rzędzie powszechnie

[37] W. Zakrzewski, *op. cit.*,

[38] Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319, z 2006 r. Nr 200, poz. 1471, z 2009 r. Nr 114, poz. 946.

[39] B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 409.

obowiązujące, w szczególności wskazane enumeratywnie w art. 87; w określonym zakresie również akty kierownictwa wewnętrznego. Jednakże, o ile wszelkie reguły prawa naturalnego w obecnym porządku konstytucyjnym mają walor jedynie pomocniczy w zakresie interpretacji obowiązujących norm, to, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, obowiązek przestrzegania prawa rozciąga się także na normy i inne zasady postępowania[40]. Niektórzy wskazują, że jest to obowiązek szczególny z tego jeszcze powodu, iż „w istocie o jego treści decydują szczegółowe obowiązki nałożone na jednostkę bądź to w samej Konstytucji, bądź w ustawach ją rozwijających"[41]. Jest to połączone z brakiem możliwości powoływania się na nieznajomość prawa[42] (*ignorantia iuris nocet)*. Choć wskazuje się, iż w demokratycznym państwie prawnym prawo tworzone jest „w procedurach zapewniających poszanowanie opinii i interesów mniejszości"[43], to jednak sama Konstytucja nie przewiduje prawa do oporu (*ius resistendi*)[44], a więc buntu przeciwko źle działającej władzy, a także możliwości obywatelskiego nieposłuszeństwa, a więc, najczęściej demonstracyjnego, niestosowania się do zakazów i nakazów władz państwowych z powodu ich sprzeczności z sumieniem jednostki[45]. Warto zwrócić uwagę, że z tak ujętym obowiązkiem przestrzegania prawa koresponduje, również zresztą mający zasięg powszechny, zawarty w art. 31 ust. 2, a więc zawarty w przepisach ogólnych, dotyczących statusu jednostki, obowiązek szanowania wolności i praw innych ludzi. Ma on przy tym charakter szczególny. Jest to podstawowy warunek odróżniający państwo prawa od sytuacji anarchii, bez jego istnienia bowiem korzystanie z dobrodziejstw, składających się na status jednostki, mogłoby spowodować faktyczną niemożność korzystania z nich przez inną jednostkę.

Podobnie każdy obowiązany jest do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, a więc wynikających z mocy prawa lub decyzji obowiązków publicznoprawnych[46] o charakterze majątkowym, jeżeli jest to przewidziane przez przepisy ustawy (art. 84, częściowo powtórzone w art. 217). Po raz pierwszy w historii polskiego konstytucjonalizmu został on rozciągnięty również na nie-obywateli[47], a jego szczegóły regulują ustawy podatkowe, w szczególności przepisy dotyczące rezydentów[48]. W demokratycznym

[40] Zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 83*, [w:] L. Garlicki (red.), *op. cit*., s. 1.

[41] B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 415.

[42] Tak R. Balicki, M. Jabłoński, [w:] J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 148.

[43] B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 417.

[44] Tak K. Działocha, *Komentarz do art. 83*, [w:] L. Garlicki (red.), *op. cit*., s. 3.

[45] Aczkolwiek niektórzy wskazują, iż można je wywieść z zasady prymatu Konstytucji, wyrażonej w jej art. 8 ust. 1 (por. *Ibidem*, s. 416–417). Co więcej, w polskim prawie na niższym poziomie w określonych sytuacjach dopuszczalne jest skuteczne odwołanie się do tzw. klauzuli sumienia.

[46] Tak. J. Boć, [w:] *idem* (red.), *Konstytucje…*, s. 149.

[47] Szczegółowe wskazanie kategorii podmiotów podlegających temu obowiązkowi: *ibidem*, s. 148.

