ACTA ERASMIANA III

Prace prawnicze

Redaktorzy
Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

Wrocław 2012

Prace prawnicze

Acta Erasmiana III

Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Prace prawnicze

Redaktorzy
Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

Wrocław 2012
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Acta Erasmiana
Tom 3: *Prace prawnicze*

Redakcja naukowa:
dr hab. Mirosław Sadowski
dr Piotr Szymaniec

Recenzja:
dr hab. Łukasz Machaj

Korekta:
Piotr Szymaniec

DTP:
Aleksandra Dudzińska

© Copyright by Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych WPAiE UWr,
Koło Naukowe Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa & Authors
Wrocław 2012

ISBN 978-83-933222-2-0

Skład tomu sfinansowany został ze środków Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Spis treści

Mirosław Sadowski, Piotr Szymaniec: Wstęp 7

Tomasz Helemejko: The concept of Marxism 9

Katarzyna Sadowa: *Katechizm Rewolucjonisty* i *Mini-podręcznik partyzanta miejskiego* jako źródła inspiracji dla współczesnych grup terrorystycznych 23

Nina Baranowska: Ekonomiczna analiza odpowiedzialności odszkodowawczej 41

Renata Kopczyk: Prawo sportowca do wizerunku 59

Przemysław Pest: Sąd polubowny a wymiar sprawiedliwości i prawo do sądu 75

Wojciech P. Golec: The significance of indigenous customary law according to the international law on indigenous peoples 95

Izabela Gancarz: Pojęcie przedsiębiorcy w zakresie antykonkurencyjnych praktyk na tle art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej 111

Aleksandra Nowicka: Równoważność wersji językowej – kilka uwag do artykułu 298 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej 127

Martyna Sługocka: Wolność działalności gospodarczej jako norma–zasada 135

Jakub Wilk: Wprowadzanie ograniczeń praw i wolności w stanie klęski żywiołowej 145

Dominika Cendrowicz: Obywatel a administracyjne prawo ustrojowe 163

Denis Woźniak: Instytucja świadka anonimowego w świetle europejskiego standardu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności 173

Mateusz Bużowicz: Rola biegłego psychiatry w polskiej procedurze karnej 187

Kamila Mrozek: Przesłanki udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności 203

Wstęp

Chcielibyśmy polecić Państwa uwadze kolejny tom- trzeci, nowej serii wydawniczej Katedry Doktryn Politycznych i Prawnych oraz Koła Naukowego Doktryn Politycznych i Prawnych wrocławskiego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii – *Acta Erasmiana*. Seria ta – pod patronatem Erazma z Rotterdamu, odrodzeniowego humanisty, który nawet dla współczesnych ludzi nauki może być wzorem samodzielności myślenia i intelektualnej uczciwości – ma na celu przede wszystkim prezentację dorobku młodych pracowników nauki i doktorantów z naszego Wydziału oraz współpracujących z nim ośrodków akademickich.

Niniejszy tom zawiera czternaście artykułów i szkiców z szeroko rozumianych nauk prawnych, obejmując obszary tematyczne takich subdyscyplin, jak doktryny polityczne i prawne, prawo prywatne, prawo międzynarodowe publiczne, prawo europejskie, prawo administracyjne materialne (w tym gospodarcze) i wreszcie nauki penalne. Dwa teksty otwierające tom przynależą do pierwszej z wymienionych gałęzi jurysprudencji, eksplorując zagadnienia podstawowych koncepcji Karola Marksa (Tomasz Helemejko) oraz doktryn terroryzmu (Katarzyna Sadowa). W kolejnych pracach, należących do prawa prywatnego sensu largo, Nina Baranowska wnikliwie prezentuje ekonomiczną analizę odpowiedzialności odszkodowawczej, a Renata Kopczyk omawia prawo sportowca do wizerunku. Natomiast Przemysław Pest zastanawia się nad relacją między sądownictwem polubownym a wymiarem sprawiedliwości. Wojciech Golec zaś porusza problem unormowań prawa międzynarodowego odnoszących się do ludności tubylczej.

Dwa dalsze artykuły stanowią namysł nad Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Izabela Gancarz skupia swoją uwagę na pojęciu

przedsiębiorcy w uregulowaniach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych, a Aleksandra Nowicka zarysowuje ważką kwestię równoważności wersji językowych tego traktatu, przy czym rozważania te można odnieść też do innych aktów prawa europejskiego. Wspólny mianownik zamieszczonych prac z prawa administracyjnego materialnego stanowi to, że dotyczą one praw i wolności obywatela. Martyna Sługocka analizuje zasadę -normę wolności działalności gospodarczej, Jakub Wilk wskazuje ograniczenia praw i wolności w stanie klęski żywiołowej, Dominika Cendrowicz analizujezaś na wpływ ustrojowego prawa administracyjnego na sytuację jednostki. Tom zamykają trzy prace z nauk penalnych: Denis Woźniak i Mateusz Bużowicz poddają analizie kwestie procedury karnej – pierwszy z autorów rozważa instytucję świadka anonimowego w świetle europejskiego standardu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, drugi natomiast opisuje rolę biegłego psychiatry w procesie karnym; Kamila Mrozek przedstawia z kolei istotną kwestię przesłanek udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności.

Chcielibyśmy wyrazić na koniec podziękowania Dziekanowi Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, prof. Włodzimierzowi Gromskiemu, za przyznanie środków na sfinansowanie składu niniejszego tomu. Mamy nadzieję, że publikacja ta spełni oczekiwania Czytelników.

Redaktorzy:
Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

Tomasz Helemejko

The concept of Marxism

Karl Heinrich Marx was born in Trier in the Kingdom of Prussia on the 5th of May 1818 and died on the 14 th March 1883. He was a philosopher and economist who is most famous for the creation, together with Friedrich Engels, of the thought of Marxism and for the improvement of the idea of class struggle. In his *Communist Manifesto* he showed the historical materialism and the importance of means of production in the way the history was formed[1]. Moreover, he indicated the significant role of the economic basis of society in determining its social structure as a whole, as well as the psychology of the people within it. He wrote that constant class struggle leads inevitably to the proletarian revolution in which the proletarian class will win and a non-class society will spread. This process was one the final steps in the historical transformation consisting of repeated stages. Jean Touchard in his book *Histoire des idées politiques* wrote quoting Marx that "on a certain level of (economical) development the forces of production enter a contradiction with the relations of production. The latter soon becomes an obstacle to the development of the forces of production what commences the social revolution"[2]. He is known for the development of modern socialism and communism along with creating Marxism.

1 See K. Marx, F. Engels, *Manifesto of the Communist Party*, http://www.anu.edu.au/polsci/marx/classics/manifesto.html.

2 J. Touchard, *Histoire des idées politiques*, Presses Universitaires de France, Paris 1959.

1. Ideological sources of Marxism

Marx derived his ideas from Hegel's dialectical method and Feuerbachian materialism, changing and criticizing these ideas. These two philosophers were the most influential to his idea of dialectical materialism which was a unique combination of their concepts.

Dialectic as a philosophical idea dates back to the ancient times. Heraclitus of Ephesus who is considered as the father of this concept stated that everything is a constant process and this motion consists of transforming one individual thing into something else. In the 19th century in was the Hegel's idea of dialectic which gave basis to a modern understanding of this concept. He showed for the first time "the whole world of nature, history and spirit as process that is in a constant motion, changeability, dynamics and development".[3] Hegel considered development as going through the stages of low quality to the stages of high quality, as a motion happening not only in space but also in time and that process can be called improvement. In his idea the most important changes were caused by overcoming the inner contradictions which emerged naturally on the path of development because every term includes his own contradiction. According to Hegel the synthesis of a term and its contradiction was based on ideological dialectics. It stated that the idea is the essence of the world's improvement which can take place with the participation of human history. In his idealism Hegel claimed that the reality is based on an spiritual substance existing in the form of an objective thought consisting of connected logical terms. He conceived the idea of objective dialectic which was not a method explaining the reality neither any kind of reflection, but rather a mode of existing of the terms, their essence because "they exist in reality only in a dialectical way, as a motion, sort of continuity, as a process of development".[4] Marx used this concept but, as he had in habit, he analyzed and changed the original thought. Marx rejected the idea of objective spirit and in his concept it became a science of general rules of motion both in outside world and the sphere of human thought. By synthesizing it with Feuerbachian materialism he created the famous concept of dialectical materialism.

---

3 J. Grudzień, *Filozofia marksistowska*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warsaw 1970, p. 117.

4 *Ibidem*, 119.

The second compound of Marx main theory has its roots in the philosophy of Feuerbachian materialism which at the time, according to Engels, was an inspiring novelty for both young philosophers.[5] Marx in his work *Theses on Feuerbach* stated that the materialist thinkers consider the Object as something connected with contemplation rather than human sensuous activity, practice. Perception itself is a part of human attitude to the outside world that is why he stated that Feuerbach focused only on the influence of the objects of nature on human beings, forgetting about the opposite process. He also criticizes Feuerbachian idea of religion as the concept created by men which could be annihilated just by the awareness of this fact. Marx stated that the spiritual basis is only one of the factors along with the real premises which should be abolished in order to free oneself of religion. He wrote that moulding the consciousness itself would not be the determining factor in changing the reality as long as the practice would not follow it. Moreover, Marx criticized Feuerbachian concept of the essence of man, saying that *the essence of man is no abstraction inherent in each single individual. In reality, it is the ensemble of the social relations*.[6] He also takes under considerations Feuerbachian concept, stating that " men are products of circumstances and upbringing, and that, therefore, changed men are products of changed circumstances and changed upbringing, forgets that it is men who change circumstances (…) The coincidence of the changing of circumstances and of human activity or self-change can be conceived and rationally understood only as revolutionary practice".[7] That means that the idea of a change can no longer derive from outside of the social masses but it should rather be an effect of realizing that their individual interests are identical with the common ones. In this process the working class would be the center of a historical initiative.

2. Dialectical materialism

Marx' dialectic is a theory of a constant motion in the surrounding world, a method of discovering and a guideline of development. It focuses on re-

5 F. Engels. *Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy*, Progress Publishers edition, Moscow 1946.

6 K. Marx, *Theses of Feuerbach*, translated by Cyril Smith, 2002, http://www.marxists.org/archive/marx/works/1845/theses/index.htm.

7 *Ibidem*.

vealing general laws ruling both nature and human thinking. He considered world as a unity of phenomena and occurr ences not in steadiness but in constant and uninterr upted motion, dev elopment and change. I t is a law binding the organic world, human conscience as w ell as the society . The motion, being a feature of all things, is a result of one body having an effect on another, the relation between them. According to the Marx' materialism since everything in our world consists of matter, the dialectic talks about the motion of matter. It is a result of duality of the essence of all matter, its inner contradictions, opposing properties etc. (e.g., physical centripetal for ce and centrifugal force). Due to dualistic matter , the str uggle of these contradictions is the cause of motion which is the only form of existence of matter.

The development in Marxism consists in going from a quantity change to a quality change from one quality to another. Although Marx and Engels did note that a new thing deriv es from an old thing they did not picture development as a loop, they did not consider it as a process of repeating the things which had happened or been befor e. In their point of view it was a growing line since the pr ogress took place in steps (or "jumps") always leading to something of a new quality. *Motion and development consist in incessant solving of some contradictions and in its result in the emerging of others*. Negation of an old quality by a new quality is not the end of struggle, it does not stop it. The new quality is full of contradictions which appear in the course of time. They cause a next struggle in which a new quality emerges. The process of negation does not mean destroying and rejecting the values of the old quality, since new quality adopts accomplishments and good features of the old quality. That is why development can be divided into three stages: creation, pupation and dying.

As mentioned before, dialectic materialism states that the matter is an objective feature of all things, the only reality, the cause, the basis and the carrier of the world 's diversity.[8] That does not r eject different ways and structures of organizing the matter in the biological spher e and human conscience. Due to Marxism every process has its roots in matter which influences all things as it is the only objective and autonomous being. Engels stated that *the matter is nothing else but a sum of substance, a sum of all sensuously perceivable forms of motion*[9]. The matter is not only the basis of things existing in reality, it is also the envir onment of mental phenomena cr ea-

8 J. Grudzień, *op. cit.*, p. 176

9 F. Engels, *Dialectics of nature.*

tion. Engels stated that time and space are forms of the matters existence. They are universal features of matter and neither they can exist without matter nor there is any matter without time and space. The unstoppable motion is a factor determining the eternity of the universe and matter.

The second main point of materialism says about the originality of matter and the derivativity of human conscience. The matter is previous because it is an objective reality and it exists independently from conscience. It is an outside sphere while the conscience is the ability of our mind to reflect the reality surrounding us, to comprehend the processes occurring in the world, understand our thoughts and actions as well as our attitude to the outside world and ourselves.[10] It creates the pictures of matter so it is derivative to it. It is of secondary importance because it is a product of our nervous system, work and human practice–the matter in motion.

3. Historical materialism

The historical materialism was an attempt of transmitting the idea of dialectical materialism into the path of history. Basing on his philosophy not only did Marx prove its accuracy in the past times, he also tried to predict future changes in society, politics and state. By deeply analyzing the history of humanity he noticed certain repeated regularities which lead him to the idea of historical materialism. Engels compared Marx concept of historical materialism to Darwin's theory of evolution, stating that just like the latter discovered the law of evolutionary progress in the organic world the former created similar laws concerning the history of mankind. Marx singled out certain features and phenomena causing the progress of humankind or being crucial factors in the change of history[11].

The society, its classes and the struggle between them

In our world composed by matter the social relations are characterized by the matters reflection in society: the private property and different attitude

10 J. Grudzień, *op. cit.*, p. 183.

11 See also: C.W. Mills, *The Marxists*, Dell Publishing, New York 1962; L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu. Powstanie – rozwój – rozkład*, tom I, Wydawnictwo Naukowe PWN S.A., Warszawa 2009.

to it. He stated that that was *the cause of forming of all social ideologies, law views political theories and institutions.*[12] Marx perceived the material conditions of human being as a determining factor of what he called superstructure. The state and the law are the exact reflection of the relations of production existing in the society. "The basis" is the main factor forming different views, feelings and social consciousness.

The historical materialism, connecting the progress of mankind with the material means of production, implies a question concerning the role of human beings in the historical development. Marx answers it quite clearly, stating that the history of societies, being a relation of consecutive changes in the ways of production, is, therefore, a history of the forces manufacturing the material goods. Although exploited and downtrodden they may be, the people has always been the evolutionary force, both in political and economical sense changing the ways of production and developing the means of production.

The proletarian masses have to be guided in their path of history. Marx neither negated nor decreased the importance of the individuals in this pursuit. The more people take part in the events changing history the more they need leaders, politicians and ideologist. Marx determined their role as crucial in increasing the class conscience of the excelling class. Although he underscored the importance of appearance of such unique persons in the crucial moments of history he rejected all symptoms of the cult of an individual as an idealistic concepts.

Marx, as he admitted himself, was not the founder of the concept of a society divided into classes neither he noticed the struggle between them. That observation dated back to the ancient times when it was mentioned by Aristotle then expanded by Adam Smith and David Ricardo. Marx himself stated that his contribution in the development of this idea consisted in showing the real basis of class division and consequences of this state.

Karl Marx denied the theory of natural harmony and indicated that in the 18th century the social classes began to polarize and split into two groups: oppressors and oppressed, due to differences between propertied and non-propertied classes. The bourgeoisie was the class that appeared earlier as it was a product of another struggle–between the feudal rela-

---

12 H. Olszewski, M. Zmierczak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Ars Boni et Aequi, Poznań 1994, p. 261.

tions and capitalistic forces. Then it dominated the society forming the superstructure subordinate to their goals and practice. The appearance of proletariat was caused by the changes in the sphere of relations of production in the capitalistic economy and society. This class took over the revolutionary role in the society. Marx believed that according to his theory the industrial society would undergo anticipated changes and would go through certain levels of evolution, finally causing a global proletarian revolution. According to these stages: firstly, the bourgeoisie or middle class will decrease in numbers, secondly, the workers will increase in numbers, thirdly, all the other intermediary classes will lose any significant political power and it will make the society polarized between two powers the bourgeoisie and the proletariat. That does not mean the annihilation of other social classes, for example feudal nobles, peasants, middle class or manufacturers. They simply have no significance in the relations of production, neither they have the class consciousness. They are not adapted to the modern world, they lack the awareness of their enemy. The society is then dominated by the struggle between the bourgeoisie and the proletariat. It happens in all spheres of social life: economical, cultural, political, and ideological. The struggle is a law of history and the factor, accelerating the development which works in every society consisting of antagonistic classes, fighting for a higher role in the area of production. The bourgeoisie and the proletariat both have opposite interests which are inherent in and cannot not be solved without modifying. That state of social antagonism was called by Marx "a contradiction". Different relations of each class to the means of production are, according to Marx, the main reason of that conflict. The capitalist organization of industry which happened to facilitate the development of the forces of production begin to fetter the latter and it causes a dissoluble conflict between the possessors and non-possessors reflected by different needs and goals of both classes. The objective contradiction within the economical situation has its subjective counterpart within the social relations. These factors begin to differ into the point that no peaceful, evolutionary way could reconcile them.

The famous father of the proletarian revolution writes in his work *The Holy Family, or Critique of Critical Criticism* that the state was created because of a need of fettering the classes contradictions and it is ruled by the most economically powerful class (that is bourgeoisie) which becomes also the most politically influential one. The state is than useful in

exploiting and oppressing workers. That indicates the reason for destroying superstructure (that is state) on the way of proletariat in changing the social structure.[13]

The philosopher noticed on the example of capitalists replacing nobles the indispensability of a class in the economic system and that observation led him to the idea that the proletariat would one day replace bourgeoisie and socialism would replace capitalism as a historical regularity. "They cannot help this. It is their destiny. And so they are doomed." The Marxist theory of power assumed that the ruling classes lose their indispensability with the course of time. Economy would worsen due to severe crises inherent with the nature of the economic system. The growing consciousness of proletariat and their increasing in number, along with worsened life conditions, will lead to disturbances and finally to the revolution which will firstly emerge in the most industrialized countries.

The superstructure

According to Marx the superstructure–political institutions like state, political organizations, law, customs etc.–which are determined by the capitalist relations of production, can only be changed in a revolutionary way when workers free the productive forces fettered by the capitalist, the forces dormant in the proletarian society. The state and the law are the result of the historical progress and their form depends on the stage of development of history. They are means of controlling one class by another, a system of enslavement and exploitation. The state creates the law as an additional system of norms, reflecting the relations of production and property, which are obligatory and punishable by the sanctions secured by state. Marx stated that the law is the will of the ruling class transformed onto the legal language of acts. He wanted to prove the adequacy of his idea historical changes, showing the successive types of states: slavish, feudal and capitalistic. He linked the types of state with the oppressing classes dominating the society in each of them: the owners of slaves, feudal lords and bourgeoisie. He underscored the importance of the economic system in forming the type of state. Marx criticized capitalistic state rationally and did not reject all its features. He considered it as *a school of political thinking of the working class as well as*

13 See also: J. Ładosz, *Marksistowska teoria walki klas*, Książka i Wiedza, Warszawa 1969.

a good platform of increasing the level of revolutionary consciousness of the proletariat.[14] Engels treated parliamentary republic of a new socialistic kind as a form of the dictatorship of the proletariat leading to a socialistic state.

The revolution

Studying the historical changes, Marx came to a conclusion that *at a certain stage of development, the material productive forces of society come into conflict with the existing relations of production or–this merely expresses the same thing in legal terms–with the property relations within the framework of which they have operated hitherto. From forms of development of the productive forces these relations turn into their fetters. Then begins an era of social revolution. The changes in the economic foundation lead sooner or later to the transformation of the whole immense superstructure.*[15] The productive forces stand in an opposite position to the relations of production which no longer reflect them. The obstacle in changing of this *status quo* is the superstructure that is political and legal system. The new class and the new relations of production can triumph only when the old power will abolished by force, because no social class would give up its privileged position voluntarily. The proletariat has nothing to lose in this fight since the bourgeoisie does not have any chance to win it. All means available will only strengthen the proletariat's class consciousness and radicalize its attitude.

In its fight proletariat has to be guided by a political party equipped with an irreproachable scientific doctrine. Marx with the course of time supported different concepts of political parties. Firstly, he was for the Mazzini's strict and centralized view on a party, later he approached rather to Mikhail Bakunin's idea of a party divided into autonomous sections. He neither clearly stated whether an insurrection is a must and no peaceful way is possible. He limited himself to criticizing this question which he considered abstract.[16] Marx did not unambiguously rejected the idea of democracy as a mean to get into power, though especially

14 H. Olszewski, M. Zmierczak, *op. cit.*, p. 264.

15 K. Marx, *A Contribution to the Critique of Political Economy*, International Library Publishing Co. 1904.

16 J. Touchard, *op. cit.*, p. 657.

after the revolutions of 1848 in France and Germany he stated that after "threatening" the bourgeoisie the proletariat should compromise with the ruling class in order to extend the democracy.[17]

The creator of Marxism also underscores the permanence and international character of the proletarian revolution: "it is our interest and our task to make the revolution permanent until all the more or less propertied classes have been driven from their ruling positions, until the proletariat has conquered state power and until the association of the proletarians has progressed sufficiently far–not only in one country but in all the leading countries of the world–that competition between the proletarians of these countries ceases and at least the decisive forces of production are concentrated in the hands of the workers".[18] He predicted that the revolution would take place in all or most of the capitalistic states at the same timer. He considered the triumph of socialism in one country as improbable though he did not reject it in the context of the USA and the Netherlands. He stood for the internationalism of the revolution, saying that proletarians should create a nation not in a bourgeois meaning of the word. He preached the need for objection against the war of the bourgeoisie as a united striving of all proletarians. His famous sentence wrote in end of *Manifesto of the Communist Party*: "Proletarians of all countries, Unite!", clearly shows his pursuit to combine the aspirations and goals of the working class.

He also stated that the proletarians should not support a conflict in which they are used as a weapon, a "cannon fodder". Marx was obsessed with the "maturity" of the revolution. According to him all action which did not relay on the careful observation of facts, unity of revolutionary atmosphere and the development of the relations of production shall be declined.[19]

Karl Marx also named exploitation as another factor bringing the proletarians closer to the spectre of revolution. He underscored that only work can create value and that "workers produce a greater value than he is paid for by the capitalist for whom they work". This additional value is called surplus value, a term Marx used as a measure of worker exploitation by the capitalism.

---

17 *Ibidem*.

18 K. Marx, *Address of the Central Committee to the Communist League*, http://www.marxists.org/archive/marx/works/1847/communist-league/1850-ad1.htm [odczyt: 02.10.2012].

19 J. Touchard, *op. cit.*, p. 661.

The class consciousness

According to Marx' theory of materialism the class consciousness is a product of the economical life conditions in society. Political ideas, mentality, religion and morality are all formed by the material aspect of being. The dominant ideology is the one preached by the ruling class– bourgeoisie. He linked the ideological sphere with the forces of production, stating that whoever possesses the former also has the latter at his disposal. In the course of time the material misery of workers, as well as their alienation, will increase. That refers not only to the bad life conditions, but also to the mental and psychological deprivation. The workers forced to produce more than their maximum efficiency will be exhausted both mentally and psychically, thus they will not have energy for mental development. The fact that most of their production will be appropriated by the owners causes an alienation from private property. The awareness of their misery and the processes contributing to it will cause the transformation of a "class-in-itself" into a "class-for-itself". That means that workers will transform from a group of exploited and oppressed into a fully aware class knowing its goals, role in society and political power. This fact will cause social dissatisfaction and frustration which will lead to disturbances. The class consciousness, growing constantly, will one day bring about the conviction of injustice and exploitation.

Karl Marx along with Friedrich Engels have fertilized many minds with their idea of Marxism. The new concept seemed to be an ideal solution for the problems of the working class, a way to reach its goals and aspirations. The practice showed its defects and vagueness in some aspects. Marx overestimated the class awareness of the proletarians. The Great October Revolution was a clear example of Marxism faults. It broke out in one of the least industrialized countries in Europe and did not spread on other states. The proletarians chose their national countries rather than international dictatorship of proletarians. According to Marx' notions the October revolution was premature and so it did not have a chance to succeed and last in other states. Throughout the 20th century the idea of Marxism was changed and used in practice many times. His greatest "successor", Vladimir Lenin, developed Marx' concept towards a different direction adapting it to Russian conditions. His idea of Marxism distorted the original concept and mislead many people of the true intentions of its creators. His idea of historical materialism

turned out to be wrong. The concept of scientific socialism did not prove to be correct. Its main advantage in Marx' point, the ability to be used in practice in order to control and provide certain changes failed and showed its usefulness.

Although, not all aspects of Marx ideology turned out to be wrong and unreal. The concept of basis and superstructure in an objective point of view has some true features. The modern world clearly indicates that whoever possesses the means of production also governs both political and ideological power. Moreover, the idea of a state as a mean of exploitation and oppressing other classes also showed its probability. The 20th century verified Marx' concepts and showed their practical features.

Streszczenie

Tomasz Helemejko

Koncepcja marksizmu

Teorię marksistowską można podzielić na dwa główne nurty rozważań – materializm dialektyczny oraz materializm historyczny. Pierwszy to filozofia łącząca Heglowską dialektykę z Feuerbachowskim materializmem – w interpretacji Marksa poddane krytyce i przez niego zmodyfikowane. Drugi to materializm historyczny, swoisty pogląd na przyczyny i ewolucję ludzkości, będący próbą wdrożenia koncepcji materializmu dialektycznego w życie.

Materializm dialektyczny to przede wszystkim stwierdzenie, że materia jest cechą obiektywną wszystkich rzeczy, przyczyną ich ruchu i ciągłych zmian. Materia także stoi za powstawaniem zjawisk psychicznych, jako że ich ośrodkiem jest mózg z tej materii zbudowany. Dlatego Marx doszedł do wniosku, że jest ona zjawiskiem pierwotnym względem ludzkiej świadomości. To sfera zewnętrzna, niezależna od świadomości, podczas gdy nasz układ nerwowy jest zdolny wyłącznie do odtwórczego pojmowania otaczającego nas świata, rozumienia zachodzących w nim przemian. Świat ten ulega ciągłym modyfikacjom powodowanym przez nieustający ruch wszechobecnej materii wynikający z jej dwoistej natury. Ona to właśnie sprawia, że wewnętrzne sprzeczności materii, jej przeciwstawne cechy, poprzez ciągłą walkę ze sobą, wywołują jej ruch będący jedyną formą jej bytu.

Marksowska teoria materializmu historycznego pokazuje, że przyczyną wszelkich zmian historycznych jest warstwa ekonomiczna życia społecznego, którą Marx nazywał „bazą" – stosunki produkcji i środki produkcji. Jednak historia determinowana

jest nie tyle przez sam sposób produkcji dóbr, ile przez masy ludowe, które te dobra wytwarzają, a które są siłą sprawczą przemian. Dzięki obserwacjom czasów minionych wyprowadził on pewne prawidłowości dziejowe, uznając historię za ciąg możliwych do przewidzenia przemian. Struktura własności sprawia, że środki produkcji, będące w posiadaniu klasy panującej, powodują zmianę w stosunkach produkcji, które ulegają w ten sposób zaostrzeniu. Wywołana tym walka klasowa i rodząca się wskutek niej świadomość klasowa proletariatu powodują, że uzmysławia on sobie, iż wartość dodatkowa z jego pracy trafia w ręce burżuazji. Marx twierdził, że tzw. nadbudowa, czyli m.in. państwo i prawo, jest określana i kontrolowana przez klasę panującą, służy realizacji jej celów i dążeń, utrzymaniu istniejącego systemu społecznego. Jednak żadna klasa nie rezygnuje ze swoich przywilejów dobrowolnie, stąd jedynym środkiem zmiany tego stanu rzeczy jest rewolucja. Niezadowoleni z niewolniczego traktowania i bycia wykorzystywanymi robotnicy buntują się przeciwko swoim wyzyskiwaczom. Społeczeństwo podlega polaryzacji, gdyż tylko dwie klasy dzięki swojej świadomości klasowej i znaczeniu w stosunkach produkcji są politycznie istotne. W wyniku tych wszystkich czynników, jak właścicieli niewolników zastąpili feudałowie, tych z kolei burżuazja, tak proletariat w wyniku następstw dziejowych wejdzie w rolę burżuazji, stając się klasą panującą. Jedyną drogą do osiągnięcia tego celu jest permanentna, międzynarodowa rewolucja zjednoczonej klasy robotniczej. Według Marksa zwycięstwo w niej sprawi, że gdy tylko proletariat upora się z wrogami społecznymi, stworzone zostanie państwo pozbawione klas społecznych, a historia się skończy.

Katarzyna Sadowa

Katechizm Rewolucjonisty i *Mini-podręcznik partyzanta miejskiego* jako źródła inspiracji dla współczesnych grup terrorystycznych

1. Definiowanie terroryzmu

Terroryzm stał się jednym z najbardziej nieprzewidywalnych zagrożeń współczesności, nic też dziwnego, że poświęcono mu wiele opracowań, eksplorujących bardzo różne aspekty tego zagadnienia – od genezy przez motywy, skutki po środki zapobiegawcze i działania państw wymierzone przeciwko niemu. Ponieważ ukazanie zjawiska wymaga napisania wielu tomów, w niniejszej pracy mogę postawić sobie jedynie dużo skromniejsze zadanie. Chciałabym mianowicie przedstawić analizę dwóch dzieł, wskazywanych w literaturze jako źródło inspiracji dla współczesnych terrorystów, mianowicie „Katechizmu rewolucjonisty" autorstwa Michaiła Bakunina lub Sergieja Nieczajewa (kwestia autorstwa pozostaje sporna do dziś) oraz „Mini-podręcznika partyzanta miejskiego" Carlosa Marighelli. Jednakże – aby pokazać tło oraz kontekst, w którym powstały i funkcjonują – rozpocznę od krótkiego zaprezentowania definicji tego zjawiska oraz jego genezy.

Zdefiniowanie pojęcia terroryzm od wielu lat jest przedmiotem gorących sporów wśród znawców problematyki[1]. Podejmując jednak próbę jego wyjaśnienia, należy na początku odróżnić terroryzm od terroru. Termin „terror" oznacza bowiem „stosowanie przemocy, gwałtu w celu zastraszenia, zniszczenia przeciwnika"[2]. Znacznie trudniej wszak podać znaczenie samego terminu „terroryzm", czego dowodem choćby fakt, że Alex Schmid w książce poświęcił ponad sto stron na zamieszczenie ponad stu odmiennych definicji terroryzmu. Co więcej, Schmid wyróżnił dwadzieścia dwie kategorie słów, które najczęściej występowały we wszystkich przytoczonych przez niego definicjach, na pierwszych miejscach znalazły się: przemoc (częstotliwość: 83,5%), polityczny charakter (65%), strach (51%), groźba (47%), (psychologiczne) skutki i (przewidywane) reakcje (41,5%), rozróżnienie ofiara–cel (37,5%), celowa, planowa, systematyczna zorganizowana akcja (32%), metody walki, strategia, taktyka (30,5%), nienormalność, konflikt z przyjętymi regułami, brak humanitarnych ograniczeń (30%), wymuszenie, zniewolenie, powodowanie uległości (28%)[3].

Nie aspirując do tak wnikliwej egzegezy występujących w literaturze definicji, przytoczę tylko parę takich, które moim zdaniem w sposób reprezentatywny pokazują rozmaite sposoby rozumienia zjawiska terroryzmu. I tak, Longin Tadeusz Szmidt podkreśla, że na terroryzm składają się „indywidualne działania skierowane przeciw aparatowi władzy (…) lub przeciwko przedstawicielom tego aparatu"[4]. Z kolei Victor Grotowicz nie akcentuje, jak Szmid, indywidualizmu działań terrorystów, a zwraca uwa-

---

1 O problemie precyzyjnego określenia „terroryzmu" świadczyć może m.in. znana wypowiedź Waltera Laqueura, specjalisty w kwestii terroryzmu, jakiej udzielił w jednym z wywiadów: „Ludzie od pięćdziesięciu lat próbują bezskutecznie zrozumieć czym jest terroryzm (…) Terroryzm to wykorzystywanie przemocy albo groźby użycia przemocy w celu osiągnięcia pewnych celów politycznych lub ideologicznych. Nie można powiedzieć nic ponadto. Terroryzm jest jak pornografia – nie sposób go dokładnie zdefiniować, ale jeśli się zobaczy akt terroryzmu, wiadomo, czym jest" – *Wojna na śmierć i życie*, Wprost, 2003, nr 51/52. Zob. też T. Białek, *Terroryzm. Manipulacja strachem*, Warszawa 2005, s. 143–144.

2 B. Hołyst, *Terroryzm*, tom I, Warszawa 2009, s. 48.

3 Por. B. Hoffman, *Oblicza terroryzmu*, Warszawa 1999, s. 37; A.P. Schmid, A.J. Jongman et al., *Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories and Literature*, New Brunswick and London, b.d.w., s. 5–6.

4 L.T. Szmidt, *Terroryzm a państwo. Studium poświęcone historycznym, socjologicznym i analogicznym aspektom terroryzmu*, Lublin 1979; cyt. za: T. Białek, *op. cit.*, s. 146.

gę na ich cel: „Terroryzm jest to forma politycznego ekstremizmu dążąca metodami zmasowanych aktów przemocy do likwidacji państwa opartego na demokratycznym porządku konstytucyjnym. Terroryści chcą doprowadzić do zupełnej destabilizacji systemu państwowego, powstania masowych ruchów rewolucyjnych i w konsekwencji do obalenia starego systemu i zastąpienia go nowym”[5]. Connor Garty także podaje cele polityczne jako wyróżnik terroryzmu, wskazując jednocześnie podstawową metodę walki, którą w jego przekonaniu jest „zabijanie cywili”, i to w taki sposób, by zastraszyć[6]. Natomiast Brunon Hołyst wyszczególnia znacznie szerszą gamę metod walki, uznając, że terroryzm jest to „stosowanie terroru przez ugrupowania ekstremistyczne, które za pomocą zabójstw politycznych, porwań zakładników, uprowadzeń statków powietrznych, morskich i innych próbują zwrócić uwagę opinii publicznej na wysuwane przez siebie hasła i żądania lub wymusić na rządach państw określone ustępstwa”[7]. Biorąc za punkt wyjścia definicję stworzoną przez specjalistów Federalnego Biura Śledczego USA[8], a także zbierając wspólne elementy pojawiające się u innych autorów, próbę precyzyjnego określenia terroryzmu podjął także Tomasz Białek, który definiuje w swej owo zjawisko jako „wywieranie wpływu politycznego przez bezprawne stosowanie siły – przymusu lub przemocy, związane z łamaniem elementarnych norm społecznych i ustalonych w danym kręgu reguł walki politycznej, oparte na rozmyślnym zastraszaniu i manipulowaniu; osiąganie celów politycznych poprzez stwarzanie aktami przemocy atmosfery zagrożenia i utrudnianie funkcjonowania wrogiego układu społecznego oraz wymuszanie decyzji, a także działań przeciwnika przez drastyczną taktykę faktów dokonanych lub szantażu siłowego”[9]. To właśnie rozumienie terroryzmu można przyjąć na potrzeby niniejszego tekstu.

---

5 V. Grotowicz, *Terroryzm w Europie Zachodniej. W imię narodu i lepszej sprawy*, Warszawa–Wrocław 2000, s. 13. Podobnie Ryszard Herbut wskazuje, że terroryzm jest metodą walki politycznej; por. R. Herbut (red.), *Leksykon politologii*, Wrocław 1998, s. 431.

6 C. Gearty, *Terroryzm*, Warszawa 1998; cyt. za: T. Białek, *op. cit.*, s. 150.

7 B. Hołyst, *op. cit.*, t. I, s. 48.

8 Według tej definicji terroryzm to „bezprawne użycie siły lub przemocy wobec osób lub mienia, aby zastraszyć lub wywrzeć przymus na rząd, ludność cywilną albo części wyżej wymienionych, co zmierza do promocji celów politycznych lub społecznych” – http://www2.fbi.gov/congress/congress02/jarboe021202.htm [odczyt: 02.10.2012].

9 T. Białek, *op. cit.*, s. 151.

2. Geneza zjawiska

Terroryzm nie jest zjawiskiem nowym. Jego początki sięgają starożytności, czego przykładem może być wymierzona w Rzymian działalność żydowskiej sekty Zelotów. Ich metody: zabójstwa swych ofiar sztyletem bądź zatruwanie studni, śmiało można określić jako terrorystyczne[10]. Z kolei sekta asasynów, założona przez Hasana-i-Sabbaha na przełomie XI i XII wieku w Egipcie i aktywna do drugiej połowy XIII wieku, posiadała cechy, charakteryzujące współczesne organizacje terrorystyczne, a mianowicie: ideologiczne podłoże swej działalności, tajną strukturę, oraz terror będący podstawowym środkiem działania[11]. Dla asasynów przemoc była boskim nakazem, wierzyli oni, że każdy poległy podczas ataku natychmiast trafia do nieba. Według niektórych autorów występuje zatem wyraźne podobieństwo motywacji religijnej asasynów z motywacją działających współcześnie religijnych organizacji terrorystycznych, m.in. islamskich[12].

Omawiając rozwój terroryzmu, nie sposób pominąć rewolucji francuskiej, podczas której po raz pierwszy zaczęto używać słowa „terror" w znaczeniu politycznym, początkowo dla określenia sposobu rządzenia charakteryzującego się krwawymi represjami, który wykorzystali jakobini[13]. W XIX wieku narodził się nowy nurt terroryzmu w znacznym stopniu przypominający terroryzm współczesny. Przedstawicielem tego nurtu był Carlo Pisacane, uważający przemoc za niezbędny środek, aby zwrócić uwagę opinii publicznej i skupić ludzi wokół idei rewolucji. Jego poglądy zostały wykorzystane wkrótce przez organizację terrorystyczną Narodną Wolę, jedną z licznych powstałych w XIX wieku[14]. W tym

10 Por. *ibidem*, s. 47. To właśnie od nazwy owej sekty wywodzi się używane obecnie słowo „zelota" określające „fanatycznego entuzjastę"; por. B. Hoffman, *op. cit.*, s. 84.

11 Por. T. Białek, *op. cit.*, s. 48.

12 Por. B. Hoffman, *op. cit.*, s. 85.

13 Por. M. Kukiel, *Dzieje polityczne Europy od rewolucji francuskiej*, Londyn 1992, s. 85–97; T. Białek, *op. cit.*, s. 49. Terroryzm rewolucji francuskiej związany był z ideami demokratycznymi, głoszonymi przez Maksymiliana Robespierre, który twierdził, że w okresie rewolucji rząd ludowy musi stosować terror będący gwarantem zwycięstwa demokracji; zob. B. Hołyst, *op. cit.*, t. I, s. 13–14; E. Kundera, M. Maciejewski (red.), *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Warszawa 2004, s. 158–160.

14 Narodnaja Wola – organizacja terrorystyczna założona w 1879 r. w Rosji, której największym osiągnięciem było zamordowanie w 1881 r. cara Aleksandra II. Szerzej zob. V. Grotowicz, *op. cit.*, s. 28; B. Hołyst, *op. cit.*, s. 64.

czasie nastąpił bowiem gwałtowny rozwój terroryzmu w związku z pojawieniem się sprzyjających temu czynników takich, jak np. konflikty klasowe czy powstanie nowych ruchów i ideologii rewolucyjnych[15]. W XX wieku, wkrótce po zakończeniu drugiej wojny światowej miało miejsce wiele powstań na tle etnicznym, które wywarły duży wpływ na późniejsze kampanie terroryzmu antykolonialnego. W latach 70. w Europie Zachodniej działały skrajnie lewicowe ugrupowani terrorystyczne, a stosunkowo niedługo potem, w latach 90. ubiegłego stulecia. nastąpił z kolei rozwój terroryzmu motywowanego poglądami religijnymi, który obecnie stał się dominujący[16].

3. „Katechizm Rewolucjonisty"

Przechodząc już do *Katechizmu Rewolucjonisty*, należy wskazać, iż w literaturze nieprzerwanie trwa spór w kwestii jego autorstwa. I stnieje bowiem pogląd, który znajdujemy w pracy Viktora Grotowicza, iż „Katechizm Rewolucjonisty" został napisany przez Nieczajewa, a jedynie opublikowany przez Bakunina[17]. Inni autorzy, jak np. Jan Kucharzewski[18], uważają, że jego autorem był sam Bakunin, jeszcze inni (np. Piotr Laskowski czy Edward Radziński) przywołują pogląd, iż autorami byli oboje anarchiści[19]. W związku z powyższym myślę, że warto przybliżyć pokrótce sylwetki obu postaci i okoliczności powstania *Katechizmu Rewolucjonisty*.

Pierwszy z nich, Michaił Bakunin, teoretyk anarchizmu kolektywistycznego, urodził się 30 maja 1814 roku w Priamuchino w Rosji. W połowie XIX wieku popierał ideę zbudowania ogólnosłowiańskiej federacji. Po wydarzeniach Wiosny Ludów, w których brał aktywny udział, przebywał w więzieniach w Saksonii, cesarstwie austriackim oraz Rosji. W latach sześćdziesiątych Bakunin odszedł od heglizmu, rozpoczynając swój

15 Por. T. Białek, *op. cit.*, s. 49–50.

16 Por. B. Hoffman, *op. cit.*, s. 62, 88–90.

17 Por. V. Grotowicz, *op. cit.*, s. 26.

18 Por. J. Kucharzewski, *Od białego caratu do czerwonego. Wyzwalanie ludów*, Warszawa 1999, s. 389.

19 Por. P. Laskowski, *Szkice z dziejów anarchizmu*, Warszawa 2006, s. 223; E. Radziński, *Aleksander II ostatni wielki car*, Warszawa 2005, s. 249.

anarchistyczny etap życia. W centrum jego przekonań znalazły się idee nieograniczonej i niepodzielnej wolności i zniesienia własności prywatnej. której miejsce zająć miały uspołecznione środki produkcji zarządzane przez terytorialne grupy wytwórcze. Twierdził, iż jakiekolwiek ograniczenie człowieka jest jednocześnie ograniczeniem wolności wszystkich innych ludzi. Bakunin pragnął zlikwidować instytucję państwa, które postrzegał jako źródło ograniczeń wolności, aparat przemocy i przyczynę biedy i rozpaczy społeczeństwa[20]. Jak pisał w swym dziele *Państwowość a anarchia*: „jesteśmy wrogami wszelkiej rządowej, państwowej władzy, wrogami ustroju państwowego w ogóle, i sądzimy, że lud może być tylko wówczas szczęśliwy i wolny, gdy sam stworzy swoje życie, gdy sam organizuje się od dołu ku górze poprzez samodzielne i całkowicie swobodne zrzeszenia, bez żadnej oficjalnej kurateli"[21]. Cel ten miał być osiągnięty w drodze rewolucji robotniczej, która miała przynieść też likwidację prawa dziedziczenia własności. Bakunin przez cały czas brał udział w powstaniach europejskich, m.in. w Lyonie w 1871 roku, w Hiszpanii w 1873 roku czy w Bolonii w 1874 roku[22] Zmarł 1 lipca 1876 roku w Szwajcarii[23].

Drugim domniemanym autorem „Katechizmu Rewolucjonisty" jest Siergiej Nieczajew, urodzony w 1847 roku. Nieczajew już w czasie studiów w Moskwie zaczął propagować wyrażać swą nienawiść do rzeczywistości oraz pogląd o nieuchronności rewolucji i o prawie rewolucjonistów do kłamstwa, szantażu czy zabijania[24]. Na przełomie 1868 i 1869 roku Nieczajew usiłował założyć studencką organizację rewolucyjną, która prawdopodobnie nigdy nie powstała[25]. Był to początek licznych mistyfikacji Nieczajewa[26]. W marcu tego samego roku Nieczajew udał się do Genewy na spotkanie z Bakuninem, któremu opowiedział o swej rzeko-

---

20 Por. E. Kundera, M. Maciejewski (red.), *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*…, s. 20–22; P. Laskowski, *op. cit.*, s. 194–195.

21 M. Bakunin, *Państwowość a anarchia*, [w:] *idem*, *Pisma wybrane*, tom II, Warszawa 1965, s. 337.

22 Por. M. Waldenberg, *Prekursorzy Nowej Lewicy. Studia z myśli społecznej XIX i XX wieku*, Kraków 1985, s. 46.

23 Por. http://bakunin.prv.pl/; J. Justyński (oprac.), *Wybór tekstów źródłowych z historii doktryn polityczno-prawnych*, Toruń 1994, s. 157.

24 Por. E. Radziński, *op. cit.*, s. 243–244.

25 Por. P. Laskowski, *op. cit.*, s. 221.

26 Szerzej zob. E. Radziński, *op. cit.*, s. 246–249.

mej ucieczce z twierdzy Pietropawłowskiej, o swych wojskowych wpływach, a ponadto o nieistniejącej w rzeczywistości, wielkiej organizacji rewolucyjnej powstałej w Rosji, która przygotowała już rewolucję[27]. Od Bakunina (oraz Aleksandra Hercena[28]) oczekiwał informacji i pomocy materialnej w przeprowadzeniu owej rewolucji. Opowieści Nieczajewa przemówiły do Bakunina od razu, dając mu nadzieję na zisz czenie jego własnego pragnienia, jakim była rewolucja. Wkrótce obaj pisali liczne odezwy do Młodej Rosji, której adresaci mieli stać się członkami partii rewolucyjnej. Właśnie dla owej partii powstało główne dzieło będące zwieńczeniem odezw – *Katechizm Rewolucjonisty*[29]. W maju 1869 roku Nieczajew powrócił do Rosji z otrzymanym od Bakunina pełnomocnictwem Wszechświatowego Związku Rewolucyjnego, który w rzeczywistości nigdy nie istniał [30]. Niedługo później jeden z członków organizacji Iwan Iwanow nabrał podejrzeń co do istnienia komitetu oraz zaczął jawnie przemawiać przeciwko metodom Nieczajewa, w wyniku czego został zamordowany przez Nieczajewa i jego wspólników. Skutkiem morderstwa Iwanowa było osądzenie osiemdziesięciu czterech członków organizacji, sam Nieczajew natomiast zbiegł do Sankt Petersburga, a następnie do Genewy, gdzie został schwytany przez agentów rosyjskich, a następnie skazany przez Aleksandra II na dożywocie w twierdzy Pietropawłowskiej, gdzie zmarł w 1882 roku[31].

Na podstawie przytoczonych faktów można przyjąć, że powstanie kontrowersyjnego *Katechizmu Rewolucjonisty* było efektem współpracy Nieczajewa z Bakuninem, niezależnie od tego, który z anarchistów był głównym czy też wyłącznym jego autorem. *Katechizm rewolucjonisty* podzielony został na cztery części: stosunek rewolucjonisty do samego siebie, stosunek rewolucjonisty do towarzyszy w dziele rewolucji, stosunek rewolucjonisty do społeczeństwa i stosunek rewolucjonisty do ludu. W części pierwszej opisane zostały cechy, jakimi powinien charakteryzować się rewolucjonista. Przede wszystkim, jak czytamy w paragrafie pierwszym, ma być on przygotowany na ofiarę, pozbawiony własnych interesów, spraw, uczuć, pragnień, własności, a nawet imienia. Powinien

27 Por. P. Laskowski, *op. cit.*, s. 223.
28 Aleksandr I. Hercen (1812–1870), rosyjski myśliciel, pisarz, rewolucyjny.
29 Por. E. Radziński, *op. cit.*, s. 248–249.
30 Por. P. Laskowski, *op. cit.*, s. 223, 226–227.
31 Por. E. Radziński, *op. cit.*, s. 252–255, 471.

wyrzec się jakiegokolwiek związku z ustrojem prawnym, ze wszystkimi prawami, zwyczajami ogólnie przyjętymi i moralnością, a także takich uczuć, jak miłość czy przyjaźń. Nie ma być nastawiony na działania pokojowe, lecz ma burzyć istniejącą rzeczywistość. Powinien być świadomy tego, że toczy walkę na śmierć i życie z państwem, w związku z czym musi być gotowy na tortury bądź śmierć[32]. „Dla niego istnieje jedna tylko rozkosz, pociecha, nagroda i satysfakcja – bezlitosne burzenie. Dążąc z zimną krwią i niezmordowanie do tego celu, powinien być gotów, na własną zgubę i na to, by zniszczyć własnymi rękoma wszystko to, co tamuje dojście do niego"[33]. Ponadto powinien kierować się w swoich działaniach nie względami osobistymi, lecz jedynie po wszechnym interesem rewolucji[34]. W części drugiej, dotyczącej stosunku rewolucjonisty do towarzyszy, czytamy o tym, że „Każdy towarzysz powinien mieć pod ręką ilość rewolucjonistów drugiego i trzeciego rzędu, nie we wszystko wtajemniczonych. Na nich ma patrzeć jak na część ogólnego kapitału rewolucyjnego, oddanego do jego rozporządzania. Powinien ekonomicznie wydawać część swojego kapitału, starając się zawsze wyciągnąć z niego największy pożytek"[35].

W części trzeciej, opisującej stosunek rewolucjonisty do społeczeństwa, podkreślony został obowiązek wrogości: „W celu bezlitosnego burzenia rewolucjonista może, a nawet często powinien, żyć w społeczeństwie, udając, że jest zupełnie nie tym, czym jest w istocie. Rewolucjonista powinien przeniknąć wszędzie, do wszystkich warstw, wyższych i średnich, (…) nawet do Pałacu Zimowego"[36]. Ponadto w części trzeciej zawarta została wizja podziału społeczeństwa na sześć różnych kategorii, z których przytoczyć warto najważniejsze. Otóż do pierwszej należeć mieli ludzie, którzy z uwagi na szkodliwość dla powodzenia rewolucji powinni być skazani na niezwłoczną śmierć, którzy powinni znaleźć się na liście skazanych na śmierć, ułożeni w kolejności według stopnia owej „szkodliwości". Jak czytamy w paragrafie szesnastym *Katechizmu rewolucjonisty*: „Przy układaniu takiej listy i dla ułożenia wymienionego szeregu należy kierować się bynajmniej nie osobistą zbrodniczością człowieka

32 Por. J. Kucharzewski, *op. cit*., s. 389–390.
33 *Ibidem*, s. 390.
34 Por. *ibidem*, s. 390.
35 *Ibidem*, s. 390–391.
36 Por. *ibidem*, s. 391.

ani nawet nienawiścią wzbudzaną przezeń w stowarzyszeniu lub wśród ludu. Ta zbrodniczość i ta nienawiść mogą być nawet poniekąd pożyteczne, sprzyjając wybuchowi buntu ludowego. Należy kierować się miarą pożytku, jaki powinien płynąć z jego śmierci dla sprawy rewolucyjnej. A przeto, powinni być zgładzeni przede wszystkim ludzie szczególnie szkodliwi dla organizacji rewolucyjnej i tacy, których śmierć gwałtowna i przymusowa może rzucić największy postrach na rząd i, pozbawiwszy go rozumnych i energicznych działaczów, zachwiać jego siłę”[37]. Kategorię drugą stanowić mieli ludzie, którym życie darowano jedynie chwilowo, aby poprzez szereg czynów, doprowadzili lud do buntu. Kategoria trzecia to wysoko położone osobistości, korzystające ze względu na swój status z różnych bogactw, wpływów i siły. Należy ich eksploatować wszelkimi sposobami. Jak czytamy dalej, „kategoria czwarta składa się z ambitnych polityków i liberałów różnych odcieni. Z nimi można konspirować według ich programów, udając, że idzie się ślepo za nimi, a tymczasem zgarnąć ich w swe ręce, zawładnąć wszystkimi ich sekretami, skompromitować ich do ostateczności, tak aby cofnięcie się było dla nich niemożliwe, i rękami ich mącić państwo”[38].

Ostatnia, czwarta część tekstu przedstawia stosunek rewolucjonisty do ludu. Czytamy w niej, iż „stowarzyszenie wszelkimi siłami i środkami przyczyniać się będzie do rozwoju i rozpowszechnienia tych klęsk i nieszczęść, które powinny, na koniec, wyprowadzić lud z cierpliwości i skłonić go do powszechnego powstania”. Autor wyjaśnia, że „nie chodzi tu o powstanie, na wzór rewolucji zachodnich (…) lecz o rewolucję, która wyrwie z korzeniem państwo i klasy wyższe”[39]. Ponadto czytamy, iż zadaniem rewolucjonistów jest „namiętne, zupełne, powszechne i bezlitosne niszczenie”[40]. Autor dzieła wskazuje, że rewolucjoniści powinni w swoich działaniach złączyć się ze „zbójecką” częścią ludu, nakierunkowaną przeciwko wszystkiemu, co w jakikolwiek sposób związane jest z państwem. W ostatnim punkcie „Katechizmu Rewolucjonisty” znajdujemy puentę całego dzieła: „Skupić ten świat w jedną niezwyciężoną, wszechniszczącą siłę – oto cała nasza organizacja, konspiracja, zadanie”[41].

37 *Ibidem*.
38 *Ibidem*, s. 392.
39 *Ibidem*, s. 392–393.
40 *Ibidem*.
41 *Ibidem*.

Jak zauważa Piotr Laskowski: „zimne i bezwzględne okrucieństwo tego tekstu było po wielokroć komentowane”[42]. Fakt ten nie powinien dziwić, dzieło to miało bowiem niewątpliwie ogromny wpływ na dalszy rozwój terroryzmu, na co wskazuje m.in. Radosław Antonów, pisząc, iż tekst ów „w zasadniczej części odzwierciedla zasady funkcjonowania współczesnych organizacji terrorystycznych”[43]. Również André Glucksmann, w swej książce *Dostojewski na Manhattanie* będącej analizą nihilizmu jako źródła terroryzmu, przytacza fragmenty *Katechizmu rewolucjonisty*[44]. Jestem więc przekonana, że dzieło to stanowi wyznacznik działania dla wielu współczesnych ugrupowań terrorystycznych, a porady w nim zawarte są niestety do dzisiaj stosowane.

4. „Mini-podręcznik partyzanta miejskiego”

Drugim, równie kontrowersyjnym dziełem, które oddziałuje na współczesne ugrupowania terrorystyczne, jest *Mini-podręcznik partyzanta miejskiego*. Jego autor, Carlos Marighella, urodzony 5 grudnia 1911 roku w Bahii w Brazylii[45], był brazylijskim politykiem zasiadającym w Kongresie Federalnym jako poseł, a następnie wydawcą dziennika Komunistycznej Partii Brazylii – „Problemas”. W 1964 roku, po przewrocie wojskowym w Brazylii, Marighella wraz z towarzyszami sprzeciwił się strategii partii komunistycznej, która współpracowała z reżimem. W sierpniu 1967 roku opozycjoniści udali się na Kubę, by wziąć udział w konferencji Organizacji Solidarnej Ameryki Łacińskiej (OLAF). Tam Marighella napisał list do Fidela Castro[46], w którym zadeklarował wybór drogi wojny partyzanckiej mającej być według niego jedynym skutecznym sposobem na zjednoczenie Brazylii. Uważał, że w tak rozległym kraju, jakim jest Brazylia, naj-

42 P. Laskowski, *op. cit.*, s. 226.

43 R. Antonów, *Ku lepszemu życiu. Terroryści o swoich zasadach*, [w:] A. Zduniak (red.), *Edukacja nieustająca wyzwaniem społeczeństwa informacyjnego. Edukacja XXI wieku 20*, Poznań 2010r., s. 371.

44 Szerzej zob. A. Glucksmann, *Dostojewski na Manhattanie. Książka o źródłach globalnego nihilizmu*, Warszawa 2003, s. 104–105.

45 http://www.carlos.marighella.nom.br/vida.htm.

46 Na temat Fidela Castro – szerzej zob. R. Tokarczyk, *Współczesne doktryny polityczne*, Warszawa 2008, s. 236–237.

większe skutki przyniosą działania podjęte w dużych miastach, a nie na wsiach, przekształcając tym samym ideę partyzantki wiejskiej stosowanej na Kubie w partyzantkę miejską, bardziej odpowiednią dla Brazylii. 25 września 1968 Marighella opublikował swój manifest w jednym z największych wówczas dzienników – „Jornal de Brasil", a rok później, swoje poglądy dotyczące sposobu walki o zjednoczenie przedstawił w *Mini-podręczniku partyzanta miejskiego*. Krótko po tym, 4 listopada 1969 roku zginął w zasadzce policyjnej w São Paulo[47].

Ze względu na trudność w dotarciu do książkowej publikacji *Mini-podręcznika partyzanta miejskiego* posiłkować się będę jego multimedialnym wydaniem. Już we wprowadzeniu odnajdziemy dość kontrowersyjny pogląd autora, iż bycie terrorystą nabrało w związku z walkami w Brazylii nowego znaczenia, stając się według niego pozytywną cechą, która nie dyskredytuje, ale wręcz uszlachetnia[48]. Cały tekst podzielony jest na 38 części, z których każda zawiera wskazówki dotyczące poszczególnych aspektów związanych z osobą partyzanta. W części pierwszej, poświęconej definicji partyzanta miejskiego, autor wskazuje, że partyzantem jest osoba zwalczająca dyktaturę wojskową za pomocą broni i niekonwencjonalnych metod, jednocześnie odróżniając go od zwykłego zbrodniarza. Zbrodniarze, według Marighelli, atakują bowiem zarówno wyzyskujących, jak i wyzyskiwanych, natomiast celami partyzantów są jedynie wielcy kapitaliści, imperialiści i rząd. Równocześnie, zagrożeniem zarówno dla partyzantów, jak i dla zbrodniarzy są kontr-rewolucjoniści, wyrządzający liczne zbrodnie obywatelom przeciwstawiającym się reżimowi. Ponadto, jak czytamy: „partyzant miejski jest niepr zejednanym wrogiem reżimu i systematycznie stwarza niebezpieczeństwo dla władz i dla ludzi, co dominują w kraju i sprawują władzę. Pierwszym zadaniem partyzanta miejskiego jest odwrócić, zetrzeć i zdemoralizować reżim wojskowy i jego siły represyjne, a także atakować i niszczyć dobra i własność zagranicznych menedżerów i brazylijskiej klasy wyższej. Partyzant miejski nie obawia się demontować i niszczyć obecnego brazylijskiego systemu gospodarczego, politycznego i społecznego, dla niego celem jest pomoc partyzantom wiejskim i pomoc w tworzeniu całkiem nowej i rewolucyjnej struktury społecznej i politycz-

47 Por. B. Zasieczna (red.), *Encyklopedia terroryzmu*, Warszawa 2004, s. 153–154, 420–421.

48 Por. C. Marighella, Mini-podręcznik partyzanta miejskiego, b.m.w. 1969, dostępne na stronie internetowej: http://www.geocities.ws/che_lbc/027podrecznik.htm [odczyt: 02.10.2012].

nej z uzbrojonym ludem u władzy”[49]. Kolejna część podręcznika opisuje cechy osobiste partyzanta, do których obok odwagi, stanowczości i inteligencji należą także bycie dobrym strzelcem i pomysłowość oraz przezorność. Ponadto Marighella wskazuje, za każdy partyzant powinien „mieć w sobie inicjatywę, mobilność i elastyczność, jak również wszechstronność i opanowanie w każdej sytuacji”[50].

Dalej autor skupia się na tym, jak ma żyć partyzant miejski. Przede wszystkim powinien on unikać odmienności i wyróżniania się z tłumu, ponadto powinien mieć zdolność do obserwacji, musi być także dobrze poinformowany, w szczególności powinien znać każdy ruch wroga. Jak pisze Marighella, priorytetem partyzanta winna być walka o wywłaszczenie, skierowana przede wszystkim ku dwóm celom: „1. fizycznemu eliminowaniu przywódców i pomocników sił zbrojnych i policji; 2. ekspropriacji rządowych zasobów i dóbr należących do bogatych biznesmenów, wielkich właścicieli ziemskich i imperialistów, z użyciem małych ekspropriacji na utrzymanie poszczególnych partyzantów, a wielkich ekspropriacji na utrzymanie samej organizacji rewolucyjnej”[51].

Dalej Marighella pisze o niezbędnym przygotowaniu technologicznym partyzanta miejskiego, na które składa się zarówno troska o kondycje fizyczną, jak i nauka zawodów i różnego rodzaju umiejętności, głównie manualnych, takich wspinaczka, nur kowanie, pilotaż czy prowadzenie samochodu. Należy też „znać się na mechanice, radiu, telefonie, elektryczności i mieć pewną wiedzę o technologii elektroniki”[52]. Marighella podkreśla jednak, że podstawowym aspektem przygotowania partyzanta jest umiejętność posługiwania się różnorodną bronią, której to autor poświęca kolejną część podręcznika, wskazując na przewagę broni lekkiej i wymieniając jej przykładowe rodzaje[53]. Marighella poświęca dużo miejsca umiejętnościom strzeleckim, co jest niezwykle istotne, gdyż jak uważa lewicowy radykał, partyzant miejski „(…) to jest snajper em, rodzajem samotnego bojownika nieodzownego w izolowanych akcjach”[54].

---

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 Por. *ibidem*.

54 *Ibidem*. Marighella wymienia nie tylko właściwe cechy partyzanta, ale w przedostatniej części publikacji wymienia jego „siedem grzechów”, tzn. niedoświadczenie, „chwalenie się akcjami, które podjął, i rozpowiadanie o nich na lewo i prawo, próż-

Kolejną część autor poświęca organizacji partyzantów, którzy według niego powinni tworzyć małe grupy. Zespoły składające się z maksymalnie pięciu osób nazywać się mają grupami ogniowymi, natomiast co najmniej dwie grupy ogniowe, oddzielone od innych i kierowane przez jedną lub dwie osoby miałyby tworzyć zespół ogniowy. Marighella wskazuje, że mimo iż zadania planowane przez dowództwo strategiczne powinny być wykonywane jako pierwsze, to równocześnie niezwykle istotną kwestią jest inicjatywa grup ogniowych. Dalej autor wyjaśnia jak rozumiana może być logistyka partyzanta, wskazując, że o ile logistyka partyzanta wiejskiego konwencjonalna i sprowadza się do zabezpieczenia żywności, paliwa, wyposażenia i amunicji, o tyle gdzie logistyka partyzantów miejskich jest w porównaniu z tą pierwszą niekonwencjonalna i sprowadza się do środków i zasobów, które autor wymienia hasłowo: mechanizacja, pieniądze, broń, amunicja i materiały wybuchowe. Następnie Marighella wskazuje cechy charakterystyczne taktyki partyzantów miejskich, do których należą: agresywność jednoznaczna z prowadzeniem taktyki ofensywnej, stosowanie taktyki ataku i wycofania się[55].