[48] Zob. np. art. 3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku osób fizycznych, Dz. U. z 2012 r., poz. 361 z późn. zm.

państwie prawnym, jakkolwiek jest to państwo ograniczające swoją ingerencję w szeroko rozumianą sferę jednostki – w tym przypadku chociażby przewidując przepisy dotyczące ochrony własności podmiotów prywatnych – obowiązek taki musi istnieć ze względu na konieczność pełnienia przez państwo swoich najbardziej nawet podstawowych funkcji. W wariancie państwa bardziej etatystycznego ma ono też za zadanie wykorzystywać owe ciężary, daniny i świadczenia publiczne w celu kształtowania życia gospodarczego[49].

Jako swoiste *novum* określić można powszechny obowiązek dbałości o środowisko[50], połączony już na poziomie konstytucyjnym z koniecznością ponoszenia odpowiedzialności za pogorszenie jego stanu (art. 86). Stanowi to odzwierciedlenie obecności w dyskursie publicznym, nie tylko polskim zresztą, idei konieczności ochrony dość mocno już zniszczonego środowiska życia człowieka i innych organizmów żywych[51] przed dalszą dewastacją i jako taka stanowi przede wszystkim formę odpowiedzialności za jego stan w stosunku do przyszłych pokoleń. Chodzi tu oczywiście o dbałość o wszelkie elementy środowiska, a więc przyrodę zarówno ożywioną, jak i nieożywioną, w granicach oczywiście wyznaczonych przez zdrowie i życie człowieka (używając najlepszego chyba przykładu, jednostka nie zostanie pociągnięta do odpowiedzialności za przemoc fizyczną w stosunku do zwierzęcia, które ją zaatakowało, w szczególności niesprowokowane). Kolejnym obowiązkiem, o którym mowa w Konstytucji, jest obowiązek nauki do 18. roku życia (art. 70 *in medio*). Choć ustawa zasadnicza nie precyzuje, o jaki charakter zdobywania wiedzy chodzi, można stwierdzić, iż będzie tu chodzić o edukację szkolną[52], a więc zinstytucjonalizowaną, choć mogącą przyjmować różne formy, w tym zarobkowe, w szczególności przewidziane w kształceniu zawodowym osób nastoletnich. Specyfika tego przepisu polega też na tym, iż konsekwencje nieprzestrzegania go ponosić będą prawni opiekunowie obowiązanego bardziej aniżeli on sam[53]. Przepis ten ponadto nie wspomina o tym, czy dotyczy on tylko obywateli, czy wszystkich ludzi pod władzą państwa polskiego, jednakże brzmienie przepisu poprzedzającego („każdy ma prawo do nauki") wskazywałoby, że chodzić będzie o tę drugą możliwość.

[49] Por. B. Banaszak, *Konstytucja…*, s. 418.

[50] Celowo unika się tu określenia „środowisko naturalne", które może powodować niejasności, związane z wieloznacznością tego ostatniego (zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 86*, [w:] L. Garlicki (red.), *op. cit*., s. 1.

[51] Jako pierwsze sygnały alarmowe ruchu ochrony przyrody uznać można na przykład wydanie w 1962 r. przez Rachel Carson książki *Cicha wiosna* (*Silent Spring*), a także raport *Problemy ludzkiego środowiska* (*Problems of human environment*), przedstawiony przez Sekretarza Generalnego ONZ U Thanta na sesji Zgromadzenia Ogólnego tej organizacji w 1969 r.

[52] Tak R. Balicki, M. Jabłoński, [w:] J. Boć (red.), *Konstytucje...*, s. 129.

[53] *Ibidem*, s. 130.

Wszelkie inne obowiązki konstytucyjne odnoszą się już tylko do obywateli Rzeczpospolitej Polskiej. Na czoło wysuwa się oczywiście obowiązek wierności wobec państwa (art. 82), którego treść została tu już w wystarczającym zakresie opisana. Został on połączony z nakazem dbałości o dobro wspólne, a więc ni mniej ni więcej, tylko, zgodnie z pierwszym przepisem Konstytucji z 1997 r., samo państwo polskie[54]. Powiązanie tych dwóch obowiązków polega też na tym, iż obowiązek wierności państwu ma charakter pasywny w tym sensie, że polega na konieczności powstrzymywania się od zachowań nieczyniących jej zadość, podczas gdy troska o dobro wspólne ma wymiar aktywny, jest w niej bowiem zawarty nakaz o owo dobro dbania[55]. Swoiste *lex specialis* wobec niego stanowi zamieszczony w art. 85 obowiązek obrony Ojczyzny, rozumianej jako „kraj, w którym człowiek się urodził (lub w którym spędził znaczną część życia) i z którym czuje się związany emocjonalnie poczuciem przynależności do wspólnoty ludzi ukształtowanej przez historię, kulturę i język (narodu)"[56]. Sama obronność natomiast, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, polega na „tworzeniu systemu zapewniającego bezpieczne funkcjonowanie państwa w trakcie pokoju oraz umożliwiającego odparcie jakichkolwiek ataków zbrojnych w trakcie działań o charakterze agresji militarnej"[57]. I choć ustęp 2 artykułu, w którym o nim mowa, wspomina o ustawowym uregulowaniu obowiązku służby wojskowej, obrona państwa nie powinna być ściśle utożsamiana z koniecznością uczestnictwa w zbrojnej konfrontacji z najeźdźcą, obejmować może bowiem również inne jej formy[58], takie jak aktywność w służbie medycznej, psychologicznej, logistycznej itd., jeżeli są one funkcjonalnie z ową obroną powiązane. Na tym kończy się katalog obowiązków konstytucyjnych, o których ustawa zasadnicza wspomina w rozdziale II.

Obecnie obowiązująca ustawa zasadnicza z 1997 r. odnosi się najszerzej ze wszystkich dotychczasowych do kwestii obowiązków konstytucyjnych. Jest to ciekawe, gdy weźmie się pod uwagę, iż podczas tworzenia tej konstytucji zastanawiano się nawet nad tym, czy całkowicie obowiązków nie pominąć, co postulowali neoliberałowie w sporze z solidarystami[59]. Nie zmienia to jednak faktu, iż są one wyrażone w niej na tyle ogólnie, że nie sposób dokonywać ich interpretacji bez odwołania się do kontekstu moralnego czy religijnego[60]. W przedmiocie brzmienia przepisów ustawy zasadniczej w zakresie

[54] Jest to poniekąd powtórzenie zamieszczonej tam już normy prawnej, z samego bowiem sformułowania, iż „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli" wynika, iż dbanie o owo wspólne dobro stanowi tak prawo, jak i obowiązek każdego obywatela" (zob. B. Banaszak, *Konstytucja*..., s. 15).

[55] Zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 82*, [w:] L. Garlicki (red.), *op. cit*., s. 1.

[56] *Idem*, *Komentarz do art. 85*, [w:] L. Garlicki (red.), *op. cit*.

[57] Wyrok TK z 25 listopada 2003 r., K 37/02.

[58] Co przyznaje też TK (wyrok z 11 lutego 2003 r., P 12/02).

[59] Tak K. Działocha, *Obowiązki*..., s. 1.

[60] Tak K. Łokucijewski, *op. cit*., s. 295.