W kolejnych częściach „Mini-podręcznika partyzanta miejskiego" autor wskazuje i szczegółowo opisuje elementy składające się na uzyskanie wstępnej przewagi przez partyzanta miejskiego, do których należą: zaskoczenie, znajomość terenu starcia, posiadanie większej szybkości niż policja i lepszej służby informacyjnej oraz kontrolowanie sytuacji i wykazywanie dużej stanowczości[56]. Marighella szczegółowo wymienił cele partyzantki miejskiej w Brazylii, z których wymienić tutaj wypada jedynie te, które informują o preferowanych przez autora metodach walki: „A takowanie każdego obszaru małymi różnymi grupami zbrojnymi, małych rozmiarów, przy czym każda jest oddzielna i działa niezależnie, aby rozproszyć siły rządowe"; „Zwiększanie akcji partyzantki miejskiej stopniowo w nie kończącą się liczbę niespodziewanych napadów"; „Zmuszenie armii i policji, ich dowódców i ich pomocników, do zmiany względnego komfortu i spokoju w ich koszarach i ich zwykłego spoczynku w stan strachu i rosnącego napięcia w oczekiwaniu na atak albo w poszukiwaniu śladów tych,

ność", „przecenianie swojej siły i podejmowanie akcji, do których jeszcze brakuje mu wystarczających sił i wymaganej infrastruktury", pośpieszne działanie, atakowanie wrogów, kiedy oni są najbardziej wściekli, „brak planowania spraw i działanie żywiołowe" – *ibidem*.

55 Por. *ibidem*.

56 Szerzej zob. *ibidem*.

co znikają bez śladu"; „Unikanie otwartej walki i decydującego starcia z rządem, ograniczając walkę do krótkich, raptownych ataków z błyskawicznymi rezultatami"; „Zapewnienie sobie maksimum swobody ruchu i działania, niekiedy nie rezygnując ze stosowania akcji zbrojnej, pozostając twardo zorientowanymi na dopomożenie kształtowaniu partyzantki wiejskiej i wspieranie budowy rewolucyjnej armii na rzecz wyzwolenia narodowego"[57]. Zauważyć od razu wypada, że metody terrorystyczne nie są jedynymi, jakich stosowanie Marighella postuluje. Mają one bowiem stanowić swoisty punkt wyjścia i dominować do czasu stworzenia „armii rewolucyjnej", która umożliwi otwartą walkę. Dodać trzeba, że autor nie wspomina o konieczności zastraszania ludności cywilnej, czyniąc jedynie wyjątek – o czym jeszcze będzie mowa – dla jego zdaniem propagandowo uzasadnionych porwań znanych osób oraz turystów.

Marighella wymienia następnie czternaście rodzajów zadań, jakie mogą być podjęte przez partyzantów. Pierwszym z nich są zamachy, które autor ujmuje jako „zbrojne ataki, które robimy dla ekspropriacji funduszów, uwalniania więźniów, zdobywania materiałów wybuchowych, karabinów półautomatycznych i innych typów broni i amunicji"[58], zaznaczając przy tym, że korzystniej jest przeprowadzać je w nocy. Drugim rodzajem działań są najazdy, czyli „raptowne ataki na instytucje ulokowane w sąsiedztwie czy nawet w centrum miasta, takie jak małe jednostki wojskowe, komisariaty, szpitale, aby wywołać kłopoty, przejąć broń, ukarać i sterroryzować wroga, wziąć odwet albo uratować rannych więźniów albo trzymanych w szpitalu pod strażą policyjną. Najazdy i wdzieranie się są także przeprowadzone na garaże i zajezdnie, by niszczyć pojazdy i uszkadzać instalacje, szczególnie jeśli są one własnością północnoamerykańskich firm czy instytucji"[59]. Trzeci rodzaj zadań to okupacje, mające przede wszystkim znaczenie propagandowe i będące „rodzajem ataku przeprowadzanego, kiedy partyzant miejski stacjonuje w szczególnych instytucjach i miejscach w czasowej akcji przeciw wrogowi albo w jakimś celu propagandowym. Okupacje fabryk i szkół w czasie strajków albo w innym czasie są metodą protestu lub odwracania uwagi wroga. Okupacja radiostacji jest dla celów propagandowych"[60]. Innym działaniem, jakie może podjąć partyzant,

57 *Ibidem*.
58 *Ibidem*.
59 *Ibidem*.
60 *Ibidem*.

jest przygotowywanie zasadzek na wroga. Jako kolejne sposób działania partyzantów, Marighella wskazuje taktykę uliczną, wykorzystującą wszak wsparcie ludności zwróconej przeciwko aparatowi imperialistycznego państwa, oraz strajki i przerwy w pracy, o których autor pisze: „Partyzant miejski musi przygotować strajk w taki sposób, żeby nie zostawić żadnego śladu czy tropu, który może zidentyfikować przywódców takiej akcji (…) W strajkach czy zwykłych przerwach w pracy partyzant miejski musi uciekać się do okupacji czy wdzierania się w dane miejsce, albo może po prostu dokonać najazdu. W tym wypadku jego celem jest wzięcie jeńców, na przykład agentów wroga, żeby zaproponować wymianę ich na aresztowanych strajkujących (…) Podstawowym faktem jest to, że wróg ponosi straty, jak również doznaje uszczerbku materialnego i moralnego, i jest osłabiony przez tę akcję”[61]. Marighella duże znaczenie przywiązuje też do sabotażu[62] dywersji jako osobnych formy działania, obejmujących również akcje w bazach wojskowych czy zakładach karnych, mające na celu zdobycie amunicji, materiałów wybuchowych, uwolnienie więźniów czy oswobodzenie partyzantów[63].

Dziewiątą wymienianą przez autora formą walki partyzanckiej są egzekucje wymienionych przezeń kategorii osób: „zagranicznego szpiega, agenta dyktatury, policyjnego kata, osobistości z dyktatorskiego rządu zamieszanej w zbrodnie i prześladowania przeciw patriotom, naiwniaka na stołku, informatora, policyjnego agenta czy prowokatora”[64]. Widzimy tu więc bezpośrednie nakłanianie do stosowania zbrodni w działaniu partyzantów, co niewątpliwie uwidacznia się także w działaniach współczesnych terrorystów. Marighella jako zupełnie dopuszczalne, a nawet godne poparcia, traktował porwania szpiegów, osobistości politycznych czy znanych wrogów partyzantki. Głównym ich celem miała być wymiana zakładników za schwytanych rewolucjonistów bądź wymuszanie zaprzestania stosowania tortur wobec pojmanych towarzyszy. Autor wskazywał także korzyści płynące z porwań znanych artystów czy sportowców, a także turystów, które mogą przyczynić się do propagowania celów partyzantki wśród społeczeństwa[65]. W kolejnej części „podręcznika”

61 *Ibidem*.
62 Marighella wyróżniał trzy rodzaje sabotażu: izolowany, rozproszony oraz ogólny.
63 Por. *ibidem*.
64 *Ibidem*.
65 Por. *ibidem*.

Marighella bezpośrednio uznał terroryzm za pożądaną metodę działania partyzantów, której rewolucjonista nigdy nie powinien odrzucać. Polegać miała ona głównie na podkładaniu bomb i materiałów wybuchowych w celu spowodowania nieodwracalnych strat u wroga. Ponadto akt terrorystyczny obejmować mógł także egzekucje i systematyczne palenie instalacji czy posiadłości[66]. Ostatnimi dwoma formami działania wskazanymi przez autora są propaganda zbrojna oraz wojna psychologiczna prowadzona z wykorzystaniem massmediów do rozprzestrzeniania fałszywych informacji w celu wywołania niepewności po stronie rządu[67].

Ostatnią kwestią podjętą przez Marighellego jest wsparcie partyzantów przez „lud". Partyzanci powinni wykorzystywać wszelkie negatywnie postrzegane przez społeczeństwo posunięcia rządu poprzez wyeksponowanie ich i krytykę, by w ten sposób zyskać sobie przychylność ludności. Ponadto Marighella pisze, iż „rolą partyzanta miejskiego w celu zdobycia poparcia ludności jest kontynuować walkę, pamiętać o interesach ludu i nasilać sytuację kryzysową, w której rząd musi działać. (…) Partyzant miejski jest zaangażowany w akcję rewolucyjną dla ludu i szuka uczestnictwa ludu w walce przeciw dyktaturze i o wyzwolenie kraju"[68].

Po przeanalizowaniu tekstu *Mini-podręcznika partyzanta miejskiego* nietrudno dostrzec podobieństwa pomiędzy opisywanymi przez Marighellego metodami działania partyzantów miejskich a działaniem współczesnych terrorystów. Wskazane przez tego autora metody działań takie jak egzekucje, zamachy czy porwania są jednymi z podstawowych środków wykorzystywanych dziś przez grupy terrorystyczne. Ponadto warto zwrócić uwagę na fakt, iż *Mini-podręcznik partyzanta miejskiego* stał się bezpośrednią inspiracją dla działania niemieckiej Frakcji Czerwonej Armii[69], na co wskazuje Bronon Hołyst, pisząc, iż w czasie formowania się owej grupy „na scenie ulicznej krążyła broszura Carlosa Marighelli,

66 Por. *ibidem*.

67 Por. *ibidem*.

68 *Ibidem*.

69 Frakcja Czerwonej Armii – ugrupowanie powstałe w 1968 r. w Republice Federalnej Niemiec na fali strajków studenckich, którego przywódcami byli Andreasa Baadera i Ulrike Meinhof. Organizacja stała się z czasem jedną z najniebezpieczniejszych grup terrorystycznych w Europie, charakteryzowała się niejasną ideologią, na którą składały się poglądy marksizmu i maoizmu. Szerzej zob. R.M. Barnas, *Terroryzm od Asasynów do Osamy bin Ladena*, Wrocław 2001, s. 93–96; V. Grotowicz, *op. cit.*, s. 57–115.

która wywarła wpływ na logistykę działania grupy"[70]. Bruce Hoffman także zwraca uwagę, że Marighella w swej publikacji nawoływał do terrorystycznej taktyki. Wskazuje przy tym, iż ten lewicowy aktywista był świadomy negatywnych konotacji związanych z pojęciem „terroryzm", dlatego też nazywał siebie i swych uczniów „miejskimi partyzantami", choć w rzeczywistości w pełni zasługiwali oni na miano „miejskich terrorystów"[71]. Hoffman podkreśla, iż Marighella próbował przypisać „terroryzmowi" pozytywne znaczenie, pisząc: „słowa »agresor« i »terrorysta« nie znaczą już tego, co dawniej. Zamiast wzbudzać lęk, czy potępienie stanowią raczej wezwanie do działania. Nazwa agresora i terrorysty jest obecnie w Brazylii honorem dla każdego obywatela, oznacza bowiem, że walczy on z karabinem w dłoni z potwornością dyktatury i z cierpieniem przez nią spowodowanym"[72].

6. Zakończenie

W mojej pracy skupiłam się na analizie dwóch tekstów – *Katechizmu Rewolucjonisty* i *Mini-podręcznika partyzanta miejskiego*. Myślę, że udało mi się wykazać, iż mogły one być i rzeczywiście były źródłem inspiracji dla późniejszych grup terrorystycznych. Oba teksty, mimo iż pochodzą z różnych okresów, prezentują zbliżone poglądy zachęcające do wykorzystywania różnorodnych form przemocy, a nawet zbrodni, jako najlepszych metod dla realizacji określonych celów. Przekonania te przejawiają się także w działaniach współczesnych terrorystów, dlatego też sadzę, iż śmiało można powiedzieć, że oba „dzieła" wywarły wpływ na rozwój terroryzmu.

---

70 B. Hołyst, *op. cit.*, t. I., s. 666. Na to, że Baader i Meinhof inspirację czerpali z dzieła Marighelli, wskazują również W. Dietl, K. Hirschmann, R. Tophoven, *Terroryzm*, Warszawa 2009, s. 72.

71 Por. B. Hoffman, *op. cit.*, s. 27.

72 C. Marighella, *For the Liberation of Brazil*, Harmondsworth 1971, s. 62, 89; cyt. za:.B. Hoffman, *op. cit.*, s. 27.

Nina Baranowska

Ekonomiczna analiza odpowiedzialności odszkodowawczej

Ekonomiczna analiza prawa[1] poprzez zastosowanie teorii i metod ekonomicznych stara się wyjaśnić str ukturę prawa oraz jego instytucje, a także dokonać analizy skutkó w określonych rozwiązań prawnych[2]. Prawo jako obiekt badań L&E nie jest trakto wane jako element występujący poza systemem ekonomicznym, ale jako jego cz ęść. Dzięki narzędziom ekonomicznym można dokonać analizy rozwoju określonych rozwiązań prawnych oraz ich skutkó w[3]. Różnorodność spraw, które można badać za pomocą metod ekonomicznych, upoważnia do stwierdzenia, że L&E może być z powodzeniem stosowana w całym obszarze prawa. Narzędzia ekonomiczne mogą być znajdują wykorzystywane do badania gałęzi prawa odnoszących się w sposób jednoznaczny do zagadnień ekonomicznych, chociaż znajdują one zastosowanie również do badania prawa konstytucyjnego czy karnego.

1 W polskiej doktrynie najczęściej pojęcie *Economic Analysis of Law*, inaczej *Law & Economics* (w skrócie: L&E) określa się mianem ekonomicznej analizy prawa, aczkolwiek można się spotkać także z określeniami „ekonomiczna teoria prawa" czy też „prawo i ekonomia".

2 C. Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, [w:] N. Mercuro (ed.), *Law and Economics*, Boston 1989, s. 125.

3 L. Balcerowicz, *Systemy gospodarcze. Elementy analizy porównawczej*, Warszawa 1993, s. 8.

Przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej zostały jako jedne z pierwszych z powodzeniem zanalizowane przez zastosowanie narzędzi ekonomicznych. W odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej rozważania ekonomicznej analizy prawa skupiają się na tym, w jaki sposób zasada odpowiedzialności wpłynie z jednej strony na zachowanie potencjalnego sprawcy, z drugiej strony – potencjalnego skrzywdzonego czy poszkodowanego.

Teoria ekonomii zakłada dwa różne sposoby podejścia do prawa: deskryptywny i normatywny. Pierwszy koncentruje się na efektach obowiązujących zasad prawnych, czyli bada – w odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej – jaki jest wpływ zasad odpowiedzialności na liczbę wypadków drogowych, możliwość kompensacji szkód czy koszty procesu. Zakłada się przy tym, że podmioty zachowują się racjonalnie, to znaczy –przewidują konsekwencje swojego zachowania i kierują nim tak, aby zwiększyć zyski. Dzięki takiemu założeniu możliwe jest określenie wpływu reguł prawa na zachowanie jednostek. Drugie podejście – normatywne, odnosi się do społecznej celowości reguł prawnych. Stawia pytanie, czy przepisy regulujące odpowiedzialność za wypadki drogowe są społecznie pozytywne. Dana reguła prawa będzie uznawana za nadrzędną nad inną, jeśli przyniesie zwiększenie dobrobytu społecznego, przy czym w zależności od tego, jakie kryterium zostanie przyjęte, za najkorzystniejsze mogą być uznane różne regulacje prawne[4].

Uznaje się, jak dowodził już Bentham, że na dobrobyt społeczny składa się suma dobrobytu każdej jednej indywidualnej jednostki w społeczeństwie. Jeśli więc jej dobrobyt jednostki rośnie, tym samym wzrasta dobrobyt społeczny[5]. Na powodzenie konkretnej jednostki wpływa wszystko to, na czym jej zależy, zarówno korzyści materialne, jak i poczucie spełnienia, bezpieczeństwa czy sprawiedliwości. Miarą dobrobytu społecznego może być również jednakowy poziom powodzenia jednostek, co oznacza, że dobrobyt społeczeństwa jest wyższy, kiedy jednostkom wiedzie się na podobnym poziomie[6]. Badaniem wyborów społecznych zajął się Vilfredo Pareto, według którego efektywność optimum w społeczeństwie zachodzi wówczas, gdy nie można wzbogacić jednostki bez pogarszania sytuacji innej [7].

---

4 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge 2004, s. 1–5.

5 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford 1907.

6 *Ibidem*, s. 2–3.

7 *Ibidem*, s. 23; H.B. Schafer, C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2004, s. 22.

Ekonomiści zwracają również uwagę na fakt, że ludzie mają nieograniczone potrzeby, natomiast ograniczone środki. Prowadzi to do szczególnego skupienia się ekonomii na kwestii rzadkości dóbr, która jest podstawą ekonomicznego myślenia.

Rozważania dotyczące ekonomicznej teorii odpowiedzialności odszkodowawczej muszą być prowadzone w oparciu o podstawowe koncepcje w obszarze L&E: m.in. założenie o racjonalności jednostek, twierdzenie Coase'a czy założenie o kosztach transakcyjnych. Aby móc badać zjawiska społeczne, ekonomiści konstruują założenia, co następnie umożliwia im tworzenie koncepcji. Założenia pozwalają skupić się, za pomocą abstrakcji, w danym momencie tylko na kilku kwestiach, lecz w praktyce często prowadzi do nienaturalnego uproszczenia rzeczywistości[8]. Nie mają one jednak na celu wiernego odtworzenia rzeczywistości, a lepsze poznanie mechanizmów, które sterują społeczeństwem. Założenia opierają się na prawdopodobieństwie, a nie pewności wystąpienia danego stanu.

Dla ekonomicznej analizy przepisów prawa niezbędne jest rozróżnienie dwóch pojęć: „niepewności" i „ryzyka". Ryzyko ujęte jest jako statystyczne prawdopodobieństwo, które może być oszacowane, a tym samym ubezpieczone. Z kolei niepewność jest niewiadomą przyszłości; wyraża coś, co może się zdarzyć w kolejnej minucie i czego nie da się przewidzieć. Ekonomiczna analiza prawa posługuje się pojęciem ryzyka.

Cele stawiane przez L&E prawu odpowiedzialności mają przełożenie na postulaty kierowane do ustawodawcy i sądu stosującego prawo. Uregulowania prawne powinny dać odpowiedzieć na trzy zagadnienia: jakie szkody powinny być wynagrodzone, jakimi środkami powinno to nastąpić oraz jaki powinien być zasięg odpowiedzialności. Prawa deliktów, a zwłaszcza konkretnych przepisów opierających się na określonej zasadzie odpowiedzialności, nie można analizować w oderwaniu od celu oraz środków, jakimi powinno posługiwać się prawo[9]. Widać to wyraźnie w przypadku zasady ryzyka, niezależnej od winy, w której przepisy ustawy wyznaczają granice odpowiedzialności i nakładają ją w konkretnym zakresie na osobę, która niekoniecznie jest bezpośrednim sprawcą szkody[10].

---

8 A.M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, New York 2003, s. 2–6.

9 H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 110.

10 Np. odpowiada posiadacz pojazdu, nie kierowca; zajmujący pomieszczenie, a nie wyrzucający przedmiot.

Aby spojrzeć na prawo deliktów w sposób kompleksowy, nie można sprowadzać odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie do kompensacji szkody osoby pokrzywdzonej, jednocześnie traktując prewencję jako zagadnienie poboczne. Zwolennicy ekonomicznej analizy prawa pr zekonują, że kwestia zapobiegawcza powinna być wysunięta na pier wszy plan. Jeśli chodziłoby wyłącznie o kompensację szkód, z powodzeniem przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej mogłyby być zastąpione przez pełny system ubezpieczeń[11]. Choć takie twierdzenie jest dość abstrakcyjne, to jednak można dojść do wniosku, że ubezpieczenia byłyby systemem łatwiejszym i prostszym do stosowania. Wynika z tego następny wniosek, a mianowicie, że zapłata odszkodowania nie prowadzi do usunięcia szkody, a jedynie do przeniesienia kosztów jej poniesienia na inną osobę, na którą została nałożona odpowiedzialność[12]. Naprawienie szkody nie powoduje przywrócenia stanu poprzedniego, a w związku z powstaniem szkody społeczeństwo jako całość i tak odnosi uszczerbek. Zmienia się tylko podmiot, który szkodę pokrywa.

Należy zgodzić się z Guidem Calabresim, który podkreślał, że wypadków nie da się wy eliminować. Społeczeństwa praktycznie cały czas podejmują decyzje, któr e prowadzą do r óżnego rodzaju wypadków. W celu zwiększenia komfortu życia ludzie często działają ryzykownie, nie oglądając się na niebezpiecz eństwo, jakie niosą udogodnienia i rozwój techniczny. Na pierwszy plan wysunięty jest komfor t, szybkość i efektywność[13]. Calabresi podkreśla, że zapewnienie pełnego bezpieczeństwo za dużo kosztuje. Pewne niebezpieczne zachowania mogą być oczywiście wyeliminowane wskutek zakazów prawnych, ale takie rozwiązanie uniemożliwiłoby normalne funkcjonowanie społeczeństwa[14].

---

11 *Ibidem*, s. 111.

12 *Ibidem*.

13 Jako przykłady można podać pr zyspieszenie rozwoju przedsiębiorstwa poprzez wprowadzanie nowych technologii, mechanizacja procesów produkcji, konstruowanie pojazdów osiągających coraz większą prędkość.

14 G. Calabresi, *The Decision for Accidents: an Approach to Non-fault Allocation of Costs*, Harvard Law R eview 1965, t. 78, nr 4, s. 716–717. Autor wskazuje, że kwestię niebezpiecznych działań musi r ozwiązać rynek. Za przykład może posłużyć budowa tunelu pod M ount Blanc, który ma ułatwić i skrócić podróż pomiędzy Francją a Włochami. Decyzja o budowie takiego połącz enia zostanie podjęta, naw et jeśli wiadomo, że statystycznie co kilometr tunelu umr ze człowiek. Społeczeństwa podejmują działania, mimo że wiedzą, że spowodują one wypadki. Oczywiście chodzi tu o statystyczną liczbę wypadków, gdyż w przypadku gdy chodzi o konkretnego człowieka, inni są w stanie zrobić wszystko, bez względu na koszty, aby go uratować.

Prawo skupia się na kompensacji szkody i przesunięciu kosztów wypadku z poszkodowanego na sprawcę, jednak trzeba otwarcie powiedzieć, że celem odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest ukaranie sprawców szkody[15]. Ekonomiczna analiza prawa nie traktuje przepisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej wyłącznie z punktu widzenia kompensacji szkody, lecz próbuje znaleźć takie rozwiązania, które zminimalizują koszty.

Według Calabresiego występują trzy rodzaje kosztów związanych ze szkodą: pierwszorzędne, drugorzędne i trzeciorzędne. Społecznym celem odpowiedzialności odszkodowawczej jest ich zminimalizowanie[16]. Na pierwszym miejscu Calabresi stawia koszty wyrażające wartość szkody poniesionej przez ofiarę wypadku, czyli m.in. koszty leczenia, utratę zysków, cierpienie; przy czym, jak można zauważyć, nie musi być to bezpośrednio szkoda pieniężna. Nie oznacza to, zdaniem autora, że kosztów należy unikać w każdym przypadku, niezależnie od tego, ile takie uniknięcie będzie kosztować. Takie podejście stara się tłumaczyć koncepcją optymalnej troski – uniknięcie szkody będzie opłacalne, jeśli koszty samego uniknięcia nie przekroczą kosztów poniesienia szkody. Pod uwagę powinien zostać wzięty również optymalny poziom aktywności. Drugi rodzaj kosztów wynika z niedostatecznego naprawienia szkód osobie pokrzywdzonej, co jest związane z jej cechami osobistymi i rozproszeniem ryzyka[17]. Koszty trzeciorzędne dotyczą regulowania kosztów pierwszego i drugiego stopnia (koszty administrowania, koszty procesowe, obsługi prawnej). Calabresi proponuje dwie metody, które mogłyby obniżyć koszty: odstraszanie poprzez obciążenie kosztami wypadków sprawcę (co niekoniecznie musi być skuteczne zwłaszcza, gdy sprawca pozostaje obojętny na nałożone na niego koszty) oraz odstraszanie szczególne, które ma celu bezpośrednie wpływanie na zachowanie niebezpieczne (np. zakaz przekraczania prędkości)[18].

Ekonomiści stawiają odpowiedzialności odszkodowawczej cel, jakim jest internalizacja kosztów szkody. Ponieważ koszty są traktowane jako element zewnętrzny, należy je „uwewnętrznić" poprzez obowiązek naprawienia szkody przez sprawcę. Poszczególne zasady odpowiedzialności

15 W tym zakresie właściwe będą przepisy prawa karnego.

16 H. B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, 113.

17 *Ibidem*, s. 117–121.

18 J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, Bank i Kredyt, 2007, nr 10, s. 60.

są traktowane jako „sposób na zinternalizowanie efektów zewnętrznych, które powstają ze względu na wysokie koszty transakcyjne"[19]. Trzeba podkreślić, że przy deliktach występują wysokie koszty transakcyjne – strony nie mogą negocjować, zazwyczaj się nie znają, a okoliczności powodujące szkody występują nagle. Prawo ma więc za zadanie zinternalizować powstałe koszty i w zależności od danej reguły prawnej może zrobić to w różny sposób. Społecznym celem przy regulowaniu odpowiedzialności odszkodowawczej jest zminimalizowanie sumy kosztów staranności oraz kosztów wypadków, nazywanych całkowitym kosztem społecznym[20].

Podstawą rozważań o kosztach transakcyjnych i ich wpływie na prawo jest twierdzenie Coase'a. W ciekawy sposób twierdzenie Coase'a ujął Mitchell Polinsky. Przedstawił on sytuację, w której dym z fabryki niszczy pranie pięciu pobliskim mieszkańcom. Bez podejmowania żadnych działań, każdy z nich odniesie szkodę w wysokości 75 $, czyli łącznie 375 $. Dym może być jednak wyeliminowany poprzez albo założenie katalizatora w fabryce za 150 $ albo zakupienie przez każdego mieszkańca suszarki elektrycznej o koszcie 50 $ za sztukę. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że efektywnym, optymalnym rozwiązaniem byłoby wyeliminowanie szkód (375 $) poprzez zainstalowanie katalizatora (150 $), niż zakup pięciu suszarek (250 $). Coase badał jednak, jak zmieni się efektywność rozwiązania w zależności od tego, czy prawo do zanieczyszczania będzie miała fabryka, czy też prawo do czystego powietrza będzie należeć do mieszkańców. W zależności od istnienia kosztów transakcyjnych (koszt zebrania się stron, negocjowania, ewentualnego procesu czy skłonienia drugiej strony do wykonania ustaleń) można wysunąć dwie wersje twierdzenia Coase'a: uproszczoną i złożoną. Zgodnie z wersją uproszczoną, przy nieistnieniu kosztów transakcyjnych efektywny rezultat pojawi się niezależnie od wybranej reguły prawa. Jeśli koszty transakcyjne będą zerowe dla obydwu stron korzystne będzie założenie katalizatora za 150 $. W tym przypadku wybór reguły prawa wpłynie wyłącznie na to, kto będzie musiał pokryć szkodę (mieszkańcy – jeśli fabryka ma prawo do zanieczyszczania, czy fabryka – gdy mieszkańcy mają prawo do czystego powietrza). Prawo będzie więc redystrybuować zyski i straty. Oczywiście założenie, że nie występują żadne koszty transakcyjne, w większości sytuacji jest nierealne i dlatego twierdzenie Coase'a w drugiej wersji będzie

19 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2009, s. 393.

20 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis…*, s. 178.

sformułowane inaczej. Zgodnie z nią, jeśli występują koszty transakcyjne, efektywny rezultat niekoniecznie pojawi się przy zastosowaniu każdej reguły prawa. Należy więc skłaniać się ku wyborze takiej reguły, która zmniejszy dodatkowe koszty. Twierdzenie Coase'a może stanowić przewodnik albo chociaż wskazówkę, jakie reguły prawa wybrać, aby można było mówić o efektywności. Należy jednak zauważyć, że wybór reguły prawa nie zawsze doprowadzi do najmniej kosztownych rozwiązań[21].

W związku z tym odpowiedzialność odszkodowawcza ma na celu tworzenie bodźców do efektywnego zachowania tak, aby nie dopuścić do powstania zbyt wysokich kosztów. Przez „odstraszanie" od podejmowania działań niebezpiecznych prawo może zminimalizować prawdopodobieństwo wystąpienia wypadków, a tym samym kosztów, przy czym całkowita ich eliminacja, jak już stwierdzono, nie jest możliwa. Podejmowanie działań, które mogą przynieść szkodę, jest często niezbędne dla normalnego życia.

Podstawowe znaczenie dla L&E w zakresie prawa deliktów ma sposób, w jaki funkcjonują zasady odpowiedzialności odszkodowawczej. Uwaga skupia się głównie na dwóch zasadach: winy i ryzyka, z różnymi ich odmianami. Należy zaznaczyć, że nie każde spowodowanie szkody uruchomi odpowiedzialność odszkodowawczą. Do tego potrzebne są szczegółowe regulacje prawne, które wskażą, w jakich przypadkach istnieje obowiązek naprawienia szkody, a w jakich nie. Systemy prawne różnych państw samodzielnie decydują o tym, w jakich przypadkach nałożyć odpowiedzialność na sprawcę. Zasada winy nakłada odpowiedzialność na osobę, która spowodowała szkodę swoim zachowaniem, jeśli zachowanie to było zawinione, a więc gdy sprawca nie dopełnił należytej ostrożności. Zasada ta jest w pewien sposób związana z moralnością i ogólnym poczuciem sprawiedliwości. Jej istotą jest fakt „bycia winnym" (umyślnie lub nieumyślnie). O sobie odpowiedzialnej można postawić zarzut nagannego zachowania się, przy czym ustalenie odpowiedniego poziomu staranności, którym powinna uczynić zadość osoba, należy do sądów. W polskim systemie odpowiedzialności deliktowej sądy określają poziom staranności w granicach wyznaczonych przez art. 355 k.c. Po drugiej stronie znajduje się oderwana od winy zasada ryzyka, która wprowadza odpowiedzialność tam, gdzie pojawia się ponadprzeciętne niebezpieczeństwo związane z określoną aktywnością. Osoba jest odpo-

21 A.M. Polinsky, *op. cit.*, s. 13–16.

wiedzialna nie dlatego, że nie dopełniła określonego stopnia staranności, ale dlatego, że ze względu na działania obarczone znacznym ryzykiem dany przepis tak stanowi (np. prowadzenie przedsiębiorstwa, posługiwanie się pojazdem). Przepisy mogą także rozszerzać odpowiedzialność na osoby, które nie są bezpośrednimi sprawcami szkody, czyli będą one odpowiadać nie za swoje działania, ale za zachowanie osób trzecich.

Aby można było mówić o odpowiedzialności odszkodowawczej w kryteriach ekonomicznej efektywności, prawo powinno kreować bodźce, aby sprawcy szkody dążyli do wykazania poziomu, gdzie dodatkowa jednostka ostrożności może zminimalizować oczekiwane szkody[22]. Analizując zasady odpowiedzialności pod kątem ich efektywności, należy mieć na uwadze, że według zwolenników ekonomicznej analizy prawa zgodne z naturą człowieka jest dążenie do maksymalizacji zysków. Jednostka stara się znaleźć takie rozwiązanie, które przyniesie jej najwięcej korzyści przy jak najniższych kosztach. Korzyść jest przy tym dobrem materialnym, w którym wyrazić można użyteczność każdej aktywności[23].

Analizę wypadków można przeprowadzić w oparciu o dwa różne modele. W modelu jednostronnym na powstanie szkody wpływ ma wyłącznie sprawca – jego poziom staranności, ostrożności i aktywności, przy braku lub niewielkiej roli poszkodowanego[24]. Należy podkreślić, że działania potencjalnego sprawcy podnoszą jedynie prawdopodobieństwo powstanie szkody, a nie pewność jej wystąpienia[25]. Drugi model zakłada, że wypadki są wynikiem działania zarówno sprawcy, jak i poszkodowanego. Jednym z pierwszych autorów, który zwrócił uwagę na dwoistą naturę wypadków, był Ronald Coase[26]. Zaznaczył on, że wypadki są zawsze wynikiem działa-

22 H. B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 135.

23 S. Shavell, *Strict Liability versus Negligence*, The Journal of Legal Studies, 1980, t. 9, nr 1, s. 10.

24 *Idem*, *Ekonomiczna analiza prawa*, Transformacje Prawa Prywatnego, 2005, s. 14.

25 W.M. Landes, R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1987, s. 54.

26 R. Coase, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, 1960, vol. 3, s. 2: „The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm".

nia i ofiary, i sprawcy, w związku z czym ścisłe rozdzielenie tych ról nie jest możliwe. W polskim prawie cywilnym o przyczynieniu się poszkodowanego stanowi art. 362 k.c., z którego wynika, że jeśli strona przyczyniła się do powstania szkody, nie powinna otrzymać pełnego odszkodowania. Tym samym sprawcy nie powinni być obarczani odpowiedzialnością za zachowania poszkodowanych, zwłaszcza jeżeli są one zawinione. P onadto przy zasadzie ryzyka wyrażonej w przepisach Kodeksu cywilnego wysz czególnione zostały okoliczności egzoneracyjne i jeśli całkowitą winą można obarczyć poszkodowanego, wówczas sprawca nie odpowiada. W związku z tym należałoby zastanowić się, czy w takim przypadku mówienie o „sprawcy" i „osobie poszkodowanej" jest zasadne. Zgodnie z poglądem Coase'a nie należy skupiać się na pr zypisywaniu tych ról, a na znalezieniu takiego rozwiązania prawnego, któr e zminimalizuje całko wity koszt społeczny [27]. W Kodeksie cywilnym zarzut przyczynienia się jest właściwy zarówno przy odpowiedzialności opartej na zasadzie winy, jak i na zasadzie ryzyka, a więc zachowuje on aktualność niezależnie od reżimu odpowiedzialności.

Aby ułatwić rozważania, zakłada się, że dana jednostka występuje w jednej roli – albo potencjalnego sprawcy, albo poszkodowanego (choć jak zostało ustalone wcześniej zgodnie ze wzajemną naturą szkody, praktycznie zawsze jest ona wynikiem zachowań sprawcy i poszkodowanego). Sprawcę można sobie wyobrazić jako kierowcę pojazdu, poszkodowanego zaś jako przechodnia. Zakłada się również, że są to dwie nieznane sobie str ony[28], a więc jakakolwiek negocjacja między nimi jest niemożliwa.W przeciwnym razie osoby nie miałyby bodźców do odpowiedniego zachowania, a reguła odpowiedzialności nie wpływałaby na wykazywany poziom staranności jednostek[29]. Ponadto, jeśli strony mogłyby negocjować warunki dotyczące szkody, wówczas nie byłoby kosztów zewnętrznych, a tym samym nie byłoby potrzeby internalizowania dodatkowych kosztów poprzez system odpowiedzialności deliktowej[30]. Obie strony będą musiały podjąć co najmniej dwa rodzaje decyzji: dotyczące poziomu ostrożności oraz aktywności[31].

---

27 H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*

28 Analizę odpowiedzialności odszkodowawczej przy wypadkach „na r ynku" między sprzedawcą a osobą trzecią oraz między spr zedawcą a nabywcą lub pracownikiem przeprowadził S. Shavell w swoim artykule *Strict Liability versus Negligence*.

29 S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard 2007, s. 5.

30 W.M. Landes, R.A. Posner, *op. cit.*, s. 61–62.

31 Poszczególne przypadki będą rozpatrywane z punktu widzenia tylko jednego rodzaju staranności, np. prędkości i jeden rodzaj aktywności, np. liczba pr zejechanych

Ekonomiczna teoria prawa deliktów każe brać pod uwagę dwa elementy: koszty szkody oraz koszty jej uniknięcia. Całkowity koszt społeczny, który powstaje w związku z wypadkami, może być zminimalizowany albo poprzez wykazanie większego poziomu staranności, a przez to obniżenie liczby wypadków, albo przez zmniejszony poziom aktywności. Należy jednak zauważyć, że wykazanie odpowiedniego poziomu staranności wiąże się z koniecznością pokrycia dodatkowych kosztów, związanych np. z poświęconym czasem, utratą pieniędzy czy komfortu. Steven Shavell podkreśla, że optymalny poziom staranności niekoniecznie musi oznaczać najniższy poziom szkód[32]. Nadmierny poziom staranności niewątpliwie obniży liczbę wypadków, jednakże może być tak wysoki, że bardziej „opłacalne" będzie pokrycie szkody powstałej w wyniku wypadku. Ekonomiści przekonują więc, że najlepszym rozwiązaniem jest ustalenie poziomu ostrożności na poziomie optymalnym, co oznacza, że koszt dodatkowej ostrożności jest równy obniżeniu oczekiwanego kosztu szkody[33]. Podobnie obniżenie poziomu aktywności może zmniejszyć liczbę wypadków, a przez to ich koszt, ale z drugiej strony poziom aktywności na zbyt niskim poziomie może skutkować obniżeniem zysków, jakie jednostka otrzymałaby, gdyby wykazała większy poziom aktywności[34].

Ekonomiści starają się więc znaleźć taki poziom staranności i aktywności, który umożliwi maksymalne obniżenie całkowitego kosztu społecznego, składającego się z kosztów staranności oraz kosztów szkody. Niezbędne jest tu poczynienie dodatkowej uwagi, że dochowanie wyższej staranności czy aktywności nie obniża bezpośrednio kosztów wypadków, a jedynie zmniejsza prawdopodobieństwo ich wystąpienia i w ten sposób zmniejszy całkowity koszt wypadków[35]. Na gruncie ekonomicznej analizy można więc mówić o zachowaniu optymalnego poziomu wypadków.

Z ekonomicznego punktu widzenia brak odpowiedzialności, ze względu na to, że wpływa na zachowanie stron jest analizowany jako reguła odpowiedzialności[36]. Jeśli spojrzeć na sytuację sprawców szkody, to przy

kilometrów. Oczywiście w rzeczywistych warunkach na wypadek składa się o wiele więcej elementów, jak chociażby prędkość, doświadczenie, zapięcie pasów itp.

32 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa*…, s. 15.

33 R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 407.

34 Przykładowo: mniej używania samochodów oznacza mniej wypadków, ale jest równoznaczne z większą ilością straconego czasu, m.in. na chodzenie piechotą.

35 W.M. Landes, R.A. Posner, *op. cit.*, s. 61.

36 *Ibidem*, s. 62.

braku odpowiedzialności nie mają oni bodźca do zachowywania jakiegokolwiek poziomu ostrożności, gdyż nawet jeśli go nie wykażą, nie zostaną pociągnięci do odpowiedzialności. W związku z tym jest dla nich nieopłacalne ponoszenie dodatkowych kosztów dla zachowania ostrożności.

Poszkodowany, jeżeli nie ustanowiono reguł odpowiedzialności, jest zmuszony do pokrycia kosztów szkody, jakiej dopuścił się sprawca, a tym samym do pokrycia całkowitego kosztu społecznego. Tym samym to poszkodowanemu będzie zależeć na zminimalizowaniu ponoszonych przez siebie kosztów. Reguła braku odpowiedzialności powoduje, że poszkodowany internalizuje koszty i korzyści ostrożności i przez to ma bodźce do wykazania efektywnego poziomu ostrożności[37].

Przy wypadkach dwustronnych zachowanie zarówno poszkodowanego, jak i sprawcy, ma wpływ na zaistnienie wypadku. Przy braku odpowiedzialności, „poszkodowany ma efektywne bodźce, a sprawca szkody ma bodźce nieefektywne. Stwierdzenie to jest prawdziwe niezależnie od tego, czy ostrożność jest jednostronna czy obustronna"[38]. Wynika z tego, że przy wypadkach dwustronnych brak odpowiedzialności nie stworzy bodźców do wykazania odpowiedniego poziomu ostrożności przez obie strony.

Zgodnie z odpowiedzialnością na zasadzie winy sprawca szkody jest zobowiązany do jej wynagrodzenia tylko wtedy, gdy nie dołożył należytej staranności, a więc można mu postawić zarzut zawinienia. Sprawcy nie są natomiast odpowiedzialni za spowodowanie wypadku, jeśli wykazali odpowiedni lub wyższy poziom staranności. Zasada winy z ekonomicznego punktu widzenia jest efektywna, ponieważ skłania sprawców do wykazania należytej staranności. Nie będzie dla nich opłacalne dochowanie staranności ani mniejszej (gdyż wówczas będą obarczeni odpowiedzialnością), ani większej niż wymagalna (gdyż nie uzyskają żadnej dodatkowej korzyści)[39]. Obniżenie kosztów poprzez wykazanie odpowiedniego poziomu staranności jest efektywne również z perspektywy osoby poszkodowanej. Jeśli bowiem sprawcy dochowają należytej staranności, to poszkodowani będą musieli w całości pokryć swoje szkody. Jest dla nich opłacalne dołożyć dodatkową jednostkę staranności po to, by obniżyć całkowity koszt wypadku, jaki będą musi ponieść, jeśli zarzutu zawinienia nie można postawić sprawcy[40].

37 R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 409.
38 *Ibidem*, s. 113.
39 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis…*, s. 180–181.
40 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 49–50.

Zasada natomiast ryzyka prowadzi do tego, że sprawcy są odpowiedzialni za wszystkie szkody, niezależnie od poziomu staranności, jaką dołożyli. Z tego wynika, że koszty poniesione przez sprawców równają się całkowitemu kosztowi społecznemu (koszty ostrożności i koszty szkody). Skoro więc to na sprawcach ciąży obowiązek pokrycia szkód, a dążą oni do jak najniższego ich ponoszenia, to będzie im tym samym zależało na zminimalizowaniu całkowitego kosztu społecznego[41]. Interes publiczny związany z minimalizacją kosztów wypadków oraz interes prywatny jest więc zbieżny, a sprawca ma bodźce do wykazania poziomu ostrożności, który jest efektywny.

Przy obowiązywaniu zasady ryzyka poszkodowany jest w szerszym zakresie chroniony. Jeśli założyć, że otrzyma on pełne, doskonałe odszkodowanie, a cały koszt społeczny wypadku poniesie sprawca, wówczas nie ma on bodźców, by zachowywać dodatkową ostrożność (skoro i tak zostanie mu przyznane odszkodowanie). Ewentualne podjęcie przez niego ostrożności będzie wiązać się z dodatkowymi kosztami. Nawet jeśli nie podejmie wystarczających środków ostrożności, będzie należało mu się odszkodowanie. Poszkodowany nic nie zyska, wykazując ostrożność i dlatego może ją zignorować. Koszty jej zachowania będą elementami zewnętrznymi, gdyż poszkodowany je eksternalizuje[42]. Wynika z tego, że zasada ryzyka nie jest efektywna z punktu widzenia zachowania pokrzywdzonego. M. Polinsky zauważył, że problem wpływania na zachowanie pokrzywdzonego można rozwiązać pod rządami zasady ryzyka poprzez wprowadzenie zarzutu przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody. Sprawca jest wówczas odpowiedzialny do poziomu, w którym zawinił pokrzywdzony, i dzięki temu obie strony mają bodziec do właściwego zachowania się[43].

Podsumowując dotychczasowe rozwiązania, trzeba wskazać, że jeśli jedyną kwestią jest, jak skłonić sprawcę do wykazania właściwej staranności (wypadki jednostronne), zarówno zasada ryzyka, jak i zasada winy doprowadzą do efektywnych rezultatów[44]. W związku z tym z ekonomicznego punktu widzenia w przypadku wypadków jednostronnych nie ma różnicy w efektywności pomiędzy zasadą winy a zasadą ryzyka. Pod zasadą ryzy-

41 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa*…, s. 16.
42 R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 409–410.
43 M. Polinsky, *op. cit.*, s.49.
44 *Ibidem*, s. 46.

ka strona pokrzywdzona zawsze uzyska odszkodowanie, a więc negatywne efekty zewnętrzne związane z wypadkiem zostaną uwewnętrznione przez sprawców[45]. Shavell wskazuje, że różnica między tymi dwiema zasadami przedstawia się w rodzaju informacji, którą powinny posiadać sądy. Większą wiedzę dotyczącą rozmiarów szkody, wykazanego poziomu staranności oraz ustalenia optymalnego poziomu należytej staranności muszą posiadać sądy przy odpowiedzialności na zasadzie winy. W przypadku zasady ryzyka sądy muszą jedynie określić wielkość szkody[46]. Ponadto autor wskazuje, że zasada ryzyka, w odróżnieniu od zasady winy, skłania sprawcę do zachowania ostrożności we wszystkich jej aspektach (np. dostosowania prędkości do warunków jazdy, zapięcia pasów, przestrzegania sygnalizacji świetlnej)[47].

Do odmiennych wniosków należy dojść, jeśli na wypadek ma wpływ zarówno sprawca, jak i sam poszkodowany (wypadki dwustronne), a społecznym celem jest skłonienie obydwu stron do wykazania właściwej ostrożności. Efektywne rozwiązanie będzie wówczas zapewniać zasada winy bądź zasada ryzyka, ale nie w czystej postaci, a z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego[48].

Oprócz poziomu ostrożności, jak chociażby prędkość jazdy czy używanie pasów bezpieczeństwa, duże znaczenie ma rozmiar aktywności jednostek, która wyraża się w tym, jak mocno jednostki angażują się w daną działalność. Upraszczając, można stwierdzić, że liczba wypadków samochodowych będzie zależeć od tego, jak dużo kierowcy używają samochodów oraz jak często poszkodowani chodzą pieszo[49]. Ponieważ z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa celem jest szukanie rozwiązań efektywnych, należy postawić problem, jak skłonić i sprawcę, i poszkodowanego, do wykazania właściwego poziomu ostrożności przy jednoczesnym zaangażowaniu ich na odpowiednim poziomie aktywności[50]. Efektywny poziom aktywności można przedstawić przez porównanie korzyści, jakie osiągnie jednostka, która zwiększa swój udział w aktywności, do zwiększającego się poziomu strat, które mogą wyniknąć ze zwiększonej liczby wypadków. Im niższy poziom aktywności, tym mniej wypadków. Zakłada się, że przy określonym poziomie zachowanej

45 H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 167.
46 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa*…, s. 16.
47 *Ibidem*.
48 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 47–50.
49 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa*…, s. 30.
50 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 51.

staranności wyższy poziom aktywności po woduje zwiększenie się liczby wypadków, przez co rozwiązaniem efektywnym będzie aktywność na poziomie średnim lub małym. Z drugiej strony zwiększona aktywność wiąże się z większymi zyskami dla sprawców, które wyrażają się chociażby w zaoszczędzeniu czasu lub większej wygody[51]. Dodatkowe korzyści wynikające z większego zasięgu aktywności nie powinny jednak przekroczyć kosztów potencjalnych szkód, które rosną wraz ze wzrostem aktywności. Zyski zwiększa więc niski i średni poziom aktywności. Jednostki będą dążyć do osiągnięcia jak największych korzyści, czyli będą skłonni bardziej intensyfikować swoją aktywność, niż ją ograniczać. W związku z tym najniższy poziom aktywności nie oznacza, że jest to poziom efektywny.

Przy braku odpowiedzialności sprawca nie będzie miał żadnej motywacji ani do dołożenia wymaganej staranności, ani do zachowania optymalnego poziomu aktywności. N ie będzie on odpo wiedzialny za swoje działanie i nie będzie obciążony kosztami, jeśli aktywność okaże się nadmierna. Dzieje się tak dlatego, gdyż większa aktywność daje mu większe zyski, a ponieważ nie ponosi odpo wiedzialności, nie posiada żadnego bodźca limitującego jego aktywność.

W przypadku zasady ryzyka sprawcy obciążeni są odpowiedzialnością bez względu na poziom dochowanej ostrożności. W związku z tym bardziej są skłonni wybrać niższy poziom aktywności, aby obniżyć prawdopodobieństwo powstania szkody, którą musieliby naprawić[52]. Z wywodu przedstawionego przez Polinsky'ego wynika, że przy obowiązywaniu zasady ryzyka potencjalny sprawca wybierze średni poziom ostrożności, co przedstawiono powyżej, i niski poziom aktywności. P rzy optymalnym poziomie ostrożności sprawca więcej zyskuje, zacho wując mniejszy poziom aktywności[53]. Jak ujął to Shavell: „użyteczność uzyskiwana pr zez sprawcę, pomniejszona o jego koszty, równa się dobr obytowi społecz-

51 Najczęściej chodzi o zwiększanie korzyści czysto materialnych. Pozostając przy przykładzie kierowcy i jego wyższej aktywności, można wskazać, że jeśli kierowca – dostawca podnosi swoją aktywność poprzez przejechanie większej liczby przejechanych kilometrów, może obsłużyć więcej klientów, przez co osiągnie wyższe wynagrodzenie. W przykładzie tym nie zakładam oczywiście zwiększania pr ędkości jako sposobu na osz czędzenie czasu, gdyż ten aspekt odnosi się do poziomu ostr ożności. Oczywiście, zwiększenie użyteczności ma swoją granicę, w której sprawca przestaje doświadczać korzyści.

52 S. Shavell, *Strict Liability versus Negligence*…, s. 2–3.

53 M. Polinsky, *op. cit.*

nemu, gdyż sprawca poniesie koszty szkód spowodowanych w ramach swojej aktywności. (…) sprawcy wybiorą optymalny poziom staranności, gdyż zminimalizuje to ich oczekiwane koszty każdorazowej aktywności i wybiorą także optymalne natężenie aktywności, gdyż podejmują działalność tylko wtedy, gdy uzyskiwana z niej dodatkowa użyteczność przekroczy ponoszone przez nich koszty dołożenia staranności i oczekiwane obciążenia finansowe związane z odpowiedzialnością za szkody spowodowane w wypadkach"[54].

Zasada winy będzie natomiast prowadzić do nadmiernego poziomu aktywności sprawcy. Sprawcy mają motywację, aby zachowywać się na odpowiednim poziomie staranności, gdyż wówczas nie zostanie na nich nałożona odpowiedzialność, ale ponieważ do uwolnienia się od odpowiedzialności wystarczy wykazanie właściwej staranności, nie będzie im w żaden sposób zależało na zachowaniu optymalnego poziomu aktywności. Nawet jeśli ich aktywność będzie miała nadmierne rozmiary, przy dochowaniu optymalnego poziomu staranności nie będą odpowiedzialni za szkodę. Sprawcy (np. kierowcy) nie będą z reguły brali pod uwagę faktu, że ich zwiększona aktywność stwarza większe zagrożenie i prawdopodobieństwo powstania wypadków dla ofiar (np. pieszych)[55]. W związku z tym będą oni dobierać zakres aktywności tylko ze względu na korzyści, jakie chcą osiągnąć, i zazwyczaj zintensyfikują swoją aktywność. Innymi słowy, zasada winy jest efektywna, jeśli chodzi o wyznaczenie poziomu staranności, ale nie jest efektywna w zakresie określenia poziomu aktywności[56].

W sytuacji, gdy wypadki mają charakter dwustronny i zależą od ostrożności i aktywności sprawcy oraz poszkodowanego, żadna zasada nie da w pełni efektywnych rezultatów. Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się może prowadzić do zbytniej aktywności poszkodowanych, gdyż ponoszą oni jedynie koszty związane z wykazaniem ostrożności. Mają więc bodźce do zachowywania odpowiedniego poziomu staranności, natomiast nie muszą brać pod uwagę rozmiarów swojej aktywności. Zasada ryzyka byłaby efektywna, gdyby określono zarówno wymóg poziomu staranności, jak i aktywności ofiary. W przypadku, gdy będzie oznaczony tylko poziom staranności ofiary, wówczas za bardzo zaangażuje się ona w aktywność.

54 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa*…, s. 33.

55 S. Shavell, *Strict Liability versus Negligence*…, s. 3.

56 Więcej a ten temat – H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 168–169.

Odwrotnie jest w przypadku zasady winy. Sprawcy będą skłonni intensyfikować swoją działalność, gdyż zostaną zwolnieni z odpowiedzialności, jeśli jedynie dołożą należytej staranności. Natomiast osoby poszkodowane będą starały się dobrać poziom aktywności w zależności od poziomu aktywności sprawców, gdyż będą one pokrywać własne szkody. W związku z tym nie będzie korzystne dla poszkodowanych, aby zwiększać swoją aktywność, jeśli będzie się z tym wiązać konieczność pokrycia dodatkowych szkód. Zasady odpowiedzialności byłyby efektywne tylko wówczas, jeżeli przepisy prawa bądź sądy w procesie stosowania brałyby pod uwagę zarówno poziom staranności, jak i aktywności poszkodowanego i sprawcy. Ponieważ taki stan rzeczy jest niemożliwy, co zostanie wyjaśnione poniżej, wszystko będzie zależeć od tego, jaki cel ma dana regulacja prawna. Jeśli prawo ma bardziej wpływać na poziom aktywności sprawcy, wówczas idealna okaże się zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się sprawcy. Natomiast, gdy ważniejszy jest poziom aktywności poszkodowanego, efektywne rozwiązanie przyniesie zasada winy[57].

Przedstawione rozważania dotyczące poziomu aktywności sprawcy i poszkodowanego mają wymiar teoretyczny. W praktyce w większości przypadków nie jest możliwe do stawiania wymogów jednostkom co do ich aktywności. Dlatego poziom aktywności nie jest wyznacznikiem właściwego zachowania i, jak sądzę, nigdy się nim nie stanie. Innymi słowy, poziom aktywności nie jest brany pod uwagę przy nakładaniu odpowiedzialności na jednostkę. Przede wszystkim byłoby niemożliwe dla sądów, w jaki sposób określić właściwy poziom aktywności, np. w przypadku jazdy samochodem czy godzin pracy przedsiębiorstwa. Z drugiej strony sądzę, że należy zwrócić uwagę na fakt, iż prawo ma niekiedy możliwość regulowania poziomu aktywności. Takie limitowanie aktywności może dotyczyć tych obszarów, w których zbyt intensywne działania mogłyby być wysoce niebezpieczne. Za przykład można podać nadzór państwa nad produkcją broni palnej, materiałów wybuchowych, toksycznych czy też limitowanie i kontrolowanie przewozu i handlu bronią i innymi niebezpiecznymi materiałami. To, że poziom aktywności nie jest brany pod uwagę przy nakładaniu na osobę obowiązku naprawienia szkody, nie oznacza, że określony reżim zasad odpowiedzialności nie ma wpływu na zachowanie podmiotów.

Jak wynika z powyższych rozważań, ekonomiczna analiza prawa opiera się często na założeniach dotyczących zachowania człowieka, które zna-

57 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 54.

cząco odbiegają od rzeczywistości. Nie sposób za każdym razem zakładać racjonalność decyzji jednostki, a także stawiać za pewne, że będzie ona szacować zyski i straty i że w określonej sytuacji zachowa się w ten, a nie w inny sposób. W sytuacjach zagrożenia jednostki działają najczęściej pod wpływem impulsu lub instynktu samozachowawczego. W związku z tym krytycy L&E podważają, aby reguły prawa mogły kształtować zachowania ludzi, zwłaszcza że podmioty nie znają omawianych zasad i doktryn.

Podejście ekonomiczne do zachowania ludzkiego nie jest jednak oparte na założeniu, że ludzie posiadają ponadnaturalne cechy i kierują się wyłącznie poprawnymi schematami. Tworzone przez ekonomistów założenia są oczywiście w większości nierealne, jednak ich rolą nie jest wierne odtworzenie rzeczywistości, ale wyjaśnienie pewnych mechanizmów przy określonych założeniach. Oczywiście im bardziej precyzyjne one będą, tym lepiej. Trudno jest jednak zgodzić się z twierdzeniem, że przepisy prawa w żaden sposób nie wpływają na zachowanie ludzi. Jeśli by tak było, cały system mógłby opierać się na zasadzie braku odpowiedzialności, co byłoby rozwiązaniem tańszym i łatwiejszym do zastosowania. Są to oczywiście jedynie hipotetyczne stwierdzenia, gdyż nie należy zapominać, że odpowiedzialność odszkodowawcza ma pełnić ważną, choć nie jedyną funkcję – kompensacji szkody osobie pokrzywdzonej. Odnoszę wrażenie, że ekonomiści często zbyt marginalizują znaczenie tej funkcji, skupiając swoją uwagę wyłącznie na aspektach „ekonomicznych" dotyczących maksymalizacji zysków, efektywności itd. Sądzę, że L&E będzie rozwijać się w pozytywnym kierunku i nieść ogromną wartość naukową, jeśli jej przedstawiciele nie będą starali się zastąpić nią podstawowych funkcji prawa, a będą analizowali przepisy w zgodzie z nimi, a nie przeciwko. Celem odpowiedzialności odszkodowawczej jest korygowanie czy też „naprawianie" sprawiedliwości przez wynagrodzenie szkód osobie, która je bezprawnie poniosła. Warto w tym miejscu wspomnieć o Arystotelesowskiej koncepcji sprawiedliwości wyrównawczej. Nie wdając się w spory interpretacyjne, trzeba stwierdzić, że zarówno w koncepcją Arystotelesa, jak i w ekonomicznej analizie prawa występuje ten sam schemat naprawienia szkody. Różnią się tylko motywy: u Arystotelesa była to idea sprawiedliwości, u ekonomistów maksymalizacja zysku[58]. Motywy te, jak sądzę, mogą być ze sobą połączone, tak aby uregulowania prawne były jednocześnie i sprawiedliwe, i efektywne.

---

58 B. Shaw, W. Martin, *Aristotle and Posner on Corrective Justice*, The Tortoise and the Hare. Business Ethics Quarterly, 1999, t. 9, s. 651.

Renata Kopczyk

Prawo sportowca do wizerunku

1. Wprowadzenie

Żyjemy w czasach, w których obrazy przysłaniają resztę, a percepcja (postrzeganie) jest wszystkim[1]. Sport i sportowcy nie stanowią w tym zakresie wyjątku. Co więcej, zjawiska komercjalizacji, mediatyzacji oraz profesjonalizacji sportu sprawiły, iż jest on obecnie istotnym sektorem gospodarki światowej. Według danych z 2009 około 2% światowego PKB pochodzi z działalności sportowej[2]. Sport stanowi także znaczącą część światowego przemysłu rozrywkowego[3]. Jednoznacznie wiąże się to ze wzrostem znaczenia wizerunku znanych sportowców. Telewizja, radio, prasa spowodowały, że wizerunek osób znanych stał się elementem gry rynkowej. Gwiazdy sportu, takie jak David Beckham, Lionel Messi czy Roger Federer, często zarabiają więcej pieniędzy poza „polem gry" niż na nim[4]. Firmy międzynarodowe gotowe są zapłacić olbrzymie kwoty za możliwość wykorzystania ich twarzy dla celów promocyjnych. Użycie twarzy znanego sportowca stwarza bowiem możliwość szybszego wykreowania marki na rynku. Warunkuje również zwiększe-

1 I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image Rights in Europe*, T.M.C Asser Press 2005, s. 1.

2 Dane przedstawione na Światowym Forum Ekonomicznym w Davos, 2009 r., KOM (2011) 12 wersja ostateczna, *Rozwijanie europejskiego wymiaru sportu*, s. 8.

3 S. Gardiner, J. O'Leary, R. Welch, S. Boyes, M. James, I.. Blackshaw, A. Caiger, *Sports Law*, 3rd Edition, Cavendish Publishing Limited 2006, s. 417.

4 Zob. ranking najlepiej zarabiających sportowców 2011 r. przygotowany przez Forbes.pl.

nie jej atrakcyjności w obrocie gospodarczym[5]. Jednocześnie jednak stan ten wpływa także na coraz częstsze spory prawne w tym zakresie.

Wizerunek sportowca w większości krajów na świecie podlega ochronie prawnej[6] na zasadach ogólnych, przysługujących każdej osobie fizyczne, ale z uwzględnieniem niejednolitego statusu prawnego konkr etnej osoby[7]. Należy podkreślić, że nie ma w tym zakresie szczególnych regulacji prawnomiędzynarodowych, które zapewniłyby jedność zasad obowiązujących w poszczególnych porządkach krajowych[8]. Zasady te są bardzo zróżnicowane, co związane jest z głębokim i historycznym zakorzenieniem kwestii wizerunku w prawie cywilnym danego kraju[9]. Niezależnie jednak od miejsca, jakie zagadnienie wiz erunku zajmuje w określonym porządku prawnym, tematyka ta powiązana jest z prawami człowieka.

Celem tego opracowania jest ukazanie problematyki dotyczącej prawa sportowca do wiz erunku przez pryzmat szczególnych uregulowań prawnych oraz praw człowieka. Realizując to założenie, analizie poddane zostaną kwestie prawne dotyczące zakresu prawa do ochrony wizerunku sportowca, jak również dopuszczalne odstępstwa od tej ochrony.

2. Pojęcie prawa do wizerunku

Przystępując do analizy kwestii związanych z prawem sportowca do wizerunku, w pierwszej kolejności należy ustalić treść terminu „wizerunek". Pozwoli to określić zakres uprawnień przysługujący sportowcom.

---

5 M. Wach, *Personality merchandising jako instytucja stosowana do wykorzystania wizerunku sportowca w celach promocyjnych i reklamowych*, Przegląd Prawa Handlowego (PPH), 2010, z. 10, s. 22.

6 L. Colantuoni, *Intellectual property rights, licensing and merchandising in sports. Comparative analysis USA–UK–Italy*, [w:] D.P. Panagiotopoulos (ed.), *Sports Law. An Emerging Legal Order Human Rights of Athletes*, Athens 2009, s. 46.

7 M. Wach, *Personality merchandising…*, s. 25.

8 W ramach UE obowiązuje rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. *dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II)*, Dz.Urz. UE L 199 z 31.07.2007, jednakże zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 z zakresu zastosowania rozporządzenia wyłączone są zobowiązania pozaumowne wynikające z naruszenia prawa do prywatności i innych dóbr osobistych, w tym zniesławienie.

9 J. Balcarczyk, *Protecting the image of Adam Malysz, Robert Kubica and Jerzy Dudek – The Polish Understanding of the right to an athlete's image*, International Sports Law Review Pandektis (ISLRev.), 2011, vol. 9, no. 1–2, s. 22.

Polski ustawodawca posługuje się tym terminem w art. 23 Kodeksu cywilnego[10], wymieniając wizerunek jako jedno z przykładowych dóbr osobistych osób fizycznych. Ponadto termin ten użyty został także w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych[11] (art. 81 i 83), ustawie o sporcie[12] (art. 14) oraz w ustawie Prawo prasowe[13] (art. 13 ust. 1 i 2, art. 14 ust. 1, 3, 5 i 6, art. 31–33). Jednakże żaden z tych aktów nie zawiera legalnej definicji „wizerunku". Doktryna pojęcie to definiuje jako takie cechy twarzy i całej postaci danej osoby, które indywidualizują tę osobę jako jednostkę fizyczną[14]. W podobnym tonie wypowiada się K. Stefaniuk[15] i E. Wojnicka, która za wizerunek uznaje dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby pośród innych ludzi[16]. Uwzględniając powyższe, można przyjąć, że pod pojęciem wizerunku należy rozumieć całą postać, a nie tylko twarz, która w świetle powszechnej opinii jest najbardziej charakterystyczna dla wyglądu człowieka[17]. Ponadto za R. Markiewiczem i J. Bartą uznać należy, że pojęcie wizerunku nie może być ujmowane tylko anatomicznie[18]. Ich zdaniem wizerunek obejmuje zarówno naturalne cechy człowieka, jak i to, co zostało do nich dodane jak np. fryzura, czy makijaż, jeżeli oczywiście są one, wraz z innymi cechami, dla tej osoby

10 Kodeks cywilny (k.c.) z dnia 23 kwietnia 1964 r., Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.

11 Ustawa z dnia 4 lutego 199 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (pr.aut.), Dz.U. nr 90, poz. 631, z późn. zm.

12 Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz.U. nr 127, poz. 857, z późn. zm.

13 Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe, Dz.U. nr 5, poz. 24, z późń. zm.

14 Zob. m.in. S. Ritterman, *Komentarz od ustawy o prawie autorskim*, Kraków 1937, s. 120; M. Sekuła, *Prawo sportowca do wizerunku*, Monitor Prawniczy (MP), 2010, nr 22; szerzej na ten temat zob: J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2009, s. 21–67; F. Rakiewicz, *Ingerencja organizacji sportowych w swobodę decydowania przez zawodnika o komercyjnej eksploatacji jego wizerunku*, [w:] P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik (red), *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, Poznań 2006, s. 196–197.

15 K. Stefaniuk, *Naruszenie prawa do wizerunku przez rozpowszechnienie podobizny*, Państwo i Prawo (PiP), 1970, z. 1, s. 64.

16 E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej (ZNUJ PWiOWI), 1990, z. 56, s. 107.

17 M. Winiarska-Lisowska, *Ochrona prawa do wizerunku*, dostępne pod adresem http://www.wlasnoscintelektualna.org/download.php?id=34 [odczyt: 02.10.2012].

18 J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, ZNUJ PWiOWI, 2002, z. 80, s. 12.

charakterystyczne[19]. Za tak szerokim ujęciem wizerunku, które obejmuje wszelkie elementy identyfikujące daną osobę (np. sposób mówienia czy chodzenia) opowiada się również J. Sieńczyło-Chlabicz[20].

Podobnie jak polski ustawodawca, także m.in. ustawodawstwa Grecji, Niemiec i Włoch, definiując prawo do wizerunku, odwołują się do osobowości człowieka i zaliczają go do kategorii dóbr osobistych[21]. Ponadto, włoska doktryna w zbliżony do polskiej sposób definiuje termin wizerunek. Jest on rozumiany jako wygląd, głos oraz inne charakterystyczne cechy, które pozwalają na odróżnienie danej osoby od innych ludzi[22]. Podkreśla się także, iż wizerunek to nie tylko cechy fizyczne, ale także reakcja społeczna i wiedza o danej osobie – ogólny obraz osoby w oczach opinii publicznej[23]. Można powiedzieć, iż wizerunek jest niejako synonimem tożsamości i reputacji[24]. Porównywalne podejście do omawianej kwestii wyraża niemiecka nauka, w świetle której wizerunek jest szczególną formą ogólnej osobowości[25]. Szeroka koncepcja ujmowania wizerunku przyjęta została także w Stanach Zjednoczonych, gdzie w sprawie *Carson p. Here's Johnny Portable Toilets* Sąd Najwyższy stwierdził, iż tożsamość osoby można określić także na podstawie jej charakterystycznych powiedzonek[26].

Podsumowując, można stwierdzić, że wobec braku definicji legalnej terminu wizerunek jest on kształtowany przez doktrynę. Jego doktrynalne ujęcie jest szerokie i oznacza zbiór charakterystycznych cech zewnętrznych danej osoby fizycznej, na który składa się postać jej wizerunku, głos, a także wszelkie inne elementy umożliwiające identyfikowanie określonej osoby jako konkretnej osoby fizycznej (np. fryzura, makijaż, sposób poruszania się itp.). Przy czym zaznaczyć należy, iż w definiowaniu tego terminu, aspekt identyfikacyjny i informacyjny odgrywa rolę pierwszoplanową.

---

19 *Ibidem.*

20 J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku osób powszechnie znanych*, PPH 2003, nr 9, szerzej na ten temat J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku…*, s. 25–26.

21 I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image…*, s. 145–160,109–144, 187–203.

22 L. Ferrari, *Sports Image Rights under Italian Law. An overview of the main legal issues involved in the commercial exploitation of image rights of top athletes, clubs and sports associations*, The International Sports Law Journal (ISLJ), 2004, no. 1–2, s. 14 i n.

23 *Ibidem,* s. 14.

24 I. S. Blackshaw, R. C. R. Siekmann, *Sports Image…*, s. 188.

25 *Ibidem*, s. 109.

26 Sprawa *Carson v. Here's Johny Portaible Toilets Inc.*, 698 F. 2d 831 (6th Cir. 1983), przytoczona za J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku…*, s. 26; zob. także sprawa *Pesina p. Midway Manufacturing Company*, 948 F.Supp. 40 (1996).

3. Pojęcie sportowca

Sportowiec to w najprostszym ujęciu osoba uprawiająca sport niezależnie od statusu, jaki można jej przypisać. Pojęcia tego nie należy więc ograniczać tylko do osób, które posiadają formalne sankcjonowane uprawnienia do uprawiania określonej dyscypliny sportowej[27]. Należy jednak pamiętać, iż współczesny sport charakteryzuje się dualistyczną naturą, w której wyróżnić możemy sport powszechny oraz sport wyczynowy, co bez wątpienia jest konsekwencją wzrostu znaczenia tej sfery aktywności społecznej w drugiej połowie XX wieku[28]. W związku z tym, o ile dla ogólnego pojęcia nie jest istotna kwestia statusu prawnego sportowca, o tyle z punktu widzenia prawa do wizerunku, jego status prawny będzie miał zasadnicze znaczenie. Inaczej bowiem kształtować się ono będzie w przypadku reprezentantów kraju czy profesjonalnych zawodników znaczących klubów sportowych, a inaczej w przypadku amatorów, którzy nie są reprezentantami kraju czy też uprawiają sport tylko rekreacyjnie.

Jak wcześniej zauważono, działalność sportowców podlega ustawodawstwu poszczególnych państw. Istotne znaczenie mają także wewnętrzne regulacje federacji sportowych, które kształtują ją w sposób bardzo zróżnicowany. Należy przy tym uwzględnić autonomię organizacji sportowych, przyznaną im na podstawie prawa międzynarodowego, do działania w zakresie regulowania ich wewnętrznych spraw (uchwały *pro foro interno*)[29]. Należy ponadto zauważyć, iż zgodnie z powszechnym społecznym oczekiwaniem, państwo powinno zajmować się sportem tylko wówczas, gdy ma on wyraźnie wymiar państwowy[30]. Związane jest to głównie z występami reprezentantów danego kraju na arenie międzynarodowej, a przede wszystkim na Igrzyskach Olimpijskich, Paraolimpijskich oraz mistrzostwach świata i mistrzostwach kontynentów. W związku z powyższym zagadnienie prawa do wizerunku wymaga uwzględnienia

---

27 A.J. Szwarc, *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977, s. 48.

28 A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, LIBER Warszawa 2005, s. 23.

29 D.P. Panagiotopoulos, I. Mournianakis, V. Alexandrakis, S. Manarakis: *Prospects for EU action in the field of sport after the Lisbon Treaty*, ISLRev., 2010, Vol. 8, no. 3–4, s. 307; *Konkluzje prezydencji*, Rada Europejska z Nicei z 7–9 grudnia 2000 r., Załącznik IV.

30 Por. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o sporcie*, druk sejmowy nr 2313 z dnia 28 sierpnia 2009 r., dostępny pod adresem: http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/2313.htm [odczyt: 14.12.2011].

niejednolitego statusu prawnego konkretnego sportowca i wyodrębnienie co najmniej dwóch grup: reprezentantów kraju oraz reprezentantów klubu. Taki podział odzwierciedla stan rzeczywisty i ma przełożenie na regulacje poszczególnych krajów. Zgodnie z ogólnie przyjętą definicją, reprezentantem kraju jest sportowiec reprezentujący barwy swojego kraju we współzawodnictwie międzynarodowym. Natomiast *per analogiam* za reprezentanta klubu należy uznać zawodnika broniącego i reprezentującego klub, którego jest zawodnikiem.

4. Ochrona wizerunku sportowca

Prawo chroni różne przejawy prywatności człowieka, także wizerunek, który wpisuje się w większość z istniejących systemów prawnych[31]. Pamiętać jednak należy, iż obecnie prawna ochrona wizerunku nie jest jednolita. W tradycyjnym ujęciu należy ona do praw osobistych człowieka. Jest dobrem niezbywalnym[32]. Natomiast w ujęciu gospodarczym współczesnego społeczeństwa wizerunek poddany został komercjalizacji, przez co wkroczył w wymiar majątkowy. Prawna ochrona wizerunku dotyczy wszystkich – zarówno osób znanych jak i tych, które nie są powszechnie rozpoznawalne w świecie. W poszczególnych państwach kwestie dotyczące wizerunku uregulowane są w sposób różnorodny i występują w nich pod różnymi postaciami[33], jak prawo do wizerunku (Stany Zjednoczone[34]), prawo do

31 Regulacje takie można znaleźć także w bardzo restryktywnych wobec praw jednostki systemach prawnych, np. Chiny. Zob. R. Ordish, *Sports Marketing in China: An IP Perspective*, China Business Review, 2005, vol. 32 no. 6.

32 P. Ślęzak, *Ochrona prawa do wizerunku*, Katowice 2009, s. 9.

33 L. Colantuoni, C. Novazio, *Intellectual Property Rights in Basketball*, International Sports Law Journal (ISLJ), 2011, no. 1–2, s. 59, por. także KOM(2011) 12 …, s. 9.

34 W doktrynie spotyka się także określenie prawo do komercyjnego wizerunku. Prawo do wizerunku rozwinęło się z szeroko pojętego prawa do prywatności. Pojęcie „prawo do wizerunku" pierwszy raz użyte zostało przez sędziego Jeroma Franka w 1953 r. w sprawie *Haelan Laboratories, Inc p. Topps Chewing Gum, Inc*, 202 F. 2d 866 (2d Cir.). Zob. L.D. Brandeis, S.D Warren, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review (HLRev.), vol. 4, no. 5, 1990, s. 193–220; J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku…*, s. 183–192; L. Halgreen, *European Sports Law. A Comparative Analysis of the European and American Models of Sport*, Forlaget Thomson GadJura 2004, s. 353–357; J.T. McCarthy, P.M. Anderson, *Protection of the Athlete's Identity:*

prywatności (Wielka Brytania[35]), dobra osobiste (Włochy[36], Polska[37], Grecja[38], Niemcy[39], Portugalia[40]). Kwestią bezsporną jest, że sportowcowi, jak każdej osobie fizycznej, przysługuje prawo do ochrony dobra osobistego, jakim jest jego wizerunek[41]. Nie ulega także wątpliwości, iż tematyka wizerunku sportowca powiązana jest ściśle z problematyką praw człowieka[42]. Z zagadnieniem tym bowiem wiążą się regulacje prawne dotyczące poszanowania wolności osobistej oraz prywatności sportowców.

W prawie polskim ochrona wizerunku sportowca zagwarantowana jest poprzez liczne akty normatywne. Zasadnicze znaczenie ma art. 23 k.c., który zalicza wizerunek do dóbr osobistych i poddaje go ochronie prawnej. Ochrona, o czym była już mowa, przewidziana jest także w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz w ustawie Prawo prasowe. Może być ona także wywiedziona z regulacji Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[43]. Zgodnie bowiem z treścią art. 47 każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia, a także do decydowania o swoim życiu osobistym.

Treść prawa do wizerunku określa się za pomocą tzw. teorii stadiów[44]. Zaliczamy do nich ustalenie wizerunku, rozpowszechnienie oraz wyko-

---

The Right of Publicity, Endorsements and Domain Names, Marquette Sports Law Review (MSLRev.), 2011, vol. 11, no. 2, s. 197.

35 Zgodnie z p. 3 *Human Rights Act 1998 (HRA)*, który wszedł w życie w 2 października 2000 r. prawo brytyjski interpretowane jest zgodnie z Europejską Konwencją Praw Człowieka. Ponadto w świetle p. 2 HRA, Sądy Wielkiej Brytanii mają również obowiązek brać pod uwagę wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz).

36 Art. 10 włoskiego Kodeksu cywilnego, szerzej na ten temat L. Ferrari, *Sports Image Rights under Italian Law*…, ISLJ 2004/1–2, s.14 i n.

37 Art. 23 k.c.

38 Art. 57 i 58 greckiego Kodeksu cywilnego, szerzej na ten temat M. Papaloukas, *Sports image and the law*, ISLRev., 2011, vol. 9, no. 1–2, s. 134.

39 Art. 823 niemieckiego Kodeksu cywilnego (BGB), a także art. 22 niemieckiej Ustawy o prawie autorskim (KUG); szerzej na ten temat I.. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image…,* s. 109–145; J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku*…, s. 203–208.

40 Art. 79 portugalskiego Kodeksu cywilnego, szerzej na ten temat I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image…,* s. 245–261.

41 Zob. M. Wach, *Personality merchandising…*, s.25; M. Papaloukas, *Sports image and the…,* s. 131.

42 Zob. R. Henriques, *Sports Image Rights*, Abreu, September 2005, s. 1.

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

44 M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 207–236. Szerzej na ten temat J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku…*, s. 115–131.

rzystanie wizerunku. Treść prawa do wizerunku stanowi ochrona przed takim ustaleniem wizerunku, które naruszałoby spokój psychiczny człowieka, a także przed jego utrwaleniem, opublikowaniem, przetworzeniem czy też rozpowszechnieniem w inny sposób[45].

W stosunku do większości sportowców w zakresie ochrony ich wizerunku zastosowanie będą miały przepisy pr.aut., które stanowią *lex specialis* do posatnowień k.c. Zgodnie z art. 81 ust. 1 pr.aut. rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej. W przypadku zaś braku wyraźnego zastrzeżenia takiej zgody zezwolenie nie jest wymagane, jeżeli osoba ta otrzymała umówioną opłatę za pozowanie. Regulacje te odnoszą się do sportowców uprawiających daną dyscyplinę sportową, którzy nie są jednak reprezentantami kraju, a także do członków kadry narodowej oraz reprezentacji olimpijskiej, ale występujących w stroju cywilnym. Zgodnie bowiem z treścią art. 14 ust. 1 ustawy o sporcie członek kadry narodowej na zasadach wyłączności udostępnia swój wizerunek w stroju reprezentanta kraju polskiemu związkowi sportowemu, który uprawniony jest do jego wykorzystania dla swoich celów gospodarczych w zakresie wyznaczonym danym regulaminem. Takie samo obostrzenie dotyczy członków reprezentacji olimpijskiej[46]. Trzeba mieć także na uwadze, iż dyspozycja art. 23 k.c. wskazuje na ochronę wizerunku, a nie na ochronę wizerunku przed rozpowszechnianiem. W związku z czym naruszeniem dóbr osobistych może być już samo utrwalanie wizerunku osoby bez uzyskania jej zgody, w szczególności, jeśli uchwycony moment jest dla niej w jakikolwiek sposób krępujący. Podobne podejście prezentuje także grecki ustawodawca. Zgodnie z obowiązującymi w Grecji przepisami zabronione jest wykorzystywanie wizerunku osoby bez wcześniejszego uzyskania jej zgody, nawet jeśli działania te nie naruszają czci ani prywatności danej osoby[47]. Wymóg uzyskania zgody na wykorzystywanie wizerunku sportowca nakłada również portugalski Kodeks cywilny w art. 79[48]. Ponadto ochrona wizerunku w portugalskim systemie prawnym przewidziana jest także w art. 26 Konstytucji Republiki Portugalii, która gwarantuje każdemu prawo do ochrony wizerunku, prywatności i dobrego imienia[49].

---

45 M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, *Ustawa o sporcie…*, s. 228 i n.

46 Art. 14 ust 2 ustawy o sporcie.

47 I. Karakostas, *Personality and Press*, Athens 2000, s. 81–82.

48 I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image…*, s. 245–261.

49 R. Henriques, *Sports Image …*, s.1.

Istotne, ze względu na odmienność systemu prawnego jest również przedstawienie brytyjskiego podejścia do kwestii ochrony wizerunku sportowca. Prawo angielskie bardzo długo nie uznawało ogólnego prawa do ochrony prywatności[50]. Mimo że to angielski sędzia Cooley był twórcą jednego z bardziej znanych określeń prawa do prywatności – *the right to be alone*[51], to brytyjska koncepcja prawa do prywatności ukształtowała się pod wpływem doktryny amerykańskiej[52]. Należy podkreślić, iż dopiero uchwalenie HRA w 1998 r. dało początek ochronie prywatności w Wielkiej Brytanii. Istotne dla ochrony wizerunku sportowca jest włączenie art. 8 EKPCz do prawa angielskiego. Pozwala to wnieść jednostce żądanie wydania przez sąd tymczasowego zakazu publikacji – *interim injuction*[53]. Na tej podstawie sportowcy (i nie tylko) mogą chronić swoich praw, w tym swojego wizerunku[54]. Ograniczeniem prawnym ochrony wynikającej z HRA w odniesieniu do osób publicznych jest, podobnie jak w większości systemów prawnych państw Europy kontynentalnej, interes publiczny.

5. Dozwolone rozpowszechnianie wizerunku sportowca

Na podstawie wybranych ustawodawstw można wyróżnić przepisy, w których świetle rozpowszechnianie wizerunku sportowca (podobnie jak każdej innej osoby fizycznej) jest dozwolone. Zasadnicze znaczenie mają

50 J. Sińczydło-Chabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006, s. 35.

51 Szerzej na ten temat – zob. D.J. Solove, *Conceptualizing Privacy, California Law Review*, 2002, vol. 90, 2002, s. 1087–1155.

52 J. Sińczydło-Chabicz, *Naruszenie prywatności…*, s. 35.

53 *Ibidem*, s. 45 i n.

54 Zakaz publikacji pierwotnie dotyczył ochrony osób, których życie mogło być zagrożone, jeśli ich dane zostałby upublicznione. Natomiast od 2000 r., to jest od momentu obowiązywania HRA, sędziowie brytyjscy zaczęli go także używać w celu ochrony prawa do prywatności. W ostatnich latach określany jest on także jako *super-injunctions* i poddany jest ostrej krytyce zwłaszcza ze strony mediów, które określają tę regulację mianem kneblowania. Szerzej na ten temat – zob. I.S. Blackshaw, *Protecting sports images rights: the rise and fall of super-injunctions?,* ISLJ news, 23.05.2011. Zobacz także sprawa Mosley p. News Group Newspapers Ltd, [2008] EWHC 687 (QB).

następujące okoliczności, które wyłączają bezprawność działania: zgoda uprawnionego, publiczne prawo do informacji oraz przepisy szczególne.

a) Wyrażenie zgody

Formą prawną, która pozwala na korzystanie z prawa do wizerunku, jest zgoda wyrażona przez sportowców na rzecz osoby trzeciej. W doktrynie polskiej przyjmuje się, iż zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku sportowca może być udzielone w formie dowolnej, jednakże zgoda ta musi być niewątpliwa[55]. Wiąże się to ze świadomością osoby udzielającej zgodę co do formy przedstawienia wizerunku sportowca, co do miejsca jego publikacji, a także co do komentarzy i zestawienia z innymi wizerunkami[56]. Zgoda jest także formą prawną pozwalającą na wykorzystywanie wizerunku sportowca w innych krajach, takich jak np. Włochy, Grecja, Niemcy i Belgia[57].

b) Publiczne prawo do informacji

Wyłączne prawo do decydowania o rozpowszechnianiu wizerunku doznaje ograniczeń na podstawie prawa polskiego w związku z art. 81 ust. 2. pr.aut. Artykuł ten stanowi wyjątek od zasady wymogu uzyskania zgody osoby portretowanej. Zgodnie z jego treścią zezwolenia nie wymaga rozpowszechnianie wizerunku osoby powszechnie znanej, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych. Ograniczenie to wynika z prymatu prawa społeczeństwa do informacji. Jednakże wykorzystanie wizerunku osób powszechnie znanych nie może dotyczyć prywatnej sfery ich życia, chyba że jest to powiązane bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby.

W większości krajów europejskich prawo to jest znane jako publiczne prawo do informacji i zawarte jest w ich konstytucjach (bezpośrednio lub pośrednio), jak zostało to uregulowane m.in. w Grecji[58], bądź też znajdują się w innych przepisach prawnych, jak ma miejsce w Niemczech[59] i Polsce, czy w końcu mogą one wynikać z orzecznictwa, jak w Wielkiej Brytanii.

---

55 W. Cajsel, *Ustawa o sporcie kwalifikowanym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 172.

56 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 12.02.1998 r.; cyt. za: M. Wach, *Personality merchandising…*, s. 26.

57 I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image…*, s. 192, 111, 64, 152.

58 M. Papaloukas, *Sports image and…*, s. 137.

59 I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, *Sports Image…,* s. 112.

W Stanach Zjednoczonych takie samo prawo okr eśla się doktryną *newsworthiness*[60]. Doktryna ta związana jest z dopuszczalnością ingerencji prasy w prywatność jednostek. Istotna rolę odegrało tu orzeczenie w sprawie Sidis v. F-R Publishing Corporation, które stało się podstawową przesłanką wyłączającą bezprawność naruszenia w systemie *common law*[61].

c) Porządek prawny

Podstawę do r ozpowszechniania wizerunku sportowca stanowią także przepisy znajdujące się w ustawodawstwie bezpośrednio odnoszącym się do dzielność sportowej. Należy jednak nadmienić, iż często regulacje te budzą sprzeciw środowiska zawodniczego, ze względu na ich ingerencyjny charakter[62].

W prawie polskim np. zgodnie z treścią art. 14 ust. 1 ustawy o sporcie polskim związkom spor towym przysługuje uprawnienie do gospodar czej i komercyjnej eksploatacji jednego z dóbr osobistych, jakim jest wiz erunek. Regulacja ta ma zastoso wanie wyłącznie w odniesieniu do określonej kategorii zawodników – członków kadry narodowej w stroju reprezentacji kraju[63]. W związku z tym zawodnik nie może bez zgody polskiego związku sportowego upoważniać osób trzecich do wykorzystywania jego wizerunku w stroju reprezentacyjnym. Istotne w tym kontekście jest spr ecyzowanie stroju reprezentacyjnego. Nie oznacza on bowiem tylko i wyłącznie ubioru noszonego podczas startu, ale także strój wykorzystywany w trakcie przygotowań (np. dres, kurtka itp.) oraz strój oficjalny (np. garnitur, koszula itp., o ile taka istnieje). Tę samą konstr ukcję ma ust. 2 omawianego artykułu, z tym że uprawnienia w tym wypadku odnosić się będą do Polskiego Komitetu Olimpijskiego (PKOl), a grupa sportowców objęta niniejszą r egulacją to członkowie reprezentacji olimpijskiej w stroju reprezentacji olimpijskiej[64].

---

60 *Ibidem,* s. 365.

61 Por. G. Dendy, *The Newsworthiness Defense to the Public Disclosure Tort*, Kentucky Law Journal, 1997, vol. 85, s. 147–168.

62 Np. sprawa reprezentanta Polski w piłce nożnej – Macieja Żurawskiego (zob. wyrok SN z dnia 16.12.2009 r., I CSK 160/09, O rzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna (OSNC), 2010, nr 7–8, poz. 114), czy podobna sprawa Kamila K osowskiego, konflikt w Polskim Związku Lekkiej Atletyki dotyczący grupy zawodników zrzeszonych w ramach grupy sponsorskiej Elite Cafe.

63 M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, *Ustawa o sporcie…*

64 Art. 14 ust. 2 ustawy o sporcie.

Istotne w tym miejscu wydaje się także wskazanie regulacji wewnętrznych organizacji prawa prywatnego, jaką jest Międzynarodowy Komitet Olimpijski (MKOl). Zgodnie z przepisami wykonawczymi do art. 41 Karty Olimpijskiej (KO)[65], które stanowią, że poza sytuacjami dozwolonymi przez Komitet Wykonawczy MKOl, żaden zawodnik, trener lub działacz, który uczestniczy w Igrzyskach Olimpijskich (IO), nie może zezwolić na wykorzystanie swojej osoby, nazwiska, wizerunku lub występu sportowego w celach reklamowych podczas IO[66], prawo do decydowania o swoim wizerunku doznaje ograniczenia.

Reasumując, dozwolone rozpowszechnianie wizerunku sportowca wymaga w większości przypadków zezwolenia osoby na nim przedstawionej. Okoliczności, które wyłączają bezprawność, wiążą się z regułami ustawowymi, wewnętrznymi przepisami związkowymi bądź też wchodzą w zakres publicznego prawa do informacji, z uwzględnieniem odpowiednich zastrzeżeń.

6. Prawo do prywatności

Pojęcie prywatności nie zostało zdefiniowane w żadnym systemie prawnym, jest ujmowane bardzo szeroko i stanowi przedmiot regulacji wielu międzynarodowych i krajowych instrumentów prawnych[67]. Zgodnie z treścią art. 8 EKPCz[68] każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego oraz rodzinnego, a także swojego mieszkania i korespondencji. Konstrukcja zastosowana w tym artykule ujmuje prawo do prywatności jako ogólne prawo każdego człowieka do poszanowania jego sfery prywatno-rodzinnej, która ujęta została w sposób niewyczerpujący, mają-

65 Zob. Karta Olimpijska, w wersji obowiązującej z dnia 11 lutego 2010, opublikowany przez International Olympic Committee – luty 2010, dostępna pod adresem: http://www.olympic.org/Documents/Olympic%20Charter/Charter_en_2010.pdf [odczyt: 02.10.2012].

66 Punkt 3 przepisów wykonawczych do art. 41 Karty Olimpijskiej.

67 J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 114–115.

68 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPCz) sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 i uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

cy na celu ochronę całej prywatności[69]. Ponadto niedopuszczalna w świetle powołanego przepisu jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z niniejszego uprawnienia, z wyjątkiem przypadków, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, publiczne czy też ze względu na dobrobyt gospodarczy kraju, a także w związku z ochroną porządku publicznego, zdrowia, moralności oraz ochroną praw i wolności innych osób[70].

Podobne ujęcie zostało przyjęte w dokumencie ONZ, artykuł 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[71] w brzmieniu ustalonym przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1948 r. stanowi, iż samowolna ingerencja w czyjekolwiek życie prywatne, rodzinne czy też domowe jest zabronione. Nadto niedopuszczalne jest godzenie w czyjkolwiek honor oraz dobre imię. Regulacja podobnej treści znajduje się w art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[72].

Naruszenie powyższych regulacji w kontekście prawa do wizerunku sportowców wiąże się z głównie z ingerencją medialną w życie sportowców, a także treścią regulacji poszczególnych państw czy też związkó w sportowych odnoszących się przede wszystkim do członków kadry narodowej lub reprezentacji olimpijskiej. Wątpliwości wiążą się z ingerencją związków, a także klubów w sferę praw sportowców, które są tak ściśle związane z ochroną życia prywatnego sportowców.

Sportowcy, jako osoby budzące powszechne zainteresowanie, stanowią olbrzymie pole działań marketingowych. Z wymiernej wartości majątkowej ich wizerunku zdają sobie sprawę wszyscy. Dlatego też istotną kwestią jest ochrona prywatności sportowca, zwłaszcza gdy jego wizerunek jest zagrożony. Niejednokrotnie (niestety) wiąże się to z ukryciem przed opinią publiczną „nie właściwego zachowania" gwiazdy sportu. W ostatnich latach najwięcej spraw dotyczących ochrony życia prywat-

---

69 Por. E. Łętowska, *Prawo do prywatności w Europie*, materiały edukacyjne przygotowane w ramach programu Socrates Grundtvig Action 1, „Law through Experience", 116881-CP-1–2004-SK-GRUNDTVIG-G11, s. 5.

70 Art. 8 ust. 2 EKPCz. Nie jest to jednak prawo absolutne.

71 Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r. dostępna pod adresem: http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf [odczyt: 02.10.2012]; rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III).

72 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP), Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

nego rozpatrywały sądy angielskie, co niewątpliwie powiązane jest z instytucją *super-injunctions*[73]. Najgłośniejsza sprawa dotyczyła zawodnika Manchester United Ryana Giggs i jego romansu z była uczestniczką *Big Brothera*, co nadszarpnęło dotychczasowy medialny wizerunek Giggsa.

Zgodnie z przywoływanym już art. 8 EKPCz oraz art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka każdy (w tym także sportowcy) ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego oraz rodzinnego, a w świetle regulacji większości krajów ograniczenie ochrony w tym zakresie wynika z interesu publicznego, dlatego też pozostaje postawić sobie pytanie, czy np. informacja o romansie zawodnika leży w interesie publiczny. Ponadto powszechnie w doktrynie i orzecznictwie przyjęte jest, iż osobom publicznym przysługuje węższy zakres ochrony w sferze życia prywatnego niż zwykłym obywatelom[74], jednakże ich sfera intymności korzysta z ochrony bezwzględnej[75]. Niewątpliwie sfera seksualna jest zaliczana do sfery intymności, w związku z czym powinna podlegać ochronie.

Drugi aspekt ochrony prywatności stanowią regulacje krajowe i związkowe. W świetle przywołanego już wcześniej artykułu 14 polskiej ustawy o sporcie zawodnik jest zobligowany do wyrażenia zgody na rozpowszechnianie jego wizerunku w stroju reprezentacyjnym, jeszcze przed zakwalifikowaniem się do kadry narodowej czy też reprezentacji olimpijskiej[76]. Jest to jednoznaczne z wywieraniem presji na zawodniku, a ponadto stoi w jawnej sprzeczności z treścią art. 81 pr.aut. Nie możemy bowiem w tym wypadku mówić ani o dobrowolności, ani o precyzji odnoszącej się do celu i warunków rozpowszechniania wizerunku. Udzielona z góry zgoda ma charakter abstrakcyjny[77]. Sportowiec w momencie jej wyrażania traci kontrolę nad losem swojego wizerunku i tak naprawdę nie wie, jak będzie on wykorzystany i czy nie naruszy to jego godności. Nadto na zasadzie analogii do ochrony danych osobowych można stwierdzić, iż skuteczna może być tylko taka zgoda, która jest wyrażona w sposób swobodny. Należy także pamiętać, iż naruszenie prawa do wizerunku, który jest bezpośrednio powiązany z godnością człowieka[78],

73 I.S. Blackshaw, *Protecting sports images…*

74 J. Sińczydło-Chabicz, *Naruszenie prywatności…*, s. 220.

75 *Ibidem*, s. 248.

76 Art. 14 ust. 3 ustawy o sporcie.

77 R. Szczepanik, *Problem prawa do wizerunku sportowca – reprezentanta kraju*, MP, 2007, nr 17.

78 Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2004 r., ICK 495/03, Glosa, 2005, nr 1, s. 54.

godzi często jeszcze w inne dobra osobiste, jak np. cześć, co ma już bezpośrednie przełożenie na poszanowanie prawa do życia prywatnego[79]. Ponadto udostępnienie swojego wizerunku na zasadach wyłączności wiąże się przyznaniem czy to związkowi, czy też PKOl, możliwości jego użytkowania w każdej formie, co jednoznacznie może godzić w sferę prywatną i wpływać na zewnętrzny odbiór zawodnika.

Nie można się także zgodzić z twierdzeniem, iż członek kadry, czy to narodowej, czy olimpijskiej, jest osoba powszechnie znaną, a w związku z czym zgoda nie jest konieczna. Istnieje wiele tzw. dyscyplin niszowych, o których istnieniu pojęcie ma nie wielka grupa ludzi. Należy także pamiętać, iż nie każdy członek kadry jest osoba powszechnie rozpoznawalną. Ponadto zwolnienie z obowiązku uzyskania zgody odnosi się tylko do takich sytuacji, w których wizerunek został wykorzystany w związku z funkcją publiczną, czyli np. transmisja walki, meczu itp. Dlatego też koncepcja sportowca jako osoby powszechnie znanej jest nietrafiona i nie znajduje poparcia w przepisach prawa.

7. Wnioski

Ochrona wizerunku jest zagadnieniem o dużej doniosłości społecznej. Sportowcowi, jak każdej osobie fizycznej, przysługuje prawo do ochrony dobra osobistego, jakim jest jego wizerunek. Jest to zagadnienie istotne zarówno dla samych sportowców, którzy dochodzą ochrony swojego wizerunku, jak i dla podmiotów wykorzystujących ich wizerunek. Z jednej strony przepisy poszczególnych krajów chronią wizerunek sportowca przed bezprawnym wykorzystywanie, a z drugiej strony określają granice, w jakich poruszać mogą się wybrane podmioty korzystające z wizerunku sportowców. Ten drugi aspekt w praktyce budzi najwięcej wątpliwości po obu stronach. Gospodarczy rozwój wymiaru sportu doprowadził bowiem do sytuacji, w której wizerunek sportowca ma konkretne przełożenie materialne, co w sposób automatyczny prowadzi do sporów.

Na tle powyższych rozważań jednoznacznie można stwierdzić, iż w większości systemów prawnych rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej. Istnienie zgody wyłącza bowiem bez-

79 R. Szczepanik, *Problem prawa do wizerunku…*

prawność działania. Ponadto ochrona wizerunku podlega ograniczeniom ze względu na publiczne prawo do informacji.

Naruszenie wizerunku sportowca jest traktowane jako naruszenie jego prywatności[80], co daje bezpośredni impuls do ochrony praw człowieka związanych bezpośrednio z tą sferą, a chronionych w aktach prawa międzynarodowego, takich jak EKPCz czy Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Należy także zauważyć, że ochrona życia prywatnego sportowców (zwłaszcza tych, którzy są na szczycie list rankingowych i biją kolejne rekordy), których prywatne zachowania mogą rzutować na prezentowane przez nich postawy, jest zdecydowanie słabsza niż ochrona prywatności tzw. zwykłego obywatela. Ponadto nawet pośród samych sportowców możemy zauważyć dysproporcje w zakresie przysługującej im ochrony, wynikającej chociażby z wewnętrznych regulacji związkowych. Co więcej, należy stwierdzić, iż regulacje wymuszające przeniesienie wizerunku na zasadach wyłączności na konkretne podmioty prawne stanowią daleko idącą ingerencję w prawa podstawowe sportowca. Wizerunek bowiem jest dobrem ściśle związanym z jednostką ludzką (razem z nią powstaje i wygasa)[81], wiążącym się z godnością człowieka. Ponadto należy pamiętać, iż prawa osobiste są niezbywalne, a wizerunek niewątpliwie nim jest[82].

Istotne jest także zwrócenie uwagi na konieczność działania zgodnego z zasadą proporcjonalności, która zawiera obowiązek oceny różnych interesów. Wszelkie ograniczenia są dopuszczalne jedynie w takim zakresie, w jakim są one zgodne z zasadą proporcjonalności, i nie mogą one być zbyt restrykcyjne w stosunku, do celu jakiemu służą. W związku z czym istotne wydaje się, aby spojrzeć na sportowca przede wszystkim jako na osobę, której prywatność podlega ochronie określanej przez prawa człowieka.

---

80 M. Papaloukas, *Sports image and…*, s. 137.

81 Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 26 października 2001 r., V CKN 195/01; cyt. za: R. Szczepanik, *Problem prawa do wizerunku…*

82 G. Tylec, *Zasady eksploatacji wizerunku sportowca członka kadry narodowej*, Przegląd Prawno-Ekonomiczny, 2009, nr 4, s. 19–21.

Przemysław Pest

Sąd polubowny a wymiar sprawiedliwości i prawo do sądu

Wprowadzenie

Sprawy z zakresu prawa prywatnego mogą być rozpoznawane i rozstrzygane nie tylko przez sądy państwowe, ale także przez powołane do tego mocą umowy stron sądy polubowne (arbitrażowe)[1]. Sądy polubowne są sądami prywatnymi złożonymi z jednego lub większej liczby sędziów (arbitrów), którym na mocy umowy stron (zapisu na sąd polubowny),

1 A. Deryng, *Miejsce sądownictwa polubownego a wymiar sprawiedliwości w świetle zasad konstytucyjnych*, ADR. Arbitraż i Mediacja, 2008, nr 3, s. 35; por. R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1932, s. 4; J.M. Rosenberg, *Kodeks sądów polubownych*, Warszawa 1933, s. 11; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1961, s. 11; E. Wengerek, M. Tyczka, *Sądownictwo polubowne w handlu zagranicznym i międzynarodowym obrocie morskim*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, 1968, nr 6, s. 21; S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 15–17; W. Siedlecki, [w:] W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 429; A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005, s. 134; T. Ereciński, [w:] J. Ciszewski (red.), T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy), t. 5*, Warszawa 2006, art. 1154, uw. 1, s. 345; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 395; Ł. Błaszczak, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 453–454.

w miejsce sądów państwowych, zostaje przekazana kompetencja do rozpoznania i rozstrzygnięcia sporu cywilnoprawnego. Arbitraż stanowi więc pewnego rodzaju tryb rozstrzygania spraw cywilnych, w którym organ rozstrzygający nie jest sądem państwowym i swą kompetencję wykluczającą orzecznictwo sądów powszechnych wywodzi z umowy stron[2].

W artykule zostaną przedstawione relacje zachodzące między sądownictwem polubownym a konstytucyjnymi zasadami sądowego wymiaru sprawiedliwości i prawa do sądu. Z wiązki między instytucją arbitrażu a obiema zasadami dla przejrzystości wywodu zostaną przedstawione oddzielnie. W przypadku obu zasad, w celu lepszego zrozumienia zasygnalizowanego stosunku, w pierwszej kolejności zostanie przedstawione normatywne uregulowanie danej zasady, następnie poglądy doktryny jej dotyczące i w końcu relacja omawianej zasady z sądownictwem polubownym.

Sąd polubowny a wymiar sprawiedliwości

Art. 175 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe; ust. 2 tego artykułu pozwala na ustanowienie na czas wojny sądu wyjątkowego lub trybu doraźnego. Artykuł ten nie jest definicją legalną pojęcia „wymiar sprawiedliwości", a jedynie podaje zamkniętą listę podmiotów, które sprawują wymiar sprawiedliwości[3]. Należy więc w tym miejscu odnieść się do doktrynalnych definicji tego pojęcia.

---

2 *Ibidem*; E. Marszałkowska-Krześ, [w:] U. Kalina-Prasznic (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 751.

3 Por. P. Winczorek, *Komentarz do konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 228; J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 963 i n.; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 534 i n.; L. Kański, *Konstytucyjne podstawy wymiaru sprawiedliwości w europejskich państwach socjalistycznych*, Poznań 1973, s. 16 i n.; Z. Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki*, Państwo i Prawo, 1999, nr 9, s. 4–5; K. Piasecki, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Warszawa 1995, s. 6; S. Sagan, *Konstytucyjne organy ochrony prawnej*, [w:] S. Sagan (red.), *Organy i korporacje ochrony prawa*, Warszawa 2001, s. 23.

P. Winczorek wskazuje, że „wymiar sprawiedliwości dotyczy orzekania o faktach. Polega on na wyrokowaniu w sprawach cywilnych (i pokrewnych), karnych i administracyjnych przez podejmowanie konkretnych decyzji władczych o prawach i obowiązkach podmiotów indywidualnych, na podstawie norm generalnych i abstrakcyjnych, zgodnie z odpowiednimi przepisami proceduralnymi i normami kompetencji (właściwości) decyzyjnej. Wymiar sprawiedliwości jest zastrzeżony jedynie dla sądów, a zatem nie może być sprawowany przez żadne inne organy władzy publicznej. Oznacza to, że tam, gdzie wchodzi w grę decydowanie władcze odpowiadające pojęciu »wymiar sprawiedliwości«, musi ono w całości znaleźć się w rękach sądów, o których mowa w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP”[4].

Z. Czeszejko-Sochacki stwierdza, że „nie wdając się głębiej w teoretyczne rozważania, można rozróżnić wymiar sprawiedliwości w formalnym i materialnym znaczeniu. W znaczeniu formalnym »wymiar sprawiedliwości« można rozpatrywać z punktu widzenia funkcji, przedmiotów i organów. Biorąc pod uwagę te właśnie aspekty, można go określić jako podstawową działalność państwa (aspekt funkcjonalny), polegającą na stosowaniu i konkretyzowaniu ustanowionych względnie uznanych przez państwo ustaw i norm prawnych w poszczególnych przypadkach (aspekt przedmiotowy), przez szczególny rodzaj organów władzy publicznej – sądy (aspekt podmiotowy), którym konstytucyjnie przysługuje wyłączność sprawowania owego wymiaru sprawiedliwości (monopol sądowego wymiaru sprawiedliwości). W znaczeniu materialnym pojęcie »wymiaru sprawiedliwości« jest ściśle związane z ustrojową aksjologią, z konstytucyjnym nakazem urzeczywistniania przez Rzeczpospolitą, jako demokratyczne państwo prawne, zasad sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP), z zapewnieniem prawnej ochrony godności i wolności człowieka (art. 30 i art. 31 ust. 1 Konstytucji RP) i konstytucyjnym prawem każdego człowieka w tym państwie do (między innymi) »sprawiedliwego« rozpatrzenia sprawy przez sąd”[5].

Z kolei według L. Garlickiego „nie wdając się w teoretyczne rozważania nad definicją wymiaru sprawiedliwości, można go określić jako działalność państwa polegającą na wiążącym rozstrzyganiu sporów, w którym przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podmiot podobny.

4 P. Winczorek, *op. cit.*, s. 229.

5 Z. Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości*…, s. 4.

Podstawą tego określenia jest wyodrębnienie specyficznej postaci działalności państwa, jaką jest rozpatrywanie i rozstrzyganie sporów o prawa, a więc sądzenie. Innymi słowy, art. 175 ust. 1 Konstytucji RP może być rozumiany jako przepis ustalający monopol sądów na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości"[6].

W podobnym tonie wypowiada się Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 13 marca 1996 r. (sygn. akt K. 11/95) stwierdzając, iż „w doktrynie przeważa jednakże pogląd, że pojęcie »wymiar sprawiedliwości« należy raczej rozumieć przedmiotowo, jako czynność polegającą na rozstrzygnięciu konfliktów prawnych, a nie podmiotowo, jako wyłączną właściwość organów sądowych. Faktem jest natomiast, że konstytucja i ustawodawstwo zwykłe, przyznając sądom i sędziom szczególne uprawnienia i gwarancje, czynią sądy organami najbardziej wiarygodnymi dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Z tych też względów przyjmuje się, że jeżeli sądy same nie rozstrzygają konfliktów prawnych, to przynajmniej powinny w sferze wymiaru sprawiedliwości sprawować kontrolę nad orzecznictwem organów quasi-sądowych[7]. Analiza polskiego systemu prawnego dowodzi, że zarówno ustrojodawca, jak też ustawodawca zwykły nie przekazał do wyłącznej kompetencji sądownictwa powszechnego orzecznictwa: kolegiów do spraw wykroczeń, inspekcji pracy, urzędów skarbowych, urzędów celnych i wielu innych organów quasi-sądowych lub pozasądowych. Zwraca uwagę także fakt, że w polskim systemie prawnym istnieją jeszcze inne organy, których decyzji lub orzeczeń niepodobna wkomponować w ramy sądownictwa powszechnego. Należy tutaj wymienić chociażby stosujące postępowanie mandatowe i nakazowe organy administracji państwowej i samorządowej, izby morskie, Urząd Morski, Urząd Patentowy, Urząd Antymonopolowy itp."[8]. Podobny wniosek można znaleźć w wyroku z 8 grudnia 1998 r. (sygn. akt K. 41/97) – który zapadł już w aktualnym stanie prawnym – w którym Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że „władza sądownicza, sprawowana przez konstytucyjne organy, działa w ramach monopolu władzy państwowej oraz feruje wyroki w imieniu RP (art. 174 Konstytucji RP). Taki stan rzeczy nie wyklucza legalności działania innych, niepaństwo-

6 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 354.

7 Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 1 MK*, [w:] *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1995, s. 16–17.

8 Orzeczenie Trybunały Konstytucyjnego z 13 marca 1996 r., K. 11/95, OTK 1996, nr 2, poz. 9, s. 7.

wych organów utworzonych w celu rozstrzygania sporów o prawa, o ile wyraźne przepisy ustawowe możliwość taką stwarzają (np. w wypadku sądów dyscyplinarnych tworzonych na postawie ustaw szczególnych lub w ramach korporacyjnych struktur organizacyjnych). Rozstrzygnięcia podejmowane przez tego rodzaju sądy niepaństwowe nie są orzeczeniami w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, ponadto legalność tych rozstrzygnięć takich sądów z reguły podlega kontroli państwowej władzy sądowniczej[9]. Z tych też względów przyjmuje się, że jeżeli sądy same nie rozstrzygają konfliktów prawnych, to przynajmniej powinny w sferze wymiaru sprawiedliwości sprawować kontrolę nad orzecznictwem organów quasi-sądowych"[10].

Podsumowując przedstawione powyżej poglądy, można stwierdzić, że pojęcie „wymiaru sprawiedliwości" można rozumieć zasadniczo w trzech aspektach: podmiotowym (zwanym także formalnym), przedmiotowym (zwanym inaczej materialnym) oraz mieszanym (przedmiotowo-podmiotowym)[11]. Znaczenie podmiotowe opiera się na kryterium rodzaju podmiotu prowadzącego działalność zwaną wymiarem sprawiedliwości. Typową definicją podmiotową jest ta, która wyjaśnia wymiar sprawiedliwości przez wyliczenie organów go sprawujących. Można więc stwierdzić, że art. 175 ust. 1 Konstytucji RP jest definicją podmiotową tego pojęcia[12]. Podstawą przedmiotowych definicji wymiaru sprawiedliwości jest kryterium działalności polegającej na rozstrzyganiu sporów prawnych. Przykładem definicji przedmiotowej może być stwierdzenie, że wymiar sprawiedliwości to rozpoznawanie i rozstrzyganie spraw cywilnych, karnych i administracyjnych[13]. Definicje przedmiotowo-podmiotowe łączą w sobie cechy dwóch przedstawionych wyżej propozycji, odnosząc się zarówno do organów sprawujących wymiar sprawiedliwości, jak i do samej czynności rozstrzygania sporów prawnych. Tak skonstru-

9 Por. A. Wasilewski, *Władza sądownicza*, Państwo i Prawo, 1998, nr 7.

10 Wyroku Trybunały Konstytucyjnego z 8 grudnia 1998 r., K. 41/97, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117, s. 6.

11 A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 215–216; por. S. Włodyka, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w PRL*, Warszawa 1963, s. 15; J. Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczpospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 299; H. Zięba-Załucka, *Władza ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza w Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej*, Warszawa 2002, s. 275–276; L. Garlicki, *Polskie prawo…*, s. 354.

12 A. Zienkiewicz, *op. cit.*

13 *Ibidem.*

owana definicja twierdziłaby, że wymiar sprawiedliwości to działalność sądów polegająca na r ozpoznawaniu i rozstrzyganiu spraw cywilny ch, karnych i administracyjnych[14].

Gdyby zdecydować się na definiowane wymiaru sprawiedliwości tylko przez pryzmat zawartej w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP definicji podmiotowej tego pojęcia, wymieniającej zamknięty katalog kompetentnych do sprawo wania wymiaru sprawiedliwości organów, należałoby stwierdzić, że sądownictwo polubowne nie wlicza się w zakres tak rozumianego wymiaru sprawiedliwości. D o kwestii wzajemnych relacji pomiędzy instytucją sądownictwa arbitrażowego a konstytucyjną zasadą sądowego wymiaru sprawiedliwości odniosło się kilu autorów zajmujący się tematyką alternatywnych metod rozwiązywania sporów.

A. Zienkiewicz, nawiązując do przedstawionego wyżej stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, stwierdza, że pojęcie „wymiaru sprawiedliwości" należy rozumieć w szerszym (przedmiotowo-funkcjonalnym) znaczeniu, jako działalność polegającą na opano wywaniu sporów prawnych, nie będącą jedynie domeną sądó w (brak monopolu sądó w)[15]. Autor wskazuje, że „w zakres szerszego rozumienia »wymiaru sprawiedliwości« można zaliczyć do niego alternatywne formy r ozwiązywania i rozstrzygania sporów prawnych (ADR), które (nie naruszając prawa do sądu) mają uzupełniać, a nie zastępować, mechanizmy sądowego wymiaru sprawiedliwości – przy zachowaniu nadrzędnej pozycji sądów wyrażającej się w możliwości zweryfikowania prawidłowości (legalności) rozstrzygnięcia (rozwiązania) organu pozasądowego (kontrola sądu)"[16]. Podobne stanowisko przyjmuje także L. Morawski, który stwierdza, że „termin »wymiar sprawiedliwości« ma w moich rozważaniach szersze znaczenie niż sądowy czy nawet państwowy

14 *Ibidem*.

15 Za R. Morkiem należy zauważyć, że „w starszym piśmiennictwie pojęcie »wymiaru sprawiedliwości« występowało w dwóch znaczeniach: węższym (organy i funkcje jurysdykcyjne) i szerszym (dodatkowo inne organy funkcje służące ochronie prawnej). Ponadto wyodrębniano kategorię wymiaru sprawiedliwości sprawowanego przez organy niepaństwowe albo ponadpaństwowe w stosunkach prawnych wykraczających poza zakres jurysdykcji danego państwa (stosunkach z udziałem obywateli obcych oraz stosunkach międzypaństwo wych" – R. M orek, *ADR – w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 42–43.

16 A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 221–222; tak też: R. M orek, *op. cit.*, s. 43–44; por. S. Włodyka, *op. cit.*, s. 8, 14; Z. Resich, *Nauka o organach ochrony prawnej*, Warszawa 1973, s. 7; Z. Resich, *System organów ochrony prawnej w aspekcie prawnoporównawczym*, Warszawa 1979, s. 19.

wymiar sprawiedliwości i obejmuje wszelkie instytucje zajmujące się rozwiązywaniem indywidualnych sporów i problemów"[17].

A. Zienkiewicz, wychodząc od szerokiego, przedmiotowo-funkcjonalnego znaczenia pojęcia „wymiar sprawiedliwości", proponuje posługiwanie się w nauce i praktyce prawniczej terminem „uzupełniające formy wymiaru sprawiedliwości" (*Complementary Forms of Justice*)[18] zamiast pojęciem ADR. Rozwiązywanie lub rozstrzyganie sporów prawnych zgodnie z podaną definicją wymiaru sprawiedliwości byłoby przedmiotem działalności sądów i uzupełniających form wymiaru sprawiedliwości. Zasadami łączącymi w tej koncepcji obie formy są: 1) uzupełnianie symbiotyczne, a więc dopełnianie się obu form w ramach pozytywnie rozumianej konkurencji; 2) subsydiarność (pomocniczość) rozumiana jako podejmowanie prób rozwiązywania indywidualnych sporów prawnych w sposób jak najmniej zinstytucjonalizowany i sformalizowany, a przechodzenie do form bardziej zinstytucjonalizowanych i sformalizowanych dopiero w sytuacji, gdy za pomocą tych pierwszych nie uda się osiągnąć satysfakcjonującego rozwiązania; oraz 3) postulat włączenia społeczeństwa obywatelskiego w wymiar sprawiedliwości, oznaczający trwałe włączenie do postępowania sądowego procedur dających stronom wpływ nie tylko na samą treść decyzji kończącej spór, ale także na sposób jej wypracowania[19].

Odmienne stanowisko przyjmują Ł. Błaszczak i M. Ludwik, którzy twierdzą, że definicja wymiaru sprawiedliwości nie obejmuje swoim zakresem działalności sądów polubownych. Nie oznacza to jednak wyłączenia możliwości rozpoznawania i rozstrzygania konkretnej sprawy w arbitrażu, gdyż Kodeks postępowania cywilnego wyraźnie na to zezwala. Działalność sądu polubownego nie jest więc dla tych autorów ani wyjątkiem od zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości uregulowanej w art. 175 Konstytucji RP, ani też nie stawi przełamania monopolu sądów powszechnych na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Sąd polubowny jest bowiem pozasądowym organem ochrony prawnej, nad którym nadzór sprawuje sąd powszechny[20]. Autorzy ci odrzucają więc

17 L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 186.

18 A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 227.

19 *Ibidem*, s. 227–230 i cyt. tam lit.

20 Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 51; tak też: A. Dereryng, *Miejsce sądownictwa…*, s. 47; *eadem*, *Sąd polubowny a realizacja konstytucyjnej zasady prawa do sądu*, ADR. Arbitraż i Mediacja, 2009, nr 1,

koncepcje szerokiego rozumienia wymiaru sprawiedliwości i włączenia do niej sądownictwa polubownego oraz innych alternatywnych form rozwiązywania sporów[21]. Za pozostawieniem sądownictwa polubownego poza ramami wymiaru sprawiedliwości przemawia zdaniem autorów niemożliwość zapewnienia przez ten sąd poszanowania wszystkich konstytucyjnych zasad wymiaru sprawiedliwości.

Po pierwsze, chodzi tu o zasadę niezawisłości sędziowskiej (art. 178 Konstytucji RP) wiążącej się z gwarancjami o charakterze[22]: 1) organizacyjnym (np. ustawowe określenie zakresu jurysdykcji poszczególnych sadów) – tymczasem w przypadku arbitrażu nie ma mowy o jurysdykcji[23], gdyż sąd polubowny staje się kompetentny do rozpoznania sprawy nie na podstawie przepisów ustawy, ale na mocy umowy stron (zapisu na sąd polubowny); 2) funkcjonalnym (np. pozostawienie wyłącznie sądowi możliwości decydowania o tym, czy przedłożona mu sprawa należy do jego kompetencji

---

s. 47–48; por. J. Gudowski (red.), *Komentarz do prawa o ustroju sądów powszechnych i Ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, Warszawa 2002, s. 15; T. Ereciński, K. Weitz, *Efektywność ochrony prawnej udzielanej przez sądy w Polsce*, Przegląd Sądowy, 2005, nr 10, s. 4; L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2005, art. 175, uwaga 7, s. 6; J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa*, Kraków 2005, s. 19, 112; M. Szwarczyk, *Quasi-sądowe organy orzekające*, [w:] B. Szmulik, M. Żmigrodzki (red.), *Ustrój organów ochrony prawnej*, Lublin 2005, s. 222; A. Zieliński, *Sądowe i pozasądowe środki ochrony praw obywatelskich*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 717.

21 Warto zwrócić uwagę na szerokie rozumienie wymiaru sprawiedliwości w ustawodawstwie Unii Europejskiej, włączające w zakres tego pojęcia mediację, która jest obok arbitrażu jedną z podstawowych alternatywnych metod rozwiązywania sporów. Na przykład pkt 2 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych stanowi, że zasada dostępu do wymiaru sprawiedliwości ma podstawowe znaczenie i dlatego, w celu ułatwienia lepszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, na posiedzeniu Rady Europejskiej w Tampere w dniach 15 i 16 października 1999 r. wezwano państwa członkowskie do stworzenia alternatywnych, pozasądowych procedur (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 136 z 24 maja 2008 r.); por. A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 224–225; R. Morek, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z 21.5.2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych: nowy etap rozwoju mediacji w Europie*, ADR. Arbitraż i Mediacja, 2008, nr 3.

22 Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 49–50; A. Deryng, *Miejsce sądownictwa…*, s. 43.

23 Por. Ł. Błaszczak, *Nadzór sądu powszechnego nad działalnością sądu polubownego (cz. II)*, Prawo Spółek, 2006, nr 4, s. 37.

i właściwości) – natomiast w przypadku arbitrażu, co prawda, ta kwestia należy także do oceny tego sądu polubownego (art. 1180 KPC), ale w razie sporu co do właściwości ostateczne rozstrzygnięcie w tym zakresie i tak podejmuje sąd powszechny, który jest kompetentny do rozstrzygnięcia tej kwestii (art. 1180 § 3 KPC); 3) procesowym (np. jawność postępowania sądowego wyrażająca się otwartością rozprawy dla uczestników postępowania oraz dla postronnych obserwatorów, co ma gwarantować sprawiedliwość i bezstronność postępowania oraz niezawisłość sędziów[24]) – w przypadku zaś sądu polubownego zasadą jest poufność[25]; 4) dotyczącymi pozycji sędziego (np. wymóg posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych, powoływanie sędziów przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, nieusuwalność sędziów z urzędu, immunitet sędziowski) – takich wymogów brak w stosunku do sędziów sądu polubownego[26]. Zgodnie z art. 1170 § 1 k.p.c. arbitrem może być osoba fizyczna bez względu na obywatelstwo, mające pełną zdolność do czynności prawnych.

Po drugie, sąd polubowny nie spełnia konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 176 Konstytucji RP). W przypadku postępowania przed sądem polubownym regułą jest jednoinstancyjność, chociaż art. 1205 § 2 k.p.c. dopuszcza możliwość powołania drugiej instancji. Ta cecha z jednej strony jest zaletą arbitrażu, gdyż przyśpiesza rozstrzygnięcie sprawy, z drugiej jednak strony nie daje gwarancji sanowania błędu w drugiej instancji, jeżeli takowy wystąpiłby w postępowaniu przed sadem polubownym[27].

Po trzecie, zgodnie z art. 174 Konstytucji RP sądy i Trybunały wydają wyroki w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast wyroki sądów polubownych nie mieszczą się w tej kategorii. Dopiero po ich uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności przez sąd państwowy uzyskują one moc

---

24 Por. J. Gudowski (red.), *op. cit.*, s. 65; L. Kański, *op. cit.*, s. 112.

25 Por. A Wach, *op. cit.*, s. 153; B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy*, Warszawa 2000, s. 177; J. Rajski, *Zagadnienia poufności w arbitrażu handlowym*, Przegląd Prawa Handlowego, 2001, nr 6, s 1 i n.

26 Por. M. Tomaszewski, *Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie*, Przegląd Sądowy, 2005, nr 1, s. 40; L. Łabędzki, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w sporach miedzy stronami z państw członkowskich RWPG*, Warszawa 1984, s 177 i n.; B. Pankowska-Lier, B. Sołtys, *Umowa arbitrażowa w obrocie gospodarczym. Wzory umów w praktyce*, Warszawa 2004, s. 2 i n.; E. Wengerek, M. Tyczka, *op. cit.*, s. 218.

27 Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 50; A. Deryng, *Miejsce sądownictwa…*, s. 45–46; por. M. Tomaszewski, *op. cit.*, s. 45.

prawną równą wyrokom sądów powszechnych (art. 1212 § 1 k.p.c.). Dodatkowo wyrok sądu polubownego nie zawsze musi być wydany w oparciu o konkretną normę prawną, gdyż podstawą rozstrzygania mogą być także ogólne zasady prawa lub zasada słuszności (art. 1194 §1 k.p.c.), podczas gdy podstawą rozstrzygnięcie sądu powszechnego musi być zawsze konkretna norma prawna[28].

Po czwarte, sąd polubowny nie realizuje także konstytucyjnej zasady udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (art. 182 Konstytucji RP). Udział ten, w Polsce realizowany w postaci tzw. systemu sądu ławniczego, czyli sądu o mieszanym składzie obejmującym sędziego zawodowego i ławników, którzy razem rozstrzygają wszystkie aspekty danej sprawy sądowej i większością głosów wydają orzeczenie, jest jedną z postaci uczestnictwa obywateli w sprawowaniu władzy publicznej. Tymczasem w sądzie polubownym w ogólne brak ławników[29].

Wydaje się, że warto na koniec rozważań o roli sądu polubownego w wymierzaniu sprawiedliwości wrócić do trafnego stwierdzenia L. Garlickiego, który uznaję, że „monopol sądów do sprawowania wymiaru sprawiedliwości oznacza (…) stworzenie sądom możliwości ostatecznego rozstrzygnięcia każdej sprawy, której przedmiotem jest prawo, jeżeli choćby jedną ze stron sporu jest jednostka. Nie znaczy to, by wszystkie sprawy i spory dotyczące sytuacji prawnej jednostki musiały być od początku rozstrzygane tylko przez sądy. Nie ma przeszkód, by sądy współistniały z pozasądowymi organami orzekającymi, zawsze jednak sądom musi przysługiwać pozycja nadrzędna, wyrażająca się w możliwości zweryfikowania prawidłowości (legalności) rozstrzygnięcia każdego organu pozasądowego”[30]. Niezależnie więc od tego, czy uznajemy sądy polubowne za część szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, jak

---

28 Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 50–51; A. Deryng, *Miejsce sądownictwa…*, s. 46; por. I. Kamiński, *Zasady słuszności jako podstawa orzekania w obrocie cywilnym i handlowym*, Państwo i Prawo, 1993, nr 4, s. 46 i n.; J. Jacyszyn, *Rozstrzyganie sporów gospodarczych w sądownictwie polubownym*, [w:] *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczpospolitej Polskiej*, Poznań 1993, s. 84; B. Fuchs, Lex mercatoria *w międzynarodowym obrocie handlowym*, Kraków 2000, s. 141; S. Dalka, *Znaczenie sądów polubownych dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych*, Problemy Egzekucji, 2001, nr 19, s. 17 i n; K. Piasecki, *Wyroki pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 1981, s. 80.