obowiązków jednostki zgodzić się też należy ze stwierdzeniem, iż „stylistyka wykorzystana przez twórców konstytucji jest w tej materii bardziej nowoczesna i słusznie pozbawiona wielu nieprecyzyjnych i mających złe konotacje zwrotów, jak np. «sumienne wypełnianie obowiązków wobec państwa», «strzeżenie własności społecznej», «czujność wobec wrogów narodu»"[61]. Konstytucja przeznacza im odrębny podrozdział w rozdziale II, poświęconym jeszcze wolnościom i prawom jednostki, co ma wskazywać na „integralność tych kategorii prawnych i grup odpowiadających im artykułów"[62], a także stanowi oczywiste wyróżnienie ich jako odrębnej i rządzącej się własnymi prawami kategorii. Jest też, jeśli chodzi o Polskę, pierwszą konstytucją, w której o obowiązkach jednostki mowa jest również w preambule; chodzi tu o obowiązek „przekazania przyszłym pokoleniom wszystkiego, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku", a także solidarność z innymi ludźmi. Dysproporcja na rzecz wolności i praw jest jednak bardzo widoczna, podobnie jak w poprzednich polskich ustawach zasadniczych, obowiązkom bowiem poświęcone zostało jedynie pięć artykułów. Wskazuje się, że powodem tego jest, po pierwsze, ciążenie europejskiego systemu ustrojowego raczej ku prawom niż obowiązkom, po drugie zaś, o ile państwo ma wiele instrumentów „przywoływania obywateli do porządku", o tyle sam obywatel ma większy problem z egzekwowaniem swoich swobód[63]. Podkreśla się także, iż fakt konieczności zaakcentowania wolności i praw jest „żywą reakcją na postponowanie wolności i praw w systemie ustrojowym PRL"[64]. Co więcej, same obowiązki zostały też poniekąd „zniuansowane", przykładowo w odniesieniu do obowiązkowej służby wojskowej przewidziano możliwość odbycia służby zastępczej, czyniąc tym samym ukłon w stronę obywateli o zapatrywaniach pacyfistycznych lub w pewien sposób ukształtowanych wierzeniach religijnych (art. 85 ust. 3)[65], natomiast w zakresie realizacji obowiązku nauki zezwolono na tworzenie prywatnych placówek oświatowych (art. 70 ust. 3). Nie ma jednak kompromisu w zakresie obowiązków o znaczeniu podstawowym, czyli wierności państwu, przestrzegania prawa, w tym dotyczącego ponoszenia danin publicznych, właśnie ze względu na ich rudymentarny charakter. Państwo, jakkolwiek liberalne by ono nie było, musi przewidywać jakiś sposób związania swoich obywateli, a także innych osób podlegających jego władzy zasadami, które będą stanowić zabezpieczenie przed anarchią, natomiast najbardziej nawet leseferystyczne – zapewnić środki na swoje funkcjonowanie. Oceniając katalog obowiązków, które przewiduje w swoim tekście Konstytucja z 1997 r., należy

[61] B. Gronowska, [w:] Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2006, s. 201.
[62] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 88.
[63] *Ibidem*.
[64] K. Działocha, *Obowiązki*….
[65] Choć wskazuje się na uznaniowy charakter takiej koncesji, zob. J. Boć, [w:] *idem* (red.), *Konstytucje*..., s. 150.

stwierdzić, iż stanowi on typowy ich zbiór dla państwa liberalnej demokracji. Mimo specyficznej sytuacji historycznej odrodzonego państwa polskiego, w zasadniczym jej tekście nie znalazł się żaden charakterystyczny, z niej tylko wynikający obowiązek, taki, jakim był zakaz wielokrotnego obywatelstwa w konstytucji marcowej. Ponadto, nie jest rzeczą powszechną obowiązek pełnienia służby wojskowej, ale i ten został *de facto* ustawowo zlikwidowany klika lat temu.

7. Wnioski

Próbując dokonać rekapitulacji dotychczasowych rozważań, należy w pierwszym rzędzie stwierdzić, iż wszystkie polskie ustawy zasadnicze, przynajmniej te uchwalane od pewnego okresu historycznego i mające charakter konstytucji pełnych, zawierały uregulowania w zakresie obowiązków obywatelskich jako elementu statusu jednostki. Wydaje się to dość dobrze uzasadnione, nie wszystkie bowiem nawet współczesne ustawy zasadnicze przewidują ich umiejscowienie w swoich przepisach. Pewnego rodzaju obowiązki znajdują w niej swoje miejsce zawsze, przy czym są to te o charakterze najbardziej podstawowym, ogólnym: obowiązek wierności państwu i przestrzegania tworzonego przez jego agendy prawa. Można więc mówić tu w pewnym sensie o standardzie minimum w zakresie obowiązków konstytucyjnych, do którego zaliczyć można jeszcze obowiązek nauki, choć ustawicznie pomijany w jednostkach redakcyjnych poświęconych obowiązkom, ewentualnie obowiązek ponoszenia nakładów publicznych na działalność agend państwa.