29 A. Deryng, *Miejsce sądownictwa…*, s. 47.

30 L. Garlicki, *Polskie prawo…,* s. 354.

czynią to A. Zienkiewicz i R. Morek, czy też za odrębne od wymiaru sprawiedliwości pozasądowe organy ochrony prawnej, jak Ł. Błaszczak i M. Ludwik, należy podkreślić, że podstawowym wymogiem pozwalającym na istnienie sądownictwa polubownego w polskim porządku prawnym, zgodnie z ugruntowanymi poglądami Trybunału Konstytucyjnego i doktryny, jest poddanie arbitrażu nadzorowi sądów państwowych, co też zostało uczynione przez ustawodawcę przez powołanie instytucji skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1025–1211 k.p.c.)[31].

Sąd polubowny a prawo do sądu

Prawo do sądu[32] zostało uregulowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd[33]. Podobnie jak art. 175 ust. 1 Konstytucji

---

31 Por. J. Gudowski (red.), *op. cit.*, s. 66–67; J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *Prawa od sądu*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 718; Ł. Błaszczak, *Nadzór sądu powszechnego nad działalnością sądu polubownego (cz. I)*, Prawo Spółek, 2006, nr 3; *idem*, *Nadzór sądu powszechnego nad działalnością sądu polubownego (cz. II)*, Prawo Spółek, 2006, nr 4.

32 Doktryna posługuje się przede wszystkim pojęciem „prawo do sądu", ale używa także zbliżonych znaczeniowo terminów, takich jak: „prawo do wymiaru sprawiedliwości", „prawo do drogi sądowej", prawo do sprawiedliwego (uczciwego) procesu sądowego", „prawo do powództwa", „prawo do obrony przed sądem", „prawo do ochrony sądowej", „prawo do ochrony prawnej" czy też „prawo do sądowej ochrony praw". Mimo semantycznych różnic, wszystkie te określenia odnoszą się do tego samego zjawiska prawnego, wydaje się więc, że można uznać, iż zawierają się w szeroko pojętej treści prawa do sądu – S. Pilipec, *Teoretyczno-prawne aspekty zasady prawa do sądu*, Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska. Sectio G, 2000, vol. XLVII, s. 226; por. 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, s. 187–188; L. Garlicki, *Prawo do sądu (rozważania „de lege fundamentale ferenda")*, Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska. Sectio G, 1990 [1992], vol. XXXVII, s. 58; Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, Państwo i Prawo, 1997, nr 11–12, s. 18–19.

33 Uzupełnieniem tego prawa są gwarancje zawarte w art. 77 ust. 2 (ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw),

RP nie jest definicją legalną pojęcia „wymiar sprawiedliwości", tak również art. 45 ust. 1 nie jest ustawową definicją pojęcia „prawo do sądu".

H. Mądrzak, definiując prawo do sądu, stwierdza, iż „jest ono odrębnym i niezależnym od innych powiązań normatywnych prawem przysługującym jednostce wobec państwa. W szczególności prawo to przysługuje na mocy postanowienia konstytucyjnego każdemu niezależnie od istnienia i treści stosunku materialnoprawnego i wynikających z niego uprawnień i obowiązków. Na stosunek ten powołują się wprawdzie strony dla uzasadnienia swych praw lub zarzutów, ale aż do chwili prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy stosunek ten musi być traktowany jaką wątpliwy. Rozstrzygnięcie niekorzystne dla powoda nie jest równoznaczne z odmową prawa do sądu, lecz jedynie następstwem tego, że organ procesowy w wyniku rozpoznania sprawy i oceny żądania w świetle kryteriów materialnoprawnych doszedł do wniosku, że dochodzone w danym procesie prawo powodowi nie przysługuje lub że nie zostało wykazane przed sądem w sposób, który mógłby być uznany za wystarczający zgodnie z obowiązującymi regułami prawa dowodowego. Funkcją prawa do sądu nie jest zapewnienie poszukującemu ochrony prawnej korzystnego wyniku; ma ono tylko zapewnić powodowi prawnie skuteczną możliwość zwrócenia się do organu sądowego o rozpoznanie sprawy i wydanie orzeczenia stosowanie do wyników postępowania dowodowego i zgodnie z treścią prawa materialnego"[34].

Według J. Gołaczyńskiego i A. Krzywonosa zasada prawa do sądu „sprowadza się do uprawnienia przysługującego każdemu podmiotowi prawa do uzyskania ochrony jego prawa podmiotowych w drodze postępowania sądowego przeprowadzanego w odpowiedniej formie, zapewniającej bez-

art. 78 (każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji; wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa), art. 173 (sądy i Trybunały są władzą odrębną i niezależną od innych władz), art. 177 (sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów) oraz art. 178 Konstytucji RP (sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom; sędziom zapewnia się warunki pracy i wynagrodzenie odpowiadające godności urzędu oraz zakresowi ich obowiązków; sędzia nie może należeć do partii politycznej, związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej, nie dającej się pogodzić z zasadami niezależności sądów i niezawisłości sędziów).

34 H. Mądrzak, *op. cit.*, s. 197; por. *idem*, [w:] H. Mądrzak (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 1 i n.

stronność i prawo przedstawienia swojego stanowiska”[35]. P. Hofmański dodaje, że prawo to musi być rozumiane w sposób szczególny, gdyż „ma ono charakter wtórny w stosunku do innych praw i wolności, których ochronie służy. Konieczność jego zapewnienia pojawia się bowiem dopiero wówczas, gdy korzystanie z innych praw i swobód napotyka na trudności”[36]. Z kolei L. Garlicki rozumie prawo do sądu jako „uprawnienie jednostki do tego, by wszystkie sprawy i spory jej dotyczące mogły znajdować rozpoznanie i rozstrzygnięcie przed organami stwarzającymi maksymalną gwarancję podejmowania obiektywnych, sprawiedliwych i słusznych decyzji”[37].

Konstytucyjna formuła prawa do sądu może być rozpatrywana w dwóch znaczeniach: jako zasada prawa konstytucyjnego i jako podmiotowe prawo jednostki. W pierwszym znaczeniu zasada ta jest dyrektywą tworzenia prawa oraz dyrektywą interpretacyjną. Zasada prawa do sądu jako dyrektywa dla ustawodawcy, podczas tworzenia prawa, nie zezwala mu na stanowienie norm z nią sprzecznych (aspekt negatywny), wymaga zaś tworzenia norm konkretyzujących tę zasadę i zgodnych z nią (aspekt pozytywny). Z kolei jako dyrektywa interpretacyjna zasada ta rozumiana jest jako wymóg uwzględniania jej w procesie stosowania prawa przez wszystkie organy władzy publicznej[38]. W drugim znaczeniu zasada prawa do sądu jest uznawana za prawo podmiotowe, które może tworzyć podstawę roszczenia jednostki, co przy bezpośrednim stosowaniu Konstytucji RP (art. 8 ust. 2) pozwala, by zasada ta była samodzielną podstawą prawną roszczenia[39].

Zakres podmiotowy prawa do sądu został określony bardzo szeroko przez termin „każdy”, który odnosi się do praw człowieka, a nie tylko obywatela, obejmuje więc każdą osobę fizyczną niezależnie od obywatelstwa lub jego braku. Prawo do sądu ma więc charakter powszechny, a odstępstwo od niego może mieć miejsce tylko na podstawie wyraźnego postanowienia konstytucji. Podstaw tak szerokiego rozumienia tej zasady należy upatrywać w konstytucyjnych zasadach równości wobec prawa i zakazu dyskryminacji z jakiejkolwiek przyczyny (art. 32 Konstytucji RP)[40]. Potwierdzeniem po-

35 J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *op. cit.*, s. 730.

36 P. Hofmański, *Prawo do sądu w sprawach karnych jako gwarancja ochrony praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich ochrona sądowa*, Warszawa 1997, s. 201.

37 L. Garlicki, *Prawo do sądu…*, s. 59.

38 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 20 listopada 1988 r., K. 1/86, OTK 1988, poz. 6, s. 84.

39 Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu…*, s. 89.

40 *Ibidem*, s. 91–92.

wszechnego dostępu do sądu jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w orzeczeniu z 25 lutego 1992 r. (sygn. akt K. 4/91), w którym wyrażony został pogląd, że z zasady wymiaru sprawiedliwości i demokratycznego państwa prawnego wyprowadzić należy zasadę prawa do sądu obywateli i innych podmiotów występujących w obrocie prawnym[41].

Zakres przedmiotowy prawa do sądu wyznaczają pojęcia „rozpatrzenie" i „sprawa". Pod pojęciem „rozpatrzenie" rozumieć należy „ingerencję władczą sądu, zbadanie przez sąd i rozstrzygnięcie, czy zachowanie innych podmiotów narusza prawem chronione interesy. W odniesieniu do organów władzy publicznej owo zachowanie może przejawiać się w określonym akcie woli tych organów lub braku powinnego działania"[42]. Z kolei pojęcie „sprawa" obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną i ochronę cywilnoprawną, ale także sprawy administracyjne. Tak szeroki zakres przedmiotowy prawa do sadu, nieograniczony rodzajem sądowej ochrony prawnej (cywilnej, karnej, administracyjnej), podobnie jak w przypadku zakresu podmiotowego tego prawa jest pochodną konstytucyjnych zasadach równości wobec prawa i zakazu dyskryminacji z jakiejkolwiek przyczyny[43].

Prawu każdego człowieka do sądu odpowiada obowiązek powołania przez państwo odpowiednio ukształtowanego systemu sądownictwa, w którym sąd rozpatrujący i rozstrzygający sprawę będzie spełniał wymienione w art. 45 ust 1. Konstytucji RP wymogi właściwości, niezależności, bezstronności i niezawisłości. Pojęcie sądu „właściwego" stanowi odesłanie do przepisów prawa materialnego (przedmiot i rodzaj ochrony) i realizujących je przepisów procesowych (właściwość rzeczowa i miejscowa)[44]. Niezależność sądów rozumiana jest jako efekt odrębności władzy sądowniczej od władzy wykonawczej i ustawodawczej, co jest konsekwencją monteskiuszowskiej zasady trójpodziału władz[45]. Niezawisłość jest definiowana w doktrynie jako: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania; 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych; 3) samo-

41 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 25 lutego 1992 r., K. 4/91, OTK 1992, cz. I, poz. 2, s. 56; J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *op. cit.*, s. 731.

42 Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu…*, s. 93.

43 *Ibidem*, s. 93–95; por. K. Działocha, *Prawo do sądu w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, 1995, nr 1817, s. 71–72.

44 Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu…*, s. 97.

45 Por. A. Murzynowski, A. Zieloński, *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej konstytucji*, Państwo i Prawo, 1992, nr 9, s. 3 i n.

dzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych; 4) niezależność od wpływu czynników społecznych, w tym i rekomendujących partii politycznych oraz 5) wewnętrzna niezależność sędziego[46]. Najwięcej kontrowersji w doktrynie budzi pojęcie bezstronności jako pozostające w bardzo ścisłym związku z niezawisłością. Na ten związek zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 9 listopada 1993 r. (sygn. akt K. 11/93): „pojęcie niezawisłości sędziowskiej ma jednoznaczną i ugruntowaną treść dającą podstawową gwarancję bezstronnego podejmowania rozstrzygnięć. Niezawisłość musi więc oznaczać niezależność sędziego zarówno od stron sporu, jak i organów państwa. Korelatem zasady niezawisłości po stronie sędziego jest obowiązek bezstronności, zgodnie z treścią składanego przez sędziego ślubowania (…) Obowiązek bezstronności idzie czasem dalej niż zakres ochrony zasady niezawisłości. O ile zasada ta odnosi się do oddziaływania podmiotów zewnętrznych, o tyle obowiązek bezstronności obliguje sędziego do przeciwstawiania się ocenom płynącym z jego doświadczenia, stereotypów i uprzedzeń”[47].

W aspekcie proceduralnym konstytucyjna zasada prawa do sądu obejmuje trzy warunki rozpatrzenia sprawy: sprawiedliwe, jawne, bez nieuzasadnionej zwłoki. Sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy to warunek, jaki można odnieść do tzw. sprawiedliwości proceduralnej, którą można określić jako uczciwe, rzetelne postępowanie[48]. Jawność to z kolei konieczność umożliwienia dostępu do informacji o działalności wszystkich organów władzy publicznej społeczeństwu, które dzięki temu może sprawować społeczną kontrolę nad tymi organami. Konstytucyjny nakaz rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki z obowiązuje sądy do należytej troski o sprawność postępowania, na władze natomiast: ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, nakłada obowiązek tworzenia odpowiednich warun-

46 *Ibidem*; Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu…*, s. 99; por. K. Korzan, *Niezawisłość sędziowska (sądów) w systemie trzeciej władzy*, [w:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej*, Katowice 1992, s. 421 i n.

47 Orzeczenie TK z dnia 9 listopada 1993 r., K. 11/93, OTK 1993, cz. II, s. 385 i n. (z glosą K. Buchały, Państwo i Prawo, 1994, nr 3, s. 106 i n.); por. M. Jankowski, M. Wołowicz, *Niezawisłość sędziowska w opinii samych sędziów*, Warszawa 1987, s. 12–14; S. Pawela, *Zasada niezawisłości sędziowskiej w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. J. Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 144 i n.

48 Por. S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA – prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997.

ków prawnych i organizacyjnych zapewniających możliwość sprawnego rozpoznawania i rozstrzygania spraw[49].

W Polsce Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wskazuje na trzy zasadnicze elementy prawa do sądu: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia procedury przed sądem – organem o określonej charakterystyce (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym); 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd[50].

Prawo do sądu obecne jest także we wszystkich podstawowych konwencjach międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka: a) art. 10 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. – „każdy człowiek ma na warunkach całkowitej równości prawo, aby przy rozstrzyganiu o jego prawach i zobowiązaniach lub o zasadności wysuwanego przeciw niemu oskarżenia o popełnienie przestępstwa być słuchanym sprawiedliwie i publicznie przez niezależny i bezstronny sąd"; b) art. 6 ust. 1. zdanie pierwsze Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. – „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej"; c) art. 14 ust. 1 zdanie drugie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. – „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź co do jego praw i obowiązków w sprawach cywilnych"; d) art. 8 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. – „każda osoba ma prawo do rozpatrzenia, z zachowaniem stosownych gwarancji i w rozsądnym czasie, przez wła-

49 Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu…*, s. 102–105.

50 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2003 r., K. 28/02, O TK 2003 nr 2 poz. 13; por. orzeczenie z 8 kwietnia 1997 r., K. 14/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 16; wyrok z 9 czerwca 1998 r., K. 28/97, O TK ZU nr 4/1998, poz. 50; wyrok z 8 grudnia 1998 r., K. 41/97, OTK ZU nr 7/1998, poz. 117; wyrok z 16 marca 1999 r., SK 19/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 36; A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Łódź 2006, s. 68–69.

ściwy, niezawisły i bezstronny trybunał ustanowiony wcześniej prawem, sprawy co do zasadności wysuwanego przeciwko mej wszelkiego oskarżenia o charakterze karnym lub co do określenia jej praw i obowiązków o charakterze cywilnym, pracowniczym, skarbowym lub jakimkolwiek innym"; e) art. 7 ust. 1 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. – „każda osoba będzie miała prawo do rozpatrzenia jej sprawy. Obejmuje to: 1) prawo odwoływania się do właściwych organów krajowych w związku z czynami naruszającymi jej podstawowe prawa, tak jak jest to uznane i zagwarantowane w konwencjach, ustawach, zarządzeniach i obowiązujących zwyczajach; 2) prawo do uznawania za osobę niewinną, aż do czasu udowodnienia winy przez właściwy sąd lub trybunał; 3) prawo do obrony, włączając w to prawo do obrony przez obrońcę pochodzącego z własnego wyboru; 4) prawo do rozprawy w rozsądnym czasie przed bezstronnym sądem lub trybunałem"; f) art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 2007 r. – „każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem zgodnie z warunkami określonymi w niniejszym artykule. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przed niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym uprzednio na mocy ustawy. Każdy ma możliwość uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela. Pomoc prawna jest dostępna dla tych osób, które nie posiadają wystarczających środków, jeśli jest ona konieczna dla zapewnienia skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości".

Prawo do sądu w ujęciu konstytucyjnym odnosi się do sądownictwa państwowego, a więc do tradycyjnie rozumianego wymiaru sprawiedliwości sprawowanego przez Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe (art. 175 ust. 1 Konstytucji RP). Przeciwko tak rozumianemu modelowi wymiaru sprawiedliwości wysuwa się współcześnie wiele argumentów krytycznych. A. Zienkiewicz wymienia cztery takie podstawowe zarzuty:

- stale zmniejszający się realny dostęp do sądowego wymiaru sprawiedliwości spowodowany przeciążeniem sądów, przewlekłością postępowań, wzrostem kosztów oraz nadmierną formalizacją procedur sądowych;
- kontradyktoryjność tradycyjnego postępowania sądowego, antagonizująca strony postępowania i dzieląca je na zwycięzców i przegranych, co powoduje nietrwałość orzeczeń sądowych i utrudnia

przyszłą relację stron (orientacja retrospektywna, a nie orientacja prospektywna)[51];
- podporządkowanie procesu sądowego tylko urzeczywistnieniu norm prawa materialnego, podczas gdy realizacja prawa materialnego nie zawsze jest najlepszym sposobem rozstrzygnięcia sporu, co prowadzi w konsekwencji niskiej efektywności egzekucji;
- postrzeganie sądu jako instytucji obcej, narzuconej jednostkom i społecznościom lokalnym przez władzę państwową[52].

Dodatkowo tradycyjnie rozumiany wymiar sprawiedliwości musi zmierzyć się z przeobrażeniami prawa i całych struktur społecznych takimi jak: procesy dyferencjacji funkcjonalnej, społecznej oraz dyferencjacji systemów wartości, rosnącym stopniem złożoności systemów społecznych i ich nieprzewidywalnością, a także wykorzystywaniem prawa jako instrumentu sterowania i polityki społecznej[53]. Powyższe zjawiska powodują wzrost znaczenia alternatywnymi metodami rozwiązywania sporów, w tym także sądownictwem polubownym. Powstaje jednak pytanie, czy oddając spór pod rozstrzygnięcie sądowi polubownemu, nie mamy do czynienia ze zjawiskiem dobrowolnej rezygnacji z prawa do sądu zawartego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP[54].

Jak wskazują Ł. Błaszczak i M. Ludwik, konstytucyjna gwarancja dotycząca prawa do sądu odnosi się wyłącznie do sądu państwowego, a nie do innych pozasądowych organów czy też alternatywnych metod rozwiązywania sporów (w tym arbitrażu). Oddanie sporu pod rozpatrzenie i rozstrzygnięcie sądu polubownego nie stanowi jednak rezygnacji z prawa do sądu, ponieważ sytuacja taka nie wyklucza kontroli sądu polubownego przez sąd powszechny, nie można bowiem zrezygnować z prawa do sądu przez umowę z osobą trzecią. Bez względu bowiem na wolę stron kontrola i nadzór sądu powszechnego nad sądem polubownym jest sprawowana nie na podstawie umownych oświadczeń woli stron, lecz

51 A. Szumański, *Koncyliacja jako forma rozstrzygania sporów gospodarczych*, Monitor Prawniczy, 1997, nr 2, s. 60; O. Jauering, *Kilka uwag o celu procesu cywilnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1984, nr 3, s. 3.

52 A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 210–211; por. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA – studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, s. 81–82; Z. Kmieciak, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, s. 20–21; R. Morek, *op. cit.*, s. 52–53; L. Morawski, *op. cit.*, s. 164–182.

53 A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 211; por. L. Morawski, *op. cit.*, s. 27–35 i 151–196.

54 A. Deryng, *Sąd polubowny…*, s. 48.

z mocy przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Z punktu widzenia art. 45 ust. 1 Konstytucji RP dopuszczalność rozstrzygnięcia sporu przez sąd polubowny nie ma znaczenia, gdyż prawo do sądu przejawia się nie w kwestii poddania sporu pod rozstrzygnięcie organu pozasądowego, ale w możliwości nadzoru sądu powszechnego nad sądem polubownym[55]. Autorzy krytykują także zaproponowany przez R. Morka pogląd, zgodnie z którym prawo do sądu nie powinno być utożsamiane tylko z nieograniczonym prawem wszczęcia każdej sprawy przed sądem państwowym, a tym bardziej z wyłącznym uprawnieniem sądów państwowych do rozstrzygania spraw cywilnych[56], twierdząc, że nie ma potrzeby rozszerzenia prawa do sądu na organy pozasądowe, takie jak na przykład sądy polubowne, ponieważ organy te nie są w stanie spełnić wszystkich gwarancji dotyczących sądu państwowego[57] (por. część dotycząca relacji sądownictwa polubownego i wymiaru sprawiedliwości).

Podsumowanie

W polskiej doktrynie występują dwa podstawowe poglądy na relację między sądownictwem polubownym a zasadami sądowego wymiaru sprawiedliwości i prawa do sadu. Z jednej strony Ł. Błaszczak i M. Ludwik wskazują, że sąd polubowny nie może zapewnić urzeczywistnienia wszystkich konstytucyjnych gwarancji dotyczących wymiaru sprawiedliwości i przez to nie może być traktowany jako część wymiaru sprawiedliwości, a powinien być uznawany za pozasądowy organ ochrony prawnej nad którym nadzór sprawuje sąd powszechny. Właśnie w tym nadzorze autorzy ci postrzegają realizację zasady prawa do sądu, gdyż w wypadku samego postępowania przed sądem arbitrażowym nie można ich zdaniem mówić o prawie do sądu. Z kolei R. Morek i A. Zienkiewicz, wychodząc od szerokiego, przedmiotowo-funkcjonalnego, rozumienia pojęcia

55 Ł. Błaszczak, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów – analiza na tle prawa polskiego,* [w:] *Czterdziestolecie Kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, Kraków 2006, s. 337–338; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 54; tak też: A. Deryng, *Miejsce sądownictwa*…, s. 52; *eadem*, *Sąd polubowny…,* s. 53–54.

56 R. Morek, *op. cit.*, s. 49.

57 Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 54–55.

„wymiar sprawiedliwości", zaliczają do niego zarówno sąd polubowny, jak i inne alternatywne formy rozwiązywania sporów. Zgodnie z takim ujęciem rozpoznanie i rozstrzygnięcie sporu prawnego w arbitrażu jest realizacją konstytucyjnej zasady prawa do sądu.

Wojciech P . Golec

The significance of indigenous customary law according to the international law on indigenous peoples

Law is the base of human civilization, without law there is no civilization. During ages, people, gathered in different kinds of groups, invented, created and developed various legal systems. Logical aim and, in the same time, consequence of the creation of any legal system is the assumption that this law will be r ecognized and complied with. I n a world of different legal systems attached to different states, it is nowadays common standard that group or subject governed by one law must recognize law of the other group. This is vastly accepted view, but derives from times of state-centred theories. Today international community faced the aspect of recognition of indigenous peoples' legal systems, which are often significantly different than "standard" systems. In those legal systems customary law, which in "western" law culture almost fall into disuse or is treated as inferior, is the most characteristic form. This is great challenge for international community to go thr ough the pr oblem of this legal diversity according to old prejudices. Yet, it has to be seen how and why indigenous customary law is so significant.

To understand the significance of indigenous customar y law in the light of international r egulations concerning indigenous peoples it is necessary firstly to explain the idea of customar y law itself and signifi-

cance of this law for indigenous peoples. Next, it is worth to ask about the recognition of indigenous customary law by other legal systems and grounds for such a recognition. Only then it will be possible to discuss the significance of indigenous customary law in the light of the international law and it will be easy to understand why international mechanisms preventing and strengthening indigenous customary law should be improved and promoted and why this view should find acceptance also in the policies of non-governmental organisations.

The idea of customary law is well-known to people from ancient times. It was arising in any place where people gathered in a community. Traditional and accepted rules of conduct became legal norms on the ground of undisturbed practice or common rule.[1] Customary law could be codified and become written law, which is now so characteristic for most of modern legal systems. Customary law played important role in the time of Middle Ages when European legal systems were forming. Now its role is significant on the field of international law, but in domestic systems it had been abolished or its role diminished drastically in favour of written law.[2] Today customary law is still core of legal thinking in tribal and indigenous societies. Legal norms grounded on practice and traditions are characteristic for small or distinct communities. And it is worth to point out that those legal systems based on a custom and realized in indigenous societies are effective. Significance of customary law for indigenous peoples is very viable. If there exists a community it must function according to some rules. Those rules, here customary law, are the essence of a social organization of this community. People must comply with those norms if they want to create and maintain their community.[3] What is more, this law, legal thinking and norms of conduct are guarantying them certain rights in this community and in case of the interaction with people from outside of the community this customary law of indigenous should still protect its own subjects. It also should not be forgotten that the law is an emanation of culture and way of living of certain society. It protects values and traditions of community as well

1 *Customary law*, BusinessDictionary.com, http://www.businessdictionary.com/definition/customary-law.html [available: 30.11.09].

2 However, in some legal systems of modern states customary law has still strong position.

3 J.B. Henriksen, M. Scheinin, M, Åhrén, *The Saami People's Right to Self-determination*, Gáldu Čála. Journal of Indigenous Peoples Rights, 2007, no. 3, p. 93.

as enables this community pr oper functioning. To conclude it can be said that the law for indigenous peoples is v ery important segment and product of own culture which enables this culture ongoing existence and survival in its proper form.

In light of arguments presented above there is no doubt that preservation and recognition of indigenous customar y law is part of guaranteed cultural integrity based on non-discrimination norm vie wed under values of right to self-determination. [4] This point of vie w is indir ectly supported by CERD General Recommendation on Indigenous Peoples underlined by James Anaya.[5] If international community guarantees, by various legal instruments, right of self-determination to indigenous peoples, it is ob vious consequence that in the same time right to ex ercise and maintain own legal system as a part of culture is also guaranteed under granted right of self-determination. In literature of the topic there can be found clear er statements providing that respect for indigenous peoples' customary law (or common law) is a significant aspect of right to self-determination.[6] Under that statements, which ar e supported by various international acts providing preservation of indigenous culture, customs and practice, it should be clear that indigenous customar y law have to be recognized, respected and protected in light of commonly accepted (in international law and custom) right of indigenous peoples' to self-determination.

Significance of indigenous customary law according to international law is placed in the area of recognition of that law, granted on the ground of indigenous peoples' right to self-determination. Nowadays, some indigenous societies are governing themselves by enacted by own institutions norms, but customar y law linked with indigenous cultur es plays important role which is often ignored by the states governing themselves by statutory written law systems. [7] The difference between main-society legal system usually based on written statutory law and indigenous legal system, consisting of customary law in great part, sometimes can lead to incorrect conclusion that indigenous customary law is inferior according

4 S.J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd edition, Oxford University Press 2004, p. 131.

5 *Ibidem*.

6 J.B. Henriksen, M. Scheinin, M, Åhrén, *op. cit.*, p. 93.

7 M, Åhrén, *The Saami Convention*, Gáldu Čála. Journal of Indigenous Peoples Rights, 2007, no. 3, p. 18.

to state written law. This point of view may come from various regulations in domestic law of different states, which are putting custom as an inferior source of law in comparison with statutes and other enactments. Yet, this way of thinking is false due to the fact that in case of indigenous customary law there are two coexisting legal autonomous systems: main-society state system and indigenous legal system. Subordinating one (indigenous) legal system to the other (state) by sole regulation of that other system is impossible. That way of thinking, as Mattias Åhrén noted, is in collision with acceptance of the fact that different peoples are living on the same territory and both of them have right to self-determination.[8] However, despite the lack of any difference between state written legal system and indigenous customary law which could justify any superiority or predominance of state law[9] there exists in many countries regrettable concerns, showed by practice, about inferiority of indigenous customary law. And that is why the significance of indigenous customary law is situated, according to the international law, in legal instruments of international community, which could help indigenous peoples to defend their legal systems against the diminishing of the customary law's role by domestic states. It is obvious on the ground of indigenous peoples' right to self-determination and various international norms and acts elaborating that right, that indigenous culture, practices and customs are guaranteed, protected and recognized. However, different states do not derive from those regulations that indigenous customary law also have to be preserved and treated as equal according to domestic codified law. What is more, lack of precise formulations concerning indigenous customary or common law in some acts and regulations may result in situation when states become in power to treat indigenous customary law only as customs or traditions. This situation could significantly weaken the position of indigenous customary law, especially in comparison to domestic main-society statutory law. The problem deriving from not enough precise regulation concerning indigenous customary law was underlined by Gunnar Eriksen in the case of Saami customary law in Norway. Eriksen noted that dependable on the domestic state legal doctrine, concerning difference between customary law and customs, state and courts have possibility "(…) to conduct a kind of »censorship«,

8 *Ibidem*, p. 19.
9 *Ibidem*, p. 18–19.

to determine whether custom deser ved the status of customar y law".[10] That situation strengthens the belief that in case of their customary legal systems, regulations in international law, which precisely provides that indigenous customary law have to be preserved and recognized as equal, are significant for indigenous people.

Basic grounds, in the field of international law, for recognition and preservation of indigenous customary law can be found at least in thr ee crucial covenants: International Convention on the E limination of All Forms of Racial D iscrimination of O ctober 13, 1966, I nternational Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the I nternational Covenant on Civil and P olitical Rights of D ecember 18, 1972. These three corner stone acts of international human rights system could apply to recognition of indigenous customary law in some extent.[11] Yet, those acts, which are general in kind, do not pr ovide precise provisions concerning recognition or pr eservation of indigenous customar y law, whereas in the case of indigenous customary law, as an aspect of cultural integrity and right to self-determination, r eal significance may be attached only to such concrete and detail provisions relating to indigenous customary law or just indigenous law, legal system or at least legal thinking or indigenous legal practice.

Two main global acts in international law concerning indigenous peoples: ILO Convention no. 169 concerning I ndigenous and Tribal Peoples in Independent Countries[12] and UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples[13], provide significant regulations of the issue of indigenous customary law. Provisions of the ILO 169 convention concerning indigenous law issues could be pr esented as a good example of regulation concerning that kind of matters which should be pr omote. Article 8 of the ILO 169 conv ention stipulates that: "1. I n applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customar y laws. 2. These peoples shall have the right to r etain their own customs and institutions, wher e these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal

10 G. Eriksen, *Quod non est in actis, non est in mundo!*, JUR-3605 5.Avdeling Master I Rettsvitenskap, Universitetet I Tromsø 2009, p. 6–7.

11 R. Sarre, *Aboriginal Customary Law*, http://138.25.65.50/au/special/alta/alta95/sarre.html [available: 01.12.09].

12 Further in text as "ILO 169".

13 Further In text as "UN Declaration".

system and with internationally recognised human rights. Procedures shall be established, whenever necessary, to resolve conflicts which may arise in the application of this principle. 3. The application of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not prevent members of these peoples from exercising the rights granted to all citizens and from assuming the corresponding duties."[14]

The point 1 of that article stipulates clearly about recognition of the indigenous customary law. In light of that point it is obvious that state should recognize indigenous peoples' right to possess and maintain own legal system based on customary law. What is more, convention states about "customs and customary laws"[15]. Putting the term "customs" in this article concerning legal culture of indigenous peoples indicates that customs of indigenous peoples should be also recognized as a part of indigenous legal system if they are acting as a part of that system in opinion of the concrete indigenous people.[16] It is good solution which is facing the problem, mentioned by Eriksen, of doctrinal diversity of customary law and customs in case of indigenous peoples in some states. [17] However, the point 1 of the article cited above is not recognizing indigenous customary law as a part of separate legal system of indigenous peoples which is not a part of state system. Although phrase: "In applying national laws and regulations (…)",[18] indicates, in an adequate interpretation, that indigenous customs and customary laws are different sphere than national–state legal system. The point 2 of the article 8 embodies a special mechanism in the case of conflict between national or international law and indigenous law. According to that point, state legal system or "internationally recognised human rights"[19] can prevail indigenous customary law. Yet, that situation should be stated in appropriate procedures and, what is more important, superior position of state legal system is possible in the case of fundamental rights as well as the superior

14 International Labour Organisation convention no. 169: Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989, art. 8, ILOLEX Database of International Labour Standards, http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C169 [available: 01.12.09].

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem.*

17 G. Eriksen, *op. cit.*, p. 6–7

18 International Labour Organisation convention no. 169: Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989, art. 8.

19 *Ibidem*.

position of international law is possible only in the case of r ecognised human rights.[20] This regulation indirectly but strongly indicates that indigenous customary law is not inferior to any other legal system and the situation when other legal regime is prevailing is a rare exception which must be grounded on fundamental legal principles. The subsequent article of the ILO 169 convention (article 9) deals with the contr oversial and problematic issue of indigenous criminal r egulations according to national law. Indigenous customary law often includes way of r eacting to a commission of a crime by a member of the community. Recognition of these criminal and penal norms of indigenous customar y law is very important due to the fact that in distinct indigenous cultur es the idea of a punishment could be different than in a dominating main-society culture. As well as understanding of crimes and theor y of the guilt can be also different. In light of those issues article 9 is an attempt of solution of these problems, it stipulates that: "1. To the extent compatible with the national legal system and internationally r ecognised human rights, the methods customarily practised by the peoples concerned for dealing with offences committed by their members shall be r espected. 2. The customs of these peoples in r egard to penal matters shall be taken into consideration by the authorities and courts dealing with such cases."[21]

It is hard to conciliate existence of two legal systems with a criminal judiciary effectuated over the whole state territor y of one of them according to the fact that this another system exists in the boundaries of the same state territor y. Article 9 of the ILO 169 convention attempts to solve this complex and difficult problem in compromise way. Article 9 provides recognition of the indigenous customar y law on the field of committed offences (in point 1) and on the field of penalties (in point 2). Although criminal jurisdiction is pr escribed for state's courts, they must recognize and take into account indigenous customar y norms. The recognition and possible application of indigenous norms is in this sphere limited also, like in ar ticle 8, by international human rights and by compatibility with national legal system,[22] which is necessary for duly functioning criminal justice system.

---

20 *Ibidem*.

21 International Labour Organisation convention no. 169: Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989, art. 9.

22 *Ibidem.*

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples is another significant for indigenous customary law international act. Declaration recognises indigenous legal institutions in article 5 which provides that: "Indigenous peoples have the right to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions, while retaining their right to participate fully, if they so choose, in the political, economic, social and cultural life of the State."[23]

The significance of maintaining and strengthening indigenous customary law[24] under international law can be seen in further provisions of this UN Declaration. Realization of demands deriving from rights granted under indigenous customary law and on the base of rules of that law will allow the full and just realization of indigenous people as distinct cultures and communities. And this is necessary for the solid realization and implementation of the right of indigenous people to self-determination.[25] As it is underlined in literature: "(…) respect for indigenous peoples' common law systems is a central element when the right to self-determination is to be implemented".[26]

It is obvious that the law regulates daily life of every society and is mirroring and protecting its culture. In case of indigenous peoples it is the same. As a result of that it is impossible to maintain and develop own and distinct culture in full and just scope without effective and recognized law. State must respect their customary law as a way of self-determination to enable self-determination of indigenous people. This makes preservation of distinct culture possible, because indigenous peoples' customary law is not only mirroring and protecting their culture, but also it is strictly bound with this culture as an inherent part of it.[27] Indigenous customary law is so significant, because without recognition and enabled realization of its norms it would be not possible to implement the principle of self-determination of indigenous peoples in various areas. Every field touched by concrete indigenous customary law is a part of broadly understand indigenous distinct culture and for effective protection needs recognition and respect for indigenous custom-

23 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007, art. 5, http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/drip.html [available: 01.12.09].

24 *Ibidem*.

25 J.B. Henriksen, M. Scheinin, M, Åhrén, *op. cit.*, p. 94.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*, p. 93.

ary law managing that field.[28] Adopted in 2007, UN D eclaration on the Rights of I ndigenous Peoples meets this in some extent. Ar ticle 34 of that declaration develops the recognition of indigenous legal institutions, stipulating that: "I ndigenous peoples have the right to pr omote, develop and maintain their institutional str uctures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, in the cases where they exist, juridical systems or customs, in accor dance with international human rights standar ds."[29] Formulation of this pr ovision indicates that customs, traditions, practices, pr ocedures and juridical systems or customs,[30] which all are usual factors creating customary legal system, have a right to exist, function and dev elop limited only by human rights standards. For duly working maintenance of those factors the indigenous customary law should be tr eated with respect as a normal and effective legal institution. When issue of the recognition and respect for indigenous customary law is undoubted, UN D eclaration provides pure examples of the significance of indigenous customar y law according to international law which obligates states to obey it. The point 2 of the article 11 of the mentioned UN D eclaration states that: "2. States shall provide redress through effective mechanisms, which may include restitution, developed in conjunction with indigenous peoples, with respect to their cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free, prior and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs."[31]

Under regulation of this article one can see that when it comes to the violation of indigenous customary law (consisting of laws, customs and traditions, which all ar e enumerated in the ar ticle) then: "S tates shall provide redress through effective mechanisms (…)"[32]. This is the significance of customary law of indigenous peoples according to the international law. To be precise: international law, as it is visible for example in mentioned above provision, provides indigenous peoples measures to persuade or even force states to treat indigenous customary law with all due respect and to comply with this law . In the light of such interna-

28 *Ibidem*.
29 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007, art. 34.
30 *Ibidem*.
31 *Ibidem*, art. 11(2).
32 *Ibidem.*

tional provisions it will be much more difficult for states to violate indigenous customary law, because in the same time it would be a violation of the international law, and the violation of norms of the international law is much more visible and put a state under threat of some sanctions as well as criticism of the international community . It is also an issue of the prestige on the international ar ena of states which ar e carefully avoiding violations of international norms. That shows the signification of the international law norms concerning indigenous customar y law: they are strengthening realization of the right to self-determination as well as effective preservation of distinctiveness of indigenous culture and communities. If respect and recognition of indigenous customar y law enables indigenous peoples to protect and preserve their culture and way of living, then norms strengthening this respect and recognition on the international level have a key function for effective preservation of indigenous societies. If state is violating or ignoring indigenous customary law there is little hope that in such kind of state judicial way could effectively protect indigenous people against this violation. I nternational law regulations concerning indigenous customar y law open a door to solve this problem and force the state to stop violating indigenous law. It is very important because such violations may touch such lively matters for indigenous peoples as lands or resources which are always strictly tied with indigenous culture and are often managed by indigenous customary law.[33] That is why indigenous customary law and due respect for it is so significant for indigenous people. That significance according to UN Declaration on the Rights of I ndigenous Peoples is mirr ored in some way by article 27: "States shall establish and implement, in conjunction with indigenous peoples concerned, a fair, independent, impartial, open and transparent process, giving due r ecognition to indigenous peoples' laws, traditions, customs and land tenur e systems, to recognize and adjudicate the rights of indigenous peoples per taining to their lands, territories and resources, including those which w ere traditionally owned or otherwise occupied or used. Indigenous peoples shall have the right to participate in this process."[34]

UN Declaration also pr ovides that in the case of conflict on some field between a state and indigenous peoples due respect should be paid

33 J.B. Henriksen, M. Scheinin, M, Åhrén, *op. cit.*, p. 94.

34 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007, art. 27.

to the indigenous legal systems, [35] so to the indigenous customar y law as well. Article 40 of the UN D eclaration stipulates that: "I ndigenous peoples have the right to access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and collective rights. Such a decision shall give due consideration to the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights."[36]

That provision is strengthening position of the indigenous customary law and it also puts bigger responsibility on states for respecting such customary law. Article 40 also emphasises significance of indigenous legal systems' rules and traditions as a necessary factors which should be taken into account during solution of disputes between states and indigenous peoples.

ILO 169 convention and UN D eclaration on the Rights of I ndigenous Peoples are two main international acts concerning indigenous aspects in global scope and they take into account issue of the indigenous customary law or, broadly, of the law of indigenous peoples in vast sense. However, there are also regional international acts or drafts concerning indigenous peoples and underlining the significance of the indigenous legal systems. Proposed American D eclaration on the Rights of I ndigenous Peoples and the Nordic Saami Convention (still unfortunately not ratified) are good examples which are worth to adduce here.

Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in a version approved by the Inter-American Commission on Human Rights in 1997 includes two ar ticles concerning indigenous law . However, both articles, XVI and XVII, ar e treating broadly about indigenous law or legal systems, so for sur e customary law as w ell, they ar e presenting idea of the incorporation of indigenous legal systems into states' systems. Points 1 and 2 of article XVI stipulate that: "1. I ndigenous law shall be r ecognized as a part of the states' legal system and framework in which the states' social and economic development takes place. 2. Indigenous peoples have the right to maintain and reinforce their legal systems and apply them to affairs within their communities, including systems addr essing such matters as conflict resolution, crime prevention and the maintenance of peace and harmony."[37]

---

35 *Ibidem*, art. 40.

36 *Ibidem*.

37 Proposed American D eclaration on the Rights of I ndigenous Peoples (1997), art. XVI, http://www.cidh.oas.org/indigenas/chap.2g.htm [available: 02.12.09].

The point 1 provides that indigenous law will be recognized but as a part of state's legal system which brings with it a danger of inferiority of indigenous customary law in such combined legal system. On the other hand, the point 2 guarantees in some way distinction and freely functioning of indigenous legal systems, but it does not change the fact that incorporation of indigenous customary law in the light of point 1 may threaten applicability of that law in comparison with state systems. [38] It should be underlined that if indigenous customary law would be recognized as a part of entire state legal system, state authorities would gain a decisive power to rule this law as a part of whole system. That regulation, in the concern of the author of the paper, opens a door to violations of the indigenous peoples' rights. It seems to be obvious that that regulation of Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples desires to be mentioned as a provision clearly recognizing indigenous law, but it is not perfect. Next article XVII is written in the same spirit. Even the title of this article indicates way of thinking proposed in this text: "National incorporation of indigenous legal and organizational systems".[39] However, the text of this act is only proposal, which has been changing from the 1997 and various versions were prepared during negotiation process. That situation puts more weight on the importance of recognition of indigenous customary law than on proposed ways and procedures of such recognition.

In that moment it is necessary to mention the case of the *Awas Tingni Community v. Nicaragua*, decided by the Inter-American Court of Human Rights on August 31, 2001, to underline significance of indigenous customary law according to international law. This well-known case is treated as a big step for defence of indigenous peoples' rights on the international arena. The significance of any international regulations concerning indigenous customary law lies in possibilities of defence against violations given by those regulations. In the case of *Awas Tingni* state violated rights of indigenous people by licensing logging industry on lands traditionally used by *Awas Tingni* community.[40] In that case, from the point of indigenous customary law, it is important that traditional usage of lands by *Awas Ting-*

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*, art. XVII.

40 C. Grossman, *Awas Tingni v. Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System*, http://www.wcl.american.edu/hrbrief/08/3tingni.cfm [available: 02.12.09].

ni was regulated by community's customary tenure system.[41] The case was brought before The Inter-American Court of Human Rights associated with the Organization of American States by the Inter-American Commission on Human Rights as a representative of the *Awas Tingni* community.[42] Court held inter alia that Nicaragua violated rights of indigenous *Awas Tingni* by failing to recognize and protect customary tenure of *Awas Tingni*.[43] Here it is necessary to add that customary tenure system is a part of customary law of the community, because those norms treats among others about the usage of lands. Separation or rather autonomy of the indigenous customary law according to state legal systems and position of indigenous customary law as a system of norms which must be respected was underlined precisely by James Anaya and Claudio Grossman: "(…) the communal property of indigenous peoples (…) is defined by their customary land tenure, apart from what domestic law has to say".[44]

However, that case was resolved mostly on the base of the American Convention on Human Rights[45], yet it shows how significant the recognition of indigenous customary law and its institutions, like tenure system, is for indigenous peoples on the ground of international law. Such recognition enables realization of main principles derived from the right of self-determination as well as it opens practical ways of defence against violations in international courts' system. As James Anaya and Claudio Grossman report, in the case of *Awas Tingni* American Court of Human Rights agreed with the statement of the Inter-American Commission on Human Rights that: "(…) in its meaning autonomous from domestic law, the international human right of property embraces the communal property regimes of indigenous peoples as defined by their own customs and traditions (…)".[46]

Indigenous customary law is construed from such factors as customs and traditions. The phrase quoted above treats about indigenous right of

41 S.J. Anaya, C. Grossman, *Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples*, Arizona Journal of International and Comparative Law, 2002, p. 2, http://www.ajicl.org/AJICL2002/vol191/introduction-final.pdf [available: 02.12.09].

42 C. Grossman, *op. cit*.

43 S.J. Anaya, C. Grossman, *op. cit.*, p. 2.

44 *Ibidem*, p. 12.

45 C. Grossman, *op. cit.*

46 S. J. Anaya, C. Grossman, *op. cit.*, p. 12.

property defined by indigenous tradition and customs, which is recognised by international regulations as a duly right of property.[47] In light of that it is sure that, despite the fact that it is not named in case of *Awas Tingni*, we have here in fact case concerning protection of norms of indigenous customary law because customary law of *Awas Tingni* was a base for efficient protection of the land and resources of *Awas Tingni* community.

Mentioned earlier Saami Nordic Convention is an example of regional international act on a smaller scale than Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Unfortunately Saami Nordic Convention is still a draft, which needs ratification of three state-parties: Norway, Sweden and Finland. The Saami people living in all mentioned countries are the fourth *quasi*-party of that convention. Drafters of the Saami Convention were aware of the significance of indigenous customary law for correct protection and preservation of indigenous Saami culture.[48] Representatives of indigenous Saami, understanding that recognition and respect for their customary norms is condition *sine qua non* for full realization of their right to self-determination, put strong attention on this issue during drafting negotiations. [49] However, as it is noted in literature of this topic, claim of clear and full recognition of indigenous customary law met strong resistance from the side of state-parties, which could not understand and accept in full extent the idea of "multiple legal systems" operating in a sphere of the same state.[50]

That phenomenon of, pointed out by Mattias Åhrén, "mental block"[51] existing in minds of states' lawyers and representatives is not only a problem occurring in case of Saami people. This characteristic state-centred legal theory is still huge obstacle on the way to full recognition and respect for indigenous customary law all over the world. However, as a result of compromise between Saami and state-parties[52] in the draft of Nordic Saami Convention the article 9, titled "Saami legal customs" can be found[53]. That article stipulates: "The states shall show due respect for the Saami people's

47 *Ibidem*.
48 J.B. Henriksen, M. Scheinin, M, Åhrén, *op. cit.*, p. 93–94
49 M. Åhrén, *op. cit.*, p. 19.
50 *Ibidem*.
51 *Ibidem*.
52 *Ibidem*.
53 Nordic Saami Convention (unofficial English translation), art. 9, http://www.saamicouncil.net/includes/file_download.asp?deptid=2213&fileid=2097&file=Nor

conceptions of law, legal traditions and customs. P ursuant to the pr ovisions in the first paragraph, the states shall, when elaborating legislation in areas where there might exist relevant Saami legal customs, par ticularly investigate whether such customs exist, and if so, consider whether these customs should be afforded protection or in other manners be r eflected in the national legislation. D ue consideration shall also be paid to S aami legal customs in the application of law."[54] First phrase of that article realizes significant objective for indigenous people: recognition of their customary law under international provisions. Used terminology: "conceptions of law, legal traditions and customs", indicates strongly that there is no doubt in case of the protection and recognition of indigenous customary law. Second phrase of the article, apart from the inclusion of the protection measures of the Saami customary law, unfortunately, as it is pointed by Mattias Åhrén, leaves for states decisive power in "what extent they shall acknowledge the Saami's customary norms".[55] In spite of the fact that N ordic Saami Convention is still not ratified, article 9 of this convention, its interpretation and history of its negotiation indicate how important customary law is for indigenous peoples in the light of international regulations.

Summarizing, it should be said that customar y law is a typical form of indigenous peoples' legal systems. As in ev ery society, in indigenous communities law is a great part of culture. Moreover, the whole legal system mirrors the culture of society, values appreciate by the society and behaviours condemned by it. Legal systems, especially those based on a customary law, are strictly bound with the culture and specific conditions of daily life of people of concr ete culture.[56] Conclusion which I derive from above stated facts is that it is impossible to separate any society or community from its law. The law, in any form, is an absolutely necessary foundation for any society. Without law there is only anarchy of individuals. That is why in light of commonly accepted right of indigenous peoples to self-determination w e have to establish and pr omote effective regulations guaranteeing recognition and due respect for indigenous customary law.

---

dic%20Saami%20Convention%20(Unofficial%20English%20Translation).doc [available: 02.12.09].

54 *Ibidem*.

55 M. Åhrén, *op. cit.*, p. 19.

56 J.B. Henriksen, M. Scheinin, M, Åhrén, *op. cit.*, p. 93–94.

Indigenous customary law which is essential for the preservation of distinctiveness of indigenous cultures and societies should find strong protection in international law. Although taking into account an old state-centred comprehension of legal systems as unified and singular for each state it is a big challenge to provide precise regulations strengthening recognition of indigenous customary law. Significance and essentiality of the customary law for indigenous peoples is unquestionable. However, domestic regulations of states or legal doctrines are not always as effective in the recognition of the indigenous customary law as they should be. There is another argument which speaks in favour of precise international norms concerning indigenous customary law. Current international law in different acts deals in some extent with this important issue. Significance of existing international provisions concerning indigenous law is located in the possibility of effectuating those norms on the international arena in the case of violations. Norms provided by international acts which are still not ratified marks also international standards in the field of indigenous customary law.

In every international act, considering indigenous customary law, stipulations providing due respect to indigenous law and customs are placed in field of culture and necessary conditions for preserving indigenous peoples' distinctiveness itself. There are other acts not mentioned in that paper concerning this issue and most of them situate indigenous customary law or its aspects as an essential part of indigenous peoples' life. If we deny protection and recognition of indigenous customary law on the international law level, we will reject the whole idea of preservation and rights of indigenous peoples. Without law there is no civilization, without duly recognition of indigenous customary law in international law there may not be indigenous peoples in future at all.

Izabela Gancarz

Pojęcie przedsiębiorcy w zakresie antykonkurencyjnych praktyk na tle art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Pojęcie „przedsiębiorca" ma w prawie konkurencji, zarówno w polskim, jak i w unijnym[1], niebagatelne (fundamentalne) znaczenie, wyznaczając podmiotowy zakres stosowania norm tego prawa[2]. Na gruncie polskiej

1 Na gruncie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE – wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE z 2010 r., C 83, s. 47) przyjęto termin „przedsiębiorstwo" (ang. *undertaking*; fr. *entreprise*; niem. *Unternehmen*), definiowany w oparciu o art. 101 i 102 TFUE. Przyjmuje się przy tym, iż pojęcie przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE ma charakter podmiotowy, co czyni z niego odpowiednik pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 Ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (u.o.k.i.k – Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.).

2 Definicja przedsiębiorcy wyznacza krąg podmiotów, z jednej strony – zobowiązanych do przestrzegania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a z drugiej strony – podlegających ochronie Prezesa UOKiK (oczywiście z zastrzeżeniem, że stosowana ochrona przysługuje nie tylko przedsiębiorcom, ale również konsumentom) – C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 47–48.

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podmiotem odpowiedzialnym za podejmowanie wskazanych w niej antykonkurencyjnych praktyk, tj. porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 u.o.k.i.k) oraz nadużywania pozycji dominującej (art. 9 u.o.k.i.k.), może być jedynie przedsiębiorca, tj. podmiot, który samodzielnie uczestniczy w grze rynkowej i podejmuje działania o charakterze gospodarczym[3]. W związku z przyjęciem takiego rozwiązania zachowania podmiotów pozbawionych statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. nie są w świetle omawianej ustawy zakazane i na jej podstawie nie mogą podlegać sankcjonowaniu[4]. Tym samym na gruncie polskiego prawa konkurencji zdecydowanie odrzucono możliwość sankcjonowania antykonkurencyjnych praktyk podejmowanych przez podmioty nieobjęte zakresem art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., np. władze publiczne[5]. Inna sprawa, że zdefiniowane w art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. pojęcie przedsiębiorcy zostało ukształtowane na tyle szeroko, iż objęto jego zakresem m.in. jednostki samorządu teryto-

3 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 13.

4 K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 49.

5 Zasadniczo do działalności regulacyjnej władz publicznych nie stosuje się także unijnych reguł konkurencji. Niemniej jednak w określonych sytuacjach zakazy zawarte w art. 101 i 102 TFUE mogą wiązać państwa członkowskie wykonujące działalność regulacyjną. Dotyczy to przypadków, w których państwa członkowskie, wykonując władzę publiczną, zobowiązane są respektować wynikające z art. 101 i 102 TFUE zakazy. Mając na względzie art. 106 ust. 1 TFUE, możemy z całą pewnością stwierdzić, że państwo członkowskie, prowadząc działalność regulacyjną, jest zobowiązane przestrzegać unijnych reguł konkurencji (przede wszystkim artykułów 101 i 102 TFUE) w sytuacji, gdy podejmuje konkretne działania w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, które otrzymały od państwa prawa wyłączne lub specjalne. Oczywiście, nie wszystkie działania podejmowane przez państwo członkowskie wobec wymienionych przedsiębiorstw można uznać za sprzeczne z art. 101 lub 102 TFUE. Mianowicie, aby uznać, iż państwo członkowskie, podejmując działania o charakterze regulacyjnym w stosunku do przedsiębiorstw publicznych lub uprzywilejowanych, naruszyło art. 101 lub 102 TFUE, należy wykazać konkretny związek przyczynowy między tymże działaniem a zachowaniem przedsiębiorstwa sprzecznym z art. 101 lub 102 TFUE. Natomiast w ramach unijnego prawa konkurencji nie istnieją przepisy, które zakazywałyby władzom publicznym ograniczania konkurencji przez działalność regulacyjną, jeżeli działalność taka nie jest związana z naruszającymi art. 101 lub 102 TFUE praktykami przedsiębiorstw. Zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 321 i n.

rialnego, które działając za pośrednictwem własnych organów (będących organami władzy publicznej), podejmują działania w zakresie „organizowania" świadczenia usług użyteczności publicznej[6].

Ów szeroki zakres definicji przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. ukształtował się w dużym stopniu pod wpływ em prawodawstwa UE, a właściwie unijnego orzecznictwa. Na gruncie unijnego prawa konkurencji przyjęto bowiem niezwykle szeroki sposób definiowania pojęcia „przedsiębiorstwo", uznając, że termin ten odnosi się do „każ dej jednostki zaangażowanej w działalność gospodarczą (ekonomiczną), bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania"[7]. Podkreślić przy tym należy, że przyjęta na gruncie unijnych reguł konkurencji definicja przedsiębiorstwa nie wymusza na krajowym prawodawcy przyjęcia definicji identycznej. Dlatego też definicja przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o-.k.i.k. nie jest tożsama z pojęciem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE[8].

---

6 O czym będzie mowa w dalszych rozważaniach.

7 Orzeczenia ETS w sprawach: C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH, Zbiór Orzeczeń, 1991, s. I-1979, pkt 21; C-159 i 160/91 Christian Poucet przeciwko Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Zbiór Orzeczeń, 1993, s. I-637, pkt 17; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs przeciwko Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Zbiór Orzeczeń, 1995, s. I-4013, pkt 14; C-55/96 Job Centre coop. arl., Zbiór Orzeczeń, 1997, s. I-7119, pkt 21; C-67/96, Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Zbiór Orzeczeń, 1999, s. I-5751, pkt 77; C-115–117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, Zbiór Orzeczeń, 1999, s. I-6025, pkt 77; C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV przeciwko Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven, Zbiór Orzeczeń, 1999, s. I-6121, pkt 67; C-180/98–C-184/98 Pavel Pavlov i inni przeciwko Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Zbiór Orzeczeń, 2000, s. I-6451, pkt 74; C-309/99 J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV przeciwko Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Zbiór Orzeczeń, 2002, s. I-1577, pkt 46; C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio przeciwko Compañía Española de Petróleos SA, Zbiór Orzeczeń, 2006, s. I-11987, pkt 39; M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji. Wprowadzenie do wykładu oraz teksty wybranych aktów prawnych*, Lublin 2005, s. 112; A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2007, s. 582.

8 Niemniej jednak nie wydaje się, aby różnice między polskim pojęciem przedsiębiorcy a unijnym przedsiębiorstwem mogły doprowadzić do diametralnie różnych skut-

Warto także zauważyć, że polski system prawa nie zawiera uniwersalnej definicji pojęcia „przedsiębiorca", która byłaby stosowana w sposób jednolity w ramach wszystkich aktów normatywnych posługujących się tym terminem[9]. W wielu aktach prawnych możemy spotkać różniące się między sobą normatywne definicje pojęcia „przedsiębiorca"[10]. W ten sposób ustawodawca, poszerzając bądź też zawężając zakres definicyjny omawianego terminu, dostosowuje go konstrukcyjnie do specyfiki uregulowanych danym aktem normatywnym stosunków[11]. Podobnie rzecz ma się na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawartą w art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. definicję przedsiębiorcy ustawodawca skonstruował w taki sposób, by zagwarantować jak najlepszy rozwój relacji konkurencyjnych na rynku. Przyjęcie tak zarysowanego celu skutkowało koniecznością normatywnego określenia na tyle szerokiej definicji pojęcia „przedsiębiorca", aby swoim zakresem objęła nie tylko podmioty bezpośrednio wykonujące działalność gospodarczą, ale również i takie, które nie wykonują działalności gospodarczej w sensie prawnym, a których zachowania (zwłaszcza zawieranie porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywanie pozycji dominującej) mogą wpływać na relacje konkurencyjne na rynku.

Przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

Omawiany art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. wymienia kilka grup podmiotów, które można uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu wspomnianego przepisu. I tak, zgodnie z art. 4 pkt 1 *in principio* u.o.k.i.k. status przedsiębiorcy antymonopolowego przysługuje przede wszystkim przedsiębiorcy „w ro-

ków prawnych – G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 227.

9 Takie rozwiązanie legislacyjne stało się przedmiotem krytyki ze strony niektórych przedstawicieli doktryny. Zob. E. Bieniek-Koroniewicz, T. Mróz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca"*, Prawo Spółek, 2003, nr 6, s. 45.

10 Zob. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 66–69; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 30–31.

11 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 13.

zumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej". W obecnym stanie prawnym tymi przepisami są przepisy Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (u.s.d.g.)[12], której art. 4 ust. 1 stanowi, że przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest „osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą". Aby wyznaczyć zakres podmiotów spełniających konstytutywne przesłanki uznania ich za przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., należy dokonać analizy zarówno aspektu podmiotowego (tj. statusu prawnego podmiotu występującego na rynku), jak i przedmiotowego (tj. rodzaju działalności prowadzonej przez ów podmiot) przytoczonej definicji[13].

Biorąc pod uwagę element podmiotowy pojęcia „przedsiębiorca", należy zwrócić uwagę przede wszystkim na fakt, iż definicja przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. obejmuje jedynie takie osoby i jednostki, którym przysługuje odrębna podmiotowość prawna (z racji posiadania osobowości prawnej bądź przynajmniej zdolności prawnej), tj. osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną[14]. Niemniej jednak możemy uznać, iż zakres podmiotowy antymonopolowej definicji przedsiębiorcy, zdeterminowany treścią art. 4 ust. 1 u.s.d.g., jest na tyle szeroki, by objąć większość podmiotów biorących udział w obrocie gospodarczym[15].

---

12 Tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r., nr 155, poz. 1095 ze zm.

13 S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 144. Por. M. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 113; M. Pawelczyk, *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Radca Prawny, 2005, z. 6, s. 35.

14 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 16.

15 Na gruncie orzecznictwa antymonopolowego za przedsiębiorców spełniających owo kryterium podmiotowe uznano m.in.: spółki kapitałowe (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna), zakłady ubezpieczeń, banki, spółdzielnie, stowarzyszenia (z wyjątkiem stowarzyszeń zwykłych), fundacje, przedsiębiorstwa państwowe, jednostki badawczo-rozwojowe, Bibliotekę Narodową, osoby prowadzące działalność gospodarczą samodzielnie oraz w charakterze wspólników spółki cywilnej, spółki osobowe (spółka jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna) oraz spółki kapitałowe; zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim…*, s. 70–71. W oparciu o kryterium podmiotowe statusu przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. odmawia się spółce cywilnej – G. Materna, [w:] T. Skoczny (red.),

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku pojęcia przedsiębiorcy element podmiotowy schodzi na plan dalszy, co sprawia, iż najistotniejszym (konstytutywnym) elementem pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. (a więc i z art. 4 pkt 1 *in principio* u.o.k.i.k.) jest sam fakt prowadzenia przez dany podmiot we własnym imieniu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. Polski ustawodawca zdefiniował działalność gospodarczą, wskazując konkretne dziedziny (rodzaje) tej działalności (wymieniając w tym zakresie działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową, poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż i działalność zawodową) oraz cechy (właściwości), którymi musi się charakteryzować działalność wykonywana w e wspomnianych dziedzinach, aby mogła być uznana za działalność gospodarczą (zarobkowy charakter, zorganizowany sposób jej wykonywania oraz ciągłość)[16].