Nadal jest ich jednak w tekście ustawy zasadniczej stosunkowo niewiele. Co więcej, w doktrynie postuluje się często, by nie były w niej zamieszczane w ogóle. Powodów ku temu jest kilka: po pierwsze, ich sformułowania i tak wymagałyby konkretyzacji ustawowej, po drugie – nic nie stoi na przeszkodzie, by nałożyć obowiązki na jednostkę w drodze ustawy, po trzecie – obowiązki podmiotu wynikają z przepisów ustanawiających ochronę jego praw, wreszcie po czwarte – mogłoby to spowodować zachęcenie do „propaństwowej" wykładni przepisów i usprawiedliwiania naruszeń praw[66]. Niektórzy wprost zresztą przyznają, iż wyliczenie obowiązków w ustawie zasadniczej ma charakter jedynie przykładowy i nijak nie można ograniczać ich liczby do konstytucyjnie wymienionych[67].

Biorąc pod uwagę na obowiązki obywatela (jednostki) na poziomie konstytucyjnym, stwierdzić należy, iż rzeczywiście istnieje pewna korelacja między rodzajem państwa a sposobem ukształtowania tej właśnie materii konstytucyjnej. Gdy mowa

[66] K. Wojtyczek, *op. cit*., s. 163.
[67] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 117.

w szczególności o obecnie obowiązującej ustawie zasadniczej, widać zakres obowiązków, który jest, a przynajmniej powinien być charakterystyczny dla państwa współczesnej liberalnej demokracji. Jest to tym bardziej uwidocznione przez zamieszczenie w niej obowiązku dbania o środowisko naturalne, będące przedmiotem prawa, zaliczanego przecież do ostatniej z wyróżnianych w doktrynie generacji praw człowieka. Swoiste dodatkowe podkreślenie liberalizmu ustawy zasadniczej stanowi pominięcie w katalogu obowiązków przymusu wyborczego, a więc konieczności każdorazowego uczestnictwa przez obywatela w wyborach najwyższych organów państwa[68], ale jedynie poprzestanie na postrzeganiu czynnego prawa wyborczego jako swoistego moralnego obowiązku obywatela. Podobnie, choć w mniejszym zakresie, sprawa się ma w odniesieniu do konstytucji marcowej. Z kolei niebazujące na liberalnym demokratyzmie konstytucje: kwietniowa i PRL o obowiązkach piszą w sposób o wiele bardziej zideologizowany, w pierwszym przypadku bowiem państwo miało być oparte na ideologii autorytaryzmu – korporacjonizmu, w drugim zaś – realnego socjalizmu[69]. Ustrój liberalno-demokratyczny zaś bardziej charakteryzuje obiektywizm i brak nacechowania ideologicznego przy wymienianiu obowiązków.

Korelacja, o której mowa, nie jest jednak zależnością daleko idącą. Po pierwsze, można mieć wstępne wrażenie, iż ustroje bardziej autorytarne, a mniej liberalne zawierać będą więcej uregulowań w zakresie obowiązków konstytucyjnych. W nich bowiem to państwo czy wspólnota stawiane są na pierwszym miejscu i to ich zasadom powinna się podporządkować jednostka, w odróżnieniu od państwa liberalnego, które, charakteryzując się mniejszym zakresem ingerencji w sferę jednostki, ma stanowić dla niej raczej pole realizacji jej własnych, indywidualnych dążeń. To przeświadczenie nie znajduje potwierdzenia. Nie istnieje znacząca dysproporcja pomiędzy demokratyzmem ustroju a liczbą obowiązków czy też zakresem odpowiedzialności i sankcjami za ich niedopełnienie. Ustrój państwa okazuje się nie być jedynym czynnikiem kształtującym ich unormowanie. Po pierwsze, znaczący wpływ na liczbę obowiązków ma raczej kryterium historyczne – im bliższe współczesności konstytucje, tym więcej w nich o obowiązkach, gdyż z czasem dopiero zaczęto większą wagę przykładać do ich uregulowania. Po drugie, dużą rolę w takim, a nie innym ukształtowaniu obowiązków konstytucyjnych pełni sytuacja polityczna w danym momencie historycznym uchwalenia ustawy zasadniczej, co widać szczególnie wyraźnie w przypadku chociażby konstytucji marcowej i jej przepisów dotyczących zakazu odznaczania się wielokrotnym obywatelstwem.