Interpretując cechę zarobkowości działalności gospodarczej, przyjmuje się, iż decydujące znaczenie ma w tym zakresie cel (zamiar) działania danego podmiotu, tj. cel (zamiar) osiągania zysku, przy czym ów zarobkowy cel działania danego podmiotu powinien być ujawniony na zewnątrz i widoczny dla otoczenia[17]. *A contrario* nie jest działalnością gospodarczą aktywność motywowana celem innym niż zarobkowy, zwłaszcza celem określany jako idealistyczny (np. celem o charakterze społecznym czy dobroczynnym). W konsekwencji podmiotom prowadzącym taką działalność (*non profit*) nie przysługuje status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g.[18]

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 107. Art. 4 ust. 2 u.s.d.g. za przedsiębiorców każe uznawać wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Natomiast w sytuacji, gdy celem albo skutkiem zawarcia umowy spółki cywilnej jest „wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym" (art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k.), wówczas nic nie stoi na przeszkodzie, by uznać taką umowę spółki cywilnej za porozumienie ograniczające konkurencję – M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 24.

16 *Idem*, *Swoboda działalności…*, s. 24 i n.

17 *Ibidem*, s. 38–41. Por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim…*, s. 74–77.

18 Od działalności *non profit* należy odróżnić tzw. działalność *not for profit*, która jest prowadzona w celu uzyskania zysku, z tym że wygenerowane w jej ramach dochody nie ulegają podziałowi między członków danego przedsięwzięcia gospodarczego, lecz przeznaczane są na realizację pewnych konkretnych celów, które nie mają charakteru gospodarczego – M. Szydło, *Swoboda działalności…*, s. 45.

Sytuacja podmiotów prowadzących działalność *non profit* wygląda inaczej na gruncie unijnego prawa konkurencji, gdzie działalność gospodarcza definiowana na użytek tych regulacji nie musi być podejmowana w celu generowania zysków czy też faktycznie takich zysków przynosić[19]. W związku z tym sam fakt prowadzenia przez dany podmiot działalności *non profit* nie pozbawia go statusu przedsiębiorstwa w świetle unijnego prawa konkurencji. Jeżeli bowiem ustalimy, iż prowadzona przez dany podmiot działalność o charakterze niezarobkowym może być równie dobrze wykonywana przez jednostkę z tzw. komercyjnego sektora gospodarki (może podlegać normalnym regułom gry rynkowej), podmiot ów uznamy za przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE[20].

Z kolei zorganizowany sposób wykonywania działalności gospodarczej (będącej konstytutywną przesłanką działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g.) interpretuje się w dwójnasób. Po pierwsze, w doktrynie przyjmuje się, że dla zachowania tejże przesłanki konieczne jest, aby dany podmiot prowadzący określoną działalność dochował szeregu ciążących na nim obowiązków o charakterze formalnym, które porządkują i formalizują ową aktywność, nadając jej z organizowany charakter[21]. Po drugie, coraz częściej jednak podnosi się, iż o zorganizowanym sposobie wykonywania wchodzącej w grę działalności powinien raczej przesądzać fakt jej prowadzenia przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym z art. 55 Ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[22], definiowanego jako „zorganizowany zespół składni-

19 Orzeczenia ETS w sprawach: 209–215 i 218/78 Heintz van Landewyck SARL i inni przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń, 1980, s. 3125, pkt 88; C-382/92 Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii, Zbiór Orzeczeń, 1994, s. I-2435, pkt 44; M. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 114; A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, s. 38.

20 Orzeczenia ETS w sprawach: C-244/94…, pkt 21; C-67/96…, pkt 85; C-115–117/97…, pkt 85; C-219/97…, pkt 75; C-180–184/98…, pkt 117; S. Dudzik, *op. cit.*, 148–150.

21 Wskazuje się w tym zakresie następujące obowiązki: dokonanie zgłoszenia do rejestru przedsiębiorców lub do ewidencji działalności gospodarczej, dokonanie zgłoszenia dla celów statystycznych, podatkowych i związanych z ubezpieczeniem społecznym, założenie rachunku bankowego, zastosowanie przez przedsiębiorcę nakazanej przepisami prawa formy organizacyjnoprawnej wykonywanej działalności, uzyskanie wymaganej koncesji, zezwolenia, licencji na działalność gospodarczą lub też wpisu do rejestru działalności regulowanej itp. – M. Szydło, *Swoboda działalności…*, s. 48.

22 Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.

ków materialnych i niematerialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej”[23]. Natomiast kwestia zorganizowania w przypadku pojęcia działalności gospodarczej nie odgrywa większej roli na gruncie unijnego prawa konkurencji, z co za tym idzie – jej występowanie bądź też brak nie przesądza o przyznaniu (bądź nie) statusu przedsiębiorcy z art. 101 i 102 TFUE.

Wreszcie ostatnią cechą działalności gospodarczej jest jej ciągłość, rozumiana jako wymóg dokonywania czynności w sposób regularny i powtarzalny, co sprawia, iż oceniana aktywność nabiera charakteru względnie trwałego i stabilnego. Tym samym wyklucz ono z zakresu pojęcia działalności gospodarczej jednorazowe, okazjonalne czy też sporadyczne przedsięwzięcia gospodarcze[24]. Podmiotom podejmującym takie działania gospodarcze nie będzie przysługiwał status przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. Inaczej niż w polskim prawie konkurencji, na gruncie unijnych regulacji nie wymaga się, by działalność gospodarcza wykonywana była w sposób ciągły (trwały)[25].

Reasumując, można postawić tezę, iż większa część podmiotów, którym przysługuje status przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.o.k.i.k., jest również przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., a więc są odrębnymi podmiotami prawa (mającymi osobowość prawną bądź przynajmniej zdolność prawną), które w we własnym imieniu prowadzą działalność w jednej z dziedzin wskazanych w art. 2 u.s.d.g. w sposób zarobkowy, zorganizowany i ciągły. Jednakże na gruncie unijnego prawa konkurencji dla uznania danej działalności za działalność gospodarczą nie wymaga się, by aktywność ta była nastawiona na osiągnięcie zysku, zorganizowana czy regularna.

Przedsiębiorca działający w sferze użyteczności publicznej

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i.k. za przedsiębiorcę uznaje się „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą

23 *Idem*, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 19.

24 W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 23.

25 S. Dudzik, *op. cit.*, s. 151.

lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej". Na tym etapie rozważań należy przede wszystkim zdefiniować pojęcie „usługi użyteczności publicznej". Jest to trudne o tyle, że w żadnym z polskich aktów normatywnych nie znajdziemy legalnej definicji tego pojęcia. Niemniej jednak opierając się na zdefiniowanym przez ustawodawcę terminie „zadań o charakterze użyteczności publicznej", jakimi są te zadania własne jednostek samorządu terytorialnego, „których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych"[26], można przyjąć, że usługami o charakterze użyteczności publicznej są tego rodzaju usługi, które: 1) zaspokajają podstawowe i elementarne potrzeby członków społeczeństwa, bez których nie jest możliwe codzienne normalne funkcjonowanie w życiu społecznym, zawodowym, gospodarczym i kulturalnym; 2) są świadczone w sposób bieżący i nieprzerwany (permanentny); 3) są powszechnie dostępne dla każdego, kto chce z nich skorzystać, przy czym owa powszechna dostępność wynika z faktu, że dana usługa ma ze swej istoty charakter niewykluczany (w praktyce nie można pozbawić poszczególnych podmiotów możliwości skorzystania z danej usługi), albo z przyznania zainteresowanym podmiotom prawnie skutecznego roszczenia o uzyskanie dostępu do danej usługi [27]. Warto w tym miejscu wspomnieć, że tak rozumiane usługi użyteczności publicznej mogą być świadczone w sferze szeroko pojmowanej infrastruktury technicznej[28] bądź też w zakresie infrastruktury społecznej[29].

---

26 Zob. art. 1 ust. 2 Ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r., nr 9, poz. 43 ze zm.).

27 K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 318. Szerzej zob. M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 137 i n.

28 Np. dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków (art. 6 ust. 2 Ustawy z 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu i zbiorowym odprowadzaniu ścieków; tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r., nr 123, poz. 858 ze zm.), przesyłanie, dystrybucja i sprzedaż energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła gospodarstwom domowym (art. 5a Ustawy z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne; tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r., Nn 89, poz. 625 ze zm.), czy też usługi przewozu osób (zbiorowego transportu ludności) świadczone przez przewoźników (art. 3 ust. 1 Ustawy z 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe; tekst jednolity: Dz.U. z 2000 r., nr 50, poz. 601 ze zm.).

29 Np. określone ustawowo świadczenia opieki zdrowotnej ze środków publicznych (art. 2 oraz art. 15 i nast. Ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych; Dz.U. nr 210, poz. 2135 ze zm.), świadczenia

W art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i.k. ustawodawca przyjął, że przedsiębiorcami na potrzeby omawianej ustawy są te osoby lub jednostki, które organizują lub świadczą usługi użyteczności publicznej, niebędące działalnością w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (tj. ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Nie wydaje się, aby w ten sposób ustawodawca dążył do wyłączenia *a priori* usług użyteczności publicznej z zakresu pojęcia „działalność gospodarcza". W komentowanym artykule zastrzeżono jedynie, że w przypadku, gdy dana osoba lub jednostka świadczy (lub organizuje) takie usługi użyteczności publicznej, które nie stanowią przejawu wykonywania działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g., nie wyklucza to tej osoby lub jednostki świadczącej (lub organizującej) tego rodzaju usługi z kręgu przedsiębiorców na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[30].

Na gruncie art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.i.k. (oraz art. 1 ust. 2 u.g.k.) można przyjąć, że wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej może polegać na bezpośrednim świadczeniu (dostarczaniu) usług powszechnie dostępnych bądź ich organizowaniu, tj. kreowaniu stosownych warunków (ekonomicznych, finansowych, technicznych, organizacyjnych) umożliwiających świadczenie omawianych usług (przez same jednostki samorządu terytorialnego bądź przez inne podmioty). O ile przy tym bezpośrednie świadczenie (dostarczanie) usług użyteczności publicznej polega zasadniczo na podejmowaniu działań i czynności o charakterze cywilnoprawnym, będących przejawem uczestniczenia przez podmioty świadczące usługi w obrocie gospodarczym, o tyle organizowanie usług użyteczności publicznej najczęściej sprowadza się do zawierania stosownych umów cywilnoprawnych powierzających odrębnym podmiotom świadczenie tych usług (np. na podstawie art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej) bądź dokonywania czynności o charakterze administracyjnym w celu określenia w sposób władczy warunków, na których omawiane usługi będą świadczone (z reguły przez inne niż dana jednostka samorządu terytorialnego podmioty), np. ustalenie cen tychże usług, określenie elementów wypo-

z zakresu pomocy społecznej (art. 7 i 8 oraz art. 36 i nast. Ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej; Dz.U. nr 64, poz. 593 ze zm.), określone świadczenia edukacyjno-oświatowe realizowane przez szkoły publiczne i inne instytucje oświatowo-wychowawcze (art. 2 oraz art. 14 i n. Ustawy z 7 września 1991 r. o systemie oświaty; tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r., nr 256, poz. 2572 ze zm.) czy też usługi biblioteczne (art. 14 ust. 1 Ustawy z 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach; Dz.U. nr 85, poz. 539 ze zm.).

30 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 31–35.

sażenia technicznego niezbędnych do świadczenia usług itd.[31] Podmioty organizujące usługi użyteczności dzięki swej specjalnej pozycji nadanej im przez prawo lub wskutek uprawnień korporacyjnych mogą kształtować zachowania innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji[32]. Organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej nie polega więc na uczestniczeniu przez dany podmiot w wymianie dóbr i usług, ale jest działalnością podmiotu z zewnątrz na ten rynek[33].

Tak rozumiana działalność organizatorska w sferze użyteczności publicznej jest najczęściej domeną jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania przez nie spoczywających na nich zadań publicznych[34]. Niemniej jednak na gruncie orzecznictwa antymonopolowego status podmiotu organizującego usługi o charakterze użyteczności publicznej przyznano również innym osobom i jednostkom. I tak uznano, że usługi użyteczności publicznej organizują także kościelne jednostki organizacyjne (np. parafie Kościoła rzymskokatolickiego) w zakresie zarządzania cmentarzami wyznaniowymi i określania zasad świadczenia na nich usług pogrzebowych[35]. Usługi użyteczności publicznej organizują także korporacje osób wykonujących wolne zawody, np. izby aptekarskie realizują uprawniania związane z organizowaniem usług użyteczności publicznej z zakresu sprzedaży i produkcji środków farmaceutycznych[36].

Wreszcie do podmiotów organizujących usługi o charakterze użyteczności publicznej zalicza się publiczne instytucje organizujące po wszechny system opieki zdrowotnej (obecnie Narodowy Fundusz Zdrowia[37]), a to

---

31 M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*…, s. 135–136.

32 E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 34.

33 M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej*…, s. 36.

34 Na gruncie orzecznictwa antymonopolowego za przejaw działalności organizatorskiej uznano szereg działań, zwłaszcza podejmowanych przez gminy. Por. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim*…, s. 99; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej*…, s. 37–38.

35 Wyrok SOKiK z 12 stycznia 2006 r., XVII Ama 105/04, Dziennik Urzędowy UOKiK nr 2, poz. 28.

36 Wyrok SAM z 22 października 2001 r., XVII Ama 123/00, Dziennik Urzędowy UOKiK nr 3, poz. 128.

37 Narodowy Fundusz Zdrowia to państwowa jednostka organizacyjna, która na podstawie Ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2008 r., nr 164, poz. 1027 ze zm.) organizuje powszechny system ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce.

z uwagi na uznanie usług zdrowotnych świadczonych w owym powszechnym systemie opieki z drowotnej, finansowanych w oparciu o przepisy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, za usługi o charakterze użyteczności publicznej[38]. Na gruncie unijnego prawa konkurencji Trybunał Sprawiedliwości nie uznał za przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE tych instytucji zarządzających systemem ubezpieczeń emerytalnych lub zdrowotnych, jakie funkcjonują w oparciu o niniejsze zasady: realizują ważne społecznie cele w oparciu o zasadę solidarności, która wyraża się w braku proporcjonalności między wysokością składek wpłacanych przez ubezpieczonych a wysokością kwot wypłacanych konkretnemu ubezpieczonemu; są podporządkowane nadzorowi państwa, które ustawowo określa wysokość składek i kwoty wypłacanych korzyści; równowagę finansową całego systemu zapewnia ustawowy obowiązek przynależności do niego[39]. Mianowicie uznaje się, iż tak opisana aktywność nie ma charakter u działalności gospodarczej, a jest jedynie realizacją redystrybucyjnej funkcji państwa[40]. Jeżeli jednak system ubezpieczeń (emerytalnych lub zdrowotnych) ma jedynie charakter uzupełniający, a zasada solidarności stosowana jest w ograniczonym stopniu, nie ma przeszkód, by instytucję nim zarządzającą uznać za przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 i 102 TFUE[41].

Przedsiębiorca działający w sferze wolnych zawodów

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. b) u.o.k.i.k. za przedsiębiorcę uznaje się również „osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach takiego zawodu".

38 Wyrok SOKiK z 17 grudnia 2007 r. w sprawie XVII Ama 62/07, niepubl. Szerzej zob. G. Materna, *Publiczne instytucje ubezpieczenia zdrowotnego w świetle prawa antymonopolowego*, Państwo i Prawo, 2005, z. 6, s. 65–80.

39 Orzeczenia ETS w sprawach: C-159 i 160/91…, pkt 7–20; C-218/00 Cisal di Battistello Venanzio & C. S as przeciwko Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Zbiór Orzeczeń, 2002, s. I-2493, pkt. 38–45; C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 AOK Bundesverband i inni, Zbiór Orzeczeń, 2004, s. I-2493, pkt. 47–57.

40 M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego*…, s. 306.

41 Orzeczenia w ETS w sprawach: C-244/94…, pkt 17–22; C-67/96…, pkt. 80–87; C-115–117/97…, pkt. 80–87; C-219/97…, pkt. 70–77; C-180–184/98…, pkt. 114–119.

Rozważania w tym zakresie należy niewątpliwie rozpocząć od wyjaśnienia terminu „zawód". Otóż zawód rozumiany jest jako „wykształcony w ramach społecznego podziału pracy – zespół określonych zakresowo działań, prac lub czynności, które podejmowane są w celu uzyskania konkretnego dochodu (zarobku, zysku)"[42]. Ponadto definiując zawód, podkreśla się, że jest on wykonywany w sposób ciągły, trwały i regularny (systematyczny), a do jego wykonywania najczęściej niezbędne jest wcześniejsze zdobycie odpowiednich kwalifikacji opartych na wiedzy teoretycznej i praktycznych umiejętnościach[43].

Zauważyć należy, że art. 4 pkt 1 lit b) u.o.k.i.k. wyznaczył dwie subkategorie przedsiębiorców, tj. osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek oraz osoby fizyczne prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu. Jeśli chodzi o pierwszą z tych grup, wydaje się, że chodzi tu przede wszystkim o tzw. wolne zawody[44], które na tle wykonywania innych zawodów charakteryzują się szeregiem cech szczególnych[45]. Trzeba stwierdzić, że art. 2 u.s.d.g. przesądza o tym, iż działalność prowadzona w ramach wolnego zawodu jest działalnością gospodarczą, jeżeli zaistnieje jeszcze cecha zarobkowości, ciągłości i zorganizowania. Skoro – jak przyjęto powyżej – każdy zawód ma ze swej istoty charakter zarobkowy i ciągły, przyznanie działalności w ramach wolnego zawodu statusu z art. 2 u.s.d.g. uzależnione jest jedynie od wystąpienia przesłanki zorganizowania[46]. Stąd niezwykle trudno wskazać podmiot, który wykonu-

42 M. Szydło, *Swoboda działalności…*, s. 48.

43 Warto przy tym zauważyć, że tak rozumiany zawód spełnia dwie przesłanki, które są konstytutywne dla działalności gospodarczej – *ibidem*, s. 48.

44 W doktrynie zakres podmiotowy działalności polegającej na wykonywaniu wolnego zawodu wiąże się przede wszystkim z podmiotami z art. 88 Ustawy z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm.) – K. Kohutek, M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 109.

45 Można w tym zakresie wskazać np. konieczność uzyskania wysokich kwalifikacji, które najczęściej zdobywa się w ramach długiego procesu kształcenia, intelektualny charakter podejmowanych czynności, zapewnienie osobom wykonującym wolny zawód niezależności intelektualnej (wykluczenie możliwości ingerowania prawodawcy bądź klientów w sposób wykonywania czynności zawodowych), samodzielność ekonomiczna osób wykonujących zawód (możliwość wykonywania zawodu we własnym imieniu i na własny rachunek), oparcie więzi z klientem na zaufaniu i dyskrecji, posiadanie własnej korporacji – M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 40.

46 Przesłankę tę najczęściej – jak już wspomniano – definiuje się jako wykonywanie działalności w oparciu o przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym z art. 55 Kodeksu cywilnego.

jąc działalność zawodową (działalność w ramach wolnego zawodu) we własnym imieniu, nie mieściłby się w pojęciu przedsiębiorcy z art. 4 u.s.d.g.

Drugą kategorię podmiotów w ramach komentowanego przepisu stanowią „osoby fizyczne, które prowadzą działalność w ramach takiego zawodu". Zdefiniowanie tak określonej grupy podmiotowej (wskazanie podmiotów, które na tej podstawie mogą uzyskać status antymonopolo wego przedsiębiorcy) nie jest proste. Trudno bowiem zgodzić się z poglądem, że tak określona kategoria podmiotów obejmuje osoby, które nie wykonują działalności zawodowej osobiście, a zatrudniają do tego inne osoby[47]. Jest bowiem oczywiste, że osoba wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek nie traci statusu pr zedsiębiorcy ani w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności, ani też w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. b) *in principio* u.o.k.i.k. tylko dlatego, że powierza jej wykonywanie (w całości lub w części) innej osobie. Z drugiej strony przyznawanie statusu odrębnych przedsiębiorców na gruncie art. 4 pkt 1 lit. b) u.o.k.i.k. *in fine* takim osobom fizycznym, które nie wykonują określonego zawodu we własnym imieniu, lecz są w tym celu zatrudnieni przez osoby, wykonujące ów zawód we własnym imieniu, byłoby zabiegiem pozbawionym sensu. B ezcelowe jest przecież przyznawanie statusu odrębnego przedsiębiorcy podmiotom, które nie posiadają dostatecznej samodzielności ekonomicznej, rozumianej jako „możliwość swobodnego i autonomicznego decydowania o zakresie, sposobie, czasie prowadzonej działalności gospodarczej, jak też o innych tego typu elementach związany ch z podejmowanymi przedsięwzięciami"[48]. Wobec podniesionych wątpliwości interpretacyjnych, kwestią dyskusyjną wydaje się sens dalszego utrzymywania art. 4 pkt 1 lit. b) u.o.k.i.k. w przestrzeni normatywnej.

Związek przedsiębiorców

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. na potrzeby praktyk ograniczających konkurencję za przedsiębiorcę należy także uznawać „związek przed-

47 Takie stanowisko wyraża E. Modzelewska-Wąchal, *op. cit*., s. 36.

48 Podobnie na gruncie unijnego prawa konkurencji, brak tak rozumianej samodzielności uniemożliwia zakwalifikowanie danej jednostki organizacyjnej lub osob y fizycznej do kategorii przedsiębiorstw). Szerzej zob.: M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej…*, s. 49–50.

siębiorców". Obecne regulacje dotyczące konkurencji definiują to pojęcie, jako „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., jak również związki tych organizacji"[49].

Uogólniając, można dokonać podziału związkó w przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. (w zw. z art. 4 pkt 2 u.o.k.i.k.) na dwie grupy[50]. Pierwsza z nich obejmuje takie „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców", które posiadają osobowość prawną i wykonują działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g.[51]. Z kolei druga zawiera takie „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców", jakie nie są przedsiębiorcami w rozumieniu pozostałych przepisów zawartych w art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., więc zawdzięczają art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. swój status, bez którego co do zasady nie mogłyby zostać uznane za przedsiębiorcę antymonopolowego.

Wynika z tego sam związek nie musi ani wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g., ani też funkcjonować jako odrębny podmiot prawa, by uzyskać status przedsiębiorcy na gruncie art. 4 pkt 1 lit. d) u.o.k.i.k. Tym samym w świetle komentowanego artykułu przedsiębiorcami będą nawet niesformalizowane organizacje przedsiębiorców, bez znaczenia, w jakim celu powstały[52]. Podkreślić należy, iż taka koncepcja jest w pełni zgodna z prawem unijnym, na którego gruncie przedsiębiorstwami są wszelkie, nawet niesformalizowane, związki współpracy samodzielnych przedsiębiorstw, konstruowane do realizacji celów prawnie dopuszczonych, a także związki związków przedsiębiorstw[53].

Wnioski

Niewątpliwie pojęcie „przedsiębiorcy" skonstruowane na potrzeby stosowania przepisów sankcjonujących przypadki antykonkurencyjnych praktyk,

49 Art. 4 pkt 2 u.o.k.i.k.

50 *Ibidem*, s. 58.

51 W tym związki jednostek samorządu terytorialnego, które wykonują działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. bądź organizują usługi o charakterze użyteczności publicznej – *ibidem*, s. 58.

52 G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 109–111.

53 *Ibidem*, s. 143.

tj. porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej (ale, co za tym idzie także na potrzeby całej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), jest skonstruowane na tyle szeroko, by swym zakresem objąć obszerny katalog podmiotów, które potencjalnie mogłyby dopuszczać się antykonkurencyjnych praktyk.

Duża część desygnatów pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. to przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g., tj. osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. W tej grupie przedsiębiorców antymonopolowych znajdą się więc te osoby lub jednostki, które w ramach wskazanej w art. 2 u.s.d.g. dziedziny wykonują działalność zarobkową (prowadzoną z zamiarem osiągnięcia zysku), zorganizowaną (czyli w dużym uproszczeniu – działalność opartą na przedsiębiorstwie w sensie przedmiotowym z art. 55 k.c.) oraz ciągłą (prowadzoną z zachowaniem pewnej regularności cykliczności). Natomiast poza zakresem art. 4 u.s.d.g. pozostawać będą podmioty prowadzące działalność *non profit*, podmioty, które podejmują jednorazowe bądź pozbawione cechy zorganizowania przedsięwzięcia gospodarcze.

Nadmienić należy, iż na gruncie unijnych reguł konkurencyjnych status przedsiębiorstwa z art. 101 i 102 TFUE nie jest zdeterminowany koniecznością prowadzenia działalności w celu osiągnięcia zysku, ciągłej i zorganizowanej. W związku z tym przedsiębiorstwem z art. 101 i 102 TFUE może być np. podmiot prowadzący działalność *non profit.*

Zaznaczyć jednak trzeba, że zakres podmiotowy pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. jest szerszy od zakresu pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 ust. 1 u.s.d.g. Na podstawie art. 4 pkt 1 lit. b) status przedsiębiorcy antymonopolowego można przypisać osobom lub jednostką organizującym usługi o charakterze użyteczności publicznej, nie prowadzące przy tym działalności gospodarczej. Natomiast na gruncie art. 4 pkt 1 lit. d za przedsiębiorcę można uznać związek przedsiębiorców, nawet jeżeli nie ma on zinstytucjonalizowanej formy ani nie prowadzi działalności gospodarczej.

Aleksandra Nowicka

Równoważność wersji językowej – kilka uwag do artykułu 298 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Traktat lizboński[1] zakończył etap kilkuletnich r ozterek nad losem U nii Europejskiej. Przyniósł on odejście od pr opozycji ukonstytuowania Unii Europejskiej, wyrażonej w projekcie Konstytucji dla Europy, uregulował kwestie związane z przejrzystością działania systemu, nadając U nii Europejskiej wyraźną osobowość prawną, doprecyzował kwestię spraw instytucjonalnych, znosząc filarowości systemu organizacyjnego. Traktat nowelizujący[2], zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską[3], podpisany w Lizbonie 13 grudnia 2007 r. przyniósł zmianę w postaci rozszerzenia zakresu podmiotów administrujących w Unii Europejskiej. W jednym z przepisów określa się, że „wszystkie formy gramatyczne wyrazów »instytucje lub organy« oraz »instytucje i organy« zastępuje się odpo wiednią formą gramaty czną wyrazów »instytucje,

1 Został podpisany 13 grudnia 2007 roku, obowiązuje od 1 grudnia 2009 roku. Sygnatariuszem traktatów został Rząd Republiki Włoskiej.

2 Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. UE C 306 z 17 grudnia 2007 r. (wraz z aktem końcowym Konferencji przedstawicieli rządów Państw Członkowskich).

3 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską został zmieniony Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

organy lub jednostki organizacyjne«, z wyjątkiem artykułu 193 akapit pierwszy, natomiast w artykule 108 wyrazy »instytucji czy organó w« zastępuje się wyrazami »instytucji, organów ani jednostek organizacyjnych«, z odpowiednim dostosowaniem gramatycznym czasownika"[4]. Na konferencji międzyrządowej w 2007 roku przedstawiono projekt preambuły do Traktatu zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. W preambule tej wskazano, że „zgodnie z przyjętą praktyką poszczególne wersje językowe zostaną ostatecznie zr edagowane przez prawników lingwistów Rady przed podpisaniem Traktatu"[5]. Ważne jest, że za tłumaczenia odpowiadał Sekretariat Generalny Rady Unii Europejskiej i władze włoskie, które stały się depozytariuszem Traktatu, strona polska zaś był tylko konsultantem rodzimej wersji językowej[6].

Nowelizacja Traktatu o Unii Europejskiej[7] i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[8] kształtuje wizję Unii Europejskiej jako apolitycznej, niekonstytucyjnej organizacji ponadnarodowej, która w swoich działaniach nie zapomina jednak o kwestiach narodowościowych, uwzględniając indywidualną tożsamość państw członko wskich m.in. w kwestii językowej. Tekst wersji skonsolidowanej[9] Traktatu o Unii Europejskiej w swojej końcowej części[10] określa autentyczność wszystkich języków, w których ów Traktat został sporządzony. Oznacza to, że tekst Traktatu ma jednakową moc prawną w każdym z 23 języków. W części tej zachęca się także państwa członkowskie do tłumaczenia Traktatu na języki urzędowe – regionalne lub języki mniejszości na całym ter ytorium lub części danego państwa członkowskiego, zgodnie z krajowym porządkiem prawnym. Podkreśla się, że owe tłumaczenia powinny być sporządzone w formie urzędowej, by zapewnić jednolitość terminologiczną i logiczną w każdym z użytych języków.

Na oficjalnej stronie internetowej Unii Europejskiej[11] można odnaleźć wszystkie wersje językowe pełnego tekstu Traktatu z Lizbony, który zawiera skonsolidowane wersje Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu

4 Art. 2.1.a (zmiany horyzontalne) 2.f.

5 Projekt Traktatu zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską – projekt preambuły, CIG 4/1/07 REV1, 05.10.2007.

6 D. Uhlig, *Tłumaczenia dokumentów UE: kto winny?*, Gazeta Wyborcza, z 6.02.2005 r., http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,2485538.html [odczyt: 10.04.2012].

7 Dalej TUE.

8 Dalej TfUE.

9 Wersje skonsolidowane, Dz.U.UE.C 83, z 30 marca 2011 roku.

10 Art. 53 TUE.

11 http://europa.eu/ [odczyt: 10.04.2012].

o Unii Europejskiej wraz z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Podejmując się analizy tekstu Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w różnych językach urzędowych, można spotkać się z niejednorodnym brzmieniem tekstu artykułu 298 (w punkcie 1). Jego tekst w języku polskim[12] wylicza podmioty administrujące w systemie instytucjonalno-organizacyjnym Unii Europejskiej, wskazując trzy ich rodzaje: „instytucje", „organy" i „jednostki organizacyjne". Analogiczną sytuację potrójnej typologii możemy zaobserwować w przypadku czeskiej[13], niemieckiej[14], estońskiej[15], greckiej[16], hiszpańskiej[17], francuskiej[18], włoskiej[19], litewskiej[20], węgierskiej[21], maltańskiej[22], holenderskiej[23], por-

12 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Wykonując swoje zadania, instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii korzystają ze wsparcia otwartej, efektywnej i niezależnej administracji europejskiej".

13 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Při plnění svých úkolů se orgány, instituce a jiné subjekty Unie opírají o otevřenou, efektivní a nezávislou evropskou správu".

14 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Zur Ausübung ihrer Aufgaben stützen sich die O rgane, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung".

15 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Liidu institutsioone, organeid ja asutusi abistab nende ülesannete täitmisel avatud, tõhus ja sõltumatu Euroopa halduskorraldus".

16 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Κατά την εκπλήρωση της αποστολής τους, τα θεσμικά και λοιπά όργανα και οι οργανισμοί της Ένωσης στηρίζονται σε ευρωπαϊκή διοίκηση ανοιχτή, αποτελεσματική και ανεξάρτητη."

17 Art. 298 pkt 1 TfUE: „En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente".

18 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Dans l'accomplissement de leurs missions, les institutions, organes et organismes de l 'Union s'appuient sur une administration eur opéenne ouverte, efficace et indépendante".

19 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un 'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente".

20 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Sąjungos institucijos, įstaigos ir organai, vykdy dami savo užduotis, remiasi atvira, veiksminga ir nepriklausoma Europos administracija".

21 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Feladataik ellátása során az U nió intézményei, szervei és hivatalai egy nyitott, hatékony és független európai igazgatásra támaszkodnak".

22 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Fit-twettiq tal-missjonijiet tagħhom, l-istituzzjonijiet, il-korpi u l-organi ta' l-Unjoni għandu jkollhom l-appoġġ ta' amministrazzjoni Ewropea miftuħa, effiċjenti u indipendenti".

23 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Bij de vervulling van hun taken steunen de instellingen, organen en instanties van de Unie op een open, doeltreffend en onafhankelijk Europees ambtenarenapparaat".

tugalskiej[24], finlandzkiej[25] i szwedzkiej[26] wersji językowej. Odmienną typologię zawiera angielska[27] wersja językowa Traktatu. W niej zostały dookreślone podmioty, które we wcześniej wskazanych wersjach językowych Traktatu kwalifikowane były do ostatniej, trzeciej grupy[28]. Angielska wersja językowa wskazuje „instytucje", „organy", „urzędy/biura" i „agencje". Analogiczna sytuacja występuje w bułgarskiej[29], duńskiej[30], irlandzkiej[31], rumuńskiej[32], słowackiej[33] i słoweńskiej[34] wersji wskazanego przepisu Traktatu. Ciekawostkę stanowi łotewska[35] wersja Traktatu. Tekst artykułu 298 TfUE, *nota bene*, najkrótszy ze wszystkich wersji ję-

24 Art. 298 pkt 1 TfUE: „No desempenho das suas atribuições, as instituições, órgãos e organismos da União apoiam-se numa administração europeia aberta, eficaz e independente".

25 Art.298 pkt 1 TfUE: „Unionin toimielimet, elimet ja laitokset tukeutuvat tehtäviään hoitaessaan avoimeen, tehokkaaseen ja riippumattomaan eurooppalaiseen hallintoon".

26 Art. 298 pkt 1 TfUE: „När unionens institutioner, organ och byråer fullgör sina uppgifter ska de stödja sig på en öppen, effektiv och oberoende europeisk administration".

27 Art. 298 pkt 1 TfUE: „In carrying out their missions, the institutions, bodies, offices and agencies of the Union shall have the support of an open, efficient and independent European administration".

28 W języku polskim określona została mianem i przypisana do grupy „jednostek organizacyjnych".

29 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Институциите, органите, службите и агенциите на Съюза изпълняват своите задачи с подкрепата на открита, ефикасна и независима европейска администрация".

30 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Under udførelsen af deres opgaver støtter Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer sig på en åben, effektiv og uafhængig europæisk forvaltning".

31 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Beidh de thacaíocht ag institiúidí, comhlachtaí, oifigí agus gníomhaireachtaí an Aontais, agus a gcúraimí á gcomhall acu, riarachán E orpach a bheidh oscailte, éifeachtach agus neamhspleách".

32 Art. 298 pkt 1 TfUE: „În îndeplinirea misiunilor lor, instituțiile, organele, oficiile și agențiile Uniunii sunt susținute de o administrație europeană transparentă, eficientă și independentă".

33 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Pri vykonávaní svojich poslaní sú inštitúcie, orgány, úrady a agentúry Únie podporované otvorenou, efektívnou a nezávislou európskou administratívou".

34 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Institucije, organe, urade in agencije U nije pri izvajanju njihovih nalog podpira odprta, učinkovita in neodvisna evropska uprava".

35 Art. 298 pkt 1 TfUE: „Veicot uzdevumus, Savienības iestādes un struktūras saņem atvērtas, efektīvas un neatkarīgas Eiropas administrācijas atbalstu".

zykowych, pozwala na wyr óżnienie tylko dwóch r odzajów, stale obecnych we wszystkich językach – „instytucji" i „organów"[36].

Należy zatem zauważyć, że stale pojawiającym się zwr otem jest termin „instytucje" i organy". Pozostałe elementy nie są stałe. Pojęcie „jednostek organizacyjnych" kumuluje w sobie określenia „biura", „urzędy", „ciała", „podmioty", „jednostki", „departamenty", „formy organizacyjne", „podmioty władcze". Agencje albo tworzą osobną grupę podmiotów administrujących, enumeratywnie określonych, albo włączone zostają do trzeciego rodzaju podmiotów – „jednostek organizacyjnych".

Wskazanie lub pominięcie „agencji" w wersjach językowych Traktatu wprowadza nieład legislacyjny oraz chaos terminologiczny. Mimo że obywatele zjednoczonej Europy posiadają dostęp do różnych wersji językowych znowelizowanego Traktatu, to na ogół obca jest im wiedza dotycząca różnic literalnego brzmienia Traktatu. Oznacza to, że w innych wersjach językowych rozumienie systemu Unii Europejskiej, na podstawie art. 298 TfUE, może być postrzegane w sposób zgoła odmienny niż w innych krajach. Sytuacja ta może prowadzić do chaosu terminologicznego w doktrynie poszczególnych Państw Członkowskich. Prowadzi to do stanu, w którym pomija się termin „agencje" w doktrynie jednego państwa członkowskiego, uwzględnia się zaś go w doktrynie drugiego kraju[37].

Istotne jest także, że wskazanie *expressis verbis* agencji w Traktacie, a przynajmniej w niektórych jego wersjach językowych, potwierdza, że termin „agencje", odnoszący się do grupy zdecentralizowanych podmiotów wykonawczych, wskazany zostaje już na gr uncie prawa pier wotnego. Brak wciąż stosownej jednolitej, legalnej definicji określającej spójną, jednorodną, definicję, cel działania, formy organizacyjne czy funkcje

---

36 W łotewskiej wersji Traktatu nie uwzględniono więc zmiany traktatowej, w której to „wszystkie formy gramatyczne wyrazów »instytucje lub organy« oraz »instytucje i organy« zastępuje się odpo wiednią formą gramaty czną wyrazów »instytucje, organy lub jednostki organizacyjne«, z wyjątkiem artykułu 193 akapit pier wszy, natomiast w artykule 108 wyrazy »instytucji czy organó w« zastępuje się wyrazami »instytucji, organów ani jednostek organizacyjny ch«, z odpowiednim dostosowaniem gramatycznym czasownika".

37 Różnica ta widoczna jest np. w polskiej i angielskiej literaturze przedmiotu. Przez lata pojęcie agencji było pomijane w polskiej literaturze dotyczącej prawa europejskiego oraz eur opejskiego prawa administracyjnego. Współcześnie obserwuje się coraz częstsze podejmowanie tematu dotyczącego zagadnienia agencji eur opejskich w polskojęzycznych publikacjach.

wykonawcze – w tym o charakterze regulacyjnym – agencji. Wskazanie *expressis verbis* powinno przekładać się nie tylko na stwor zenie legalnej definicji agencji, lecz umożliwić nadanie osobnego ich statusu, tak, ab y tworzyły one oddzielną grupy podmiotów administrujących w systemie Unii Europejskiej. Tymczasem legalnie zdefiniowane zostały tylko agencje wykonawcze[38]; pozostawiono lukę legalnej definicji w odniesieniu do agencji regulacyjnych[39]. Liczność agencji oraz r óżne ich typologie nie pozwoliły do dnia dzisiejszego na wypracowanie, na poziomie Unii Europejskiej, jednolitego legalnego ich określenia.

Czy zatem możliwa jest sytuacja, w której równoważne wersje językowe Traktatu mogą być niejednobrzmiące i rodzą odmienne skutki? J ak wskazują postanowienia Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów[40], wszystkie wersje Traktatu mają jednakową moc w każdym z języków[41]. W przypadku rozbieżności wskazana pr zez strony wersja może mieć charakter rozstrzygający, o ile zostanie to postanowione w traktacie lub uzgodnione przez strony. Ponadto domniemywa się, ż e wyrazy użyte w traktacie mają to samo znaczenie w każdym z tekstów autentycznych. Dopóki wersje oddają taką samą tr eść prawną, są dopuszczalne niewielkie odstępstwa stylistyczne i składniowe. Rozbieżności między tekstami wynikają najczęściej z różnych zakresów semantycznych terminów stanowiących ekwiwalenty w poszczególnych wersjach językowych[42]. Trudno jednak stwier dzić, że brzmienie art. 298 TfUE w różnych wersjach językowych, wskazujące dwa, tr zy lub cztery typy podmiotów admini-

---

38 Rozporządzenie Rady (WE) NR 58/2003 z dnia 19 gr udnia 2002 r oku, ustanawiające statut agencji wykonawczych, którym zostaną powierzone niektóre zadania w zakresie zarządzania programami wspólnotowymi, Dz.U.UE.L 11 z 16 stycznia 2003 roku.

39 Chęć określenia wspólnych ram prawny ch dla agencji r egulacyjnych wyraża K omunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 marca 2008 roku zatytułowany „Przyszłość Agencji Europejskich", COM (2008) 135 wersja ostateczna [SEK (2008) 323] (*nota bene* drugi i nieco zmodyfikowany niż ten zaprezentowany w 2005 roku).

40 Konwencja wiedeńska o prawie traktatów kodyfikuje prawo umów międzynarodowych. Konwencja kolejno reguluje kwestie zawierania umów międzynarodowych, składania do nich zastrzeżeń, wejścia w życie i tymczasowego stosowania umów, ich przestrzegania i stosowania, a także interpretacji, wygaśnięcia i nieważności.

41 W każdym z 23 języków.

42 Por. A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy, 2006, nr 5, s. 15.

strujących, jest jednoznaczne[43]. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów wskazuje, że jeśli niemożliwe jest usuniecie różnicy „należy przyjąć znaczenie, które przy uwzględnieniu przedmiotu i celu traktatu najlepiej godzi teksty"[44]. Istotne jest także interpretowanie tekstu „w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jej przedmiotu i celu"[45].

Oznacza to, że proces odkrywania i ustalenia rzeczywistego znaczenia terminów traktatowych jest jedną złożoną operacją[46]. Wyróżnienie agencji w tekście artykułu 298 TfUE, choć może rodzić problemy doktrynalne, szczególnie na tle definicyjnym[47] i kwalifikacyjnym[48], powinno być jednak interpretowane jako rozszerzenie katalogu jednostek organizacyj-

43 Uwzględniając literalne brzmienie tłumaczeń.

44 Art. 33 pkt 4 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, Wiedeń, 23 maja 1969 roku (wejście w życie: 27 stycznia 1980 roku). Polska przystąpiła do Konwencji 27 kwietnia 1990 roku, Konwencja weszła w życie w stosunku do Polski 1 sierpnia 1990 r., Dz.U. z 1990 r. nr 74, poz. 439 zał.

45 Art. 31 pkt 1 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów.

46 Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4 kwietnia 2000 roku, Litwa v. Polska, 26629/95: „Proces odkrywania i ustalenia rzeczywistego znaczenia terminów traktatowych jest jedną złożoną operacją. Ta generalna zasada bardzo zwięźle statuuje te same podstawy dla różnych elementów wymienionych w czterech ustępach tego artykułu".

47 Do dziś nie istnieje legalna definicja określająca owe podmioty. Często agencje określane są mianem „jednostki", „ciała", „agendy", „organu". Por. K. Cholawo-Sosnowska, K. Karbowska, A. Wnukowska, *Instytucje Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 167; J. Barcz (red.), *Ustrój Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 119; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I*, Warszawa 2000, s. 244; A. Wróbel (red.), *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, Kraków 2004, s. 294. W literaturze anglojęzycznej agencje określane wprost terminem „agencje" lub rzadziej „organ". Por. H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A.H. Turk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, Oxford–New York 2011, s. 285; P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press 2007, s. 79; M. Groenleer, *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, Delft 2009, s. 19.

48 Czy jest to osobna, niedookreślona definicyjnie, grupa podmiotów administrujących w systemie Unii Europejskiej? Bazując na Komunikatach Komisji Europejskiej z 2005 i 2008 roku, można stwierdzić, że działania Komisji zmierzający do ujednolicenia procedury tworzenia i funkcjonowania agencji regulacyjnych służą homogeniczności agencji. Istnieje obecnie niewątpliwie dążenie do odrębnego zdefiniowania i wyróżnienia agencji regulacyjnych w prawie Unii Europejskiej.

nych[49]. Nie da się ukryć, że nawet, jeśli przyjąć, że artykuł 298 TfUE posiada to samo znaczenie we wszystkich 23 językach autentycznych, to użyte w przepisie sformowania wskazują na nieład legislacyjny, rodzą problem stworzenia legalnej definicji agencji[50], skutkują chaosem terminologicznym i sporami doktrynalnymi. Chociaż postanowienia Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów są normą instrumentalną, która nie jest źródłem obowiązków[51], właściwsze byłoby ujednolicenie tekstu wszystkich 23 wersji językowych artykułu 289 TfUE. Dokonanie owej czynności zapewniłoby faktyczną, a nie tylko prawną, jednakową moc i równoważność każdej wersji językowej Traktatu. W takim przypadku „dobra wiara" i „jednakowej moc" przy czytaniu tekstu Traktatu nie byłaby tylko uznaniem interpretatora, lecz także chęcią i pragnieniem „dobrej wiary" i „jednakowej mocy" ze strony samej Unii Europejskiej.

---

49 We wszystkich wersjach językowych Traktatu wyróżniono pojęcie „instytucje i organy". Jest to pewna stałość, wynikająca z systemu instytucjonalno-organizacyjnego Unii Europejskiej, ujętego w postanowieniach traktatowych. Przynajmniej do czasu stworzenia legalnej definicji agencji regulacyjnych powinno się interpretować je jako podmioty administrujące, zaliczane do katalogu jednostek organizacyjnych.

50 Jeżeli przyjąć, że w Traktacie wskazuje się *expressis verbis* agencje, to wymagane jest dookreślenie terminologiczne owych podmiotów administrujących.

51 Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 maja 2007 roku, II FSK 669/06: „Artykuł 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r. (…) nie stanowi źródła obowiązku lub uprawnienia określonego podmiotu. Nie reguluje stosunków prawnych. Jest to norma »instrumentalna«, co uzasadnia jej przynależność do prawa procesowego, a nie materialnego".

Martyna Sługocka

Wolność działalności gospodarczej jako norma–zasada

I. Prawo publiczne składa się z dwojakiego rodzaju norm. Pierwsze z nich to normy–reguły, wyznaczające zakazy lub nakazy określonego zachowania się, oraz normy-reguły zawierające model postępowania, z którym każdorazowe działanie można porównać oraz stwierdzić, czy odpowiada ono przedstawionemu wzorcowi, czy też jest z nim sprzeczne. Drugi rodzaj norm składających się na system prawa stanowionego to normy–zasady, które nakazują realizację, często ogólnie określonego, stanu rzeczy. Dodatkowo urzeczywistnianie przedstawionych zasad powinno następować w stopniu możliwym do osiągnięcia w danej sytuacji. Wprowadzanie w życie założeń norm–zasad jest procesem rozciągniętym w czasie, na który składa się szereg rozmaitych działań, zarówno prawnych, jak i faktycznych[1]. Dlatego też przedstawiane w nich założenia powinny być długofalowe oraz przewidywać zmiany, jakie mogą zajść w rzeczywistości społecznej.

II. W systemie prawnym podstawowe normy–zasady zawarte są w konstytucji. Wiele z tych norm skierowanych jest bezpośrednio do organów państwa, które w związku z tym mają obowiązek dążenia do realizacji przedstawionych wzorców. J. Ciapała wskazuje, że ustrój gospodarczy określa zespół norm konstytucyjnych, których przedmiot regulacji na-

1 M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 1.

leży rozpatrywać na trzech płaszczyznach: „1) stosunku prawodawcy i władz publicznych do gospodarki pojmowanej w ujęciach funkcjonalnym, materialnym i podmiotowym, 2) stosunku prawodawcy i władz publicznych do sfery indywidualnej aktywności ludzkiej, jaką jest wolność ekonomiczna w zakresie podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, 3) stosunku prawodawcy i władz publicznych do własności traktowanej jako materialna podstawa działalności gospodarczej"[2]. Ten sam autor zwraca również uwagę, że zakres zastosowania i uregulowań prawnych konstytucyjnego ustroju gospodarczego obejmuje pięć podstawowych zagadnień. Pierwszym z nich jest wskazanie podstawowego celu polityki państwa w odniesieniu do gospodarki. Drugim jest ochrona własności prywatnej oraz własności publicznej w zakresie, w jakim stanowi ona materialną podstawę działalności gospodarczej. Kolejne to określenie zakresu podmiotowego jednostek organizacyjnych, które jako przedsiębiorcy albo jednostki o innym charakterze są upoważnione do prowadzenia działalności gospodarczej. Czwartym zagadnieniem jest wyznaczenie zasad podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, w tym zakresu związanych z nią obowiązków, prowadzących do charakterystyki istoty praw podmiotowych. Ostatnim zaś jest wyznaczenie zakresu i prawnych form ingerencji władz publicznych w gospodarkę oraz w sfery prawnie chronionych interesów ekonomicznych jednostek prowadzących działalność gospodarczą[3].

Wymienione powyżej zagadnienia nie mogą być rozumiane wyłącznie jako założenia celowościowe, to jest takie, które wyznaczają jedynie dyrektywy określonego zachowania się. Ujęte są one bowiem w normach zawartych w Konstytucji RP[4] i mających fundamentalne znaczenie dla gospodarki. Należy zwrócić uwagę na fakt, że analizowane w tej pracy zasady nie zostały wyodrębnione w Rozdziale II Konstytucji RP, ale w art. 20–24 w Rozdziale I Konstytucji RP zatytułowanym „Rzeczpospolita"[5]. Takie usytuowanie nie przesądza oczywiście o braku wolnościowego charakteru analizowanych zasad. Wskazuje natomiast na ich priorytetowe znaczenie dla ustroju Rzeczypospolitej.

---

2 J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2007, s. 59.

3 J. Ciapała, *op. cit.*, s. 60.

4 Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

5 Z. Snażyk, A. Szafrański, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2010, s. 59.

Wśród omówionych powyżej norm[6] można wymienić zasadę państwa prawnego, zasadę legalizmu oraz zasadę społecznej gospodarki rynkowej. Ze względu na tematykę tej pracy należy przeprowadzić dokładną analizę art. 20 Konstytucji RP, który stanowi: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej".

III. Pojęcie „społeczna gospodarka rynkowa" zostało ukształtowane przez doktrynę ekonomiczną stworzoną przez przedstawicieli szkoły fryburskiej ordoliberałów[7]. Zakładali oni że konieczną cechą ustroju gospodarczego jest gwarantowanie fundamentalnych wartości, takich jak ład społeczny i gospodarczy. Twierdzili jednocześnie, że taka sytuacja może nastąpić jedynie przy stabilnej i spójnej polityce gospodarczej zmierzającej przede wszystkim do ochrony konkurencji[8]. Model ten odrzuca liberalny dualizm między państwem a gospodarką, jak również obraz państwa jako jedynego suwerena, który steruje gospodarką. Produkcja i podział dóbr są tu pozostawione mechanizmom wolnorynkowym. Beneficjentami są więc podmioty prywatnie, które współistnieją na rynku, wciąż ze sobą konkurując.

Państwo może się jedynie włączać w procesy gospodarcze. Niemniej działaniom państwa powinny przyświecać takie cele, jak osiągnięcie zadowalającego poziomu dobrobytu gospodarczego, bezpieczeństwa społecznego oraz sprawiedliwości społecznej[9]. Jeśli zatem mechanizm wolnorynkowy nie zapewnia pokoju społecznego, podlega korekcie, która prowadzi do osiągnięcia przedstawionych powyżej celów.

Z. Snażyk i A. Szafrański wskazują na trzy powinności państwa zawarte w nakazie oparcia ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej na społecznej gospodarce rynkowej. W pierwszej kolejności wymieniono tu zakaz powrotu do gospodarki nakazowo-rozdzielczej. Następnie zakaz budowania ustroju gospodarczego w oparciu o absolutystyczne rozumianą gospodarkę liberalną. Ostatni nakaz to zakaz ur zeczywistniania gospodarki rynkowej, korygowanej przez państwo ze względu na potrzeby

6 Odnosząc się do podziału przyjętego w części I pracy, skazać trzeba, że będą to normy–zasady.
7 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 60.
8 J. Ciapała, *op. cit.*, s. 71.
9 M. Szydło, *op. cit.*, s. 2–5.

społeczne, które nie mogą zostać zaspokojone przez rynek[10]. Państwo zostało więc zobowiązane do uznania wartości wolnego rynku jako podstawowej płaszczyzny określania ceny, popytu i podaży. Jednak z treści cytowanego powyżej art. 20 Konstytucji RP wynika, że społeczna gospodarka rynkowa nie jest wartością absolutną, która w zderzeniu z innymi wartościami będzie każdorazowo miała pierwszeństwo[11].

Całościowe ujęcie zagadnienia społecznej gospodarki rynkowej zostało ujęte we fragmencie uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 stycznia 2001 r., w którym podkreślono, że: „Społeczna gospodarka rynkowa (…) stanowi podstawę ustroju gospodarczego RP. Cechami konstytutywnymi pożądanego przez ustawodawcę modelu gospodarki są: wolność gospodarcza, własność prywatna oraz dialog, solidarność i współpraca partnerów społecznych. Na tych trzech założeniach opiera się bowiem (…) społeczna gospodarka rynkowa. W płaszczyźnie kontytucyjnoprawnej społeczna gospodarka rynkowa wyznaczona jest z jednej strony przez podstawowe, tradycyjne elementy rynku w postaci wolności gospodarczej i własności prywatnej, z drugiej zaś przez solidarność społeczną, społeczny dialog i współpracę partnerów społecznych”[12]. Dla tej pracy najważniejsze znaczenie ma zasada wyznaczająca podstawy porządku prawnego w gospodarce, czyli wymieniona jako ostatnia zasada społecznej gospodarki rynkowej.

IV. Początki normowania problematyki wolności gospodarczej sięgają przełomu XVIII i XIX wieku. Jako najpełniejszą regulację w tej dziedzinie należy wskazać ordynację przemysłową Związku Północno-Niemieckiego z 1869 r. W Polce początki omawianej regulacji znalazły swój wyraz w konstytucji marcowej z 1921 r.[13], która gwarantowała m.in. wolność wyboru zajęcia i zarobkowania oraz przenoszenia własności. Jednak wolność gospodarczą w znaczeniu przemysłowym gwarantowało dopiero rozporządzenia Prezydenta RP z 1927 r. o prawie przemysłowym[14]. Konstytucja kwietniowa z 1935 r.[15] nie wprowadzała wprawdzie wprost

10 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 61.
11 *Ibidem*, s. 60.
12 Wyrok TK z 30 stycznia 2001 r., sygn. K 17/00 (Dz.U. nr 11, poz. 90).
13 Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 44, poz. 267).
14 Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym (Dz.U. nr 53, poz. 468).
15 Dz.U. nr 30, poz. 227.

wolności gospodarczej, lecz obejmowała gwarancją swobodny rozwój obywateli i społeczeństwa w granicach dobra powszechnego. W okresie gospodarki planowanej idea wolności gospodarczej zanikła, jednak powróciła w zmienionej w 1989 r. Konstytucji z 1952 r.[16]

Przechodząc do współczesnej analizy wolności działalności gospodarczej, należy wskazać, że całkowicie rozważyć to pojęcie można jedynie przy jednoczesnym uwzględnieniu dwóch artykułów Konstytucji RP. Jest to cytowany już art. 20 oraz art. 22 Konstytucji RP, który stanowi: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny"[17]. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 10 kwietnia 2001 r.[18] stwierdził, że cytowany przepis pełni dwojaką rolę. Z jednej strony bowiem stanowi konkretyzację art. 20 Konstytucji RP i wyraża jedną z podstawowych zasad ustroju gospodarczego RP. Z drugiej natomiast stanowi podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą[19]. Tezę tę potwierdza kolejny wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r., który w uzasadnieniu stanowi, że „użycie w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu »wolność działalności gospodarczej« świadczy wyraźnie o tym, że przepisy te można uważać także za podstawę prawa podmiotowego o randze konstytucyjnej, a nie tylko i wyłącznie normę prawa w znaczeniu przedmiotowym i zasadę ustroju państwa. Wolność działalności gospodarczej – choć niewątpliwie ma charakter szczególny, inny niż wolności i prawa wskazane w Rozdziale II Konstytucji – może stanowić podstawę uprawnień jednostek wobec państwa i organów władzy publicznej, które winny i mogą być chronione w trybie skargi konstytucyjnej"[20].

Wolność gospodarcza w najczęściej rozpatrywanych aspektach rozpatrywana jest w trzech ujęciach: ekonomicznym, politycznym i prawnym. W pierwszym traktowana jest jako warunek konieczny funkcjonowania gospodarki rynkowej. W doktrynie prawa natomiast wolność gospodarcza traktowana jest zarówno jako zasada ustrojowa, jak i wolność prawnie

16 H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2009, s. 59–60.

17 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 62–63.

18 Wyrok TK z 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00 (OTK nr 3/2001, poz. 56).

19 R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2007, s. 189.

20 Wyrok TK z 29 kwietnia 2003r.,sygn. SK 24/02 (Dz.U. 2003 Nr 83, poz. 773).

chroniona oraz wartość konstytucyjna. W ujęciu politycznym natomiast uznaje się, że analizowana wolność stała się dla polityków argumentem dla wielu sfer działalności, nie zawsze związanych z konstytucyjnym systemem wartości. Dodatkowo fakt, że Konstytucja nie może być rozpatrywana wyłącznie w swym podstawowym wymiarze, sprawia, że wolność gospodarcza może być analizowana również w kontekście relacji poziomymi między podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą[21].

Jak już stwierdził Trybunał Konstytucyjny w powyżej cytowanych wyrokach, zamieszczenie zasady wolności działalności gospodarczej w art. 20 Konstytucji RP wskazuje, że jest to zasada ustrojowa. Jednak powinna być ona również tratowana jako prawo wolnościowe i tak też zostanie ujęta w dalszej części pracy[22].

Jako prawo podmiotowe wolność gospodarcza stanowi podstawę do budowania stosunków, których stronami jest państwo oraz jednostka[23]. Każda jednostka, której przysługuje prawo wolnościowe ujęte w Konstytucji RP, może w jego obszarze samodzielnie kształtować swoje zachowania. Oznacza to, że ma prawo zarówno do podejmowania pewnych działań, jak i zrezygnowania z nich. Wolność ta nie wynika z prawa przedmiotowego przyznanego przez państwo. Jest to stan, z którym człowiek się rodzi, państwo ma jedynie możliwość wyznaczać granicę tej wolności oraz zagwarantować jej ochronę[24].

Trybunał Konstytucyjny wskazał, że wolność wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej zawiera w sobie aspekt zarówno ilościowy, jak i jakościowy. Przedsiębiorca ma możliwość określenia intensywności prowadzonej działalności oraz jej zakresu[25]. Oznacza to, że wolność działalności gospodarczej daje możliwość podejmowania jej we wszystkich sferach życia gospodarczego, w których nie jest zakazane jej prowadzenie[26].

V. Konsekwentnie, uznając wolność działalności gospodarczej za wolność człowieka, należy stwierdzić, że jednostka może zachowywać się swobodnie w sferze działalności gospodarczej. Oczywiście, działania te

21 J. Ciapała, *op. cit.*, s. 87–88.
22 M. Szydło, *op. cit.*, s. 6.
23 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 62.
24 M. Szydło, *op. cit.*, s. 6.
25 Wyrok TK z 7 czerwca 2005 r., sygn. K 23/2004 (OTK 2005, nr 6A, poz. 62).
26 H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *op. cit.*, s. 64.

muszą być podejmowane w granicach prawa. Ustawodawca konstytucyjny zobowiązał państwo do nieingerowania w sferę działalności gospodarczej. Jest to więc negatywny obowiązek, nakazujący powstrzymanie się od wszelkich działań, które utrudniałyby jednostkom korzystanie z posiadanych przez nie wolności. Jednocześnie Konstytucja RP daje określonym jednostkom prawo do domagania się od państwa zaniechania nieuzasadnionych ingerencji[27].

Jednak na zasadzie wyjątku Konstytucja RP dopuszcza także ograniczanie wolności działalności gospodarczej, lecz jedynie na podstawie ustawy i ze względu na ważny interes publiczny. Wskazane dwa warunki muszą zostać spełnione łącznie. Na pierwszym miejscu prawodawca wymienia formę ustawową. Należy jednak zauważyć, że nie dotyczy to wyłącznie aktu uchwalonego przez Sejm, ale także różnego rodzaju umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie oraz wydawanych na jej podstawie aktów prawa. Wskazane ograniczenia mogą także zostać doprecyzowane w aktach wykonawczych, ale tylko w zakresie delegacji ustawowej. Ważny interes publiczny jest natomiast pojęciem niedookreślonym. Czynność sprecyzowania pozostawiono prawodawcy oraz Trybunałowi Konstytucyjnemu[28]. Wskazuje on w swoich orzeczeniach na kilka zasad, które powinny być przestrzegane przy ograniczaniu wolności gospodarczej. Są to: zasada niezbędności merytorycznego uzasadnienia, zasada gradacji wartości oraz zasada proporcjonalności[29].

Dodatkowo pewną wskazówką interpretacyjną dla pojęcia ważnego interesu publicznego jest treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który stanowi: „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”[30]. Ważny interes publiczny, uzasadniający wprowadzenie wyjątków od zasady wolności gospodarczej, nie może być interpretowany rozszerzająco. Podejmowanie działań, którymi kieruje potrzeba

27 M. Szydło, *op. cit.*, s. 8.
28 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 65–66.
29 R. Sowiński, *op. cit.*, s. 189.
30 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 65–66.

uwzględnienia ważnego interesu publicznego, musi mieścić się w granicach zasady proporcjonalności, tzn. utrzymania właściwych proporcji między środkiem ograniczającym wolność gospodarczą a korzyściami dla dobra publicznego, jakie będą konsekwencją wprowadzenia określonych ograniczeń[31]. Istotą jest tu więc określenie, w którym momencie ingerencja państwa w gospodarkę zaczyna być nadmierna, czyli przekraczająca pewien stopień uciążliwości. Zakazane jest zwłaszcza zakłócanie proporcji między stopniem naruszeń uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. Stąd można stwierdzić, że zakaz ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do praw i wolności jednostki. Rzecz jasna, samo pojęcie nadmierności musi być relatywizowane w stosunku do poszczególnych sytuacji. Adresatem opisywanego zakazu jest więc państwo, które powinno działać w sposób wzbudzający zaufanie wśród obywateli[32]. Na poparcie powyższych wniosków można przytoczyć orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1999 r., w którym stwierdzono, że „o konieczności uwzględnienia przy ograniczaniu praw jednostki zasady wymagającej odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez to ograniczenie”[33].

Dodatkowo Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się nadal do kwestii ograniczania wolności działalności gospodarczej, stwierdził, że „działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym, może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym”[34]. Zdaniem R. Sowińskiego, rozważając, na ile dane ograniczenie wolności gospodarczej jest konstytucyjnie dopuszczalne, należy udzielić odpowiedzi na następujące pytania: 1) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, 2) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią rezultatów, 3) czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela?[35]

---

31 S. Piątek, I. Postuła (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 27.
32 R. Sowiński, *op. cit.*, s. 197.
33 Wyrok TK z 26 kwietnia 1999 r., sygn. K 33/98 (OTK 1999, nr 4, poz. 71).
34 Wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/64 (OTK 1995, nr 1, poz.12).
35 R. Sowiński, *op. cit.*, s. 197.

VI. Z poczynionych rozważań wynika, że podmiotem wolności gospodarczej może być jedynie osoba fizyczna. Wydawać by się mogło, że przymiot ten dotyczyć powinien całej wskazanej kategorii osób . Jednak regulacji tej można nadać przymiot jedynie reguły, od które ustawodawca wprowadza szereg wyjątków.

Pierwszy z nich jest art. 37 ust. 2 Konstytucji RP, który wprowadza odrębności w korzystaniu z wolności i praw przez cudzoziemców, dając możliwość określania ich w ustawie. Następnie w art. 107 Konstytucji RP ustawodawca wskazał na szczególną sytuację posłów i senatorów, stanowiąc, że „w zakresie określonym ustawą poseł nie może prowadzić działalności gospodarczej z osiąganiem korzyści z majątku Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego ani nabywać tego majątku. Za naruszenie zakazów, o których mowa w ust. 1, poseł, uchwałą Sejmu podjętą na wniosek Marszałka Sejmu, może być pociągnięty do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu, który orzeka w przedmiocie pozbawienia mandatu".

Dwa wcześniejsze przykłady wskazują na możliwość wprowadzenia wyjątków przez przepisy o randze konstytucyjnej. Niemniej ograniczenia tego typu wprowadzać może także ustawodawstwo zwykłe. Przykładowo Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym[36] stanowi w art. 24f, że: „Radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. Jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1, jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Niewypełnienie obowiązku, o którym mowa w zdaniu pierwszym, stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 190 ustawy, o której mowa w art. 24b ust. 6. Radni i ich małżonkowie oraz małżonkowie wójtów, zastępców wójtów, sekretarzy gminy, skarbników gminy, kierowników jednostek organizacyjnych gminy oraz osób zarządzających i członków organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi nie mogą być członkami władz zarządzających lub kontrolnych i rewizyjnych ani pełnomocnikami spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w któ-

36 Tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591, z późn. zm.

rych uczestniczą takie osoby. Wybór lub powołanie tych osób na te funkcje są z mocy prawa nieważne (…)".

Kolejnym przykładem jest Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne[37]. W świetle jej przepisów funkcjonuje zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami (z wyjątkiem działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego), który to zakaz odnosi się do osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe, agencji rządowych oraz stanowisk sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Wymienione wyłączenia podmiotowe mają oczywiście charakter czasowy, związany z wykonywaną funkcją lub zajmowanym stanowiskiem[38].

Spore wątpliwości budzi natomiast odniesienie analizowanej wolności do osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych posiadających zdolność prawną, czyli tworów sztucznych, będących jednak dziełem osób fizycznych. Konstytucja RP nie zawiera przepisów, które w sposób jednoznacznych rozstrzygałyby opisywaną kwestię. Na podstawie ogólnej analizy przepisów prawa można postawić tezę, że możność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby prawne jest przejawem służącego im prawa podmiotowego, nie jest to jednak prawo o charakterze wolnościowym[39].

Biorąc pod uwagę równość traktowania przedsiębiorców, wskazuje się na możliwość odmiennego podejścia do własności prywatnej i państwowej. Te drugie podmioty zawsze muszą liczyć się ze słabszą ochroną, jeśli ustawodawca musi wziąć pod uwagę potrzeby społeczne. Mieszczą się w tym ograniczenia do rozsądnych granic korzyści materialnych osób wykorzystujących mienie publiczne[40]. W związku z tym na rynku istnieje zróżnicowanie sytuacji prawnej przedsiębiorców w zależności od tego, kto jest ich udziałowcem czy akcjonariuszem. Dodatkowo nie mogą one domagać się równego traktowania wobec siebie nawzajem. Państwo, nastawione na realizację określonych celów, może ustalać dla wykonujących je podmiotów odrębne reguły funkcjonowania[41].

---

37 Tekst jednolity: Dz.U. z 2006 r., nr 216, poz. 1584, z późn. zm.

38 H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *op. cit.*, s. 62–63.

39 M. Szydło, *op. cit.*, s. 8–10.

40 *Ibidem*.

41 Z. Snażyk, A. Szafrański, *op. cit.*, s. 64.

Jakub Wilk

Wprowadzanie ograniczeń praw i wolności w stanie klęski żywiołowej

1. Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego *ex definitione* jest doniosłym wydarzeniem w demokratycznym państwie prawnym. Na takie, w zasadzie oczywiste, stwierdzenie pozwala analiza prawnej konstrukcji stanów nadzwyczajnych w Konstytucji RP[1], która w większej części sprowadza się do modyfikacji w dwóch sferach: działania organów władzy publicznej oraz zakresu ochrony praw i wolności człowieka i obywatela[2].

Polskie doświadczenia sprawiają, iż w ostatnim czasie powszechnie rozważano możliwość wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych na terenach objętych powodzią, a władze państwowe dokonywały oceny sytuacji właśnie w odniesieniu do możliwości wprowadzenia właściwego dla niej stanu klęski żywiołowej[3].

Dyskusja na temat wprowadzenia stanu nadzwyczajnego odbywała się jednak zasadniczo w sferze politycznej, a może ona prowadzić do prawi-

1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

2 Najczęściej wskazuje się, że stan nadzwyczajny wymaga: ograniczeń praw i wolności dalej idących niż w sytuacji normalnej, koncentracji władzy w rękach egzekutywy, zmian w strukturze i zasadach funkcjonowania organów państwowych, zmian w systemie stanowienia prawa – por. M. Smaga, *Administracja publiczna w czasie klęski żywiołowej*, Kraków 2004, s. 52.

3 Wnioski z tych ustaleń według Rady Ministrów wskazywały, iż wprowadzenie stanu klęski żywiołowej sprowadza się właściwie do wprowadzenia ograniczeń praw i wolności.

dłowych wniosków jedynie wtedy, gdy rozważona zostanie prawna charakterystyka tej instytucji. Możliwość wprowadzenia stanu klęski żywiołowej skłania do szczegółowej analizy regulacji prawnych, które dopuszczają możliwość odmiennego traktowania praw i wolności człowieka przez organy władzy publicznej w czasie jego trwania. Nie może bowiem budzić wątpliwości, iż ograniczenia, nawet wynikające z nadzwyczajnej sytuacji, muszą być w demokratycznym państwie prawnym wprowadzane tylko i wyłącznie w sposób ściśle prawem przewidziany.

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie na zasadniczy instrument stanu klęski żywiołowej – możliwość ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela[4]. Konieczne jest zatem zwrócenie uwagi na wieloetapowość procedury skorzystania z tego instrumentu. Ostatecznie legalność ograniczeń praw i wolności w stanie klęski żywiołowej wymaga bowiem respektowania postanowień: konstytucji, ustawy, rozporządzenia, aktu prawa miejscowego oraz decyzji indywidualnej. Należy zatem kolejno przyjrzeć się wszystkim tym aktom.

2. Zgodnie z postanowieniami Konstytucji RP stan nadzwyczajny może zostać wprowadzony w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające. Te ogólne wymogi, dotyczące każdego z trzech stanów nadzwyczajnych, są w odniesieniu do stanu klęski żywiołowej doprecyzowywane w taki sposób, że wskazuje się na możliwość wprowadzenia tego stanu w celu zapobieżenia skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej oraz w celu ich usunięcia. Również tryb wprowadzenia omawianego stanu nadzwyczajnego jest przez ustrojodawcę najpierw normowany przepisami odnoszącymi się do wszystkich stanów nadzwyczajnych, stanowiącymi, iż może to nastąpić wyłącznie na podstawie ustawy w drodze rozporządzenia. Następnie wskazuje on, już tylko w odniesieniu do stanu klęski żywiołowej, że rozporządzenie to wydaje Rada Ministrów i ma ono wprowadzać stan klęski żywiołowej na czas oznaczony, nie dłuższy niż 30 dni, na części albo na całym terytorium państwa. Wskazuje się również na dopuszczalność przedłużenia tego stanu za zgodą Sejmu[5].

---

4 Rzecz jasna, nie tylko w stanie klęski żywiołowej (czy w stanach nadzwyczajnych w ogóle) istnieje możliwość ograniczania praw i wolności jednostki. Wprowadzenie stanu klęski żywiołowej rozszerza jednak granice takiej ingerencji – o czym dalej.

5 Art. 228 i 232 Konstytucji RP. Nie jest prawdą twierdzenie, że „Konstytucja nie precyzuje, za pomocą jakiego aktu prawnego Rada Ministrów może wprowadzić (…)

Regulacja konstytucyjna przewiduje w sposób ścisły dopuszczalność ograniczeń praw i wolności człowieka i obywatela w czasie stanu klęski żywiołowej, wskazując, iż ograniczenia te dotyczyć mogą wolności i praw określonych w: art. 22 (wolność działalności gospodarczej), art. 41 ust. 1, 3 i 5 (wolność osobista), art. 50 (nienaruszalność mieszkania), art. 52 ust. 1 (wolność poruszania się i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), art. 59 ust. 3 (prawo do strajku), art. 64 (prawo własności), art. 65 ust. 1 (wolność pracy), art. 66 ust. 1 (prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy), art. 66 ust. 2 (prawo do wypoczynku)[6]. Został zatem stworzony katalog, którego charakter powoduje, iż nie jest dopuszczalne, by w stanie klęski żywiołowej ograniczano jakiekolwiek inne konstytucyjne prawa.

Adresatem omawianych postanowień Konstytucji jest ustawodawca. To on może stworzyć prawną możliwości ograniczenia wskazanych praw. Rzecz jasna, nie wszystkie wymienione przez Konstytucję prawa muszą być przez ustawodawcę wyszczególnione jako podlegające potencjalnemu ograniczeniu.

3. Ustawą, która realizuje konstytucyjną delegację, jest ustawa o stanie klęski żywiołowej[7]. Bardzo precyzyjnie wskazuje ona na to, jakie prawa i wolności człowieka i obywatela mogą zostać ograniczone. Dodat-

---

stan klęski żywiołowej" – J. Jaskiernia, *Akty normatywne w stanach nadzwyczajnych*, [w:] A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005, s. 143. Tym bardziej nie do przyjęcia jest zaproponowana tamże forma uchwały. Należy bowiem konsekwentnie odczytywać normy odnoszące się do konkretnego typu stanu nadzwyczajnego łącznie z postanowieniami dotyczącymi stanów nadzwyczajnych w ogólności.

6 Art. 233 ust. 3 Konstytucji RP. Należy zwrócić uwagę na szczególną technikę legislacyjną, za pomocą której skonstruowano ten katalog. Wywołuje ona spór co do tego, czy oba sposoby egzemplifikacji praw i wolności mają równorzędny charakter, co pozwala na ich sprecyzowanie i zrozumienie we właściwych granicach (tak: M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 193), czy też dla ustalenia zakresu dopuszczalnych ograniczeń znaczenie decydujące ma technika pierwsza, a więc wskazanie na konkretne jednostki redakcyjne Konstytucji RP, druga zaś podyktowana została przede wszystkim względami dydaktycznymi (tak: K. Działocha, *Stany nadzwyczajne*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 2, komentarza do art. 233).

7 Ustawa z 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U. nr 62, poz. 558 z późn. zm.).

kowym wymaganiem wprowadzonym przez ustawodawcę jest ten, aby zakres ograniczeń odpowiadał wskazaniom rozporządzenia Rady Ministrów wprowadzającego stan nadzwyczajny.

Odrębnie wyszczególniono możliwość wprowadzenia ograniczeń w transporcie drogowym, kolejowym i lotniczym oraz w ruchu jednostek pływających na śródlądowych drogach wodnych, morskich wodach wewnętrznych i morzu terytorialnym w celu usprawnienia przemieszczania się środków transportowych niezbędnych dla prowadzenia działań ratowniczych[8] oraz w wykonywaniu pocztowych usług o charakterze powszechnym lub usług kurierskich[9], co rozporządzeniem dokonują wskazani w ustawie ministrowie. Możliwość wydania stosownych rozporządzeń nie jest przez ustawodawcę uzależniona od stosownego unormowania zawartego w rozporządzeniu Rady Ministrów wprowadzającym stan klęski żywiołowej. Istotne jest to, że ograniczenia te mogą obowiązywać na terytorium całego kraju, nawet jeżeli stan klęski żywiołowej został wprowadzony tylko na jego części.

Przede wszystkim jednak pozostałe ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela w stanie klęski żywiołowej stosuje się do osób fizycznych zamieszkałych lub czasowo przebywających na obszarze, na którym został wprowadzony stan klęski żywiołowej, oraz odpowiednio do osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, mających siedzibę lub prowadzących działalność na tym obszarze[10]. Wszystkie dopuszczalne ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela są wskazane w ustawie[11]. Zgodnie z jej postanowieniami ograniczenia mogą polegać na: 1) zawieszeniu działalności określonych przedsiębiorców; 2) nakazie lub zakazie prowadzenia działalności gospodarczej określonego rodzaju, co z kolei może powodować ograniczenia polegające na: a) zmianie systemu, wymiaru i rozkładu czasu pracy, w tym wydłużeniu okresu rozliczeniowego do dwunastu miesięcy, na zasadach określonych w Kodeksie pracy, b) obowiązku pracy w niedziele, święta i dni wolne od pracy wynikające z rozkładu czasu pracy w pięciodniowym tygodniu pracy, w tym wydłużeniu okresu rozliczeniowego do dwunastu miesięcy, na zasadach określonych w Kodeksie pracy, c) powie-

8 Art. 24 ust. 1 ustawy o stanie klęski żywiołowej.
9 Art. 25 ust. 1 ustawy o stanie klęski żywiołowej.
10 Art. 20 ustawy o stanie klęski żywiołowej.
11 Art. 21 i 22 ustawy o stanie klęski żywiołowej.

rzeniu pracownikowi wykonywania pracy innego rodzaju niż wynikający z nawiązanego stosunku pracy; w takim przypadku pracownik zachowuje prawo do doty chczasowego wynagrodzenia, obliczonego według zasad obowiązujących przy obliczaniu wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego; 3) nakazaniu pracodaw cy oddelegowania pracowników do dyspozycji organu kierującego działaniami prowadzonymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywioło wej lub ich usunięcia; 4) całko witej lub częściowej reglamentacji zaopatrzenia w określonego rodzaju artykuły; 5) obowiązku poddania się badaniom lekarskim, lecz eniu, szczepieniom ochronnym oraz stosowaniu innych środków profilaktycznych i zabiegów, niezbędnych do zwalczania chorób zakaźnych oraz skutków skażeń chemicznych i promieniotwórczych; 6) obowiązku poddania się kwarantannie; 7) obowiązku stosowania środków ochrony roślin lub innych środków zapobiegawczych niezbędnych do zwalczania organizmów szkodliwych dla ludzi, zwierząt lub r oślin; 8) obo wiązku stosowania określonych środków zapewniających ochronę środowiska; 9) obowiązku stosowania środków lub zabiegów niezbędnych do zwalczania chorób zakaźnych zwierząt; 10) obowiązku opróżnienia lub zabezpieczenia lokali mieszkalnych bądź innych pomieszczeń; 11) dokonaniu przymusowych rozbiórek i wyburzeń budynków lub innych obiektów budowlanych albo ich części; 12) nakazie ewakuacji w ustalonym czasie z określonych miejsc, obszarów i obiektów; 13) nakazie lub zakazie przebywania w określonych miejscach i obiektach oraz na określonych obszarach; 14) zakazie organizowania lub przeprowadzania imprez masowych; 15) nakazie lub zakazie określonego sposobu przemieszczania się; 16) wykorzystaniu, bez zgody właściciela lub innej osoby uprawnionej, nieruchomości i rzeczy ruchomych; 17) zakazie pr owadzenia strajku w odniesieniu do okr eślonych kategorii pracowników lub w określonych dziedzinach; 18) ograniczeniu lub odstąpieniu od okr eślonych zasad bezpiecz eństwa i higieny pracy, jednakże niepowodującym bezpośredniego narażenia życia lub zdrowia pracownika; 19) wykonywaniu świadczeń osobistych i rzeczowych określonych, polegających na: a) udzielaniu pierwszej pomocy osobom, które uległy nieszczęśliwym wypadkom, b) czynnym udziale w działaniu ratowniczym lub wykonywaniu innych zadań wyznaczonych przez kierującego akcją ratowniczą, c) wykonywaniu określonych prac, d) oddaniu do używania posiadanych nieruchomości lub rzeczy ruchomych, e) udostępnieniu pomieszczeń osobom ewakuowanym, f) użytkowaniu nieruchomości w określony sposób lub w określonym zakresie, g) przyjęciu

na przechowanie i pilnowaniu mienia osób poszkodowanych lub ewakuowanych, h) zabezpieczeniu zagrożonych zwierząt, a w szczególności dostarczaniu paszy i schronienia, i) zabezpieczeniu zagrożonych roślin lub nasion, j) pełnieniu warty, k) zabezpieczeniu własnych źródeł wody pitnej i środków spożywczych przed ich zanieczyszczeniem, skażeniem lub zakażeniem, a także udostępnianiu ich dla potrzeb osób ewakuowanych lub poszkodowanych, w sposób wskazany przez organ nakładający świadczenie, l) zabezpieczeniu zagrożonych dóbr kultury[12].

W odniesieniu do tego katalogu podnosi się wątpliwości dotyczące jego konstytucyjności, wskazując, że możliwości wprowadzenia obowiązku poddania się szczepieniom ochronnym, badaniom lekarskim i przymusowemu leczeniu oraz zabiegom i kwarantannie narusza nietykalność (cielesną), a nie wolność osobistą, natomiast zakaz organizowania i przeprowadzania publicznych imprez masowych może naruszać prawo do uczestniczenia w zgromadzeniach[13].

Choć analiza przepisów ustawy, w kontekście regulacji art. 233 ust. 3 Konstytucji RP, w rzeczywistości nie daje pewności, czy mieszczą się one w ramach ograniczeń dopuszczonych konstytucyjnie, to trudno również stwierdzić z całą pewnością, iż są one z Konstytucją sprzeczne. Wskazywanych zastrzeżeń nie można bowiem w pełni podzielić. Ustawodawca nie jest wszak ograniczony tylko do korzystania z uprawnień, jakie przyznaje mu art. 233 ust. 3 Konstytucji RP, ale może on również realizować kompetencje zawarte w „zwykłych" możliwościach ograniczania praw i wolności na mocy art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wydaje się więc, że całość ustawowej regulacji mieści się konstytucyjnych ramach, z tym że część znajduje uzasadnienie we wprowadzeniu stanu klęski, część zaś, zdaniem ustawodawcy, może być konieczna w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa, porządku publicznego bądź dla ochrony

12 Od niektórych świadczeń osobistych zwolnione są: osoby do 16. i powyżej 60. roku życia (b, c, f, j); osoby chore, niepełnosprawne, kobiety w ciąży i kobiety karmiące (a, b, c, f, h, j); osoby sprawujące opiekę nad dziećmi do lat 8, nad chorymi lub osobami niepełnosprawnymi (a, b, c, f, j).

13 Por. M. Smaga, *Ustawa o stanie klęski żywiołowej – mity i fakty*, Rzeczpospolita, 11 lutego 2002 r.; P. Ruczkowski, *Komentarz do ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U.02.62.558)*, LEX 2002. Wątpliwości co do konstytucyjności poszczególnych ograniczeń zgłaszano także w czasie prac legislacyjnych – por. Stanowisko Rządu z 23 stycznia 2002 r. wobec prezydenckiego projektu ustawy o stanie klęski żywiołowej, s. 4–5.

środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, a więc ma podstawę w art. 31 ust. 3 Konstytucji[14].

W tym kontekście można przyznać, że choć „formalnie, przepis art. 233 ust. 3 Konstytucji zezwala na zawieszenie praw w nim opisanych, [to w wyniku analizy przepisów ustawy o stanie klęski żywiołowej – dopisek: J.W.] okazuje się, że ustawodawca zwykły nie korzystał w ogóle z możliwości pozostawionej przez ustrojodawcę. Wymienione ograniczenia nie dość, że w większej części powtarzają przepisy innych ustaw zwykłych (…), są najzwyklejszą szczegółową limitacją i nie mają nic wspólnego z derogacją"[15]. Nie zmienia to jednak faktu, że wolą ustawodawcy było, aby w sposób określony w ustawie i przez ustawowo wskazane podmioty (odmiennie niż w przepisach innych ustaw) można było wprowadzać określone ograniczenia tylko w stanie klęski żywiołowej.

Podkreślenia wymaga jednak to, iż wymienione w ustawie ograniczenia nie mogą nastąpić tylko ze względu na fakt wprowadzenia stanu klęski żywiołowej. Równie istotną przesłanką jest to, że każde ograniczenie musi być niezbędne. Spełnienie się tej klauzuli generalnej będzie podlegać ocenie w każdym konkretnym przypadku, pamiętać jednak trzeba, że niezbędność musi być rozumiana ściśle, mamy bowiem do czynienia z regulacją wyjątkową i to zarówno ze względu na charakter stanu nadzwyczajnego, jak i przez wzgląd na bezpośrednie oddziaływanie władzy publicznej na prawa i wolności jednostki.

4. Jak już wcześniej wskazano, zasadnicze znaczenie należy przypisać temu, by możliwość konkretnych, również ściśle wskazanych, ograniczeń przewidywało rozporządzenie Rady Ministrów o wprowadzeniu stanu klęski żywiołowej. To właśnie akt wprowadzający stan klęski żywiołowej powinien dostosowywać możliwość przyznaną przez ustawodawcę do konkretnego stanu faktycznego, którego wystąpienie determinuje wprowadzenie tego stanu nadzwyczajnego. Wydaje się, iż rozporządzenie takie powinno co najmniej wymieniać te z wskazanych praw i wolności, które będą mogły podlegać ograniczeniu.

Nie może być zatem ograniczone żadne prawo ani naruszona wolność, których nie wymienia Konstytucja, ustawa o stanie klęski żywioło-

14 Podobne wnioski, zwracając w tym kontekście uwagę na to, iż część identycznych ograniczeń może być wprowadzana także poza stanem klęski żywiołowej, wyciąga M. Smaga, *Administracja…*, s. 209.

15 M. Smaga, *Administracja…*, s. 159.

wej oraz rozporządzenie wprowadzające stan klęski. Wymagane jest, by wszystkie te akty wyraźnie dopuszczały możliwość ograniczenia konkretnego prawa lub wolności. Jednak przez sam fakt, iż wszystkie wskażą konkretne prawo, które podlegać będzie ograniczeniu, to samo ograniczenie jeszcze nie nastąpi. Kumulatywne wystąpienie regulacji dopuszczającej wprowadzenie odejścia od „normalnej" ochrony jednostki w tych aktach daje tylko kompetencje do dokonania ograniczeń w sposób przewidziany w ustawie o stanie klęski żywiołowej[16].

5. W stanie nadzwyczajnym organy władzy publicznej powinny przede wszystkim stosować zwykłe środki działania. Dopiero w sytuacji gdy te okażą się niewystarczające, można korzystać ze środków wynikających z regulacji o stanach nadzwyczajnych. Następują wówczas modyfikacje o charakterze przedmiotowym. W aspekcie omawianej problematyki mowa po prostu o przedstawionej możliwości wprowadzania ograniczeń, które niedopuszczalne byłyby bez wprowadzenia stanu klęski żywiołowej. W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, iż nawet wtedy działania władzy publicznej są zasadnicze podejmowane przez organy administracji funkcjonujące w zwyczajnym reżimie prawnym[17].

W stanie klęski żywiołowej kompetencje do ograniczania praw i wolności otrzymują wójt (burmistrz, prezydent miasta), starosta oraz wojewoda. To te organy będą mogły realizować dyspozycję normy prawnej pozwalającej na wprowadzenie ograniczeń praw i wolności. Konieczne jest jednak zwrócenie uwagi na fakt, iż organy te mogą wprowadzać ograniczenia „odpowiednio w zakresie swoich kompetencji". Zgodnie z regulacją ustawową oznacza to, że nigdy nie będzie dochodzić do sytuacji, w której kompetencję do ograniczenia praw i wolności na danym obszarze będzie posiadał więcej niż jeden organ.

Uprawnienia takie będzie miał wójt (burmistrz, prezydent miasta), jeżeli stan klęski żywiołowej zostanie wprowadzony tylko na obszarze gminy. Starosta stanie się potencjalnym prawodawcą, jeżeli stan klęski żywiołowej zostanie wprowadzony na obszarze więcej niż jednej gminy

16 Zatem do „dostosowania sfery wolności do wymagań konieczności dochodzi dopiero po czterech etapach »przybliżania« treści normy do sytuacji faktycznej" – M. Smaga, *Administracja…*, s. 192, co przez cytowanego autora jest krytykowanie i prowadzi go do postulatu, aby zrezygnować z wymagań wskazywania dopuszczalnych ograniczeń w rozporządzeniu wprowadzającym stan klęski żywiołowej.

17 Nawet te działania, które należą do reżimu nadzwyczajnego.

wchodzącej w skład powiatu. Natomiast wojewoda będzie kompetentny wtedy, gdy stan klęski żywiołowej wprowadzono na obszarze więcej niż jednego powiatu wchodzącego w skład województwa. Możliwość ograniczania praw i wolności została bowiem przez ustawodawcę zastrzeżona dla osoby kierującej działaniami w stanie klęski żywiołowej.

Regulację tę należy interpretować w ten sposób, iż w stanie klęski żywiołowej obowiązującym w kilku gminach (tego samego województwa), które nie leżą na terenie tego samego powiatu, działaniami kieruje wojewoda. Teoretycznie jest więc możliwe wprowadzenie stanu klęski w kilku gminach odrębnie (jednym aktem), jednak nie wprowadza się w ten sposób odrębnego kierownictwa wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w każdej z tych gmin z osobna.

Choć wskazuje się, że w praktyce rozwiązaniem bardziej racjonalnym będzie ogłoszenie w takiej sytuacji stanu klęski dla całego województwa, to pojawia się jednak pytanie, czy takie działanie byłoby legalne. Nie można bowiem rozszerzająco interpretować norm pozwalających na wprowadzenie stanu nadzwyczajnego, a ustawodawca wyraźnie określa, iż stan klęski żywiołowej może być wprowadzony na obszarze, na którym wystąpiła klęska żywiołowa, a także na obszarze, na którym wystąpiły lub mogą wystąpić skutki tej klęski. Z atem w przypadku klęski żywiołowej niemożliwe jest wprowadzenie stanu klęski na tych obszarach, na których jej skutki nie występują i nie ma potencjalnego zagrożenia ich wystąpieniem[18]. Istotny jest jednak fakt, iż do ustalenia, kto kieruje działaniami w stanie klęski żywiołowej i tym samym posiada kompetencje do wprowadzania ograniczeń praw i wolności, bez znaczenia jest faktyczny zasięg klęski, a bierze się pod uwagę jedynie to, dla jakiego obszaru wprowadzono ten stan.

---

18 Sformułowanie „obszar" powinno być interpretowane w oderwaniu od jakichkolwiek podziałów administracyjnych państwa. Te nie mogą być bowiem pretekstem do rozszerzania stanu klęski na tereny, na których klęska (kwalifikowana w sposób pozwalający na wprowadzenie stanu nadzwyczajnego) nie występuje, tylko ze względu na to, iż należą do tej samej jednostki podziału administracyjnego, która w znacznej części została dotknięta klęską żywiołową. Słusznie wskazuje się, że „od strony instytucji prawa administracyjnego obszar objęty regulacją wynikającą z wprowadzenia stanu klęski żywiołowej jest typowym obszarem specjalnym ustanowionym na czas określony" – T. Bąkowski, *Prawne formy ograniczania wolności oraz praw człowieka w ustawie o stanie klęski żywiołowej*, Państwo i Prawo, 2003, nr 8, s. 77; por. J. Boć, *Obywatel w sytuacjach reżimów specjalnych*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2007, s. 485–487.

Należy zaaprobować rozwiązanie gwarantujące jednoosobowe kierownictwo w omawianym reżimie prawnym, gdyż w tak szczególnych warunkach, jakie występują na terenie objętym stanem klęski, niedopuszczalne byłoby funkcjonowanie w obrocie prawnym aktów różnych organów regulujących ten sam zakres materii. Co więcej, przez wzgląd na formy prawne przewidziane do wprowadzenia ograniczeń rozstrzyganie kolizji między poszczególnymi aktami byłoby niezwykle kłopotliwe, co w warunkach stanu klęski żywiołowej uznać należy za nie do przyjęcia.

Ustawodawca wyraźnie określił, kiedy kierującym akcją przeciwklęskową, a tym samym kiedy organem właściwym do wprowadzania ograniczeń praw i wolności jest wójt, kiedy starosta, a kiedy wojewoda. Powstaje jednak pytanie, kto jest kompetentny do wprowadzania ograniczeń w sytuacji, gdy stan klęski wprowadzono na obszarze więcej niż jednego województwa[19]. Ustawa przewiduje bowiem taką kompetencję jedynie dla organów terenowych (wójta, starosty i wojewody), natomiast ustawowa konieczność „odpowiedniego" wykorzystywania tych kompetencji wskazuje na to, że organem właściwym do wprowadzania ograniczeń byłby w takiej sytuacji minister.

Wniosek taki płynie z zestawienia przepisów ustawy regulujących kierowanie działaniami prowadzonymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia [20] oraz wprowadzanie ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela[21]. Wynika z niego wyraźnie, iż ograniczeń dokonuje organ kierujący działaniami w stanie klęski. Jednakże jeden z takich organów – minister, nie jest umocowany do wprowadzania ograniczeń. Tym samym pojawia się luka w prawie[22] – luka niezwykle niebezpieczna. Nie ma bowiem żadnej możliwości jej ominięcia poprzez działania faktyczne. To, kto kieruje działaniami, ustalone jest w rozporządzeniu wprowadzającym stan klęski (przez zakreślenie obszaru jego obowiązywania).

---

19 *Nota bene* z taką sytuacją będziemy mieć do czynienia także wtedy, gdy stan klęski żywiołowej zostanie wprowadzony jedynie w dwóch (nawet sąsiadujących z sobą) gminach, jeżeli gminy te leżeć będą w różnych województwach.

20 Art. 8 ustawy o stanie klęski żywiołowej.

21 Art. 23 ustawy o stanie klęski żywiołowej.

22 Pierwotny tekst projektu ustawy przesłany przez Prezydenta Rzeczypospolitej, którego inicjatywa ustawodawcza zapoczątkowała procedurę legislacyjną, przewidywał kompetencję wojewody zawsze wtedy, gdy obszar stanu klęski żywiołowej przekracza granicę powiatu. Luka jest zatem wynikiem błędów powstałych w skutek zmiany redakcji tekstu projektu ustawy w pracach parlamentarnych.

Niedopuszczalne jest, aby kompetencja ta została przekazana. Tak więc przez wprowadzenie stanu klęski żywiołowej na obszarze znajdującym się w obrębie co najmniej dwóch województw dochodzi do swoistego paraliżu prawnego. Stan klęski, jako instytucja prawna, nie spełni przynależnych mu zadań, nie pozwoli bowiem na wprowadzenie ograniczeń praw i wolności. Trudno *de lege lata* zaproponować jakiekolwiek satysfakcjonujące rozwiązanie, które pozwoli uniknąć konsekwencji niedopatrzeń ustawodawcy. Jedynym praktycznym sposobem wyjścia z tej sytuacji mogłoby być wprowadzanie stanu klęski żywiołowej odrębnie (w drodze odrębnych rozporządzeń) dla obszarów położonych na terenie różnych województw. Przyznać jednak trzeba, że utrudni to (we wszystkich innych sferach niż ograniczanie praw i wolności) działania w czasie stanu klęski żywiołowej.

Dodatkowo pojawia się istotna wątpliwość, czy takie działanie byłoby konstytucyjne. Choć brak wyraźnego zakazu wprowadzania stanu klęski żywiołowej w omawiany sposób, to dopuszczenie praktyki, w której formalnie obowiązują niejako dwa (lub więcej) stany klęski żywiołowej, mogłoby stanowić obejście prawa. Wprowadzenie stanu klęski żywiołowej na jednym obszarze, a następnie (po pewnym czasie) na innym, prowadziłoby bowiem do możliwości utrzymywania stanu klęski żywiołowej przez okres dłuższy niż trzydziestodniowy bez uzyskania zgody Sejmu. Takie działanie uznać należałoby jednoznacznie za sprzeczne z konstytucją.

Niezbędne jest zatem niezwłoczne znowelizowanie ustawy o stanie klęski żywiołowej tak, by umocować ministra właściwego do kierowania działaniami w czasie stanu klęski żywiołowej występującego na terenie ponadwojewódzkim, do ograniczania wyszczególnionych w ustawie i rozporządzeniu wprowadzającym stan klęski żywiołowej praw i wolności.

6. Omawiane ograniczenia mogą być dokonywane w drodze aktów indywidualnych albo generalnych. Ustawa wskazuje bowiem, iż wprowadzanie ograniczeń może następować w drodze decyzji albo zarządzenia lub rozporządzenia. Mamy zatem swoiste rozwiązanie, zgodnie z którym organ kompetentny do pojęcia okreslonych działań dysponuje uprawnieniem do tego, aby dokonać wyboru, czy będzie korzystał w tym celu z aktu generalnego, czy też indywidualnego.

Zwrócić należy uwagę, iż zarządzenie i rozporządzenie to nie formy prawne, które pod taką nazwą wskazane są w Konstytucji RP[23]. Rozpo-

23 Art. 87 i 93 Konstytucji RP.

rządzenia w rozumieniu konstytucji mogą wydawać tylko enumeratywnie wskazane w niej podmioty, natomiast zarządzenie jest na jej mocy aktem wewnętrznym. Skoro jednak akty wskazywane przez ustawę o stanie klęski żywiołowej podejmowane są przez organy terenowe, a ich immanentną cechą jest to, że ograniczają prawa i wolności, to nie spełniają one kryteriów pozwalających na kwalifikowanie ich w sposób, w jaki można by to czynić na podstawie charakterystyki źródeł prawa określonej konstytucyjnie. Po przeprowadzeniu wykładni norm ustawowych nie ulega wątpliwości, iż podjęcie aktu generalnego przez organ uprawniony do ograniczania praw i wolności oznacza w tej sytuacji wydanie aktu prawa miejscowego. Wątpliwość budzi natomiast działanie ustawodawcy, który nazywając akty prawa miejscowego zarządzeniem i rozporządzeniem, popełnia błąd ekwiwokacji[24].

Ustanowiony przez kompetentny organ akt prawa miejscowego podlega ogłoszeniu przez rozplakatowanie obwieszczeń w miejscach publicznych lub w inny sposób miejscowo przyjęty, a także przez ogłoszenie w lokalnej prasie[25]. Ogłoszenie w sposób przewidziany w ustawie o stanie klęski żywiołowej nie zwalnia z obowiązku podania aktu do wiadomości w wojewódzkim dzienniku urzędowym[26].

Natomiast decyzje, o których stanowi ustawa, to decyzje administracyjne. Stosuje się do nich unormowania Kodeksu postępowania admini-

---

24 Por. J. Wilk, *Akt prawa miejscowego jako forma prawna*, Nowe Zeszyty Samorządowe, 2009, nr 6, s. 9–22.

25 Zauważa się, że ustawa nie wskazuje terminu w ejścia w życie omawianych aktów. Sugeruje się zatem, że należy stosować zasady właściwe dla przepisów porządkowych – por. M. Smaga, *Administracja…*, s. 207, co miałoby być konsekwencją ich ogłaszania w sposób właściwy dla przepisów porządkowych. Interpretacja ta nie znajduje jednak pokrycia w prawie pozytywnym. Sposób ogłaszania aktów ograniczających prawa i wolności jest tylko zbliżony do tego, jaki przewidziano dla przepisów porządkowych (*nota bene*, bardziej racjonalne byłoby określenie, że akty te ogłasza się w sposób właściwy dla przepisów porządkowych). Jednak nawet tożsamość sposobów ogłaszania nie byłaby argumentem dla analogicznego stosowania przepisu o terminie wejścia w życie aktów. Akty prawa miejscowego wydawane na podstawie komentowanych przepisów są bowiem aktami wykonawczymi, a nie porządkowymi, zatem konsekwentnie należy stosować do nich terminy właściwe dla aktów wykonawczych. Nie uchybia to, racjonalnej w sytuacji stanu klęski żywiołowej, możliwości określenia w akcie krótkiego terminu jego wejścia w życie, co będzie w pełni uzasadnione w oparciu o obowiązujący stan prawny.

26 Por. Ustawa z 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2010 r., nr 17, poz. 95).

stracyjnego[27], z odrębnościami polegającymi na tym, że: 1) podlegają one natychmiastowemu wykonaniu z chwilą ich doręczenia lub ogłoszenia, 2) mogą one być w nagłych wypadkach wydawane ustnie, a następnie niezwłocznie potwierdzane na piśmie, 3) odwołanie od nich wnosi się w terminie 3 dni od dnia doręczenia lub potwierdzenia na piśmie decyzji wydanej ustnie, 4) wniesione odwołania podlegają przekazaniu organowi odwoławczemu w terminie 3 dni, a rozpatrzeniu –w terminie 7 dni od dnia doręczenia mu odwołania, 5) organem wyższego stopnia w sprawach decyzji wydanych przez starostę i wójta (burmistrza, prezydenta miasta) jest wojewoda.

Zarówno w akcie prawa miejscowego, jak i decyzji podaje się: 1) podstawę prawną, 2) określenie zakresu i rodzaju ograniczeń, 3) określenie obowiązanych podmiotów, 4) miejsce, dzień i godzinę osobistego stawiennictwa lub realizacji innych ograniczeń, 5) czas trwania ograniczeń, 6) pouczenie o odpowiedzialności karnej lub innych skutkach prawnych naruszenia aktu.

Dwoistość form, w jakich może następować ograniczenie praw i wolności, wywołuje konieczność rozważania, jaki zakres dyskrecjonalności przysługuje organowi w wyborze jednej z nich. Użycie alternatywy rozłącznej „albo" sugeruje, iż organ wydając jeden z aktów, traci możliwość wydania drugiego. Trudno jednak, niestety, stwierdzić, do czego rozłączność tej alternatywy odnieść. Nie można bowiem przyjąć, iż ustanowienie jednego aktu prawa miejscowego powoduje niemożność wydawania decyzji ograniczających prawa i wolności. Dynamizm sytuacji w czasie trwania stanu klęski żywiołowej może bowiem doprowadzić do konieczności wprowadzenia dalszych, nieobjętych aktem prawa miejscowego, ograniczeń. Przy czym właściwą, w konkretnej sytuacji, formą wprowadzania owych dalszych ograniczeń może być właśnie decyzja (a nie nowelizacja aktu prawa miejscowego). Również fakt wydania decyzji w przedmiocie ograniczeń, nie może być przeszkodą, aby w miarę rozwoju sytuacji, gdy zajdzie taka konieczność, wprowadzić nawet takie same ograniczenia aktem prawa miejscowego, tak by ich adresatami stała się szersza grupa osób. Co więcej, właściwym wydaje się dopuszczenie możliwości, aby niektóre prawa zostały ograniczone generalnie, inne zaś indywidualne, a zatem korzystania z obu form jednocześnie. Należy rów-

27 Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

nocześnie zauważyć, że dobór formy prawnej powinien odpowiadać nie tylko konkretnej sytuacji faktycznej, ale jest niejako wymuszany r odzajem prawa lub wolności która podlega ograniczeniu[28].

Z powyższych rozważań wynika zatem, że *de lege lata*, organ kompetentny do ograniczania praw i wolności może dowolnie dobierać formę prawną do sytuacji i konkretnych ograniczeń. Pamiętać należy o tym, że w sytuacji korzystania z obu form, żadna z decyzji nie może być sprzeczna z aktem prawa miejscowego. To on, jako akt normatywny, jest wiążący w wypadku kolizji, nawet jeżeli został wydany później.

7. Wójt (burmistrz, prezydent miasta), starosta[29] oraz wojewoda to organy generalnie kompetentne do ograniczania praw i wolności, gdyż, o czym była już mowa, w stanie klęski żywiołowej działania władzy publicznej podejmowane są przez podmioty funkcjonujące w zwyczajnym reżimie prawnym. Regulacje nadzwyczajne mogą jednak pr zewidywać także możliwości powoływania specjalnych organów tylko na potr zeby działań związanych ze stanem nadzwyczajnym. W ten sposób następują modyfikacje w funkcjonowaniu władzy publicznej o charakterze podmiotowym.

Właśnie ustawa o stanie klęski żywiołowej przewiduje ustanowienie odrębnego podmiotu, w którego ramach kompetencji znajduje się możliwość ograniczania praw i wolności człowieka i obywatela. Podmiot ten nazywany jest przez ustawę pełnomocnikiem[30]. Może być on powołany w dwóch przewidzianych ustawą pr zypadkach. Po pierwsze, w dwóch jednostkach samorządu terytorialnego – gminie i powiecie, pełnomocnik jest powoływany w razie niezdolności do kierowania lub niewłaściwego kierowania przez wójta lub star ostę działaniami pr owadzonymi

---

28 Por. T. Bąkowski, *op. cit.*, s. 80–81.

29 Liczne, pojawiające się w doktrynie tezy o niezdolności do wy dawania aktów prawa miejscowego przez starostę w stanie klęski żywioło wej (tak: np. P. Ruczkowski, *Stan klęski żywiołowej, analiza administracyjnoprawna*, Ochrona Środowiska. Przegląd, 2003, nr 2, s. 17; M. Smaga, *Administracja…*, s. 197), jak i argumenty natury ogólnej o braku ustrojowej zdolności starosty do stanowienia prawa powszechnie obowiązującego (tak: np. D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007, s. 167) są nietrafione.

30 Słusznie zauważa się, iż nazwa wskazywałaby na to, że podmiot ten nie działa we własnym imieniu. Jednak analiza regulacji wykazuje, że takie wskazania są niewłaściwe, gdyż organ ten działa samodzielnie. Wątpliwa jest zatem prawidłowość prawnopozytywnej nazwy organu – por . P. Lisowski, A. O stapski, *Akty prawa miejscowego stanowione przez terenowe organy administracji rządowej*, Wrocław 2008, s. 54.

w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia. W ten czas wojewoda może zawiesić uprawnienia wójta lub starosty wynikające z kierowania powyższymi działaniami oraz wyznaczyć do takiego kierowania pełnomocnika. Natomiast, gdy niezdolnym do kierowania lub niewłaściwie kierującym działaniami prowadzonymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia jest wojewoda, wówczas jego uprawnienia mogą zostać zawieszone, a do kierowania działaniami powołany zostaje pełnomocnik. Kompetencje zawieszenia uprawnień wojewody i powołania pełnomocnika posiada właściwy minister[31]. W drugiej sytuacji, także przez właściwego ministra, pełnomocnik może być powołany, jeżeli stan klęski żywiołowej wprowadzono na obszarze więcej niż jednego województwa. Uprawnienie takie aktualizuje się wtedy, gdy właściwy minister wyda polecenie, w zakresie działań prowadzonych w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia, „organom samorządu terytorialnego" (polecenie takie jest dla nich wiążące), a te odmówią wykonania polecenia lub wykonają je niewłaściwie. Minister może w ten czas zawiesić odpowiednie uprawnienia takiego organu oraz wyznaczyć pełnomocnika do wykonywania tych uprawnień, zawiadamiając o tym właściwego wojewodę i Prezesa Rady Ministrów.

---

31 Minister właściwy do spraw wewnętrznych lub inny minister, do którego zakresu działania należy zapobieganie skutkom danej klęski żywiołowej lub ich usuwanie, a w przypadku wątpliwości co do właściwości ministra lub w przypadku gdy właściwych jest kilku ministrów – minister wyznaczony przez Prezesa Rady Ministrów. Warto odnieść się do kwestii możliwości funkcjonowania przepisów o pełnomocniku w rzeczywistości. Nasuwa się bowiem pytanie, dlaczego należałoby w stanie klęski zawieszać uprawnienia wojewody, skoro można po prostu go odwołać. Pełnomocnik nie może być przecież powołany do pomocy wojewodzie, niejako aby go odciążyć, a tylko w sytuacji, gdy nie radzi on sobie z zarządzaniem w stanie klęski. Należy zatem mniemać, że wojewoda nieradzący sobie ze swoimi zadaniami (a wprowadzenie pełnomocnika jest w istocie stwierdzeniem takiego faktu) jest niekompetentny lub nieudolny. Nie wydaje się zatem słuszne pozostawianie go na stanowisku. Trudno bowiem szacować stopień „udolności" wojewody w taki sposób, aby uznać za proporcjonalne pozostawienie go na stanowisku przy jednoczesnym wprowadzeniu pełnomocnika. Z czysto politycznego punktu widzenia powołanie pełnomocnika, który przejmie kompetencje wojewody w zakresie stanu klęski przy jednoczesnym pozostawieniu tak nieudolnej osoby na swoim stanowisku, byłoby dalece nieracjonalne. Ustawa przewiduje jednak możliwości, z których minister kierujący działaniami w stanie klęski żywiołowej może skorzystać, co nie przeszkadza, naturalnej jak się zdaje, decyzji premiera, aby wojewodę niezdolnego do kierowania działaniami lub działającego niewłaściwie odwołać.

Należy podkreślić, iż w e wszystkich przypadkach nie mamy do czynienia z substytucją organów, a jedynie z zawieszeniem części ich uprawnień. Ponadto chodzi tylko o te uprawnienia wskazane w ustawie i wynikające z kierowania działaniami w stanie klęski albo uprawnienia „odpowiednie", przez co należy rozumieć – takie, które umożliwiają prawidłowe wykonanie polecenia ministra, tylko te bo wiem, zawieszone, kompetencje posiada pełnomocnik [32]. Nie zmienia to jednak faktu, iż w gestii pełnomocnika pojawiają się lub pojawić się mogą kompetencje do ograniczania praw i wolności człowieka i obywatela[33].

Pełnomocnik wykonuje zatem takż e uprawnienia, któr e przyznaje wójtowi, staroście albo woje wodzie ustawa o stanie klęski żywiołowej. Może on zatem (w warunkach określonych w ustawie), ograniczyć wolności i prawa człowieka i obywatela, a także wprowadzić obowiązek świadczeń osobistych i rzeczowych, a omówione regulacje opisujące kompetencje wójta, starosty i wojewody stosuje się w ten czas do niego.

8. Słuszność omówionych rozwiązań, szczególnie tych przewidujących dowolność w doborze formy prawnej dla ograniczenia praw i wolności, jest niekiedy poddawana w wątpliwość. Podaje się, iż zakr es swobody organów administracji jest zbyt szeroki, a alternatywność wyboru formy powinna opierać się o ustawowo określone przesłanki[34]. Dochodzi także do gruntownej krytyki aktualnie obowiązującego prawa pozytywnego regulującego relacje między organami administracji w stanie klęski żywiołowej przez podważenie samej zasady hierarchicznego podporządkowania wyprowadzonego poza strukturę scentralizowaną[35], co prowadzi również do merytorycznej kontestacji sposobu w jaki *de lege lata* ograniczane są prawa i wolności człowieka i obywatela. Argumenty podnoszone w tym

---

32 Odmiennie: M. Smaga, *Administracja…*, s. 75: „Pełnomocnik ten przejmuje wszystkie kompetencje organu, którego uprawnienia zawieszono".

33 Niezrozumiałe jest stwierdzenie, że „ograniczenia (…) mogą być wprowadzane również w stosunku do pełnomocników, o których mowa w art. 9 ust. 5, art. 10 ust. 5 i art. 11 ust. 4" ustawy o stanie klęski żywiołowej – tak: M. M ączyński, *Władze publiczne w stanach nadzwyczajnych i sytuacjach kryzysowych*, [w:] P. Chmielnicki (red.), *Konstytucyjny system władz publicznych*, Warszawa 2009, s. 335. Oczywiste jest bowiem, że to nie pełnomocnika się ogranicza w jego kompetencjach, a pełnomocnik może wprowadzać przewidziane w ustawie ograniczenia.

34 T. Bąkowski, *op. cit.*, s. 82–83.

35 M. Smaga, *Administracja…*, s. 75–76.

zakresie zasługują na podjęcie z nimi merytorycznej polemiki, która jednak wykracza poza ramy niniejszego artykułu. W tym miejscu postulaty dotyczące konieczności wprowadzenia zmian do ustawy o stanie klęski żywiołowej ograniczyć należy do podkreślenia omówionej, bezwzględnej potrzeby umocowania właściwego ministra do ograniczania praw i wolności człowieka i obywatela w czasie stanu obowiązującego na obszarze więcej niż jednego województwa – rzecz jasna w nadziei, że nigdy nie zajdzie potrzeba korzystania z tych uprawnień.

Dominika Cendrowicz

Obywatel a administracyjne prawo ustrojowe

W demokratycznym państwie prawa niezwykle istotnego znaczenia nabiera kwestia zapewnienia jednostce poczucia bezpieczeństwa oraz pewności jej sytuacji prawnej. Wpływ na kształtowanie się pewności sytuacji prawnej jednostki ma także ustrój administracji publicznej[1]. Szczególnie istotne w tym kontekście są kwestie organizacji tego ustroju oraz jakości struktur organizacyjnych administracji. Ustrój administracji publicznej spełnia bowiem ważną funkcję w zagwarantowaniu przestrzegania zasady pewności sytuacji prawnej jednostki, a także w zagwarantowaniu służebnej roli administracji wobec obywateli i realizacji idei demokratycznego państwa prawa[2]. Wynika to między innymi z tego, że jednostka znajduje się w stosunku do administracji publicznej w dwóch rodzajach sytuacji. W pierwszym z nich znajduje się ona w systemie organizacyjnym administracji publicznej, a w drugim − poza systemem tej administracji, będąc beneficjentem jej działań. W jednej i w drugiej ważny jest problem organizacji struktur administracji publicznej, a co za tym idzie – podziału

1 A. Błaś, *W sprawie jakości działań organów administracji publicznej w demokratycznym państwie prawa*, [w:] J. Łukasiewicz (red.), *Jakość administracji publicznej. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Marcina Jełowieckiego. Konferencja naukowa (Cedzyna 24–26 IX 2004 r.)*, Rzeszów 2004, s. 57.

2 M. Dacewicz, *Konstytucyjne podstawy ustroju administracji publicznej*, [w:] J. Parchomiuk, B. Ulijasz, E. Kruk (red.), *Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa. Łańcut, 12−14 czerwca 2008 r.*, Warszawa 2009, s. 78.

kompetencji, procesów związanych z koordynacją, kierowaniem i nadzorem, znoszeniem czy też przekształcaniem tych struktur. Zagadnienia te regulowane są przez normy ustrojowego prawa administracyjnego. Jak zauważa bowiem Wacław Dawidowicz, prawo administracyjne w jego tradycyjnym ujęciu reguluje kwestie stosunków społecznych, w których jedną ze stron jest zawsze organ administracji publicznej. Natomiast drugą stroną tych stosunków może być inny podmiot tej administracji bądź też podmiot znajdujący się poza str ukturą organizacyjną administracji publicznej[3]. Występowanie tych stosunków i zależności wpływa więc na kształtowanie się sytuacji pewności prawnej jednostki.

W demokratycznym państwie prawa, którym zgodnie z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku[4] jest Polska, administracja publiczna została powołana do realizacji zadań wynikających z norm prawa powszechnie obowiązującego, a sensem jej działania jest obywatel, którego publiczne prawa podmiotowe ma ona realizować. „Administracja jest właściwie wsz echobecna: praktycznie rzecz biorąc, nie ma sfery życia, w której nie zaznaczyłaby w sposób zasadniczy swojej obecności i potęgi"[5]. Aby jednak obywatel znajdował się w sytuacji pewności i bezpieczeństwa prawnego w stosunku do działań wykonywanych przez tę administrację, bardzo ważne jest, aby nie zaskakiwały go ciągłe zmiany jej ustroju. Zbyt częste zmiany struktur organizacyjnych, dokonywane w sposób nieumiejętny, ich niestabilność, ciągłe pr zenoszenie kompetencji, znoszenie,\ czy też pr zekształcanie organów z pewnością nie wpływają w sposób pozytywny na stabilność sytuacji prawnej i bezpieczeństwo prawne jednostki.

---

3 W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji publicznej w Polsce*, Warszawa 1970, s. 25–33; cyt. za: R. Giętkowski, *W sprawie koncepcji prawa ustrojowego (uwagi na tle problematyki podziału systemu prawa na gałęzie)*, [w:] J. Warylewski (red.), *Gdańskie studia prawnicze. Tom XXIV: Zagadnienia nauki prawa. W 40-lecie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego*, Gdańsk 2010, s. 129–130.

4 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. nr 78, poz. 483; Dz.U. z 2001 r. nr 28, poz. 319; Dz.U. z 2006 r. nr 200, poz. 147; Dz.U. z 2009 r. nr 114, poz. 946).

5 J. Łętowski, *Administracja. Prawo. Orzecznictwo sądowe*, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 7, 11; cyt. za A. Pakuła, *Prawno-organizacyjne formy realizacji świadczeń w państwie prawa na przykładzie ochrony zdrowia (na tle przekształceń zakresu zadań i roli administracji publicznej*, [w:] E. Ura (red), *Jednostka, państwo, administracja – nowy wymiar. Międzynarodowa konferencja naukowa. Olszanica, 23–26 maja 2004 r.*, Rzeszów 2004, s. 353.

Aby jednak móc dokonać bliższego omówienia kwestii wpływu ustrojowego prawa administracyjnego na sytuację pewności prawnej obywatela, należałoby rozpocząć od tego, czym w ogóle jest ustrojowe prawo administracyjne, oraz dokonać ogólnej charakterystyki łączących się z tą tematyką pojęć, takich jak: kompetencja w prawie administracyjnym, organizacja struktur administracyjnych, definicja zadań wykonywanych przez administrację publiczną oraz kwestia praw podmiotowych przysługujących jednostkom. Zagadnienia te łączą się bowiem w sposób bezpośredni z sytuacją pewności prawnej jednostki w demokratycznym państwie prawa. Wynika to z istoty administracji publicznej, pojmowanej jako „przejęte przez państwo i realizowane przez jego zawisłe organy, a także przez organy samorządu terytorialnego zaspokajanie zbiorowych i indywidualnych potrzeb obywateli, wynikających ze współżycia ludzi w społecznościach"[6]. Administracja to bowiem nic innego jak „wykonywanie zadań publicznych, które określone są w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Przepisach, które określają formy, zasady i procedury ich wykonywania"[7]. Administracja nie posiada prerogatyw do stanowienia przepisów prawnych, które określałyby jej podstawowe i wiodące zadania. Nie posiada również prerogatyw do decydowania w postaci prawa wewnętrznego o podstawowych zasadach swojej struktury organizacyjnej, liniach zależności organizacyjnej, stopniu podległości czy też przełożeństwa służbowego[8]. Administracja „utrzymuje się ciągle i wciąż zatrudnia nowych urzędników. Rozwija struktury. Bez administracji nikt sobie nie wyobraża funkcjonowania państwa. I też bez administracji nie mogłoby państwo funkcjonować"[9]. Dlatego jej organizacja i funkcjonowanie wpływają w dużym stopniu na stopień bezpieczeństwa i pewności sytuacji prawnej jednostek. Wykonywanie administracji publicznej wiąże się z funkcjonowaniem jednostek organizacyjnych, jakie tworzone są w celu realizacji określonych przepisami prawa zadań, których

6 J. Boć, *Pojęcie administracji publicznej*, [w:] J. Boć (r ed.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2005, s. 17.

7 R. Balicki, B. Banaszak, A. Błaś, J. Boć, M. Masternak-Kubiak, J. Niczyporuk, E.J. Nowacka, K. Nowacki (red.), *Ustrój administracji publicznej*, Warszawa 2000, s. 17.

8 A. Błaś, *Niekonstytucyjne zjawiska w administracji publicznej*, [w:] I. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smagała (red.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dr. hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 44–45.

9 J. Boć, *Rodowód i ewolucja administracji*, [w:] J. Boć (red.), *Administracja publiczna*, Wrocław 2004, s. 19.

realizacja stanowi obowiązek prawny. Współczesna administracja publiczna w jej ujęciu podmiotowym składa się z systemu organów, a także innych podmiotów publicznych, które powołane są do wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej, powiązanych różnego rodzaju więzami i podlegających w związku z tym różnym regulacjom prawnym[10]. Kwestia ustroju administracji jest więc istotna ze względu na to, że „jednostki żyją w ciągłym stosunku z administracją, gdyż władze administracyjne państwa ciągle mają prawo wymagać od nich wykonania pewnych obowiązków lub niespełnienia pewnych czynów"[11].

Określenie w przepisach prawa powszechnie obowiązującego struktur organizacyjnych administracji, zakresu zadań przez nią wykonywanych oraz kompetencji w prawie administracyjnym składa się na prawne uregulowanie administracji publicznej. Kwestie te normowane są przez ustrojowe prawo administracyjne, określane także jako prawo o organizacji, prawo ustrojowo-organizacyjne czy też prawo o ustroju administracji państwowej[12]. W doktrynie prawa administracyjnego występuje wyraźny podział na prawo materialne, ustrojowe i proceduralne. Prawo administracyjne już w początkowym stadium swojego rozwoju w Polsce zawierało w sobie problematykę prawa o ustroju organów administracji[13]. Cechą charakterystyczną tego działu prawa jest to, że obejmuje ono problematykę związaną ze strukturami aparatu administracyjnego, przez który należy rozumieć różnego rodzaju jednostki organizacyjne powołane do wykonywania funkcji administracji publicznej[14]. Tak więc za ustrojowe prawo administracyjne należy uważać tę część prawa administracyjnego, która reguluje strukturę i zasady funkcjonowania administracji publicznej. Jest to taki zespół norm prawnych, który odnosi się do organizacji i funkcjonowania organów administracji publicznej właściwych do decydowania

10 R. Michalska-Badziak, *Podmioty administrujące*, [w:] M. Stahl, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2009, s. 251.

11 A. Okolski, *Wykład prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim*, t. 1, Warszawa 1880; cyt. za: I. Skrzydło-Niżnik, *Model ustroju samorządowego w Polsce na tle zagadnień ustrojowego prawa administracyjnego*, Kraków 2007, s. 70.

12 Z. Duniewska, *Systematyka prawa administracyjnego*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego. Instytucje prawa administracyjnego. Tom I*, Warszawa 2010, s. 139.

13 *Ibidem*, s. 128, 251.

14 Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 43.

o prawach i obowiązkach obywateli na podstawie przepisów ustawy[15]. Prawo to w ogromnym stopniu decyduje o tym, jak będzie wyglądała i kształtowała się sytuacja pewności i bezpieczeństwa prawnego jednostki, a to z tego względu, że w prawie tym chodzi o określenie jednostek organizacyjnych powołanych do wykonywania funkcji administracji, jej zadań i kompetencji oraz zasad organizacyjnych, na jakich opiera się jej struktura i funkcjonowanie oraz wzajemną zależność pomiędzy tymi strukturami, substrat osobowy oraz zapewnienie prawidłowości działalności aparatu administracyjnego[16]. Ustrojowe prawo administracyjne łączy w sobie zagadnienia związane z zasadami budowy aparatu administracji publicznej, struktur i zadań (kompetencji) podmiotów realizujących administrację publiczną, podziału terytorialnego, kadr w administracji oraz kontroli nad nią sprawowanej[17]. Prawidłowe ukształtowanie tych struktur, ich stabilność, prawne określenie właściwości organów – to wszystko wpływa na jakość funkcjonowania administracji publicznej oraz na zapewnienie jednostce poczucia bezpieczeństwa i pewności jej sytuacji prawnej. Natomiast w przypadku ciągłych przeobrażeń struktur organizacyjnych, znoszenia organów, „rozrzucania" i ciągłego przenoszenia kompetencji jednostka zaczyna znajdować się w sytuacji ryzyka i niepewności. Wynika to z tego, że przestaje ona posiadać pewność co do tego jaki organ administracji publicznej zrealizuje jej publiczne prawo podmiotowe, a inaczej – jaki organ będzie właściwy do załatwienia jej sprawy. Również nieumiejętna organizacja struktur administracyjnych nie wpływa korzystnie na zapewnienie pewności sytuacji prawnej i narusza podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa. Dlatego tak ważne jest istnienie norm organizacyjnych. Braki w ich zakresie mogą bowiem spowodować daleko idące negatywne skutki związane z bezczynnością administracji publicznej we wprowadzaniu w życie norm prawa materialnego. Drugim negatywnym skutkiem związanym z brakami w normach organizacyjnych administracji publicznej będzie koncentracja wszystkich istotnych funkcji administracji w ręku organów naczelnych przy dużym lub też całkowitym podporządkowaniu im organów terenowych[18].

---

15 Z. Niewiadomski, *Działy prawa administracyjnego*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2007, s. 113.

16 Z. Leoński, *op. cit.*, s. 43.

17 *Ibidem*, s. 44.

18 J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne. Część I*, Kraków 2003, s. 72.

Należy tutaj podkreślić, że aparat administracyjny nie ma charakteru stałego, podlega ciągłym zmianom i nieustannym przeobrażeniom, a samo jego pojęcie nie jest pojęciem prawnym. Nie istnieje bowiem jeden akt prawny, który w sposób całościowy regulowałby organizację i strukturę administracji publicznej. Podstawowe kwestie związane z organizacją tego aparatu zostały uregulowane przez przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Swojego rodzaju konstrukcję ustrojowego prawa administracyjnego tworzą także normy prawne zawarte w Ustawie z dnia 23 stycznia 2009 roku o wojewodzie i administracji rządowej w województwie[19] oraz ustawach samorządowych: Ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym[20], Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym[21] i Ustawie z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa[22]. Można zatem powiedzieć, że bardziej szczegółowe zasady organizacji i funkcjonowania systemu administracji publicznej zawierają przepisy ustaw ustrojowych, które wskazują jednostki powołane do wykonywania zadań publicznych, ich strukturę wewnętrzną, tryb powoływania, zadania i kompetencje, wzajemne zależności jakie występują pomiędzy poszczególnymi podmiotami administrującymi[23]. Przykładowo można tutaj wskazać na takie ustawy, które tworzą struktury organizacyjne w sferze szeroko pojętych usług publicznych, jak np. Ustawa z dnia 30 sierpnia 1990 roku o zakładach opieki zdrowotnej[24].