[68] Szerzej: G. Kryszeń, *Przymus wyborczy*, „Przegląd Sejmowy" 3/2004, s. 61–74.

[69] Niezależnie od tego, że przez pierwsze ćwierćwiecze w konstytucji wspominano o „demokracji ludowej", która miała być ustrojem przejściowym.

Ponieważ, jak już to zostało wspomniane, obowiązki obywatelskie nie stanowią przedmiotowego priorytetu we współczesnych badaniach ustrojowych, nie należy sądzić, iż w niedalekiej przyszłości wiele by się miało zmienić w istniejącym stanie prawnym. Jeżeliby jednak pokusić się o pewne prognozy, to tym, co jest najbardziej prawdopodobne, jest powiększenie katalogu obowiązków o nowe, oparte na pojęciach tolerancji i zakazu dyskryminacji[70], co spowodowałoby uczynienie z niektórych obecnych przepisów konstytucyjnych norm obowiązujących również horyzontalnie. To jednak na pewno odnosiłoby się tylko do państw o ustroju typowo liberalno-demokratycznym.

[70] Widać to chociażby w polskim prawie pracy, gdzie wprowadzono zakaz dyskryminacji przy zatrudnianiu ze względu na płeć (dział I rozdział IIa Kodeksu pracy, Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.).

Spis Autorów

Dr Ryszard Balicki
Dr Michał Bernaczyk
Dr Izabela Bernatek-Zaguła
Dr Anna Deryng
Prof. dr hab. Kazimierz Działocha
Dr Anna Feja-Paszkiewicz
Prof. dr hab. Mariusz Jabłoński
Dr Sylwia Jarosz-Żukowska
Dr Malwina Jaworska
Dr Tomasz Jurczyk
Mgr Piotr Kapusta
Dr Robert Kropiwnicki
Dr Paweł Kuczma
Dr Nina Leśniak
Dr hab. Artur Ławniczak
Dr Agnieszka Łukaszczuk
Dr Agnieszka Malicka
Dr hab. Małgorzata Masternak-Kubiak, Prof. UWr.
Mgr Justyna Michalska
Mgr Urszula Muszalska
Dr Artur Preisner
Mgr Mateusz Radajewski
Dr Jakub Rzucidło
Dr Anna Śledzińska-Simon
Dr Justyna Węgrzyn
Dr Agnieszka Wojtatowicz-Lasek
Dr Krzysztof Wygoda
Dr Michał Zieliński
Mgr Joanna Żak
Dr Łukasz Żukowski

Recenzowana książka ma szczególny charakter dla kilku powodów. Po pierwsze, stanowi ona wyraz szacunku i sympatii Autorów dla Profesora Bogusława Banaszaka, któremu dedykowali oni swe prace z podziękowaniem za współpracę i z nadzieją na jej dalszy rozwój. Po drugie, zróżnicowane tematycznie prace traktują o bieżących problemach dotyczących wolności i praw jednostki oraz ich ochrony w wymiarach: filozoficzno-etycznym, proceduralnym i prawnomaterialnym. Obok prac, których przedmiot jest sytuowany w prawie polskim, w książce odnajdujemy także prace traktujące o problemach prawa niemieckiego, japońskiego, prawa Rady Europy i Unii Europejskiej. Po trzecie, rzecz jest godna polecenia w pierwszej kolejności prawnikom specjalizującym się w problematyce statusu prawnego jednostki, ale z pewnością zainteresuje także tych, którzy na ścieżkę takich badań dopiero wkroczyli lub zamierzają to zrobić.

prof. dr hab. Andrzej Bisztyga

ISBN 978-83-61370-90-1