Zachodzące w administracji zmiany związane z przekształcaniem jej ustroju powinny być dokonywane w sposób racjonalny, niezaskakujący obywatela i zapewniający mu poczucie pewności jego sytuacji prawnej.

---

19 Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 roku o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U. nr 31, poz. 206 z późn. zm.).

20 Ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 z późn. zm.).

21 Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1592 z późn. zm.).

22 Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r., nr 142, poz. 1590 z późn. zm.). Por. Z. Leoński, *op. cit.*, s. 44.

23 R. Michalska-Badziak, *Podmioty administrujące*, [w:] M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje…*, s. 251.

24 Ustawa z dnia 31 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2007 r. nr 14, poz. 89 z późn. zm.). Por. J. Jeżewski, *O strukturze pojęciowej ustrojowego prawa administracyjnego*, [w:] A. Błaś (red.), *Przegląd Prawa i Administracji*, t. XXXVIII, Wrocław 1997, s. 84.

Zmiana prawa ustrojowego powinna bowiem służyć jak najlepszemu zabezpieczeniu realizacji materialnych prawnych interesów podmiotów administrowanych, a także zabezpieczeniu wykonywania zadań publicznych przez administrację. Wprowadzane zmiany w żadnym wypadku nie powinny służyć realizacji doraźnych politycznych interesów[25], ponieważ w demokratycznym państwie prawa cała działalność administracji publicznej poddana jest prawu powszechnie obowiązującemu i to takiemu prawu, które ma zapewniać bezpieczeństwo prawne jednostki. W demokratycznym państwie prawa obywatel nie uczestniczy „w grze o prawa podmiotowe, o zakres i sposób ich realizowania przez państwo i jego administrację"[26]. Stanowią o tym przepisy rangi konstytucyjnej. Dla obywatela istotne jest posiadanie pewności co do tego, który organ będzie właściwy do załatwienia jego sprawy, a także to, czy jego publiczne prawo podmiotowe zostanie zrealizowane przez podmiot publiczny czy też przez podmiot prywatny, a jeśli przez podmiot publiczny, to przez który i czy nie będzie dochodziło do ciągłych zmian w tym zakresie. Chodzi bowiem o to, aby jednostka pomimo zmieniających się warunków ekonomicznych, a także mimo zmian, jakie zachodzą w samej administracji publicznej, mogła w sposób bezpieczny i stabilny realizować swoje publiczne prawa podmiotowe[27]. Ważnego znaczenie ma tutaj również, związana z występowaniem regulaminów organizacyjnych, wewnętrzna organizacja pracy urzędów, która dla obywatela powinna być przejrzysta i czytelna, gwarantując tym samym możliwość realizacji jego praw podmiotowych bez żadnych utrudnień związanych ze złą organizacją struktury organizacyjnej.

Z kwestią pewności sytuacji prawnej jednostki, w kontekście ustrojowego prawa administracyjnego, wiąże się także pojęcie kompetencji organu administracji publicznej. Samo pojęcie kompetencji w prawie administracyjnym wywołuje sporo kontrowersji i jest stosowane w prze-

25 I. Niżnik-Dobosz, *Uwagi nad metodą zmiany publicznego prawa materialnego, ustrojowego i proceduralnego*, Casus. Krajowa Reprezentacja Samorządowych Kolegiów Odwoławczych, 2010, nr 58, s. 15.

26 A. Błaś, *Państwo prawa i polityka administracyjna*, [w:] J. Łukasiewicz (red.), *Polityka administracyjna*, *IV Międzynarodowa Konferencja Naukowa – Stryków, 7–9 września 2008 r.*, Rzeszów 2008.

27 A. Błaś, *Prawo administracyjne wobec przemian we współczesnym państwie prawnym*, [w:] J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 2009, s. 38–39.

pisach prawa w sposób niejednolity. Pod tym pojęciem należy najogólniej rozumieć „zespół praw i obowiązków organu administracji publicznej – z jednoczesnym prawnym wskazaniem form działania organu "[28]. Według innej definicji „w płaszczyźnie ujęcia dynamicznego można zdefiniować kompetencję jako zdolność organu administrującego do skonkretyzowanego aktualizowania, w drodze odpowiedniego postępowania, potencjalnego obowiązku działania sformułowanego przez prawo"[29]. Z punktu widzenia sytuacji jednostki kompetencje można podzielić na takie, które zmierzają do realizacji norm prawa materialnego (kompetencje zewnętrzne), i takie, które zmierzają do budowy struktur administracyjnych i kształtowania ich wewnętrznego funkcjonowania (kompetencje wewnętrzne). Dla obywatela bardziej istotne wydają się kompetencje zewnętrzne, których realizacja ma na celu ustalenie jego praw lub obowiązków[30]. Jednakże samo ukształtowanie struktur administracyjnych, prawne przyporządkowanie kompetencji do danego organu administracji publicznej, budowa struktur administracyjnych, a w dalszej kolejności ukształtowanie struktury organizacyjnej urzędu oraz wewnętrzny podział pracy – to wszystko wpływa na sytuację prawną jednostki. Dla obywatela istotne bowiem jest, gdzie będzie mógł zrealizować swoje publiczne prawo podmiotowe, przez które należy rozumieć „sytuację prawną obywatela (jednostki zbiorowej) w obrębie, której obywatel ten (jednostka zbiorowa), opierając się na chronionych jego interesy prawne normach prawnych, może skutecznie żądać czegoś od państwa lub może w sposób niekwestionowany przez państwo coś zdziałać"[31].

Omawiane tutaj zagadnienia łączą się w sposób bezpośredni z celem, dla którego realizacji została powołana administracja publiczna, a mianowicie wykonywaniem zadań publicznych[32]. Realizacja tych zadań w świetle przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku została przypisana do właściwości organów władzy publicznej oraz – zgodnie z jej art. 163 – samorządu terytorialnego, jeżeli ich realizacja nie została zastrzeżona przez Konstytucję lub ustawy dla organów

28 R. Michalska-Badziak, *Podmioty administrujące*, [w:] M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje…*, s. 253.

29 J. Jendrośka, *Pojęcie kompetencji*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne…*, s. 144.

30 *Ibidem*, s. 146.

31 W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 34.

32 A. Błaś, *Prawo administracyjne wobec przemian we współczesnym państwie prawnym…*, s. 38–39.

innych władz publicznych. Istotą tych zadań jest to, że mają one na celu zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, w sposób bieżący i nieprzerwany[33]. Te „usługi publiczne" dostarczane przez administrację to nic innego, jak „wszelkiego rodzaju korzyści (materialne i niematerialne), które administracja spełnia na rzecz ogółu, a także w pewnych sytuacjach na rzecz poszczególnych osób"[34]. Wykonywanie przez państwo zadań publicznych ma charakter obowiązków prawnych, stąd też ich realizacja została przypisana organom, które wyrastają na gruncie prawa powszechnie obowiązującego[35]. Dlatego też respektowanie idei administracji publicznej jako konstrukcji prawnej, której podstawą jest prawne określenie zadań, a także wykonujących je organów oraz odpowiedzialności prawnej ponoszonej za ich niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie[36], jest niezwykle istotne dla realizacji zasady pewności sytuacji prawnej jednostki. W takim przypadku kwestia ustroju administracji publicznej ma również ogromny wpływ na zagwarantowanie stabilności, ładu, poczucia bezpieczeństwa i braku ryzyka sytuacji prawnej obywateli. Dobrze zorganizowana administracja publiczna będzie wykonywała zadania publiczne w sposób gwarantujący stabilność i pewność prawną. Dlatego tak ważne jest, aby zachodzące w ustrojowym prawie administracyjnym zmiany nie zaskakiwały i były wprowadzane na podstawie determinant prawnych.

W przypadku ciągłych zmian ustrojowego prawa administracyjnego obywatel zaczyna znajdować się w sytuacji, która nie gwarantuje mu poczucia pewności jego sytuacji prawnej. Nieustanne przeobrażenia struktur organizacyjnych, które zaskakują w sposób uniemożliwiający „prognozowanie działań własnych"[37], bez wątpienia prowadzą do zachwiania poczucia stabilności bezpieczeństwa prawnego. Oprócz nieustannych

33 E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2000, s. 316.

34 T. Kuta, *Rola administracji usług w zaspokajaniu potrzeb socjalno-bytowych i oświatowo-kulturalnych obywateli*, [w:] J. Buczkowski, J. Łukasiewicz, Z. Niewiadomski, J. Posłuszny, J. Stelmasiak (red.), *Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane Prof. zw. dr. hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, Przemyśl 2000, s. 337.

35 A. Błaś, *Nauka administracji w kręgu nauk prawnych – dziedzictwo europejskie*, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławowski, S. Wrzosek (red.), [w:] *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 381.

36 *Ibidem*, s. 381–382.

37 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14.06.2000 r., sygn. P 3/00, s. 9, http://www.trybunal.gov.pl/otk/teksty/otk/2000/p_03_00.doc [odczyt: 02.10.2012].

przeobrażeń struktur administracyjnych, dokonywanych nie zawsze w sposób prawidłowy i oparty na determinantach prawnych, nie bez znaczenia dla sytuacji prawnej jednostki pozostaje także kwestia wewnętrznej organizacji pracy urzędów, kształtowana przez regulaminy organizacyjne i regulaminy pracy, które jakkolwiek nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego, to jednak wpływają na kształt struktur organizacyjnych w ramach danego urzędu, wywierając tym samym wpływ na sytuację prawną jednostek. Nieprawidłowy podział pracy, pokrywanie się zakresów obowiązków, zła organizacja pracy komórek organizacyjnych, czy też ciągłe przekształcanie, łączenie i znoszenie ich w ramach danego urzędu – to również powoduje pogorszenie sytuacji prawnej obywateli. Dlatego tak ważne jest, aby struktury organizacyjne administracji publicznej tworzone były ze względu na konstytucyjne zasady i wartości[38], gwarantujące prawidłowy sposób wykonywania przez administrację publiczną zadań nałożonych na nią przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Ustrojowe prawo administracyjne ma ogromny wpływ na to, jak będzie wyglądała sytuacja prawna jednostek, ponieważ konstytuuje ono ustrój administracji publicznej, która obecnie ma wpływ na każdą dziedzinę życia obywatela. Kształt tego prawa powinien odpowiadać konstytucyjnym zasadom demokratycznego państwa prawa, a zmiany w nim zachodzące nie powinny zaskakiwać jednostek. „Największym zagrożeniem dla stabilnej sytuacji administracyjnoprawnej jednostki mają takie zmiany prawa materialnego, ustrojowego i procesowego prawa administracyjnego, które wyrastają z idei instrumentalizacji prawa administracyjnego, to znaczy przyjęcia, że prawo administracyjne może być środkiem służącym do osiągnięcia określonych celów najczęściej doraźnych, wyrastających z potrzeby zmiennej idei politycznej czy też zmieniających się okoliczności, które wyrastają z idei instrumentalizacji prawa”[39]. Zatem jedynie respektowanie idei demokratycznego państwa prawnego w ustrojowym prawie administracyjnym może zapewnić jednostce pewność jej sytuacji prawnej.

---

38 A. Błaś, *Problem pewności sytuacji prawnej jednostki w nauce prawa administracyjnego i w nauce administracji*, [w:] Z. Czarnik, Z. Niewiadomski, J. Posłuszny, J. Stelmasiak (red.), *Studia z prawa administracyjnego i nauki o administracji. Księga jubileuszowa dedykowana prof. zw. dr hab. Janowi Szreniawskiemu*, Przemyśl–Rzeszów 2011, s. 74.

39 *Ibidem*, s. 75.

Denis Woźniak

Instytucja świadka anonimowego w świetle europejskiego standardu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności

System ochrony praw człowieka, rozumiany jako ogół środków i działalność ukierunkowane na zagwarantowanie oraz realizację tych praw[1], cechuje się silną regionalizacją zapewnianej ochrony, zrelatywizowaną do gwarancyjnych norm prawa międzynarodowego obowiązujących na prawnie niejednolitym obszarze działania, a implikujących konstytucyjne i ustawowe standardy ochrony fundamentalnych uprawnień i wolności jednostki ludzkiej[2]. Jednym z najbardziej zaawansowanych, a zarazem najwcześniej powstałych systemów ochrony tych praw i wolności jest system europejski, funkcjonujący w organizacyjnych ramach Rady Europy, a oparty w znaczącej mierze o gwarancje zawarte w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.[3] i kształtowany orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

1 B. Banaszak, *Zagadnienia podstawowe. Terminologia*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2003, s. 14.

2 M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony*, Wrocław 2004, s. 176.

3 Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284; w dalszej części niniejszego artykułu stosowany będzie skrót: EKPC.

w Strasburgu[4]. Specyfikę systemu europejskiego w porównaniu do innych regionalnych przejawów ochrony praw człowieka stanowi *explicite* możliwość wystąpienia przez jednostkę ze skargą na ich naruszenie przeciwko państwu członkowskiemu (art. 34 EKPC), niezależnie od jego woli, po uprzednim spełnieniu szeregu wymogów formalnych, przede wszystkim po wyczerpaniu wszystkich krajowych środków odwoławczych (art. 35 EKPC). Właściwym do rozpatrywania skarg indywidualnych jest działający w sposób stały ETPC, który wydając orzeczenia o charakterze ostatecznym, realizuje nadrzędny cel w postaci zapewnienia przestrzegania zobowiązań wynikających z EKPC przez państwa członkowskie.

Wśród grona norm zawierających najbardziej fundamentalne z punktu widzenia osoby ludzkiej prawa i wolności doniosłe miejsce przypada zapewnianemu przez EKPC prawu do rzetelnego procesu (art. 6 EKPC), zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, w jawnym postępowaniu, przy możliwości wyłączenia publiczności oraz prasy w enumeratywnie wymienionych okolicznościach (art. 6 ust. 1 EKPC). W doktrynie przyjmuje się, że pod pojęciem rzetelności postępowania karnego rozumie się takie ukształtowanie procesu, które zapewnia, że odpowiedzialność karną poniesie tylko rzeczywisty sprawca, czego gwarancją jest umożliwienie oskarżonemu przedstawienia wszystkich swoich racji[5]. Natomiast jednym ze szczegółowych aspektów konstytuujących standard rzetelnego procesu (*fair trial*) jest możliwość przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach, jak świadków oskarżenia (art. 6 ust. 3 lit. d EKPC)[6]. Mimo zawartego w treści przepisu pojęcia „świadek", ma on zastosowanie również do pokrzywdzonych[7] i biegłych[8], a także innych osób

4 W dalszej części niniejszego artykułu stosowany będzie skrót: ETPC.

5 L.K. Paprzycki, *Zeznania świadka anonimowego i świadka koronnego w rzetelnym procesie karnym demokratycznego państwa prawnego*, Forum Iuridicum, 2003, nr 2, s. 95.

6 Orzeczenie ETPC Asch v. Austria, 26.04.1991 r., par. 25. Wszystkie orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka cytowane w niniejszym artykule pochodzą z internetowej bazy orzeczeń ETPC HUDOC: http://www .echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/.

7 Orzeczenie ETPC A. H. v. Finland, 10.05.2007 r., par. 41.

8 Orzeczenie ETPC Doorson v. the Netherlands, 26.03.1996 r., par. 81–82.

składających zeznania przed sądem[9]. W myśl stanowiska ETPC z punktu widzenia standardu rzetelnego procesu pojęcie świadka (*witness*) jest autonomiczne względem przepisów krajowych i o takiej kwalifikacji danego podmiotu przesądza pozycja, jaką ów zajmuje w postępowaniu oraz sposób jego funkcjonowania w toku czynności procesowych[10]. Na pojęcie rzetelnego procesu składają się ponadto zasada równości broni (*equality of arms*), implikująca możliwość rozsądnego zaprezentowania swoich racji na warunkach, jakie nie stawiają strony w gorszej pozycji niż jej przeciwnika procesowego[11], oraz zasada kontradyktoryjności postępowania karnego (*adversarial proceeding*), w której myśl zarówno oskarżenie, jak i obrona powinny mieć możliwość poznania oraz komentowania spostrzeżeń i twierdzeń dowodowych drugiej strony[12].

Szczególnego rodzaju osobowym źródłem dowodowym jest świadek anonimowy, instytucja karnoprocesowa obecna w legislacji lub praktyce wielu państw europejskich, w tym w Austrii, Czechach, Belgii, Estonii, Francji, Holandii, Szwajcarii, Niemczech, Wielkiej Brytanii, na Litwie i Węgrzech[13]. Aktualnie regulacje przewidujące dopuszczalność anonimowego składania zeznań są przedmiotem procesu legislacyjnego i ożywionej debaty publicznej w społeczeństwie bułgarskim, oczekującym na wyrok tamtejszego Sądu Konstytucyjnego[14]. Jak zauważa C. Roxin, utajnienie świadka leży w obszarze konfliktowym pomiędzy badaniem prawdy i prawem do obrony a ochroną osobistą świadka, co powoduje, że każdy zysk w jednym z tych zakresów okupiony jest stratą w pozostałych[15]. Właśnie ograniczenie prawa do obrony stanowi źródło kontrowersji towarzyszących wprowadzeniu i funkcjonowaniu anonimizacji w systemie prawnym demokratycznego państwa, gdyż z jednej strony postrzegane jest jako relatywizacja uprawnień uczestników postępowania do teraźniejszych wymogów organizacyjnych wymiaru sprawiedliwości, dokonywana albo w oparciu o selekcję natury aksjologicznej, albo przez

9 Orzeczenie ETPC Mirilashvili v, Russia, 11.12.2008 r., par. 158.
10 Orzeczenie ETPC Bönisch v. Austria, 6.05.1985 r., par. 31.
11 Orzeczenie ETPC Popov v. Russia, 13.07.2006 r., par. 177.
12 Orzeczenie ETPC Kari Uoti v. Finland, 23.10.2007 r., par. 32.
13 P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003, s. 131–132.
14 P. Kostadinov, *Bulgaria's Penal Procedure Code reach Constitutional Court*, The Sophia Echo, 22.04.2010 r.
15 C. Roxin, *Synteza z niemieckiego punktu widzenia*, [w:] *Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości*, Białystok–Rajgród 1995, s. 507.

odwołanie się do zasady *extrema necessitas extremis nititur rationibus*[16], z drugiej zaś jako emanacja prawa Greshama na płaszczyźnie karnoprocesowej, skutkująca wypieraniem lepszych rozwiązań normatywnych przez jakościowo gorsze, powodujące redukcję całej wiązki gwarancji proceduralnych[17].

Możliwość objęcia ochroną świadka poprzez utajnienie jego tożsamości istnieje również w prawie polskim od czasu no welizacji poprzednio obowiązującego Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. dokonanej ustawą[18] z 6 lipca 1995 r. W obecnym stanie prawnym, sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, może wydać postanowienie o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych, jeśli nie mają one znacz enia dla rozstrzygnięcia w sprawie, a zachodzi uzasadniona obawa dla ży cia, zdrowia, wolności lub mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej (art. 184 § 1 k.p.k.). Kompleksowe przedstawienie tej właśnie instytucji, trakto wanej jako sui generis zjawisko prawne na gruncie europejskim, stanowić będzie cel dalszych rozważań. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że w swym orzecznictwie ETPC niejednokrotnie dał wyraz pr zekonaniu, iż gwaranto wany przez art. 6 EKPC standard rzetelnego procesu zasadniczo nie zawiera w sobie żadnych reguł dotyczących dopuszczalności dowodów jako takich, co stanowi domenę regulacji wewnętrznych[19], lecz obejmuje racz ej proces jako całość, wraz z postępowaniem dowodowym jako jego integralną częścią składową[20].

Jednym z pierwszych orzeczeń, na któr ych treść anonimizacja osobowego źródła dowodowego miała bezpośr edni wpływ, było rozstrzygnięcie w sprawie Kostovskiego przeciwko Holandii. ETPC zauważył, że tylko jeden z anonimowych autorów raportu, stanowiącego dowód w sprawie, miał w prawodawstwie holenderskim status świadka, choć twierdzenia obu utajnionych źródeł dowodowych zostały przez sąd wzię-

16 M. Płachta, *Świadek anonimowy w procesie karnym z perspektywy europejskiej*, Studia Prawnicze, 1998, nr 3, s. 110.

17 B. Gronowska, *Świadek anonimowy i świadek koronny – polskie rozwiązania prawne w kontekście europejskich standardów ochrony praw człowieka*, [w:] *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci profesora Wiesława Daszkiewicza*, Poznań 1999, s. 255 i n.

18 Dz.U. z 1995 r., nr 89, poz. 444.

19 Orzeczenie ETPC Schenk v. Switzerland, 12.07.1988 r., par. 46.

20 Orzeczenie ETPC Kostovski v. The Netherlands, 20.11.1989 r., par. 39.

te po uwagę[21]. Zasadą powinno być przedstawienie dowodu w obecności oskarżonego, ze względu na gwarantowaną kontradyktoryjność postępowania, co nie znaczy, że dowód z zeznań świadków zawsze musi mieć miejsce na jawnej rozprawie, gdyż EKPC nie wyklucza z samej swej istoty wykorzystania zeznań uzyskanych w postępowaniu przedsądowym, jeśli tylko zostanie poszanowane prawo do obrony, tj. jeśli oskarżony zachowuje prawo do zakwestionowania zeznań podczas ich składania lub na późniejszym etapie postępowania[22]. Możliwości takiej nie miał skarżący w przedmiotowej sprawie, gdyż próby bezpośredniego przesłuchania świadków *incognito* pozostały bezskuteczne, podobnie jak możliwość przedstawiania im pytań na piśmie limitowana była przez decyzję o utajnieniu[23]. ETPC podniósł, że nieznajomość tożsamości świadka może uniemożliwić obronie zakwestionowanie jego wiarygodności lub zademonstrowanie jego uprzedzenia czy wrogości wobec oskarżonego, co powoduje, że niezwykle trudne będzie zweryfikowanie rzetelności relacji świadka, która może być wszakże nieprawdziwa albo zwyczajnie błędna[24]. Ponadto możliwości naocznej obserwacji zachowań zeznającego świadka pozbawiony był także orzekający w sprawie sąd, gdyż przesłuchanie dokonane zostało wyłącznie przez oficerów policji[25]. Zdaniem ETPC, jakkolwiek rozwój zorganizowanej przestępczości bez wątpienia wymaga wdrożenia odpowiednich środków, to przeważa jednak interes każdego członka cywilizowanego społeczeństwa w rzetelnej i podlegającej kontroli procedurze karnej[26].

Wiele z wymienionych powyżej zastrzeżeń ETPC powtórzył w sprawie Windischa przeciwko Austrii, gdzie dwaj świadkowie anonimowi zostali przesłuchani jedynie przez oficerów policji, którzy następnie przekazali ich zeznania do wiadomości sądu, oskarżony i jego obrońca zaś, mimo wielokrotnych próśb, nie mieli możliwości zadawania świadkom pytań[27]. Obrona miała co prawda możliwość rozpytywania na jawnej rozprawie oficerów policji, za których pośrednictwem przekazano zeznania świadków, jak i sposobność zadania tym ostatnim pytań na piśmie,

21 Orzeczenie ETPC Kostovski v. The Netherlands…, par. 40.
22 *Ibidem*, par. 41.
23 *Ibidem*, par. 42.
24 *Ibidem*, par. 42.
25 *Ibidem*, par. 43.
26 *Ibidem*, par. 44.
27 Orzeczenie ETPC Windisch v. Austria, 27.09.1990 r., par. 27.

jednak te „udogodnienia" nie mogły zastąpić bezpośredniego przesłuchania samych świadków przed sądem orzekającym, który również nie znał ich tożsamości[28]. Jakkolwiek współpraca społeczeństwa z wymiarem sprawiedliwości jest wartością istotną, a EKPC nie zabrania polegania na etapie śledztwa na informacjach ze źródeł anonimowych, to już następcze wykorzystanie tak zgromadzonych danych w stadium jurysdykcyjnym budzi wątpliwości, tym bardziej, że sprawstwo oskarżonego zostało potwierdzone jedynie przez świadków utajnionych[29]. Analogiczne postępowanie organów ścigania było przedmiotem krytyki ETPC w sprawie Delta przeciwko Francji, w której skazanie opierało się wyłącznie na relacjach objętych anonimizacją dwóch młodych kobiet, z których jedna była pokrzywdzoną. Ponadto sąd odwoławczy odmówił wezwania dwóch świadków obrony, więc skarżący został uznany winnym jedynie na podstawie pisemnych zeznań anonimowych świadków[30].

Natomiast w sprawie Brandstettera przeciwko Austrii, ETPC nie dostrzegł sprzeczności z regulacją konwencyjną, przede wszystkim ze względu na pomniejsze znaczenie dowodów z zeznań osobowych źródeł informacji objętych anonimowością, które nie były w żadnym razie decydujące, lecz stanowiły co najwyżej wskazówkę w całości materiału dowodowego. Ponadto skarżący nie dążył do przesłuchania utajnionych świadków[31].

Sprawa Lüdiego przeciwko Szwajcarii uznawana jest w doktrynie za przejaw złagodzenia stanowiska ETPC[32]. Różnica dotyczyła zwłaszcza osoby świadka – tajnego agenta policji, którego funkcja i personalia znane były sądowi, a wygląd fizyczny także oskarżonemu[33]. Niemniej organy wymiaru sprawiedliwości zaniechały przesłuchania agenta policji jako świadka w sprawie, nie przeprowadziły też jego konfrontacji z oskarżonym, która umożliwiłaby przeciwstawienie sobie ich sprzecznych oświadczeń, co w konsekwencji uniemożliwiło skarżącemu zakwestionowanie wiarygodności tajnego agenta[34].

---

28 *Ibidem*, par. 28–29.

29 *Ibidem*, par. 30–31.

30 Orzeczenie ETPC Delta v. France, 19.12.1990 r., par. 32–37.

31 Orzeczenie ETPC Brandstetter v. Austria, 28.08.1991 r., par. 49.

32 S. Waltoś, *Dylematy ochrony świadka w procesie karnym*, Państwo i Prawo, 1995, nr 4, s. 45.

33 Orzeczenie ETPC Lüdi v. Switzerland, 15.06.1992 r., par. 48–49.

34 *Ibidem*, par. 49.

Układ okoliczności sprawy Sad'diego przeciwko Francji wymagał, aby oskarżonego skonfrontowano z – rozpoznającymi go jako handlarza narkotyków – świadkami, któr ych wiarygodność kwestionował[35]. Skazanie bazowało wyłącznie na z eznaniach wspomnianych świadków, nie występowały w sprawie żadne dowody rzeczowe, opinie biegłych itd., stąd uniemożliwienie skarżącemu konfrontacji z nimi było równoznaczne z pozbawieniem go prawa do r zetelnego procesu[36]. Zdaniem rządu francuskiego trudności w odbieraniu zeznań od świadków będących aktywnymi narkomanami czyniły postulat konfrontacji „materią delikatną", w wyniku czego górę wzięła ochrona tychże osób, wymagająca nadzwyczajnej ostrożności. ETPC wyraził zr ozumienie wobec konieczności walki z przestępczością narkotykową, niemniej zaznaczył, ż e cel ten nie moż e usprawiedliwiać nadmiernego ograniczania praw osób oskarżonych o ich popełnienie[37].

Formułowane jest w doktrynie polskiej stanowisko, iż znaczenie sprawy Doorsona przeciwko Holandii ma charakter sz czególny, gdyż daje ona sposobność skonkretyzowania poglądów wyrażonych we wcześniejszych rozstrzygnięciach w odniesieniu do innego układu fakty cznego i procesowego i przeanalizowania warunków dopuszczalności instytucji utajnienia w świetle EKPC[38]. Zdaniem Trybunału fakt pr zesłuchania dwóch świadków anonimowych przez sędziego śledcz ego w trakcie wstępnego dochodzenia sądowego bez obecności obr ońcy oskarżonego nie naruszył standardu rzetelności postępowania karnego, gdyż pr zesłuchanie takie zostało następnie dokonane w toku następczego postępowania odwoławczego[39]. Podkreślono także, że chociaż w treści prawa do rzetelnego procesu nie wyrażono wprost konieczności uwzględnienia interesów świadków, to jednak ich ży cie, wolność i bezpieczeństwo są chronione przez inne gwarancje zawarte w EKPC, co powoduje, że państwa członkowskie powinny ukształtować procedurę kryminalną w taki sposób, aby te żywotne interesy nie zostały w sposób niesprawiedliwy pominięte. Rzetelny proces wymaga zaś wyważenia interesów oskarżonego z interesami świadków i pokrzywdzonych[40]. Kontrowersyjne i porzuco-

35 Orzeczenie ETPC Sad'di v. France, 20.09.1993 r., par. 39.
36 *Ibidem*, par. 41.
37 *Ibidem*, par. 43–44.
38 M. Płachta, *Świadek anonimowy w świetle orzecznictwa strasburskiego*, PS 1998, nr 11–12, s. 51.
39 Orzeczenie Doorson v. The Netherlands…, par. 68.
40 *Ibidem*, par. 70.

ne w późniejszym[41] orzecznictwie strasburskim było stanowisko uzasadniające anonimizację charakterem czynu, który zarzucano oskarżonemu oraz faktem podejmowania w ogóle przez handlarzy narkotyków prób zastraszania świadków, czego ofiarą stała się wcześniej jedna z osób objętych ochroną tożsamości, mimo braku dowodów jakichkolwiek gróźb ze strony skarżącego[42]. Ponadto ETPC sformułował pogląd, w którego myśl wykorzystanie w procesie anonimowego źródła dowodowego „nie jest w każdych okolicznościach niezgodne z EKPC" (*is not under all circumstances incompatible with the Convention*)[43]. Do powyższego orzeczenia, wydanego większością siedmiu głosów przeciwko dwóm, zgłoszono *votum separatum*, w którym podkreślono istotne naruszenie prawa do obrony, które nie zostało zrekompensowane sposobem przesłuchania chronionych świadków[44].

Powrotem do restrykcyjnej interpretacji EKPC w zakresie możliwości wykorzystania dowodu z zeznań świadka *incognito* było rozstrzygnięcie sprawy Van Mechelena i innych przeciwko Holandii. Jednym z powodów, dla których ETPC uznał, że prawo do rzetelnego procesu zostało naruszone, było przeprowadzenie przesłuchania świadków anonimowych w sposób wykluczający zaobserwowanie przez oskarżonych i ich obrońców reakcji i zachowań świadków w trakcie zadawania im pytań, co w konsekwencji uniemożliwiło weryfikację ich zeznań[45]. Analizując wystąpienie stanu zagrożenia dla świadka, należy uwzględnić także ewentualne przypadki zastraszania lub innego niebezpieczeństwa grożącego pozostałym świadkom w sprawie, zwłaszcza tym występującym jawnie, gdyż brak udokumentowanych prób bezprawnego wpływania na ich zeznania w jakimkolwiek czasie bez wątpienia budzi zastrzeżenia co do zasadności utajnienia podejmowanego tylko względem niektórych zeznających[46]. Uzasadnionej obawy niebezpieczeństwa, która z konieczności powinna się opierać na wnikliwej ocenie m.in. realnej sposobności oskarżonego lub jego środowiska do stworzenia zagrożenia względem świadka lub jego najbliższych, nie można jednak utożsamiać z powagą

41 Zob. Orzeczenie ETPC Van Mechelen and Others v. The Netherlands, 23.04.1997 r., par. 61.

42 Orzeczenie Doorson v. The Netherlands…, par. 71.

43 *Ibidem*, par. 69.

44 Zob. wspólne zdanie odrębne sędziego de Meyer i sędziego Ryssdal.

45 Orzeczenie ETPC Van Mechelen and Others v. the Netherlands…, par. 59.

46 *Ibidem*, par. 61.

i ciężarem gatunkowym przestępstwa, jakiego popełnienie zarzuca się oskarżonemu, gdyż takie działanie jest sprzeczne ze standardem rzetelnego procesu[47]. Należy również zauważyć, że w przypadku gdy świadkami anonimowymi są funkcjonariusze policji, ich sytuacja kształtuje się odmiennie w stosunku do np. ofiar przestępstwa, gdyż podlegają oni obowiązkowi posłuszeństwa wobec władzy wykonawczej i zwykle są w pewien sposób związani z działaniami prokuratury, stąd ich utajnienie może mieć jedynie charakter zupełnie wyjątkowy[48]. Mając zaś na względzie znaczenie, jakie w demokratycznym społeczeństwie nadaje się gwarancjom procesowym oskarżonego, wszelkie ograniczenia w tym zakresie muszą mieć charakter *ultima ratio* i ustąpić w praktyce ich stosowania przed mniej restrykcyjnymi metodami, gdy tylko okażą się one wystarczające[49]. Również względem tego orzeczenia zgłoszono dwa zdania odrębne, w których przeciwnie do *votum separatum* w sprawie Doorsona, poddano krytyce powyższy wyrok jako nazbyt restrykcyjny i skutkujący dyskontynuacją poprzedniej linii orzeczniczej, precyzującej warunki dopuszczalności anonimizacji[50].

W sprawie Koka przeciwko Holandii ETPC odwołał się do rozstrzygnięcia w sprawie Doorsona, biorąc jednocześnie pod uwagę ocenioną pozytywnie działalność sądów krajowych nakierowaną na ocenę wiarygodności świadka, jak również sposób przesłuchania oraz zakres ograniczeń w przypadku zadawania świadkowi pytań[51].

Kluczowym aspektem sprawy Vissera przeciwko Holandii było uzasadnienie objęcia świadka ochroną tożsamości. Zeznając przed sędzią śledczym, świadek przyznał, że nie zna oskarżonego, a obawia się ze względu na osobę innego współoskarżonego, który miał opinię człowieka brutalnego, jak również ze względu na obecność aktu zemsty w czynie przestępczym. Działanie sądów krajowych, które nie dołożyły staranności przy rozważaniu istnienia rzeczywistej i uzasadnionej obawy, jaka stanowi niezbędny warunek anonimizacji w ustawodawstwie holenderskim, skutkowało naruszeniem rzetelności postępowania[52].

---

47 *Ibidem*, par. 61.

48 *Ibidem*, par. 56.

49 *Ibidem*, par. 58.

50 Zob. zdanie odrębne sędziego Van Dijk oraz zdanie odrębne sędziego Matschera i sędziego Valticosa.

51 P. Wiliński, *op. cit.*, s. 207–209.

52 Orzeczenie ETPC Visser v. The Netherlands, 14.02.2002 r., par. 47–49.

Innym przypadkiem, w którym prawo do rzetelnego procesu zostało naruszone, jest sprawa Lucà przeciwko Włochom, w której skarżący zarzucał naruszenie art. 6 ust 1 i 3 lit. d EKPC w wyniku orzeczenia wyroku skazującego wyłącznie na podstawie twierdzeń nieznanego autora, *de facto* współoskarżonego, dostępnych prokuratorowi, którego to świadka nie pozwolono skarżącemu przesłuchać. Zostało to wykazane w analizie sprawy przez ETPC, który ponownie podkreślił niemożność wydania wyroku skazującego, opartego wyłącznie lub w decydującym stopniu na zeznaniach świadka *incognito*[53].

Na gruncie ustawodawstwa litewskiego powstała sprawa Birutisa, gdzie ETPC dostrzegł wprawdzie możliwość anonimizacji świadków będących więźniami zakładu karnego, w którym doszło do buntu, niejako usprawiedliwiającego tę metodę ochrony. Negatywnie jednak odniósł się do wykorzystania odebranych zeznań w procesie, w którym skazanie jednego z oskarżonych zostało oparte w całości na zeznaniach anonimowych, w przypadku zaś dwóch pozostałych skazanych istniały, co prawda, również inne dowody, lecz nie została im zapewniona możliwość przesłuchania utajnionych świadków[54].

W sprawie Taal przeciwko Estonii wyrok skazujący został oparty na zeznaniach z postępowania przygotowawczego, w tym również złożonych przez osobę, której tożsamości nie ujawniono wobec oskarżonego o próbę wymuszenia okupu groźbą zamachu bombowego[55]. Ustalono, że oskarżony nie mógł przesłuchać świadka, mimo kilkukrotnych nalegań, ani w toku postępowania przesądowego, ani w stadium jurysdykcyjnym, a sprawstwo zostało ustalone głównie dzięki świadkowi anonimowemu, który zeznał, iż słyszał, jak oskarżony mówił o groźbach, i rozpoznał nagrany na kasecie głos jako do niego należący [56], co pozwala przyjąć, że skazanie opierało się na tych zeznaniach w decydującym stopniu (*to a decisive extent*) i w połączeniu z brakiem możliwości zadawania świadkowi pytań naruszyło standard rzetelności procesu[57].

Rozpatrując sprawę Krasniki przeciwko Czechom, ETPC zauważył, że oskarżonemu nie przysługuje nieograniczone prawo do żądania obecności świadków na rozprawie sądowej i normalną praktyką sądów krajowych

53 Orzeczenie ETPC Lucà v. Italy, 27.02.2001 r., par. 31–40.
54 Orzeczenie ETPC Birutis and others v. Lithuania, 28.03.2002 r., par. 30–34.
55 Orzeczenie ETPC Taal v. Estonia, 22.11.2005 r., par. 9 i 32.
56 *Ibidem*, par. 33.
57 *Ibidem*, par. 35.

jest decydowanie o konieczności ich stawiennictwa[58]. Fakt zeznawania jako świadka anonimowego osoby mającej narkotykowe długi, która doświadczyła przemocy ze strony środowiska dilerów, bez precyzyjnego udokumentowania przez organy procesowe sposobu oceny racjonalności subiektywnych lęków tego świadka, a w konsekwencji bez uzasadnienia powagi argumentacji przemawiającej za utajnieniem, stanowi wyłom w rzetelności postępowania[59]. W sprawie tej ku takiej ocenie skłaniał również decydujący charakter zeznań anonimowego źródła dowodowego[60].

Natomiast w sprawie Taxqueta, oskarżonego o zabójstwo belgijskiego ministra i próbę zabójstwa jego partnerki, informacje pomocne w skazaniu, a dotyczące procesu planowania zamachu, pochodziły od anonimowego informatora[61], który nie był ani znany sądowi orzekającemu, ani formalnie przesłuchiwany, dostarczone zaś przezeń informacje służyły nadaniu „nowego impetu" sprawie[62]. ETPC zauważył, że z punktu widzenia rzetelnego procesu wymagane jest przeanalizowanie wypowiedzi świadka *incognito* przez sędziego, który zna prawdziwą tożsamość świadka, gdyż w przypadku przesłuchiwania i wydawania wyroku przez ławę przysięgłych nie jest w praktyce możliwe ustalenie, czy zeznania te są podstawą wyroku w stopniu decydującym[63]. Wspomniana sytuacja zaistniała w omawianej sprawie w połączeniu z uniemożliwieniem zadawania pytań świadkowi przez oskarżonego, jak też jego obrońcę, co powoduje naruszenie standardów konwencyjnych, zwłaszcza art. 6 EKPC.

Analiza przedstawionych spraw nasuwa szereg spostrzeżeń. Po pierwsze – w 15 omówionych sytuacjach, w których węzłową kwestią było prawne uregulowanie lub praktyczne funkcjonowanie instytucji świadka anonimowego w wybranych państwach europejskich, ETPC jedynie w trzech przypadkach nie dopatrzył się naruszenia standardu rzetelnego procesu[64] w wyniku zastosowania anonimizacji. We wszystkich pozostałych sprawach[65] utajnienie osobowego źródła dowodowego przed oskar-

58 Orzeczenie ETPC Krasniki v. The Czech Republic, 28.05.2006 r., par. 75.
59 *Ibidem*, par. 80–82.
60 *Ibidem*, par. 84.
61 Orzeczenie ETPC Taxquet v. Belgium, 13.01.2009 r., par. 63.
62 *Ibidem*, par. 63.
63 *Ibidem*, par. 65.
64 Orzeczenia ETPC: Doorson v. The Netherlands…, par. 83; Brandstetter v. Austria…, par. 49; Kok v. The Netherlands…
65 Orzeczenia ETPC: Kostovski v. The Netherlands…, par. 45; Windisch v. Austria…, par. 32; Delta v. France…, par. 37; Lüdi v. Switzerland…, par. 50; Sad'di

żonym i jego obrońcą faktycznie okazywało się tożsame z naruszeniem art. 6 ust. 1 i 3 lit. d EKPC. Po drugie – mając powyższe na względzie, nie sposób zgodzić się z wyrażonym w doktrynie polskiej poglądem, według którego nie jest sprzeczna z EKPC instytucja świadka anonimowego jako metoda, lecz jedynie konkretne rozwiązania prawne determinujące sposób i zakres jej zastosowania[66]. Utajnienie świadka nie stanowi bowiem w orzecznictwie strasburskim koncepcji abstrakcyjnej, istniejącej w oderwaniu od konkretnych regulacji prawnych, lecz pewien agregat urządzeń normatywnych istniejących w danym państwie, w danym czasie. Podkreśla to charakter Trybunału, powołanego wszakże do orzekania *ad casum*, w ścisłym związku z konkretnymi działaniami lub zaniedbaniami, nie zaś do sprawowania abstrakcyjnej kontroli norm i aktów normatywnych[67] czy wyprowadzania twierdzeń natury ogólnej, abstrahujących od realiów sprawy. Po trzecie – wymowna jest teza wyartykułowana przez ETPC w nawiązaniu do instytucji anonimowości, w której myśl wzrost zagrożenia przestępczością zorganizowaną wymaga co prawda podjęcia odpowiednich środków, lecz standard rzetelnego procesu, który decyduje o prawidłowym wymiarze sprawiedliwości, ma zastosowanie do wszystkich typów przestępstw, niezależnie od stopnia ich skomplikowania, stąd rzetelność sprawowania wymiaru sprawiedliwości, jako zajmująca niezwykle doniosłe miejsce w społeczeństwie demokratycznym, nie może być poświęcona w imię pragmatyzmu procesowego i korzyści organów ścigania[68].

Kończąc powyższe rozważania, zasadne wydaje się postulowanie rezygnacji przez państwa członkowskie Rady Europy z instytucji świadka anonimowego, jako instytucji „granicznej", umiejscowionej teoretycznie wzdłuż cienkiej normatywnej linii dzielącej wyważenie praw oskarżonego z interesem świadka, w praktyce jednak zlokalizowanej poza tą granicą, wyznaczaną przez standard rzetelnego procesu, na niekorzyść możliwo-

v. France…, par. 44; Van Mechelen and others v. The Netherlands…, par. 66; Visser v. The Netherlands…, par. 52; Lucà v. Italy…, par. 45; Birutis and others v. Lithuania…, par. 35; Taal v. Estonia…, par. 36; Krasniki v. The Czech Republic…, par. 86; Taxquet v. Belgium…, par. 69.

66 P. Wiliński, *op. cit.*, s. 224.

67 R. Bernhardt, *Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights*, [w:] *Human Rights and Judicial Review. A Comparative Perspective*, Dordrecht–Boston–London 1994, s. 315–316.

68 Orzeczenie ETPC Ramanauskas v. Lithuania, 5.02.2008 r., par. 53.

ści obrończych oskarżonego, będącego wszakże centralnym podmiotem toczącego się postępowania. Przemawia za tym także dostępność rozwiązań alternatywnych, takich jak intensyfikacja ochrony pozaprocesowej, obejmującej wzorem amerykańskim czy kanadyjskim zmianę tożsamości osoby, jej przemieszczenie i kompleksową ochronę[69], w skrajnych zaś sytuacjach także możliwość wyposażenia świadka, za przykładem legislatywy norweskiej i szwedzkiej lub judykatury szwajcarskiej[70], w prawo odmowy zeznań z uwagi na grożące niebezpieczeństwo. Wskazane tu środki prawne nie niweczą jednocześnie uprawnień pozostałych uczestników procesu. Kompensacja słabości państwa w zapewnieniu bezpieczeństwa jego obywatelom za pomocą ograniczania w prawach niektórych z nich jest wyrazem bezradności wymiaru sprawiedliwości oraz nieskuteczności aparatu ścigania, stanowi przejaw nie tyle walki z e strachem spowodowanym przestępczością, ile poddanie się temu lękowi, a w konsekwencji prawne dryfowanie ku sądom kapturowym i innym działaniom[71], które w demokratycznej wspólnocie poszanowania praw człowieka nie powinny mieć miejsca.

---

69 E. Gruza, *Programy ochrony świadka*, Prokuratura i Prawo, 1998, nr 2, s. 83 i n.

70 S. Waltoś, *op. cit.*, s. 42, 47.

71 A. Taracha, *Ograniczanie praw jednostki w kodeksie postępowania karnego i prawie policyjnym*, Prokurator, 2003, nr 2, s. 83 i n.

Mateusz Bużowicz

Rola biegłego psychiatry w polskiej procedurze karnej

W czerwcu 2011 r. pojawiła się wiadomość o możliwości poddania badaniu przez biegłego psychiatrę Jarosława Kaczyńskiego, przewodniczącego partii Prawo i Sprawiedliwość. Sprawa ta wywołała powszechne zainteresowanie mediów i opinii publicznej. Przypadek ów nie będzie jednak przedmiotem mojego artykułu, kwestię tę pozostawiam dziennikarzom i prawnikom. Skłoniła mnie ona jednak do przyjrzenia się uprawnieniom i roli biegłego psychiatry w oparciu o przepisy polskiego prawa karnego procesowego. Na początku należy zaprezentować stan prawny i uporządkować pewne fakty.

Według ustawy karnoprocesowej biegłego danej specjalności powołuje się: „Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych (…)”[1]. Czym charakteryzują się wiadomości specjalne? Jest to „(…) wiedza, jakiej nie posiada, z racji wykształcenia, prawnik – absolwent studiów akademickich, a nie wynika ona również z doświadczenia życiowego przeciętnego człowieka (SN II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10–11, poz. 133; II KR 186/82, OSNPG 1983, nr 5, poz. 59). Wyraźnie bowiem należy odróżnić wiedzę specjalistyczną w jakiejś dziedzinie, która może być wynikiem tylko specja-

1 Art. 193 § 1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555z późn. zm.).

listycznego wyszkolenia, np. wiedza psychiatryczna, psychologiczna, z zakresu chemii czy innych dziedzin, od wiedzy o pewnej dziedzinie, jaką nabywa w toku studiów i dalszego samokształcenia prawnik np. o psychiatrii (…)"[2]. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 r., „Posiadanie wiadomości specjalnych powinno być wykazane dokumentami lub innymi dowodami. Ocena, czy posiadanie wiadomości specjalnych zostało dostatecznie wykazane, należy do prezesa"[3]. Mowa tu, rzecz jasna, o prezesie sądu okręgowego, przy którym powoływani są biegli różnych specjalności, na okres 5 lat. Biegli umieszczani są przez niego na liście biegłych sądowych, w oparciu o ich specjalizację z danej dziedziny oraz posiadane umiejętności. Prezes sądu prowadzi również wykaz biegłych sądowych na kartach założonych dla samego biegłego. Na poszczególnych listach i wykazach podane są adresy biegłych, termin, do którego biegli zostali ustanowieni, a także informacje odnośnie do ich specjalizacji.

Wracając do wiadomości specjalnych, wskazać trzeba, że kandydat na biegłego, a w szczególności biegłego psychiatrę powinien dysponować odpowiednimi dokumentami, potwierdzającymi nabyte przez niego umiejętności. Należą do nich: „(…) zaświadczenie o uzyskaniu specjalizacji w zakresie psychiatrii oraz zaświadczenia odbytych szkoleń i kursów prowadzonych przez upoważnione placówki. Wydaje się, że obligatoryjnym wymogiem prezesów sądów winno być członkostwo Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP, które przez udział w konferencjach Sekcji daje rękojmię doskonalenia wiedzy w tej dziedzinie"[4].

Biegły powinien również posiadać odpowiednie predyspozycje: „Wiadomo, że ma być dobrze wykształcony i uczciwy. Trzeba stronić od ekspertów owładniętych emocjami i zawodowymi ambicjami, którzy nie potrafią zmienić poglądu nawet po wykazaniu im oczywistych błędów w przyjmowanych założeniach. Jeśli biegły stanowczo wie, to nie nadaje się do roli eksponenta prawdy"[5]. W rozpatrywanym przeze mnie

2 J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks Postępowania karnego. Komentarz*, wydanie II, Kraków 2003.

3 § 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 w sprawie biegłych sądowych (Dz.U. nr 15, poz. 133).

4 J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Podręcznik dla lekarzy i prawników. Część I: Opiniowanie w procesie karnym*, wydanie IV, Toruń [2007], s. 12. PTP – Polskie Towarzystwo Psychiatryczne.

5 J. Gurgul, *Zadania i rola prokuratora w opiniowaniu sądowo-psychiatrycznym*, Problemy Kryminalistyki, 2000, nr 227/I.

przypadku biegły powinien być lekarzem o specjalności psychiatrycznej, dziedziny, w której prowadzi praktykę i ma doświadczenie. Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2004 r., kwestię tę precyzując, stanowi, iż: „Badania przeprowadza lekarz będący specjalistą w dziedzinie medycyny właściwej ze względu na zakres badania"[6]. W sprawie kwalifikacji biegłego psychiatry warto oddać głos przedstawicielowi środowiska lekarskiego, Januszowi Heitzmanowi: „Teoretycznie biegły musi mieć nie tylko dobre przygotowanie kliniczne z dziedziny psychiatrii, umieć diagnozować i leczyć, ale także mieć pewne cechy osobowościowe, aby poradzić sobie na sali sądowej z atakami prokuratorów, adwokatów, nie dać się zastraszyć, zbić z tropu, musi być wiarygodny. Sąd powinien powoływać na biegłych osoby doświadczone, cieszące się dużym zaufaniem środowiska (…)"[7]. Podczas wykonywania swoich czynności, biegły psychiatra powinien odznaczać się również dobrą znajomością przepisów prawa, gdyż: „Tylko opinia sformułowana z zastosowaniem właściwej terminologii będzie miała znaczenie dla sądu i spełni swoją rolę w procesie karnym. (…) Prawo posługuje się ustalonymi i jednoznacznymi terminami i wymaga od biegłych, aby działali w ramach przepisów i swe ustalenia kliniczne dostosowali do ich wymogów"[8].

Kodeks postępowania karnego (k.p.k.) normuje w art. 196 §1, iż biegłym nie może być osoba „najbliższa dla oskarżonego", „pozostająca z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym", powołana w sprawie w charakterze świadka, „osoba, która była świadkiem czynu", oraz osoba, do której odnoszą się o przyczyny wyłączenia wymienione w art. 40 § 1 pkt 1–3 i 5. Ponadto, jak stanowi art. 202 § 4 k.p.k., biegły nie może pozostawać z innym biegłym w związku małżeńskim ani w innym stosunku, który mógłby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do ich samodzielności. „Nie stanowi natomiast przeszkody zależność służbowa w zakresie administracyjnym biegłych zatrudnionych w tym samym zakładzie pracy"[9]. Biegły ma ponadto wiele uprawnień: od prawa do wglądu akt, po wnioskowanie o uzupełnienie składu biegłych o innych specjalistów. Co najważniejsze, bierze udział w roz-

6 § 7 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej (Dz.U. nr 108, poz. 1021).

7 M. Skrabek, *Problemy psychiatrii sądowej*, Miesięcznik Okręgowej Izby Lekarskiej w Warszawie im. Prof. Jana Nielubowicza „Puls", 2005, nr 6.

8 J. Przybysz, *op. cit.*, s. 17–18.

9 SN V KRN 404/73, OSNKW 1974, nr 6, poz. 107.

prawie i przesłuchuje oskarżonego i świadków w zakresie takim, który jest mu potrzebny do oceny stanu zdrowia psychicznego. W praktyce jednak „Liczba psychiatrów podejmujących się funkcji biegłych jest niedostateczna, co stanowi znacząca okoliczność przewlekającą postępowanie. Być może wzywanie biegłych na rozprawę tylko w naprawdę uzasadnionych przypadkach zmniejszyłoby ich niechęć do pełnienia obowiązku biegłych”[10].

Zgodnie z art. 200 § 1 k.p.k. biegły składa opinię ustnie lub na piśmie, w zależności od polecenia organu procesowego. „W praktyce przyjęła się forma opinii na piśmie, zaproponowana przez Klinikę Psychiatrii Sądowej Instytutu Psychiatrii i Neurologii (…) Rangę wymogów prawa nadało tej formie zarządzenie Min. Zdr. i Op. Społ. z 31 III 1971 r. w sprawie zasad sporządzania opinii lekarskich dotyczących oskarżonego (Dz.U. Min. Zdr. i Op. Społ. nr 10, poz. 46)”[11]. Opinia sądowo-psychiatryczna powinna być wolna od jakichkolwiek informacji dotyczących oskarżonego, które by go obciążały. Odnosi się do tego wprost art. 199 k.p.k.: „Złożone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu”. Warto wskazać tu przepis art. 51 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, który stanowi, iż w dokumentacji dotyczących badań lub przebiegu leczenia osoby nie utrwala się oświadczeń obejmujących przyznanie się do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Zasadę tę stosuje się również do dokumentacji dotyczącej badań przeprowadzonych na żądanie strony.

Kodeks karny reguluje stan niepoczytalności w sposób następujący: „(…) Nie popełnia przestępstw, kto z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem”[12]. Do zadań biegłego psychiatry należeć będzie w tym wypadku ocena, *czy sprawca był poczytalny w chwili popełnienia czynu zabronionego, czy też popełnił go, będąc w stanie niepoczytalności*. Do zbadania niepoczytalności wykorzystuje się metodę mieszaną, składającą się z dwóch metod: pierwsza określa źródło (tzw. metoda psychiatryczna), druga – następstwa niepoczytalności (tzw. metoda psychologiczna).

---

10 J. Przybysz, *op. cit.*, s. 17.

11 *Ibidem*, s. 43.

12 Art. 31 § 1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553, ze zm.).

Metoda psychiatryczna dotyczy ustalenia stanu psychicznego sprawcy, tzn. czy jego niepoczytalność jest następstwem zaburzeń, chorób czy upośledzeń psychicznych.„Metoda ta przerzuca w znacznym stopniu ustalenie niepoczytalności, jako okoliczności wyłączającej winę, z obowiązku sądu na biegłych psychiatrów”[13]. Metoda psychologiczna (zwana również prawniczą),„(…) pomija natomiast źródła niepoczytalności, ograniczając się do określenia jej następstw, tzn. braku możliwości rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Jej słabą stroną jest daleko posunięta arbitralność ocen”[14]. Należy pamiętać – jak wskazał Sąd Najwyższy – iż„(…) w procesie karnym stan psychiczny oskarżonego ma znaczenie dopiero przy ustaleniu, że dopuścił się on czynu zabronionego**.** Żaden przepis prawa nie zwalnia sądu z obowiązku ustalenia, czy oskarżony, który według opinii biegłych psychiatrów jest niepoczytalny w rozumieniu art. 31 § 1, popełnił zarzucany mu czyn. (…) musi zachodzić zbieżność w czasie dwóch zaszłości: czynu oskarżonego oraz jego niepoczytalności”[15].

Biegli psychiatrzy, oceniając poczytalność sprawcy, biorą zawsze pod uwagę trzy czynniki, tj.: „1) konkretny, zarzucany sprawcy czyn zabroniony (jego rodzaj i okoliczności), 2) konkretnie określony czas czynu czy przestępstwa i odnoszą je do 3) stanu psychicznego, w jakim znajdował się wówczas sprawca. (…) Zwracają uwagę zwłaszcza na to, czy istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy rodzajem zaburzeń i ich nasileniem, a rodzajem czynu i jego okolicznościami”[16].

Jak stanowi Kodeks postępowania karnego, w *celu wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego powołuje się dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, a na ich wniosek możliwe jest powołanie biegłego lub biegłych innych specjalności.* Dowód z opinii biegłych lekarzy psychiatrów dopuszcza sąd, a w postępowaniu przygotowawczym – prokurator, wydając w tym przedmiocie postanowienie. Opinia sporządzona przez biegłego psychiatrę powinna „(…) zawierać stwierdzenia dotyczące zarówno poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia czynu, jak i jego

13 A. Zoll, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I: Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004.

14 *Ibidem*.

15 Wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2002 r., III KKN 329/99, OSNKW 2002, z. 7–8, s. 53.

16 D. Hajdukiewicz, *Biegli psychiatrzy w procedurze karnej*, Niebieska Linia, 2001, nr 3.

aktualnego stanu zdrowia psychicznego oraz zdolności do udziału w postępowaniu, a w razie potrzeby co do okoliczności wymienionych w art. 93 Kodeksu karnego"[17]. Artykuł 93 k.k. dotyczy wydania opinii biegłego odnośnie do środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub skierowaniem na leczenie ambulatoryjne.

W przypadku sporządzenia opinii przez biegłych psychiatrów jest to opinia wspólna.,,Można jednak mieć wątpliwości, czy mamy wówczas jedną czy dwie opinie dwóch biegłych oraz jaka jest pozycja biegłych innych specjalności, zwłaszcza psychologów, uczestniczących w przygotowaniu opinii psychiatrycznej. (…) Biegli innych specjalności nie występują przed sądem, a wyniki ich ustaleń są z reguły tylko powoływane w opinii pisemnej, co najwyżej stosowne dokumenty stanowią załączniki do opinii »psychiatryczno-psychologicznej«"[18].

Istnieje również pogląd, iż opinia o stanie zdrowia psychicznego wydana przez co najmniej dwóch biegłych psychiatrów może być sporządzona albo przez każdego z biegłych oddzielnie albo wspólnie, jako ekspertyza kolektywna. Wybór ekspertyzy należy zawsze do organu procesowego, w zależności od okoliczności danej sprawy. Należy pamiętać o tym, aby każdy z biegłych osobiście uczestniczył w wydaniu opinii oraz osobiście przeprowadził badania albo w nich uczestniczył. „Przecież nie o dwa podpisy pod opinią chodzi w świetle art. 183 k.p.k., ale o gwarancje związane z podwójnym spojrzeniem na to samo zagadnienie przez dwóch specjalistów z tej samej dziedziny i z dwoma samodzielnymi ocenami"[19].

Idąc dalej, można sobie zadać pytanie: czy jest dopuszczalne wydanie opinii przez jednego biegłego psychiatrę? Tak, ale tylko w przypadku uprawdopodobnienia odstępstwa od normy psychicznej, a więc gdy zachodzi uzasadniona obawa co do poczytalności, innej osoby niż oskarżony. Sięgając po przepisy k.p.k., trzeba zauważyć, iż „(…) w wypadkach, w których nie chodzi o badanie oskarżonego, nie obowiązuje dla ekspertyzy psychiatrycznej wymaganie »co najmniej dwóch psychiatrów«. (…) o tym, czy wezwać dwóch (lub więcej) psychiatrów do wydania opinii o zdrowiu psychicznym osoby innej niż oskarżony, powinien roz-

17 Art. 202 § 5 k.p.k.

18 L.K. Paprzycki, *Prawna problematyka opiniowania psychiatryczno-psychologicznego w postępowaniu karnym oraz w zakresie ochrony zdrowia psychicznego*, Kraków 2006, s. 124–125.

19 M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, wydanie drugie zmienione i rozszerzone, Warszawa 1977, s. 457.

strzygnąć organ zarządzający ekspertyzę przy uwzględnianiu w każdym wypadku konkretnych okoliczności danej sprawy"[20].

Warto zaznaczyć, iż nie zawsze wiedza biegłych psychiatrów wystarczy do sporządzenia opinii. W zależności od potrzeb organ zwraca się również o opinię do lekarzy innych specjalności, jak psychologa czy neurologa. Jeżeli organ powołuje biegłych różnych specjalności, to zgodnie z art. 193 § 3 k.p.k. organ procesowy rozstrzyga, czy mają oni wydać opinię wspólną bądź odrębną. Jednak w praktyce, organ pozostawia to najczęściej do dyspozycji i uznania biegłych.

Na podstawie art. 93 k.k. sąd może orzec środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub skierowaniem na leczenie ambulatoryjne, gdy jest to niezbędne do zapobieżenia ponownemu popełnieniu czynu zabronionego, związanego z chorobą psychiczną sprawcy, jego upośledzeniem umysłowym bądź uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego. *Sąd wysłuchuje w tym wypadku opinii lekarzy psychiatrów bądź też psychologa, a w sprawach osób z zaburzeniami preferencji seksualnych, poza lekarzami psychiatrii i psychologiem – lekarza seksuologa.* W tej sytuacji należy przytoczyć postanowienie Sądu Najwyższego[21]: „(…) decyzję o zasadności stosowania środka zabezpieczającego podejmuje sąd, a nie biegli. Ci ostatni ustalają natomiast, jaki jest stan zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego, i formułują medyczną prognozę prawdopodobieństwa popełnienia przez taką osobę czynu zabronionego określonej kategorii"[22]. Należy pamiętać, iż art. 93 k.k. umożliwia sądowi wydanie postanowienia tylko w sytuacji, jeśli zapobiegnie to ponownemu popełnieniu czynu przez sprawcę w związku z jego zaburzeniami psychicznymi. Ponadto, zgodnie z art. 94 § 1 k.k., aby wydać postanowienie o umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym, muszą zostać spełnione określone warunki, a mianowicie: a) musi zostać stwierdzona niepoczytalność sprawcy, b) czyn przez niego popełniony musi być znacznej społecznej szkodliwości, c) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo ponownego popełnienia takiego czynu przez sprawcę.

Jeżeli *zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo, na wniosek biegłych psychiatrów, badanie stanu*

---

20 *Ibidem*, s. 460.

21 Postanowienie Sądu Najwyższego z 18.06.1996 r., V KKN 35/96, Orz. Prok. i Pr. 1997, nr 2, poz. 4.

22 M. Mozgawa, M. Budyk-Kulig, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wydanie III, Warszawa 2010.

zdrowia psychicznego może być połączone z obserwacją w zakładzie leczniczym. Sąd w toku procesu, a w postępowaniu przygotowawczym – na wniosek prokuratora, orzeka o umieszczeniu w zakładzie leczniczym, określając miejsce i czas obserwacji. Wniosek biegłych o połączenie badania stanu zdrowia z obserwacją w zakładzie leczniczym jest sygnałem dla organu procesowego, iż obserwacja jest niezbędna do zbadania zdrowia psychicznego oskarżonego. Oczywiście z zapytaniem co do obserwacji może wystąpić sam organ pr ocesowy, zwracając się w tej sprawie do biegłych. W sytuacji gdy „(…) zdania biegłych co do potrzeby obserwacji w zakładzie leczniczym podzieliły się, sąd władny jest zar ządzić tę obserwację. Oznacza to bowiem nic innego jak fakt uznania pr zez sąd jednej z tych opinii, a odrzucenie drugiej. Nie jest trafne zdanie, że sąd może zarządzić obserwację bez wniosku biegłych"[23].

Zgodnie z przepisami k.p.k., sąd nie może z własnej inicjatywy skierować oskarżonego na obser wację w zakładzie leczniczym. To biegli, zgodnie z art. 193 § 1 k.p.k., posiadają odpowiednią wiedzę specjalistyczną oraz doświadczenie i w oparciu o nie mogą wnioskować o wydanie takiego postanowienia. „Nie wyklucza to jednak sformułowania przez sąd albo pr okuratora sugestii wobec biegły ch co do konieczności przeprowadzenia obserwacji (…) W sytuacji gdy biegli nie uwzględnią takiej sugestii – w pierwszej kolejności sąd ma prawo żądać od biegły ch ustosunkowania się do tej kw estii (SN II KR 233/79, OSNPG 1980, nr 5, poz. 68; SN III KR 8/82, niepubl.), a w szczególnych okolicznościach konkretnej sprawy dotychczas wydaną opinię można uznać za niejasną lub niepełną w rozumieniu art. 201, co umożliwia także powołanie innych biegłych (SN IV KR 15/86, OSNPG 1986, nr 11, poz. 150)"[24].

Sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, po wysłuchaniu biegłych, oznacza w postanowieniu konkretny czas obser wacji w zakładzie leczniczym. Według k.p.k. obserwacja nie powinna trwać dłużej niż 4 tygodnie. Na wniosek zakładu lecznicz ego może zostać przedłużona na czas określony, jednakże łączny czas nie moż e przekroczyć 8 tygodni. Zarówno sądy, jak i prokuratorzy są związani terminami pr ocesowym. „Dlatego wymogiem jest, aby z wnioskiem o przedłużenie obserwacji występował zakład, w którym jest ona przeprowadzana, a nie biegli. Ma to na celu kontrolę kie-

23 M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *op. cit.*, s. 46.

24 J. Grajewski, L.K. Paprocki, S. Steinborn, *Komentarz zaktualizowany do art. 1–424 ustawy Kodeks postępowania karnego*, LEX, 2010.

rownictwa zakładu nad celowością wniosku. Wniosek winien być przedłużony przed upływem wyznaczonego terminu obserwacji, aby sąd zdołał przed upływem obserwacji wydać stosowne postanowienie przed ustalona datą"[25]. Należy jednak pamiętać, że przetrzymywanie oskarżonego ponad termin obserwacji oznaczony w postanowieniu wydanym przez sąd albo nawet zgodnie z tym postanowieniem, ale bez uzasadnionej potr zeby, traktowane być musi zawsze jako działanie wbrew przepisom prawa i podlegać sankcji.

Biegły psychiatra ma za zadanie orzekać również o stanie zdrowia oskarżonego, świadka, jak i pokrzywdzonego. Zgodnie z przywoływanym już wielokrotnie art. 202 k.p.k. biegli psychiatrzy mają obowiązek wydać opinię odnośnie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. Jeżeli badanie stwierdzi jego niezdolność do udziału w postępowaniu, może być to podstawa chociażby do zawieszenia postępowania, zgodnie z art. 22 k.p.k.: „Jeżeli zachodzi długotrwała przeszkoda uniemożliwiająca prowadzenie postępowania, a szczególności jeżeli nie można ująć oskarżonego albo nie może on brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej chor oby postępowanie zawiesza się na czas trwania przeszkody". Warto przywoła tutaj wyrok Sądu Najwyższego, iż: „Nie każda choroba psychiczna uniemożliwia oskarżonemu branie udziału w postępowaniu i musi powodować jego zawieszenie. Choroba psychiczna wtedy mianowicie uzasadnia zawieszenie postępowania, gdy pozbawia oskarżonego faktycznej możliwości brania udziału w procesie lub wyłącza możliwość rozumnej obrony. Przez użyte w art. 15 k.p.k. (obecnie art. 22 k.p.k.) pojęcie »nie może on brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej« należy rozumieć taką sytuację, w której oskarżony, mimo udziału niezbędnego obrońcy, nie jest w stanie kierować swym zachowaniem w toku procesu, tj. w sposób właściwy rozumie znaczenie czynności procesowych i składać sensownych oświadczeń"[26]. W momencie gdy niepoczytalność oskarżonego „(…) była skutkiem przewlekłej choroby psychicznej – psychozy, uniemożliwia ona świadomy i rzeczowy udział w postępowaniu, choć bywają przypadki, w których udział osoby chorej psychicznie (np. w psychozach paranoicznych) jest możliwy, a nawet wskazany"[27]. W tej sytuacji, gdy zachodzi

25 J. Przybysz, *op. cit.*, s.37.

26 Wyrok Sądu Najwyższego z 18.05.1979 r., IV KR 92/79, OSNPG 1979, nr 11, poz. 156.

27 D. Hajdukiewicz, *op. cit.*

obawa o poczytalność oskarżonego, sąd ustanawia pełnomocnika, zgodnie z art. 79 § 1 k.p.k.

W przypadkach większej wagi biegli psy chiatrzy wnoszą do sądu o poddanie sprawcy badaniu w szpitalu psychiatrycznym na podstawie art. 203 k.p.k. Sposób postępowania przedstawia się następująco: w razie zgłoszenia przez biegłych takiej konieczności badanie psychiatryczne oskarżonego może być połączone z obserwacją w zakładzie leczniczym. Orzeka o tym sąd, określając miejsce obserwacji. W postępowaniu przygotowawczym sąd orzeka na wniosek prokuratora. Obserwacja w zakładzie leczniczym nie po winna trwać dłużej niż 6 tygodni; na wniosek zakładu sąd może przedłużyć ten termin na czas określony, niezbędny do zakończenia obserwacji. O zakończeniu obserwacji biegli niezwłocznie zawiadamiają sąd. Biegli sądowi muszą uzasadnić wniosek, który podlega kontroli sądu i nie jest dla niego wiążący. Opinia sądowo-psychiatryczna jest w oczach sądu tylko jednym z dowodów w sprawie i podlega ocenie dowodowej, „(…) swobodnie, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”[28].

Warto zauważyć, że:,,Opinia biegłych co do aktualnego stanu zdrowia psychicznego oskarżonego, która jest istotna dla oceny war tości dowodowej jego wyjaśnień i jego zachowania w toku postępowania, powinna także zawierać, w miarę potrzeby, ocenę jego zdolności do uczestniczenia w czynnościach procesowych, w tym w rozprawie, co ma decy dujące znaczenie dla możliwości realizowania prawa do obrony, a także potrzeby zawieszenia postępowania”[29]. Sąd Najwyższy wskazał poza tym, iż „opinia psychiatryczna powinna zawierać opis metod i sposobu przeprowadzania badań, okr eślenia porządku, w jakim je pr zeprowadzono, oraz przytaczać wszystkie argumenty opar te na okolicznościach, któr e mają związek z badanymi faktami, a które obudowane są fachowymi wyjaśnieniami biegłych”[30]. Jest to tym bar dziej ważne, iż „opinia biegły ch może – w określonych wypadkach – końcowy rezultat starcia się różnych, nawet przeciwstawnych poglądów i że niekiedy może nie dojść do pełnego uzgodnienia poglądów między biegłymi”[31].

---

28 Art. 7 k.p.k.

29 J. Grajewski, L.K. Paprocki, S. Steinborn, *Komentarz zaktualizowany do art. 1–424 ustawy Kodeks postępowania karnego*, LEX/El, 2011.

30 Wyrok Sądu Najwyższego z 17.10.1983 r., II KR 214/83, OSNGP 1984, nr 4, poz. 32.

31 Postanowienie Sądu Najwyższego z 27.01.1973 r., III KZ 234/72, OSNKW 1973, nr 5, poz. 64.

Biegli orzekają również, czy stan zdrowia oskarżonego pozwala mu na przebywanie w areszcie podczas tymczasowego aresztowania. Jeżeli orzekną o tym, iż sprawca nie powinien przebywać w areszcie ze względu na stan zdrowia, to zgodnie z art. 259 k.p.k. odstępuje się od tymczasowego aresztowania, zwłaszcza gdy pozbawienie oskarżonego wolności spowodowałoby dla jego życia lub zdrowia poważne niebezpieczeństwo. W sytuacji gdy zastosowanie aresztu jest zasadne i jeżeli „stan zdrowia oskarżonego tego wymaga, tymczasowe aresztowanie może być wykonywane tylko w postaci umieszczenia w odpowiednim zakładzie leczniczym"[32].

Biegły wydaje opinie o stanie zdrowia świadka. Zgodnie z art. 192 § 4 k.p.k. w celach dowodowych poddaje się świadka, za jego zgodą, oględzinom ciała i badaniu lekarskiemu lub psychologicznemu. Sąd lub prokurator, zgodnie z art. 192 § 2 k.p.k., może zarządzić przesłuchanie świadka z udziałem biegłego lekarza lub psychologa w sytuacji, gdy „istnieje wątpliwość co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń (…)"[33].

W doktrynie wskazuje się przesłuchania świadka z udziałem biegłego lekarza psychiatry lub psychologa powinno być obowiązkowe, a nie jedynie fakultatywne, jak to wynika z brzmienia art. 192 §2 k.p.k. Zatem takie przesłuchanie z udziałem biegłego musi być „uzasadnione okolicznościami sprawy, wskazującymi na istnienie uzewnętrznionych (a zwłaszcza odpowiednio udokumentowanych) wątpliwości, mogących świadczyć o możliwości wystąpienia u świadka zaburzeń w tych sferach, o których traktuje omawiany przepis, będący jednym z instrumentów umożliwiających ustalenie prawdy. Wynika to z tego, że art. 192 § 2 przewiduje przecież jeden z ważnych środków mających na celu ułatwienie poczynienia ustaleń faktycznych odpowiadających prawdzie, który to cel jest bezspornie podstawowym obowiązkiem sądu – art. 2 § 1 pkt 1 (SN Rw 445/84, OSNKW 1985, nr 5–6, poz. 43)"[34]. W związku z tym: „Oczywiście biegły nie ma żadnej możliwości stwierdzenia prawdziwości wypowiedzi i nie tego oczekuje od niego sąd. Może jedynie wykazać obecność takich cech osobowości lub objawów psychopatologicznych, które bądź to pomniejszają wiarygodność wypowiedzi, bądź czynią je niewiarygodnymi"[35].

---

32 Art. 260 k.p.k.

33 Art. 193 § 2 k.p.k.

34 J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wydanie III, Kraków 2003.

35 J. Przybysz, *op. cit.*, s. 81.

Warto wspomnieć o przesłuchaniu świadków–pokrzywdzonych, którzy nie ukończyli w chwili czynu 15 lat. Zgodnie z przepisami art. 185 a k.p.k. świadków–pokrzywdzonych przesłuchuje się tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub zażąda tego oskar żony, który nie miał obr ońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Sąd, w oparciu o art. 360 § 3 k.p.k., może w tej sytuacji wyłączyć jawność całości lub części rozprawy w sytuacji, gdy chociażby jeden z oskarżonych jest nieletni, lub na czas przesłuchania świadka, który nie ukończył 15 lat.

Biegły podejmuje się badania stanu z drowia psychicznego pokrzywdzonego przez sprawcę. Jego zadaniem jest ustalenie, jakie skutki dla stanu zdrowia psychicznego pokrzywdzonego wywołało działanie spraw cy i czy pokrzywdzony jest osobą z zaburzeniami psychicznymi, gdyż będzie to miało wpływ na odpowiedzialność sprawcy. „Ustalając przyczynę stwierdzonych u badanego zaburzeń psychicznych, biegli nie po winni wiązać jej z konkretnym działaniem sprawcy czynu, gdyż leży to w kompetencji sądu. Zależnie od zasobów posiadanej dokumentacji ustalą datę lub przybliżony czas zadziałania szkodliwości oraz okr eślą jej r odzaj. Stwierdzą, czy rozstrój zdrowia mógł powstać jako skutek jej działania”[36].

Sąd może żądać od biegłego wskazania, czy spraw ca był w stanie dostrzec, czy miał do czynienia z osobą chorą psychicznie, wobec której dokonał czynu zabronionego. Biegły musi się tu r ozpoznać, czy ma do czynienia z osobą ujawniająca zaburzenia psychiczne. Rozpoznanie zaburzeń psychicznych u pokrzywdzonego odbywa się na takich samy ch zasadach, jak badanie poczytalności w przypadku oskarżonego W stosunku zaś do nieletnich pokrzywdzonych, przeciwko którym popełniono czyny okr eślone w art. 200 k.k. (obco wanie z małoletnim poniżej 15. roku życia), biegły musi zachować dalece zachodzącą ostr ożność, gdyż prze życie takie dla nieletniego pokrzywdzonego może stanowić traumę na przyszłość.

Zgodnie z art. 150 oraz 153 K odeksu karnego wykonaw czego sąd odracza wykonywanie kar y pozbawienia wolności w wypadku choroby psychicznej lub innej ciężkiej chor oby skazanego do czasu ustania pr zeszkody, uniemożliwiającej wykonywanie tej kary. Z tego samego powodu (ciężka choroba psychiczna) sąd penitencjarny udziela przerwy w wykonywaniu kary. W obu sytuacjach korzysta z pomocy biegłego psychiatry. „Rozpoznając sprawę w przedmiocie odroczenia wykonania kar y z po-

36 *Ibidem*, s. 86.

wodu ciężkiej choroby w rozumieniu art. 150 należy więc ocenić, czy i ewentualnie w jakim stopniu osadzenie skazanego w zakładzie karnym może zwiększyć poziom ryzyka wystąpienia pogorszenia lub powikłania w porównaniu z zagrożeniem takimi samymi lub podobnymi skutkami podczas pobytu jego na wolności. Należy przy tym brać także pod uwagę ryzyko pogorszenia stanu zdrowia oraz powikłań związanych z długo utrzymującym się napięciem psychicznym z powodu oczekiwania na kolejne decyzje sądu w przedmiocie odraczania wykonania kary"[37].

Warto wspomnieć o kwestii przesłuchania biegłego psychiatry na rozprawie. Na początek biegły psychiatra powinien swobodnie przedstawić swoją opinię, po czym sąd, strony oraz ich pełnomocnicy będą mogli zadawać pytania. Sąd może uchylić pytanie zadane biegłemu, jeśli by miało ono sugerować treść odpowiedzi albo byłoby nieistotne (art. 171 § 4 i 6 k.p.k.). Sędzia podczas rozprawy powinien „stać na straży obiektywizmu biegłego", aby nie opowiadał się po żadnej ze stron, zachowując „zimną krew". Najbardziej trafnie można to scharakteryzować następującym stwierdzeniem: „Biegły (…) w przeciwieństwie do stron i ich ustawowych przedstawicieli, nie ma nic do wygrania ani do przegrania w procesie. Jego wyłącznym zadaniem jest służyć wykryciu prawdy, a więc służyć sprawiedliwości. O tym powinien pamiętać zawsze zarówno sąd, jak i strony i sam biegły"[38].

Podsumowując niniejszy artykuł, trzeba uznać, że im więcej „specjalisty" w biegłym psychiatrze, tym łatwiej organ postępowania będzie mógł zweryfikować, czy sprawca, który dokonał czynu zabronionego, popełnił go w sposób świadomy, a zatem czy jest winny zarzuconego mu czynu lub czy popełnienie przez niego czynu wiązało się z występującymi u niego zaburzeniami natury psychicznej, co uniemożliwia przypisanie mu winy. Art. 40 ustawy o zawodzie lekarza stanowi, że: „Lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu". Odnosi się to również do biegłego–lekarza psychiatry. Zadaniem biegłych jest obiektywna ocena stanu psychicznego sprawcy popełnionego czynu. Natomiast biegły musi zachować w tajemnicy to, czego o okolicznościach popełnienia czynu dowiedział się podczas przeprowadzania badania od oskarżone-

37 Z. Hołda, K. Potulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wydanie I, LEX/Arche, 2008.

38 M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *op. cit.*, s. 467.

go. Podkreśla to art. 199 k.p.k.: „Złożone wobec biegłego albo lekarza udzielającego pomocy medycznej, oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzuconego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu”[39]. Co najważniejsze, opinia biegłego psychiatry nie może zawierać żadnych sprzeczności, musi być zrozumiała dla organu procesowego. Zapoznając się z opinią sądowo-psychiatryczną, organ wydaje odpowiednie postanowienie lub odrzuca opinię i powołuje kolejnych biegłych. Polski ustawodawca „(…) nakazał sądowi i prokuratorowi zwracać się o opinie psychiatryczno-psychologiczne w każdym wypadku, gdy organ procesowy, nie będąc wyposażony w wiedzą fachową, poweźmie jakąkolwiek wątpliwość co do stanu zdrowia psychicznego oskarżonego (podejrzanego, skazanego). Obie »strony« muszą jednak zawsze pamiętać o granicach swych kompetencji”[40]. W związku z tym biegły psychiatra musi postępować etycznie, gdyż działając jako lekarz, pełni zawód zaufania publicznego. Zgodnie z projektem kodeksu etycznego biegłego psychiatry, zasady dobrych obyczajów, którego autorem jest J. Pobocha, biegły musi postrzegać strony procesu jako aktorów, a nie jak swoich przeciwników czy sympatyków. Biegłego powinien również cechować maksymalny obiektywizm, dlatego relacje badana osoba–lekarz psychiatra winny być bardziej racjonalne niż emocjonalne. Ponadto w trakcie badań nie wolno stosować biegłemu podstępu, czy udzielać obietnic co do przyszłej opinii, zapewnić o chęci „pomocy” badanemu itp.

Rola biegłego psychiatry nie polega tylko na wydawaniu opinii w kwestii izolacji sprawcy, umieszczenia na obserwacji w zakładzie leczniczym czy badaniu pokrzywdzonego i świadka. Działanie biegłego psychiatry należy rozpatrywać szerzej. Biegły tej specjalności przede wszystkim, lekarzem który stoi przede wszystkim na straży zdrowia psychicznego, gdyż „zdrowie

39 W kwestii interpretacji tego przepisu następująco wypowiada się przedstawiciel doktryny: „Należy zatem chyba odczytać ten przepis tak, że chodzi tu o oświadczenia osoby będącej obecnie oskarżonym, a dotyczące czynu zarzuconego jej w postępowaniu karnym, złożone wobec osób wskazanych w art. 199 i w warunkach tam określonych, choćby w momencie ich składania oświadczający nie był jeszcze formalnie podejrzanym czy oskarżonym, byle tylko był nim obecnie. *Ratio legis* sprowadza się tu do niedopuszczalności wykorzystywania jako dowodu wcześniejszych oświadczeń oskarżonego złożonych w warunkach specyficznych, wobec szczególnego rodzaju osób, w sytuacjach, w których szczerość staje się naturalną koniecznością” – T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wydanie III, Kraków 2003.

40 L.K. Paprzycki, *op. cit.*, s. 131.

psychiczne jest fundamentalnym dobrem osobistym człowieka, a ochrona praw osób z zaburzeniami psychicznymi należy do obowiązków państwa (…)”[41]. O powyższym fakcie, zarówno biegły, jak i organ procesowy, nie powinni nigdy zapomnieć. W związku z tym biegły psychiatra w pierwszej kolejności jest lekarzem, biegłym zaś dodatkowo.

41 Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2011 r. nr. 231, poz. 1375).

Kamila Mrozek

Przesłanki udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności

I. Obecnie obowiązujący Kodeks karny jest odzwierciedleniem zasady nowoczesnego i humanitarnego podejścia do sprawcy przestępstwa. Nie rezygnując z konieczności zdecydowanej i bezwzględnej reakcji na przestępstwa najpoważniejsze, akcentuje regułę indywidualizacji kar oraz innych środków oddziaływania karnego. Rozbudowanie katalogu sankcji karnych, zawierającego aktualnie kary, środki karne oraz tak ważne środki probacyjne stanowi wyraz zerwania polskiego ustawodawcy z tradycyjnym schematem izolacji w zakładzie karnym jako najlepszym sposobem reakcji na przestępstwo[1].

Współczesny polski Kodeks karny nie definiuje jednak pojęcia „środki probacyjne". Przeważa pogląd, zgodnie, z którym są to środki związane z poddaniem sprawcy próbie, a więc środki opisane w rozdziale VIII kodeksu karnego, mianowicie: warunkowe umorzenie postępowania karnego, warunkowe zawieszenie wykonania kary oraz warunkowe przedterminowe zwolnienie. Kwestia umieszczenia tego ostatniego w katalogu środków probacyjnych budzi jednak wiele kontrowersji ze względu na

1 P. Stępniak, *Formy probacji a praca socjalna ze skazanymi*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 2005, nr 47–48, s. 5.

możliwość zastosowania go dopiero po orzeczeniu kary, a więc w procesie jej wykonania. Warunkowe zwolnienie jest w istocie rezygnacją z wykonania reszty kary pozbawienia wolności względem skazanego na rzecz poddania go procesowi resocjalizacji w warunkach kontrolowanej wolności.

Należy jednak bardzo wyraźnie zaznaczyć, iż warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary pozbawienia wolności jest środkiem wyjątkowym, zasadą zaś jest odbycie orzeczonej kary w całości, o czym świadczy postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie zgodnie, z którym: „Warunkowe przedterminowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności jest wyjątkiem od zasady odbycia kary w całości, jak ją orzeczono w wyroku skazującym. Tylko przekonanie sądu powzięte na podstawie analizy przesłanek przewidzianych w art. 77 § 1 k.k., że skazany będzie w przyszłości przestrzegał prawa mimo nie wykonania kary w całości, uzasadnia odstąpienie od tej zasady”[2].

II. Początki istnienia instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia penolodzy wiążą z angielską karą deportacji – zesłania stosowaną w XIV wieku. Pierwotnie dotyczyła ona jedynie najcięższej kary, mianowicie kary śmierci, którą król w drodze aktu łaski mógł zamienić na karę zesłania. Jej warunkowość wiązała się z zakazem powrotu do ojczyzny pod rygorem wykonania na deportowanym orzeczonej wcześniej kary śmierci. Ogromną rolę w procesie kształtowania się warunkowego zwolnienia odegrało przyznanie w roku 1791 naczelnikowi więzienia w Nowej Południowej Walii prawa zwolnienia z części kary skazanego, który sumiennie wykonywał powierzone mu obowiązki oraz wyróżniał się nienagannym zachowaniem[3].

Istotne zmiany wpływające na ówczesny kształt warunkowego zwolnienia nastąpiły Aktem Parlamentu z 1825 roku, który to po raz pierwszy wprowadził obowiązek przymusowej pracy deportowanych. Prototypem omawianej instytucji było wówczas leżące w rękach gubernatorów uprawnienie do udzielenia warunkowego urlopu z pracy, który mógł

2 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21.06.2000 r., sygnatura akt: II Akz 217/00, [w:] S. Lelental, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w latach 2000. (II półrocze – 2002 r.)*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 2003, nr 40–41, s. 193.

3 W. Rodakiewicz, *Warunkowe zwolnienie młodocianych z reszty kary pozbawienia wolności*, [Wrocław] Kolonia Limited 2005, s. 108.

ostatecznie doprowadzić do zakończenia kary. Aby jednak do tego doszło, skazany musiał wyróżniać się bardzo dobrym zachowaniem. W roku 1853 karę zesłania zastąpiono karą robót przymusowych. Zmiana ta zaowocowała wprowadzeniem do prawa karnego progresywnego systemu wykonania kary pozbawienia wolności, którego istotą było stopniowe polepszanie sytuacji skazanego. Skazany przechodził kolejno przez trzy etapy odbywania kary: etap surowego reżimu, realizowany w odosobnieniu, etap ciężkiej pracy na świeżym powietrzu, i wreszcie etap ostatni – izolacja w warunkach półwolnościowych. Nie trudno zauważyć, że nagrodą za dobre zachowanie i postępy w pracy w nad własną postawą było dotarcie do etapu trzeciego, który kończył się warunkowym zwolnieniem na okres próby, obejmującym czas, jaki pozostawał skazanemu do odbycia całej orzeczonej kary pozbawienia wolności. Tak ukształtowany system progresywny został przyjęty przez zdecydowaną większość państw europejskich już na początku XX wieku. W Polsce wprowadzono go Regulaminem więziennictwa polskiego z dnia 20 czerwca 1931 roku, przechodząc do porządku nad faktem, iż zasadniczym celem uwięzienia jest stopniowe przygotowywanie skazanego do życia w warunkach wolnościowych[4]. W okresie gdy w Europie intensywnie rozwijał się system progresji, na kontynencie amerykańskim wdrażano system tzw. wyroków nieoznaczonych. Ich specyfika polegała na wydawaniu wyroków opiewających na kary nieoznaczone, których końcem było przewidziane ustawowo maksimum dla danego rodzaju przestępstwa. W zależności jednak od indywidualnych postępów w zachowaniu skazanego możliwe było skrócenie wyznaczonego przez sąd maksymalnego wymiaru kary przez uzyskanie zezwolenia na wcześniejsze opuszczenie zakładu karnego. Obie opisane instytucje zapoczątkowały bez wątpienia proces kształtowania się nie tylko w Europie ale także na świecie, instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, która to obecnie odgrywa fundamentalną rolę w procesie wykonywania kary pozbawienia wolności.

W Polsce instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia znana była już w okresie, w którym nasz kraj pozostawał w zależności od państw zaborczych. Jednolitą formę prawną otrzymała w roku 1927, kiedy to wydano rozporządzenie Prezydenta RP „o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności". Następnie

4 P. Wiktorska, *Czekając na wokandę. Warunkowe przedterminowe zwolnienie młodocianych*, Warszawa 2010, s. 19.

w latach 1932, 1951, 1957, 1960, 1969, 1985, 1988 oraz w roku 1995 była wielokrotnie nowelizowana, by w końcu uzyskać kształt, w jakim obowiązuje do dnia dzisiejszego[5].

Po upadku państwa polskiego, na ter enach okupowanych przez zaborców, obowiązywał szereg obcych ustaw o niejednolitym charakterze. W zaborze pruskim, kwestię warunkowego przedterminowego zwolnienia po raz pierwszy wprowadził Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z 1871 roku, który obowiązywał aż do 1932 roku. Poprzednie regulacje, mianowicie Landrecht wschodniopruski, Landrecht pruski oraz Kodeks karny niemiecki z 1851 roku, mimo wysoko rozwiniętego poziomu techniki legislacyjnej, nie poruszały kwestii warunkowego zwolnienia. Tymczasowe wypuszczenie na wolność skazanego możliwe było, zgodnie z kodeksem z 1871 r., po spełnieniu pr zesłanek merytorycznych oraz formalny ch. Wśród pierwszej grupy przesłanek wyróżniano: dobre sprawowanie się skazanego w trakcie odbywania kary oraz jego zgodę na tymczasowe wypuszczenie. Przesłankami formalnymi były natomiast: skazanie na dłuższą karę ciężkiego więzienia lub więzienia; odb ycie 3/4 orzeczonej kary; odbycie co najmniej 1 roku kary. O tymczasowym wypuszczeniu decydowała najwyższa sądowa władza nadzorcza[6].

Na grunt polskiego prawa w obrębie byłego zaboru austriackiego instytucję warunkowego zwolnienia wprowadziła Ustawa z 16 marca 1920 roku „w przedmiocie zmiany niektór ych postanowień ustaw karny ch obowiązujących w byłym zaborze austriackim", która opr ócz dobrego sprawowania się skazanego oraz jego zgody na opusz czenie zakładu karnego, do katalogu pr zesłanek materialnych wprowadziła również przypuszczenie dalszego dobrego sprawowania się, stwier dzone na podstawie wcześniejszego życia i innych stosunków osobistych skazanego, oraz zapewnienie dostatecznej i stałej możliwości pracy , wystarczającej na samodzielne utrzymanie po war unkowym zwolnieniu. Wyjątkowo skazany mógł także zapewnić, że wskazana przez niego osoba będzie dbała o schronienie i utrzymanie uwolnionego[7]. Wśród przesłanek formalnych ustawa wyróżniała: skazanie na dłuższą kar ę pozbawienia wolności; od-

5 P. Wiktorska, *op. cit.*, s. 18.

6 W. Rodakiewicz, *Przesłanki warunkowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności sprawców młodocianych*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, tom VIII, Wrocław 2001, s. 358.

7 Ustawa z dnia 16 marca 1920 r. w przedmiocie zmiany niektórych postanowień ustaw karnych obowiązujących w byłym zaborze austriackim (Dz.U. nr 26, poz. 158).

bycie 2/3 orzeczonej kary w przypadku skazania na czasowe pozbawienie wolności; odbycie co najmniej 1 roku kary przy skazaniu na ciężkie więzienie lub więzienie; odbycie co najmniej 6 miesięcy kary przy skazaniu na areszt lub ścisły areszt; odbycie co najmniej 15 lat kary w przypadku skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Decyzję o zwolnieniu z zakładu karnego podejmował, po zaciągnięciu opinii prokuratora oraz zarządu więzienia, minister sprawiedliwości. Decyzja ta miała charakter administracyjny[8].

Na ziemiach byłego zaboru rosyjskiego instytucję warunkowego przedterminowego zwolnienia wprowadził po raz pierwszy w roku 1903 kodeks Tagancewa. Jej zastosowanie uzależnione było przede wszystkim od poprawnego zachowania się skazanego w czasie odbywania kary pozbawienia wolności oraz założenia, że po opuszczeniu zakładu karnego w dalszym ciągu będzie on przestrzegał panującego porządku prawnego. Warunkiem koniecznym było także uprawdopodobnienie, że skazany nie był koniokradem, włóczęgą ani osobą, która podlegała zesłaniu po odbyciu kary. Warunkowe zwolnienie możliwe było po odbyciu przez skazanego co najmniej 2/3 wymierzonej kary[9].

Omówione powyżej regulacje prawne o niejednolitym charakterze oraz poziomie techniki legislacyjnej obowiązywały na ziemiach polskich aż do czasu uchwalenia nowej kodyfikacji z 1932 roku.

Znaczącą rolę w procesie kształtowania się instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pobawienia wolności odegrało wydanie w 1927 r. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczpospolitej o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności, zgodnie z którym skazani na karę pozbawienia wolności mogli być przedterminowo zwolnieni, jeżeli odbyli już 2/3, najmniej jednak 6 miesięcy wymierzonej kary. Akt ten wskazywał dobre prowadzenie się skazanego w czasie odbywania kary pozbawienia wolności jako podstawę materialną warunkowego zwolnienia[10].

Kolejnym bardzo ważnym aktem prawnym regulującym omawianą instytucję był polski Kodeks karny z 1932 roku. Przepisy powołanej ustawy stały na bardzo wysokim poziomie legislacyjnym i były w wielu punktach

8 P. Wiktorska, *op. cit.*, s. 28.

9 *Ibidem*, s. 29.

10 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczpospolitej z dnia 19 stycznia 1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. RP nr 5, poz. 25).

nowatorskie. Artykuł 65 stanowił, że „skazanego na karę pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić z odbycia części kary, jeżeli jego zachowanie się w czasie odbywania kary i osobiste warunki pozwalają przypuszczać, że nie popełni nowego przestępstwa". Ocena miała być więc kształtowana jedynie na podstawie zachowania skazanego w czasie odbywania kary oraz jego właściwości osobistych. Jednocześnie skazany musiał odbyć co najmniej 2/3 orzeczonej kary, w każdym razie nie mniej niż 8 miesięcy, skazany zaś na karę dożywotniego pozbawienia wolności – nie mniej niż 15 lat[11].

Inaczej przedstawiała przesłankę materialną wydana już po zakończeniu drugiej wojny światowej Ustawa z dnia 31 października 1951 roku o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności. Skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności można było warunkowo zwolnić, jeżeli jego zachowanie i sumienny stosunek do pracy, stwierdzone opinią władz więziennych, pozwalały przypuszczać, że po zwolnieniu będzie on prowadził „uczciwe życie człowieka pracy"[12]. Ustawa ta kładła szczególny nacisk na stosunek skazanego do pracy, co niewątpliwie znalazło swój wyraz w zasadzie podwójnego liczenia każdego dnia sumiennej i wydajnej pracy. Niestety dość szeroko i mało precyzyjnie ujęte przesłanki warunkowego zwolnienia oceniane były krytycznie w nauce prawa karnego ze względu na stworzenie szerokich możliwości różnorodnych nadużyć ze strony przedstawicieli władz więziennych.

Konsekwencją takiej oceny było uchylenie obowiązującej ustawy i zastąpienie jej nową z 29 maja 1957 roku. Ustawa ta powróciła do rozwiązań przyjętych w kodeksie karnym z 1932 roku, przyjmując jako podstawę orzekania o warunkowym zwolnieniu przypuszczenie, że skazany będzie przestrzegał zasad współżycia społecznego, a w szczególności nie popełni nowego przestępstwa. Przypuszczenie to miało być oparte na ocenie trybu życia skazanego, jego charakteru i warunków osobistych, a także zachowania w czasie odbywania kary. Warunkowe zwolnienie mogło nastąpić po odbyciu przez skazanego co najmniej połowy kary, nie wcześniej jednak niż po 6 miesiącach[13].

---

11 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczpospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz.U. RP nr 60, poz. 571).

12 R. Musidłowski, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie*, [w:] *Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich*, 1995, numer 28: *Materiały – stan i węzłowe zagadnienia polskiego więziennictwa*, s. 309.

13 Ustawa z dnia 29 maja 1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. nr 31, poz. 134).

Następnym aktem prawnym, który kompleksowo regulował zasady stosowania instytucji warunkowego zwolnienia, był Kodeks karny z 1969 roku. Ustawa ta determinowała decyzję o warunkowym zwolnieniu od uzasadnionego przypuszczenia, że skazany będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa, a mimo niewykonania kary jej cele zostaną w pełni osiągnięte. Prognoza ta miała być kształtowana na podstawie oceny właściwości i warunków osobistych sprawcy, sposobu jego życia przed popełnieniem przestępstwa oraz zachowaniu po jego popełnieniu, a zwłaszcza w czasie odbywania kary[14]. Warto dodać, że przepisy dotyczące warunkowego zwolnienia w kodeksie z 1969 zachowują brzmienie podobne do współcześnie obowiązującej regulacji. Na gruncie przesłanek formalnych kodeks ten zakładał, iż warunkowe zwolnienie może nastąpić zasadniczo po odbyciu 2/3 kary, czyli po takim samym okresie, jak wskazano w ustawie z 1957 roku. Ponadto do przesłanek formalnych zaliczono: odbycie co najmniej 1/2 orzeczonej kary w przypadku młodocianych; odbycie co najmniej 3/4 orzeczonej kary w przypadku recydywistów wielokrotnych i to jedynie w sytuacji, gdy przemawiały za tym szczególne okoliczności; odbycie co najmniej 6 miesięcy wymierzonej kary, a także – w przypadku skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności – odbycie co najmniej 15 lat wymierzonej kary niezależnie od warunków wymienionych wcześniej[15].

W czasie obowiązywania poprzednio obowiązującego kodeksu karnego instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia była jeszcze czterokrotnie nowelizowana: w drodze Ustawy z dnia 10 maja 1985 roku o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach, Ustawy z dnia 10 maja 1985 roku o szczególnej odpowiedzialności karnej, Ustawy z dnia 17 czerwca 1988 roku o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach oraz ostatniej, poprzedzającej bezpośrednio uchwalenie nowej całościowej regulacji karnej, Ustawy z dnia 12 lipca 1995 roku o zmianie Kodeksu karnego wykonawczego oraz podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym. Wymienione akty prawne nie modyfikowały już w żaden

14 J. Lachowski, *Przesłanka materialna warunkowego przedterminowego zwolnienia na gruncie Kodeksu karnego*, Prokuratura i Prawo, 2008, nr 11, s. 40.

15 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 13, poz. 94). Zob. także I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, wydanie dziewiąte, Warszawa 1989, s. 319–322.

sposób określonej w Kodeksie karnym z 1969 roku przesłanki materialnej, lecz koncentrowały się głównie na zmianie przesłanek formalnoprawnych w kierunku ich liberalizacji.

Reasumując, warunkowe przedterminowe zwolnienie od wielu lat cieszy się dużym zainteresowaniem w nauce prawa karnego. Omówione pokrótce modyfikacje zasad stosowania i charakteru tego środka zmierzały niewątpliwie w kierunku wykreowania szerszych możliwości jego stosowania, co stanowi podkreślenie obowiązującej w prawie karnym wykonawczym zasady humanitaryzmu w wykonywaniu kary pozbawienia wolności.

III. Warunkowe przedterminowe zwolnienie nie jest probacją *sensu stricto*, ponieważ nie stanowi środka reakcji na przestępstwo, którym jest orzeczona kara pozbawienia wolności. Jest ono jednak zaliczane obok warunkowego umorzenia postępowania karnego oraz warunkowego zawieszenia wykonania kary do środków probacyjnych, o czym przesądza warunkowy charakter zwolnienia, poddanie sprawcy próbie, a także ustalenie dozoru oraz nałożenie obowiązków probacyjnych[16]. Udzielenie skazanemu warunkowego zwolnienia oznacza zatem „warunkową" rezygnację z wykonania części wymierzonej kary pozbawienia wolności oraz poddanie sprawcy procesowi resocjalizacji w warunkach kontrolowanej wolności.

Aktualnie warunkowe przedterminowe zwolnienie reguluje częściowo Kodeks karny, a częściowo Kodeks karny wykonawczy. Pierwszy określa przesłanki merytoryczne i formalne tego środka oraz skutki pozytywnego upływu okresu próby. Drugi zaś mieści w sobie przepisy procesowe dotyczące orzekania oraz sposobu jego wykonywania[17]. W świetle art. 77 k.k. warunkowe przedterminowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności uzależnione jest od spełnienia przesłanki materialnej – pozytywnej prognozy kryminologicznej, na którą składają się następujące czynniki: postawa skazanego; właściwości skazanego; warunki osobiste skazanego; sposób życia skazanego przed popełnieniem przestępstwa; okoliczności popełnienia przestępstwa; zachowanie się po popełnieniu przestępstwa; zachowanie się w czasie odbywania kary[18].

Wymienione czynniki muszą być uwzględnione kumulatywnie, ponieważ tylko łącznie mogą stanowić podstawę całościowej oceny prognozy

16 A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 278.
17 B. Stańdo-Kawecka, *Prawne podstawy resocjalizacji*, Kraków 2000, s. 187.
18 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553).

kryminologicznej sprawcy. Należy podkreślić, iż warunkowe zwolnienie jest wyrazem wyłącznie prewencji indywidualnej. Jest ono możliwe tylko wówczas, gdy prognoza kryminologiczna potwierdzi, że kara osiągnęła założone cele indywidualno-prewencyjne, a co za tym idzie – że skazany będzie przestrzegał porządku prawnego, a zwłaszcza, że nie popełni ponownie przestępstwa. Osiągnięcie celów w zakresie prewencji generalnej nie stanowi obecnie przesłanki stosowania omawianej instytucji[19].

Kwestią priorytetową w przedmiocie udzielenia warunkowego zwolnienia jest zatem ustalenie pozytywnej prognozy kryminologicznej sprawcy. Przy ocenie przesłanki materialnej wystarczy wyłącznie uzasadnione przypuszczenie, że skazany będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni ponownie nowego przestępstwa. Przepis prawa nie wymaga zatem od sędziego absolutnej pewności co do jej istnienia. Nie mniej jednak przy ocenie pozytywnego charakteru prognozy kryminologicznej wymaga się zachowania dużej ostrożności. Zakłada się bowiem, że: „prognoza społeczno-kryminologiczna – jak każda inna prognoza, będąca jedynie przewidywaniem przyszłych zdarzeń, jest ze swej istoty niepewna”[20]. Oceniając postawę skazanego, sąd bierze pod uwagę stosunek skazanego do popełnionego czynu i do osoby pokrzywdzonej, a także fakt, czy w czasie pobytu w zakładzie karnym podjął działania zmierzające do zniwelowania skutków popełnionego przestępstwa. Do „postawy” skazanego zalicza się również wykonywanie pracy zarobkowej, wywiązywanie się z obowiązku alimentacyjnego, starania skazanego o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie, jak również przeproszenie i podjęcie próby pojednania się z pokrzywdzonym[21]. Z katalogu tego należy jednak wykluczyć determinantę w postaci potępienia przestępstwa, za którego popełnienie skazany odbywa karę pozbawienia wolności. Na takim właśnie stanowisku stanął Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z 18 grudnia 2002 roku: „Nie można na podstawie art. 77 § 1 k.k. wymagać od skazanego, by potępił przestępstwo, za które go skazano, i od złożenia takiego oświadczenia uzależniać przedterminowe zwolnienie z kary. Skazany ma prawo podważać nawet prawomocny wyrok, także środkami nadzwyczajnymi, także korzystać z pozakra-

19 W. Rodakiewicz, *Warunkowe zwolnienie młodocianych*…, s 151.

20 Postanowienie AP we Wrocławiu z 12.01.2005 r., AKzw 1123/04, OSA 2006/6/41/53.

21 J. Śpiewak, *Warunkowe zwolnienie w Kodeksie karnym i Kodeksie karnym wykonawczym*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 1998, nr 20–21, s. 8.

jowych instytucji wymiaru sprawiedliwości. Jeśli skazany potępia swe przestępstwo, jest to sygnał liczący się dla przedterminowego zwolnienia, ale jeśli tego nie czyni, nie oznacza to, że na przedterminowe zwolnienie nie zasługuje"[22].

„Właściwości i warunki osobiste" są pojęciem, pod którym kryją się zarówno indywidualne, jak i czysto charakterologiczne cechy sprawcy. Obejmują one okoliczności, które pozostają w ścisłym związku z jego osobą. Przez właściwości osobiste rozumie się przede wszystkim wiek, płeć, stan zdrowia psychicznego oraz fizycznego, temperament skazanego, zdolność do samokrytyki, poziom rozwoju intelektualnego, światopogląd, wiedzę o rzeczywistości, zainteresowania tudzież plany życiowe[23]. Przy ocenie zaś warunków osobistych sąd bierze pod rozwagę warunki środowiskowe, w których skazany żyje, jego sytuację mieszkaniową, zawodową, a także sytuację materialną. Słusznie zauważył A. Zoll, że w czasie orzekania w przedmiocie warunkowego zwolnienia postawę, właściwości oraz warunki osobiste sprawcy należy postrzegać w ujęciu ewolucyjnym. Ważne są zmiany u skazanego w tym zakresie, zachodzące zwłaszcza w czasie odbywania kary pozbawienia wolności[24].

Kolejnym bardzo ważnym kryterium składającym się na prognozę kryminologiczną stanowi sposób życia przed popełnieniem przestępstwa. Rozumieć należy przez to postępowanie skazanego przed osadzeniem w jednostce penitencjarnej, a więc dotychczasową karalność, jakość kontaktów skazanego z rodziną, stosunek do alkoholu oraz środków odurzających. Dane te zawarte są zazwyczaj w wykazie informacji lub wywiadzie kuratora sądowego, aczkolwiek ich źródłem mogą być również wywiad ze skazanym i jego rodziną, analiza dokumentacji, informacje od pracodawcy oraz z centralnego rejestru skazanych. Przesłanka ta posiada wysoką wartość prognostyczną co do przyszłego zachowania się skazanego w warunkach wolnościowych. Pozwala ocenić, czy popełnione przestępstwo było efektem celowego działania sprawcy, czy może miało charakter jedynie przypadkowy[25]. Z orzecznictwa wynika jednak, że w praktyce wy-

22 Postanowienie SA w Krakowie z 18.12.2002 r., II Akz 560–02, [w:] S. Lelental, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w latach 2003–2004*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 2005, nr 49, s. 270.

23 J. Lachowski, *op. cit.*, s. 45.

24 A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, tom I: *Komentarz do art. 1–116*, Kraków 2004, s. 884.

25 J. Śpiewak, op. cit., s. 8.

miaru sprawiedliwości przesłanka ta nie ma aż tak znaczącego wpływu na ustalenie prognozy przyszłego zachowania się skazanego: „Sąd Okręgowy postąpił nietrafnie, odmawiając skazanemu zwolnienia z powodu zachowania sprzed odbywania kary, a nie dostrzegając zmian, jakie w jego osobowości nastąpiły w trakcie odbywania kary, to jest jego poprawy. O ile stan dawniejszy może mieć znaczenie dla oceny stanu z czasu orzekania, jako stanu początkowego, dla badania trwałości i zupełności poprawy skazanego, to właśnie stan z chwili orzekania o zwolnieniu jest istotny dla ustalenia prognozy przyszłego zachowania skazanego. Po to właśnie wykonywano karę, poddawano skazanego oddziaływaniom resocjalizacyjnym, by ten stan osiągnąć i on to, a nie dawna demoralizacja skazanego, będzie decydował o jego przyszłym zachowaniu. Obstawanie przy znaczeniu stanu poprzedniego jest odwróceniem racjonalnej hierarchii przesłanek prognozowania zachowania skazanego”[26].

Dość kontrowersyjną przesłanką są okoliczności popełnienia przestępstwa. Ich źródło czerpiemy głównie z aktu oskarżenia oraz z uzasadnienia wyroku. Warto w tym miejscu zacytować fragment postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 13 października 2004 r., w którym sąd orzekł, że: „Okoliczności popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 77 § 1 k.k., o tyle mają znaczenie dla negatywnej prognozy, a w konsekwencji i dla negatywnej decyzji w przedmiocie warunkowego zwolnienia, o ile wskazują na takie cechy skazanego, które mogą być przyczyną popełnienia przez niego kolejnego przestępstwa”[27]. Podobne stanowisko w tej kwestii zajął również Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z 27 czerwca 2003 r., zgodnie z którym: „Orzekanie o przedterminowym zwolnieniu z reszty kary powinno przyjmować za punkt wyjścia treść wyroku, w tym karę wymierzoną skazanemu, a nie tworzyć dalsze limity ilościowe kary czy wyłączać od zwolnienia niektóre osoby z powodu charakteru ich przestępstw. Zostały one osądzone, więc powracanie do tego narusza powagę osądzenia. Czyny te mogłyby mieć znaczenie wtedy tylko, gdyby jakieś szczególne zachowania sprawców ujawniały specyficzne cechy ich osobowości, znaczące dla działań peni-

---

26 Postanowienie AP w Krakowie z 25.04.2006 r., AKzw 222/06, Krakowskie Zeszyty Sądowe, 2006, nr 4 (33).

27 Postanowienie SA we Wrocławiu z 13.10.2004 r., II Akzw 685/04, [w:] S. Lelental, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w 2005 roku*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 2006, nr 50, s. 136.

tencjarnych"[28]. Podkreślenia więc wymagają okoliczności dotyczące roli skazanego w popełnionym przestępstwie. Dlatego też w postępowaniu w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia powinny spełniać one jedynie funkcję pomocniczą, tylko w takim zakresie, w jakim świadczą o właściwościach i warunkach osobistych sprawcy.

Zachowanie się sprawcy po popełnieniu przestępstwa obejmuje przedział czasowy od momentu jego popełnienia do chwili wprowadzenia kary pozbawienia wolności do wykonania [29]. Przesłankę tę należy rozumieć jako zespół działań sprawcy polegających na dążeniu do zniwelowania skutków przestępstwa, naprawieniu szkody, przeproszeniu pokrzywdzonego, a nawet jako wyrażenie krytycznego stosunku do popełnionego czynu zabronionego. Ogólnie rzecz biorąc, trzeba wskazać, że jest to każde zachowanie skazanego, które może świadczyć o pozytywnych bądź negatywnych przemianach w jego osobowości.

Ostatnią spośród wymienionych podstaw kształtowania pozytywnej prognozy kryminologicznej przy orzekaniu w przedmiocie warunkowego zwolnienia jest zachowanie się skazanego podczas odbywania kary. Elementy konstruktywne tej przesłanki kształtują się w czasie wielomiesięcznego, a nader często w czasie wieloletniego pobytu skazanego w warunkach izolacji penitencjarnej. Są one szczegółowo dokumentowane przez służbę więzienną w aktach osobopoznawczych skazanego. Oceniając wymienioną przesłankę, sąd powinien brać pod uwagę przede wszystkim współdziałanie skazanego w kształtowaniu jego społecznie pożądanej postawy, a zatem sumienne wypełnianie obowiązków wynikających z odbywania kary, stosunek wobec pracowników służby więziennej oraz współwięźniów, stosunek do pracy, uczestnictwo w zajęciach kulturalno-oświatowych i sportowych, utrzymywanie kontaktów ze światem zewnętrznym, głównie z osobami bliskimi pozostającymi na wolności [30]. Ocena zachowania skazanego podczas odbywania kary pozbawienia wolności musi być oceną kompleksową. Fakt ukarania skazanego karą dyscyplinarną nie może automatycznie wpływać na decyzję sądu w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Twierdzenie to warto poprzeć stanowiskiem Sądu Najwyższego, jakie zajął on w postanowieniu

28 Postanowienie SA w Krakowie z 27.06.2003 r., II Akz¹ 272/02, Krakowskie Zeszyty Sądowe, 2003, nr 6, poz. 30.

29 J. Lachowski, *op. cit.*, s. 50.

30 P. Wiktorska, *op. cit.*, s. 70.

dnia 6 czerwca 1989 roku, uznając, iż: „Sąd penitencjarny powinien mieć na względzie to, że resocjalizacja – podobnie jak każdy proces wychowawczy – może przebiegać nierównocześnie i niejednakowo w poszczególnych okresach odbywania kary, incydentalne zatem uchybienia skazanego w zakresie ustalonego porządku prawnego same przez się nie powinny przemawiać za ujemną prognozą, jeżeli kompleksowa ocena danych odnoszących się do całego okresu odbywania kary wskazuje na poprawę skazanego i uzasadnia przypuszczenie, że po jego warunkowym przedterminowym zwolnieniu będzie on przestrzegał porządku prawnego”[31].

Należy podkreślić, że nie bez znaczenia jest również fakt uczestnictwa skazanego w życiu podkultury więziennej, o czym jednoznacznie świadczy fragment postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2003, w którym sąd orzekł, że: „Dla zasad współżycia społecznego istotne nie są deklaracje solidarności grupowej w ramach podkultury przestępczej, ale rzeczywista przynależność do grup i związków przestępczych, opartych na podłożu znacznie po ważniejszym i bardziej aspołecznym niż obyczaj używania jednych słów i gestów, a wystrzegania się innych, który znamionuje podkulturę przestępczą. Ta ostatnia jest szkodliwa społecznie, gdy przybiera formy rzeczywiście szkodliwe, jak znęcanie się nad innymi skazanymi, buntowanie ich do oporu przeciw działalności penitencjarnej czy zarządzeniom administracji zakładu itp., gdy ogranicza się do form obyczajowych, nie trzeba jej przeceniać, bo wtedy wyraża tylko zły gust, a nikomu nie szkodzi”[32]. Kompleksowa ocena omówionych przesłanek musi stwarzać uzasadnione przekonanie w opinii sądu, że skazany pomimo nie wykonania kary w całości, będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności, że nie popełni ponownie przestępstwa.

Reasumując, należy odnotować, iż w praktyce, w przekonaniu sądów penitencjarnych do najważniejszych czynników pozytywnie rokujących należą stałe zatrudnienie skazanego przed popełnieniem przestępstwa, pozytywne wywiązywanie się z obowiązku pracy, podwyższanie kwalifikacji zawodowych, zdobycie zawodu, zapewnienie miejsca zamieszkania po odbyciu kary. Z kolei do czynników rokujących negatywnie należą

---

31 Postanowienie SN z 6.06.1989 r., WRN12/89, Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna i Wojskowa, 1990, nr 4–6, poz. 19.

32 Postanowienie SA w Krakowie z 27.06.2003 r., II Akz[1] 249/03, Krakowskie Zeszyty Sądowe, 2003, nr 6, poz. 31.

uprzednia karalność, dokonanie samouszkodzenia, aktywne uczestnictwo w podkulturze więziennej, uchylanie się od obowiązku pracy, fakt uprzedniego nieskutecznego korzystania z warunkowego zwolnienia, nieuzasadniona odmowa podjęcia nauki oraz porzucenie i brak zainteresowania dziećmi[33].

Na koniec rozważań tej części opracowania należy poczynić kilka uwag odnośnie do samego przygotowania skazanych do warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności, które może wpłynąć na zwiększenie efektywności kary oraz pomyślnie zakończyć przebieg omawianego środka probacyjnego. Na sześć miesięcy przed upływem końca kary lub spodziewanym warunkowym zwolnieniem komisja penitencjarna lub sąd penitencjarny może postanowić o uruchomieniu specjalnego trybu zmierzającego do przygotowania skazanego do życia na wolności. Program taki oferowany jest przede wszystkim skazanym, wobec których istnieje uzasadnione przypuszczenie, że po powrocie z jednostki penitencjarnej nie będą mogli liczyć na pomoc osób najbliższych. Skazanemu, po wyrażeniu jego zgody, zapewnia się w miarę możliwości tymczasowe zakwaterowanie, udziela się pomocy w otrzymaniu zatrudnienia, po to, by ułatwić mu społeczną readaptację, pod warunkiem że sumiennie wypełnia nałożone przez sąd obowiązki. Oprócz tego rodzaju pomocy, w przygotowaniu skazanego do życia na wolności znaczącą rolę odgrywa również administracja zakładu karnego. Do jej kompetencji w ramach szeroko rozumianej pomocy postpenitencjarnej należy podejmowanie czynności zmierzających do otrzymania przez skazanego dokumentu tożsamości w przypadku jego braku oraz udzielanie zwalnianym tzw. pomocy doraźnej, której istotą jest podanie stosownych informacji o tym, gdzie i w jaki sposób skazani mogą uzyskać niezbędną pomoc.

IV. Obok przesłanki materialnej, która warunkuje stosowanie instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, współczesny Kodeks karny wymienia również przesłanki formalne stosowania tego środka. Przesłanki formalne to te, których spełnienia wymaga się od skazanego wnioskującego o warunkowe zwolnienie, a dotyczą one minimalnego okresu odbywania kary[34]. Zgodnie z art. 78 k.k. warunkowe przedterminowe

33 R. Musidłowski, *op. cit.*, s. 318.

34 H. Kuczyńska, *Kształt i praktyka stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia jako czynnik wpływający na liczebność populacji więziennej*, [w:] J. Jakubow-

zwolnienie możliwe jest, jeżeli skazany odbył: połowę kary; 2/3 kary – wobec skazanych określonych w art. 64 § 1 k.k.; 3/4 kary – wobec skazanych określonych w art. 64 § 2 k.k. lub art. 65 § 1 k.k.; 15 lat kary – wobec skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności; 25 lat kary – wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Sąd, orzekając karę pozbawienia wolności, może w szczególnie uzasadnionych przypadkach wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia. Oznacza to, że skazując na karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd może postanowić w konkretnym przypadku, że warunkowe zwolnienie nastąpi najwcześniej po 30 latach, a nie, jak przewiduje Kodeks, po 25. W doktrynie przyjmuje się, że szczególnie uzasadnione przypadki zachodzą w sytuacji wyjątkowej demoralizacji sprawcy, popełnienia przestępstwa w wyniku motywacji zasługującej na potępienie, a także okrucieństwa i brutalności popełnionego czynu zabronionego. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach, który orzekł, że: „Szczególnie uzasadnione przypadki, o jakich mowa w przepisie art. 77 § 2 k.k., nie sposób wiązać z okolicznościami określającymi wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu i zawinienia, a jedynie z tymi, które odnoszą się do szeroko pojętej osoby sprawcy, w tym jego demoralizacji i niepodatności na oddziaływanie penitencjarne, które *a priori* w dacie orzekania pozwolą z wysoką dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że w okresach, o jakich mowa w art. 78 k.k., niemożliwe jest takie przeobrażenie oskarżonego, które warunkowałby skorzystanie przez niego z omawianej w nim instytucji”[35]. Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż ustanowienie surowszych ograniczeń nie może doprowadzić do całkowitego wyłączenia prawa do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie[36].

Warto dodać, że dla porównania w żadnym z państw zachodnioeuropejskich minimum ustalone dla skorzystania z dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia nie przekracza 15 lat. Dość sceptycznie ocenia to rozwiązanie również A. Rzepliński[37], pisząc w jednym ze swych artykułów, że: „u nas zdarza się, że sąd, skazując na karę dożywotniego pozbawienia wolności,

ska-Hara, J. Skupiński (red.), *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Warszawa 2009, s. 173.

35 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8.07.2004 r., sygnatura akt: II Aka 139/04, Krakowskie Zeszyty Sądowe, 2005, Nr 6, poz. 63.

36 M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 440.

37 A. Rzepliński, *Nie akceptuję tej kary, ale jej bronię*, Tygodnik Powszechny, 29.06.2004 r.

ustala możliwość ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie po 35–40 latach. Oznacza to, że po kilkunastu prośbach, składanych nie częściej niż co 6 miesięcy, przed skazanym otwiera się perspektywa warunkowego zwolnienia nawet po 50 latach. Ta zaś wytwarza poczucie beznadziejności, a zatem i braku odpowiedzialności za swoje postępowanie". Tak więc, jak nie trudno zauważyć, polskie prawo karne charakteryzuje w tym zakresie duża punitywność i nadmierny rygoryzm[38].

Przesłanki formalne warunkowego zwolnienia stosuje się odpowiednio do sumy dwóch lub więcej niepodlegający ch łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany ma odbyć kolejno, przy czym warunek odbycia 2/3 lub 3/4 w odniesieniu do recydywy musi być spełniony, jeżeli chociaż jedno z przestępstw zostało popełnione w warunkach art. 64 k.k.[39] Ogólną zasadą jest zatem, że sprawca skazany na kilka kar pozbawienia wolności, które są wykonywane kolejno, może być warunkowo przedterminowo zwolniony po odbyciu połowy ich sumy.

Kodeks karny pozwala na orzeczenie warunkowego zwolnienia również w szczególnych wypadkach, do których należą:

- art. 81 k.k., który reguluje kwestie udzielenia powtórnego warunkowego zwolnienia, wymagane jest jednak odbycie co najmniej roku kary od osadzenia bądź 5 lat w przypadku dożywotniego pozbawienia wolności;
- art. 98 k.k., zgodnie z którym skazanego na karę pozbawienia wolności do lat dwóch z jednoczesnym orzeczeniem środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego sąd warunkowo zwalnia z pozostałej do odbycia części kary, bez względu na okres odbytej kary. Na poczet kary zalicza się okres pobytu w zakładzie leczenia odwykowego;
- art. 155 k.k.w., który stanowi, że warunkowe zwolnienie może dotyczyć również skazanego na karę do 3 lat pozbawienia wolności, z której odbył co najmniej sześć miesięcy i korzystał z przerwy w karze trwającej co najmniej jeden rok. Zakreślenie wysokości wymierzonej kary wyłącza możliwość warunkowego zwolnienia w tym trybie skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywocia[40].

---

38 P. Wiktorska, *op. cit.*, s. 74.

39 M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 320.

40 J. Śpiewak, *op. cit.*, s.10.

Pamiętajmy także, że podstawą obliczania określonych terminów do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie jest kara pozbawienia wolności podlegająca wykonaniu, nie zaś kara orzeczona. Jeśli więc wobec skazanego zastosowano akt łaski czy amnestię, to ta ostatecznie zmniejszona cześć kary będzie stanowiła podstawę do obliczania, czy skazany może już skorzystać z warunkowego zwolnienia. Z przedstawionego w niniejszym artykule środka skorzystać mogą wyłącznie skazani na karę pozbawienia wolności orzeczonej jako kara zasadnicza, nie obejmuje on zatem zastępczej kary pozbawienia wolności. Omówione wyżej przesłanki formalne nie są pozbawione uzasadnienia materialnego. Konieczny do skorzystania z dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia okres efektywnego odbywania kary pozbawienia wolności pełni funkcję nie tylko w zakresie prewencji indywidualnej, ale również funkcję ogólnoprewencyjną, co jest szczególnie widoczne w przypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności.

V. Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności zajmuje szczególne miejsce w nauce prawa karnego. Stanowi przedłużenie procesu resocjalizacji w zmienionych, wolnościowych warunkach, mając na celu przystosowanie sprawcy do życia w zgodzie z istniejącym porządkiem prawnym. W polskim ustawodawstwie karnym skazani na karę pozbawienia wolności nie mają prawa do warunkowego zwolnienia, mogą jedynie ubiegać się o tego rodzaju dobrodziejstwo.

Tymczasem warunkowe zwolnienie jest dla skazanych i ich rodzin realną, zwykle jedyną szansą na skrócenie kary. Możliwość zatem legalnego wcześniejszego opuszczenia murów więziennych w wyniku warunkowego przedterminowego zwolnienia jest poniekąd ich jedynym celem w czasie pobytu w jednostce penitencjarnej, ale także silnym czynnikiem motywującym do utrzymywania własnej samodyscypliny i przestrzegania regulaminu więziennego.

ISBN 978-83-933222-2-0